

Obbligo per il giudice onorario di redazione delle sentenze - incompatibilità tra l'esercizio della professione di conciliatore e quella di magistrato onorario.

(Risposta a quesiti del 18 gennaio 2012)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 18 gennaio 2012, ha adottato la seguente delibera:

"- letta la nota in data 29 aprile 2011 con la quale la dott.ssa ..., giudice onorario del Tribunale ordinario di ..., chiede di conoscere: a) se sussiste un obbligo per il giudice onorario, soprattutto se addetto alle funzioni civili, di introitare le cause a sentenza e, in caso di risposta affermativa, in base a quale riferimento legislativo e/o circolare; nonché, b) se "un magistrato onorario (GOT) possa gestire, in qualità di coordinatore, una camera conciliativa nel circondario ove esercita la funzione onoraria e se possa iscriversi come mediatore ad un organismo conciliativo avente sede nel detto circondario.";

- rilevato, quanto al primo quesito, che ai sensi del primo comma dell'art. 43-bis dell'Ordinamento giudiziario, i giudici onorari "svolgono presso il tribunale ordinario il lavoro giudiziario loro assegnato dal presidente del tribunale o, se il tribunale è costituito in sezioni, dal presidente o altro magistrato che dirige la sezione", con le limitazioni stabilite dalle lettere a) e b) del terzo comma;

- ritenuto che la norma va intesa nel senso di ricomprendere nel lavoro giudiziario anche la redazione delle sentenze;

- considerato, quanto al secondo quesito, che, stante la particolarità della materia, si è ritenuto opportuno chiedere un parere all'Ufficio studi di questo Consiglio, che vi ha provveduto in data 3 agosto 2011;

- ritenuto di condividere il contenuto e le conclusioni del suddetto parere;

- osserva quanto segue.

1. - Con il D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 è stato introdotto un meccanismo di filtro precontenzioso al processo civile, con finalità deflattiva ⁽¹⁾, in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 21 maggio 2008 n. 52; il legislatore ha introdotto nell'ordinamento interno un filtro generale, applicabile a larga parte del contenzioso civile, distinguendo tra le controversie civili quelle per le quali il procedimento costituisce condizione di procedibilità della domanda e quelle per le quali, al contrario, è rimessa alla discrezionalità delle parti la scelta di ricorrere a tale procedimento.

Quanto all'ambito applicativo, poiché l'art. 60 della legge n. 69/2009 non individuava le materie per le quali la mediazione andasse esperita, limitandosi a prevedere che la mediazione avesse genericamente ad oggetto le "controversie su diritti disponibili", il decreto legislativo ha operato una scelta molto ampia ed eterogenea, individuando un elenco comprendente tutte le controversie giudiziarie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti ⁽²⁾, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

¹ Nella *Relazione illustrativa - Schema di decreto legislativo recante: "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"* si individua la ratio della introduzione della mediazione, rispetto ad alcune materie, come condizione di procedibilità nella esigenza di "garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie" nonché "di valorizzare le esperienze autoregolative e di minimizzare l'intervento statale nella disciplina del concreto esercizio dell'attività di mediazione".

² Rispetto all'originario schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 28 ottobre 2009, la materia del risarcimento dei danni derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti è stata aggiunta in accoglimento del suggerimento formulato dalla Commissione Giustizia della Camera in data 20 gennaio 2010 e della Commissione Giustizia del Senato in data 27 gennaio 2010.

Ne sono invece esclusi (art. 5, comma 4) i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c.; i procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703 comma 3 c.p.c.; i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; i procedimenti in camera di consiglio; l'azione civile esercitata nel processo penale.

Come osservato dall'Ufficio studi nel parere 655 del 22 dicembre 2009, la mediazione e soprattutto la conciliazione, che ne rappresenta l'esito positivo, è espressione dell'autonomia privata delle parti: *“la funzione che svolge il conciliatore non va confusa con quella dell'arbitro: quest'ultimo ha il potere di imporre alle parti la risoluzione della controversia, in quanto il lodo vincola le parti come una sentenza. Il conciliatore, al contrario, non impone ma propone; il suo intervento favorisce l'accordo tra le parti, che è comunque il frutto esclusivo delle loro volontà e, quindi, ad esse soltanto imputabile. In linea di principio il regime giuridico e gli effetti dell'atto conclusivo della conciliazione non si distinguono dal regime giuridico e dagli effetti del contratto, stipulato direttamente dalle parti, senza l'intervento del conciliatore”*.

Ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 *“l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata dal giudice, non oltre la prima udienza”*. La mediazione, dunque, costituisce rispetto ad alcune materie una condizione di procedibilità dell'azione, il cui mancato esperimento comporta il differimento del processo.

Anche la mediazione facoltativa, prevista dal comma 2 dell'art. 5, ha delle interferenze con il processo, essendo previsto che il giudice possa, anche in appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, invitare le stesse a procedere alla mediazione. Anche in questo caso si ha un differimento del processo, ma solo se le parti aderiscono all'invito del giudice ⁽³⁾.

Altri aspetti della disciplina del D.Lgs. n. 28/2010, rilevanti in questa sede, sono quelli relativi alle modalità di accesso alla mediazione (art. 4), agli obblighi del mediatore (art. 14) ed ai rapporti tra la disciplina dettata dal D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e quella del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*).

Quanto al primo punto, il decreto legislativo non fissa alcun criterio di competenza territoriale o per materia, utile per individuare l'organismo di conciliazione competente in relazione all'oggetto della domanda di mediazione. Nella relazione illustrativa è dato atto che il meccanismo elaborato dal legislatore delegato per il radicamento della competenza costituisce espressione di una scelta di metodo ben precisa. Si legge, infatti, che *“Deliberatamente, non si stabilisce un criterio di competenza in senso proprio così da evitare una impropria giurisdizionalizzazione della sequenza che avrebbe alimentato contrasti ed imposto criteri per la risoluzione dei conflitti. La parti saranno così libere di investire concordemente o singolarmente l'organismo ritenuto maggiormente affidabile. Qualora rispetto alla stessa controversia vi siano più domande di mediazione, si è optato per un criterio selettivo oggettivo, e di piana applicazione, quale quello della prevenzione: il procedimento di mediazione si svolgerà davanti all'organismo presso cui è stata presentata la prima domanda. Questo spiega anche perché si è scelto di imporre alla domanda la forma documentale (o quanto meno documentata da apposito verbale ove il regolamento dell'organismo lo preveda)”*. In mancanza di alcun criterio di collegamento territoriale tra sede dell'organismo di conciliazione e l'autorità giudiziaria competente per la causa di merito, la parte può rivolgere la domanda di mediazione a qualsiasi organismo sull'intero territorio nazionale.

In ordine al secondo aspetto, l'art. 8, comma 1, del D.Lgs. n. 28/2010 prescrive che *“al*

³ Nella Relazione illustrativa si osserva che *“L'adesione delle parti è stata prevista onde evitare che esse debbano soggiacere a un'iniziativa del giudice, senza essere convinte della possibilità di comporre la controversia in via stragiudiziale”*.

mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti"; la disposizione obbliga anche il mediatore a *"sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità"* e ad *"informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione"*, prevedendo infine, all'ultimo comma, che *"su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore"*.

Quanto, infine, ai rapporti con la disciplina prevista dal D.Lgs. n. 5/2003 ed agli organismi di conciliazione ivi previsti, in via generale deve osservarsi che il sistema della conciliazione societaria ha rappresentato il modello principale cui si è ispirato il legislatore nella disciplina generale della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali; in particolare, l'art. 16 ha previsto la figura istituzionale degli organismi di mediazione, ovvero degli enti pubblici o privati presso i quali può svolgersi il procedimento di mediazione, generalizzando il sistema previsto dalla conciliazione societaria, con un registro tenuto e vigilato dal Ministero della giustizia; al fine di assorbire la conciliazione societaria nell'alveo della nuova normativa, poi, l'art. 23, comma 1, abroga gli articoli da 38 a 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (che disciplinavano gli organismi ed il procedimento di conciliazione) e stabilisce che i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del decreto ⁽⁴⁾. Il regolamento ⁽⁵⁾ adottato ai sensi dell'art. 16, recante la *"determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi"* prescrive infine (art. 4) che gli organismi costituiti, anche in forma associata, dalle C.C.I.A.A. sono iscritti su semplice domanda, all'esito della verifica della sussistenza del solo requisito di cui al comma 2, lettera b), per l'organismo (possessione da parte del richiedente di una polizza assicurativa) e dei requisiti di cui al comma 3 (relativi alla qualificazione professionale, specifica formazione, onorabilità e conoscenze linguistiche), per i mediatori.

2. - Occorre verificare se l'attività di mediatore, come descritta dal D.Lgs. n. 28/2010 (e dal D.M. 18 ottobre 2010 n. 180), sia o meno potenzialmente incompatibile con l'ufficio di giudice onorario di tribunale.

La disciplina delle incompatibilità con l'esercizio delle funzioni di giudice onorario di Tribunale è dettata dall'art. 42 *quater* del R.D. 30 gennaio 1941, nel testo introdotto dall'art. 8 D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, il quale prevede espressamente che non possono esercitare dette funzioni:

"a) i membri del parlamento nazionale ed europeo, i membri del governo, i titolari di cariche elettive ed i membri delle giunte degli enti territoriali, i componenti degli organi deputati al controllo sugli atti degli stessi enti ed i titolari della carica di difensore civico;

b) gli ecclesiastici ed i ministri delle confessioni religiose;

c) coloro che ricoprono o hanno ricoperto nei tre anni precedenti incarichi, anche esecutivi, nei partiti politici;

⁴ Nel parere 493 del 2008 si era osservato che gli articoli oggi abrogati rappresentavano *"l'ipotesi più dettagliatamente disciplinata di procedimento di conciliazione facoltativo"* e che *"il legislatore nel delineare le caratteristiche professionali proprie del conciliatore, ha individuato nelle camere di commercio la sede privilegiata per la risoluzione di controversie commerciali tra imprese e tra imprese e consumatori"*. Pur non essendo ancora stata approvata la legge 18 giugno 2009, n. 69, contenente all'art. 60 la delega legislativa al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali, si ricomprendeva nella ricostruzione di sistema anche la previsione di cui all'art. 39, comma 3, del disegno di legge S1082, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, approvato definitivamente come legge 69/2009.

⁵ Decreto 18 ottobre 2010 n. 180, *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.*

d) gli appartenenti ad associazioni i cui vincoli siano incompatibili con l'esercizio indipendente della funzione giurisdizionale;

e) coloro che svolgono o abbiano svolto nei tre anni precedenti attività professionale non occasionale per conto di imprese di assicurazione o bancarie, ovvero per istituti o società di intermediazione finanziaria”.

La disciplina delle incompatibilità è poi completata da due previsioni ulteriori:

“Gli avvocati ed i praticanti ammessi al patrocinio non possono esercitare la professione forense dinanzi agli uffici giudiziari compresi nel circondario del tribunale presso il quale svolgono le funzioni di giudice onorario e non possono rappresentare o difendere le parti, nelle fasi successive, in procedimenti svoltisi dinnanzi ai medesimi uffici.

Il giudice onorario di tribunale non può assumere l'incarico di consulente, perito o interprete nei procedimenti che si svolgono davanti agli uffici giudiziari compresi nel circondario di tribunale presso il quale esercita le funzioni giudiziarie”.

Nella circolare prot. P-10358/2003 del 26 maggio 2003, relativa ai criteri per la nomina e conferma dei giudici onorari di Tribunale e successive modificazioni e integrazioni, l'art. 5 precisa altresì che *“non è compatibile con le funzioni onorarie l'esercizio dell'attività legale c.d. stragiudiziale diretta all'esercizio dell'attività professionale davanti all'ufficio o agli uffici nei quali il magistrato onorario svolge le sue funzioni”.*

Orbene, deve innanzi tutto osservarsi che la disciplina delle incompatibilità dettata per i giudici onorari di Tribunale risulta meno rigorosa delle disposizioni dettate per i giudici di pace, in considerazione della loro diversa posizione di magistrati onorari, che solo eventualmente ed occasionalmente - *“nei casi di impedimento o di mancanza dei giudici ordinari”* ai sensi dell'art. 43 bis, comma 2, O.G. - sono chiamati ad esercitare funzioni giurisdizionali e che vengono incardinati in uffici composti da magistrati professionali.

Nell'estratto della relazione illustrativa al decreto legislativo n. 51 del 1998, al par. 1.3.2. si legge espressamente che detta disciplina costituisce il risultato di un ponderato bilanciamento da una parte dell'interesse di garantire l'indipendenza ed imparzialità della funzione giurisdizionale che i magistrati onorari sono chiamati a svolgere, dall'altro dell'esigenza di non comprimere oltre misura i serbatoi di reclutamento dei magistrati onorari, considerato il loro ruolo di supplenza. A tal proposito si evidenzia che sono state eliminate, secondo le indicazioni generali fornite dal parere del Senato, l'incompatibilità con il rapporto di lavoro dipendente e quella connessa con alcune attività professionali svolte da parenti e conviventi, già contemplate nello schema di decreto. Nell'estratto della relazione illustrativa citato si legge espressamente che la disciplina delle incompatibilità vuole evitare *“i rischi di commistione e confusione dei ruoli connessi all'esercizio contemporaneo dell'attività professionale e di quella giurisdizionale”.*

Nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 51 del 1998 si evidenzia, ancora, che in sede di lavori parlamentari numerosi rilievi sono stati fatti in ordine alla necessità di superare l'anomalia rappresentata dall'affidamento di funzioni giurisdizionali a soggetti che possono svolgere altre attività lavorative (in particolare, la professione di avvocato), con ruolo di “supplenza” dei magistrati ordinari addetti all'ufficio: tali rilievi si sono tradotti, sul piano propositivo, nell'invito a riconoscere carattere transitorio alle disposizioni relative ai giudici onorari di Tribunale ed ai vice procuratori onorari; a prevedere requisiti per la nomina ed un regime delle incompatibilità meno rigorosi di quelli prefigurati nel primo schema di decreto; ad introdurre limitazioni in ordine alle funzioni che i magistrati onorari possono svolgere ed infine si è previsto, con apposita norma finale (art. 245) che le disposizioni dell'ordinamento giudiziario, concernenti i giudici onorari di tribunale e i vice procuratori onorari, sono destinate ad operare in via transitoria, fino a quando non sarà attuato il complessivo riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria a norma dell'art. 106 Cost., e comunque non oltre cinque anni dalla data di efficacia del decreto ⁽⁶⁾.

⁶ Il termine è stato più volte prorogato ed attualmente risulta fissato al “31 dicembre 2012” per effetto dell'articolo 15, comma 1, del D.L. 22 dicembre 2011, n. 212.

Sulla base della normativa fin qui richiamata, appare evidente l'inopportunità dello svolgimento delle funzioni di mediatore da parte del giudice onorario di Tribunale, quanto meno rispetto a vicende che possano dar luogo a contenziosi davanti all'ufficio nel quale il magistrato onorario svolge le sue funzioni; le differenze sul piano ordinamentale tra il giudice di pace, titolare di un ufficio con competenza propria e titolare delle funzioni di conciliazione previste dall'art. 322 cod. proc. civ., ed il giudice onorario, che soltanto eventualmente ed occasionalmente è chiamato ad esercitare funzioni giurisdizionali e che viene incardinato in uffici composti da magistrati professionali, inducono però a ritenere che non sussista quella inconciliabilità tra le due attività che invece caratterizza la figura del giudice di pace.

Inoltre l'insussistenza di un criterio di collegamento territoriale tra sede dell'organismo di conciliazione e l'autorità giudiziaria competente per la causa di merito impedisce di limitare all'ambito circondariale una eventuale incompatibilità di funzioni.

Va però ricordato che, ai sensi dell'art. 3, comma 3, lettera c) della circolare P-10358/2003 del 26 maggio 2003 e successive modifiche, fra i requisiti previsti per la nomina dei giudici onorari sono previsti *"l'inesistenza di fatti o circostanze che, tenuto conto dell'attività svolta dagli aspiranti e delle caratteristiche dell'ambiente, possano ingenerare il timore di parzialità nell'amministrazione della giustizia"* nonché (lettera d) *"l'idoneità degli aspiranti ad assolvere degnamente ed a soddisfare con assiduità ed impegno le esigenze di servizio, desunte da provate garanzie di professionalità e da accertati requisiti di credibilità ed indipendenza"*.

Fra le cause di decadenza dalle funzioni onorarie (art. 12), poi, è previsto espressamente il venir meno di uno dei requisiti necessari per la nomina, per cui l'assunzione delle funzioni di mediatore professionista da parte di un giudice onorario può comportare una pronuncia di decadenza nei suoi confronti, non tanto per ragioni di incompatibilità, quanto per il venir meno del requisito di indipendenza connesso all'esercizio delle funzioni onorarie, posto che la disciplina del D.Lgs. 28/2010 e del D.M. 18 ottobre 2010 n. 180 non ha fugato le perplessità espresse dal Consiglio, con la delibera dell'11 marzo 2009, in ordine all'insufficienza delle disposizioni relative alla incompatibilità ed astensione del mediatore, giudicate inidonee ad assicurarne la necessaria imparzialità ed autorevolezza.

In attesa della legge di riordino del ruolo e delle funzioni dei magistrati onorari, allora, si ritiene di dover accedere a una soluzione che escluda la possibilità di esercitare contemporaneamente le funzioni di mediatore professionista e quelle di giudice onorario, quanto meno sotto il profilo dei requisiti di indipendenza ed imparzialità previsti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali onorarie.

Per tutto quanto sopra esposto, il Consiglio
delibera

di rispondere nei seguenti termini:

- quanto al primo quesito, che la norma di cui all'art. 43-bis dell'Ordinamento giudiziario, secondo cui i giudici onorari "svolgono presso il tribunale ordinario il lavoro giudiziario loro assegnato dal presidente del tribunale o, se il tribunale è costituito in sezioni, dal presidente o altro magistrato che dirige la sezione", va intesa nel senso di ricomprendere nel lavoro giudiziario anche la redazione delle sentenze;
- quanto al secondo quesito, che, alla luce della disciplina positiva, debba escludersi la possibilità di esercitare contemporaneamente le funzioni di mediatore professionista di cui al D.Lgs. 28/2010 e quelle di giudice onorario di tribunale, per il venir meno dei requisiti di indipendenza ed imparzialità previsti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali onorarie. "