

Introduzione

Lo scopo di questo testo è quello di fornire a coloro che si avvicinano alla mediazione, ma anche a coloro che mediatori lo sono già, gli strumenti per potere operare nelle stanze di mediazione in modo efficace e convincente. E' un testo che nasce dall'esperienza maturata durante i corsi di formazione, a contatto con infinite realtà culturali che proponevano domande ed esigevano risposte; nelle camere di mediazione in cui le parti ed i loro legali cercavano nel mediatore, o forse meglio, con il mediatore, dei contenuti che permettessero la risoluzione della controversia e la pacificazione; dai contatti, sempre graditi, con gli Organismi di mediazione, i cui responsabili dovevano affrontare problematiche ogni giorno nuove, senza trovare univocità di risposte nella legge o nelle risposte fornite dal Ministero o nella Giurisprudenza. Questo libro è scritto da chi crede nella mediazione e, non la sottovaluta ritenendola essenziale per raggiungere due obiettivi essenziali: la pacificazione sociale e lo sfoltimento delle aule di tribunale. La mediazione non è la panacea di tutti i mali della Giustizia italiana, ma non è nemmeno un ostacolo alla stessa. La figura del mediatore e quella del Giudice sono profondamente difformi: al primo spetta il compito di aiutare le parti a risolvere insieme una controversia , in modo che, anche attraverso questo momento, esse potranno ritrovare quei punti di contatto e di collaborazione che pure dovevano avere nel passato. Al giudice spetta un altro compito: quello di applicare la legge, ricercare torti e ragioni e fornire risposte che

corrispondono esattamente alla domanda giudiziale. Tuttavia i tempi lunghi della Giustizia hanno spinto alla ricerca di nuove forme, alternative ai tribunali, di risoluzione delle controversie. Ma mai, come è giusto che sia, esse devono impedire ai cittadini di potersi sentire liberi in ogni momento di demandare ad un terzo, imparziale, il compito di decidere in loro sostituzione, emettendo una sentenza che definitivamente orienti le ragioni a favore dell'uno o dell'altro. La mediazione è fatta per i cittadini: per riconoscere loro la facoltà di cercare un accordo o, di rivolgersi alle Istituzioni statali. A noi mediatori il compito tutt'altro che facile, di fare comprendere ai cittadini l'importanza della negoziazione, del dialogo e dello scambio così da condurli a tentare una soluzione negoziata e, solo se questa non genera i risultati attesi, adire le aule di tribunale. Questo libro , si spera, faciliterà il cammino di tutti quelli che credono come me nella mediazione, offrendo loro spunti critici, risposte, ma anche domande alle quali collaborando con il massimo impegno e dedizione potremo fornire risposte certe.

Buona lettura.

*Dedicato alla mia famiglia
A chi c'è ed a chi non c'è più
Ed a tutti coloro che credendo in me
Mi affidano i loro destini professionali*

Indice sommario

Capitolo primo: Il contesto normativo della mediazione civile e commerciale in Italia.

Par. I : Introduzione.

Par. II: La direttiva comunitaria 2008/52/CE e la sua attuazione attraverso la legge delega 69/2009.

Par. III: La svolta. La declaratoria di incostituzionalità.

Par. IV: Il D.Lgs. 28/2010.

Par. V : Il D.M. 180/2010 e le sue successive modifiche.

Capitolo secondo: la disciplina della mediazione nel D.Lgs. 28 del 4 marzo 2010 come modificato dal decreto legge 69/2013 convertito in legge nr. 98 del 9 agosto 2013.

Par. I : Principali definizioni.

Par. II: Le controversie oggetto di mediazione.

Par. III: Il procedimento di mediazione.

Par. IV: Accesso alla mediazione.

Par. V : Condizioni di procedibilità e rapporti col processo.

Par. VI: Clausole statutarie ed effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza.

Par. VII: Durata della mediazione.

Par. VIII: Le fasi del procedimento.

Par. IX: La conclusione del procedimento: conciliazione o non conciliazione.

Par. X : Efficacia esecutiva ed esecuzione.

Par. XI: Spese processuali.

Par. XII: Obblighi e responsabilità del mediatore.

Par. XIII: Gli incentivi di natura tributaria e finanziaria.

Par. XIV: Usucapione e mediazione.

Capitolo terzo: Le novità introdotte in materia di mediazione civile e commerciale dal D.M. 180/2010 e succ.ve modifiche.

Capitolo quarto:Le fasi della mediazione.

Par. I: Il primo incontro.

Par. II: L'incontro di mediazione.

Par. III: Accordo o non accordo.

Capitolo quinto: Formulario.

Capitolo primo

**Il contesto normativo della mediazione
civile e commerciale in Italia.**

I: *Introduzione*

Un lavoro che abbia ad oggetto il fenomeno *mediazione civile e commerciale* non può che prendere le mosse da una accurata indagine normativa che permetta di comprendere le linee di sviluppo dell'istituto. Va immediatamente sottolineata la difficoltà di una analisi unitaria del contesto, posto che esso è caratterizzato da un coacervo di norme nazionali e comunitarie, nonché da interventi di tipo giurisdizionale, tutt'altro che omogenei ed amalgamati tra di loro. Una vicenda assai travagliata quella della mediazione in Italia, soprattutto perché sin dai primi interventi in materia si è dovuto lottare contro la resistenza di un sistema, principalmente rappresentato da una parte dell'avvocatura, che vedeva la mediazione come una sorta di *corpo estraneo*. Il problema manifestatosi è quello di introdurre un sistema, tipico della cultura giuridica anglosassone, ma lontano dagli schemi classici propri della cultura giuridica del nostro paese, che permetta - salvaguardando il diritto costituzionale di libero e rapido accesso alla giustizia - la risoluzione delle controversie con soluzioni che conducano alla piena soddisfazione delle parti in tempi brevi e con costi relativamente contenuti. In pratica, è necessario affiancare alla cultura del ricorso al giudice ordinario che decide per le parti in modo vincolante, dei sistemi di risoluzione alternativi delle controversie, nei quali le parti fossero protagoniste, partecipando

attivamente e, cercando ciascuno di trovare un giusto compromesso tra le proprie necessità (degne di tutela giuridica) e quelle di tutti gli altri soggetti coinvolti. Nell'esperienza internazionale, questi sistemi vengono fatti rientrare nella logica ADR (Alternative disputes resolution). In questa definizione rientrano tutte quelle procedure che tendono alla risoluzione di controversie di tipo legale, aventi ad oggetto diritti disponibili, alternative rispetto al giudizio vincolante degli organismi giudiziari statali. La logica delle ADR parte dalla considerazione della inevitabilità del conflitto sociale come conseguenza della vita di relazione. Tale conflitto può essere superato attraverso due atteggiamenti: uno di tipo avversoriale, nel quale ogni parte ritiene di essere nel pieno delle ragioni, esclude quelle dell'altro ed addiavene allo scontro, che si realizza attraverso il ricorso ai giudici, demandando ad essi il potere di dirimere la controversia; l'altro di tipo collaborativo nel quale le parti cercano il dialogo chiaro e che si tiene esponendo i propri reali interessi e cercando il giusto punto di contemperamento rispetto a quelli altrui. Nella cultura giuridica italiana, a differenza di quella dei paesi anglosassoni, l'atteggiamento prevalente è quello di porre termine alle controversie attraverso il ricorso alla giustizia ordinaria. Tale impostazione è peraltro supportata dalla assoluta carenza nel nostro paese di forme adeguate di ADR che permettano di indurre le parti ad un atteggiamento costruttivo attraverso il quale, di

fronte ad una controversia, esse dapprima cerchino di risolverla spontaneamente da sole, anche attraverso il ricorso all'aiuto di familiari ed amici che le stimolino in tal senso; poi ricorrano all'ausilio di un terzo negoziatore imparziale che possa condurle ad un accordo, tenendo conto dei loro interessi reali ed infine, ma solo in caso di insuccesso, ricorrano all'ausilio dei tribunali. D'altra parte, è cosa nota, il ricorso ai tribunali per la tutela dei propri interessi non è generalmente considerata una forma satisfattoria di realizzazione degli stessi. Il compito del tribunale è quello di valutare torti e ragioni; ma si sa che chi propende per un giudizio, è sempre nella convinzione che le ragioni siano tutte della propria parte. La decisione del giudice finirà quindi, e non potrebbe essere diversamente, per favorire le ragioni di uno rispetto a quelle dell'altro, creando in quest'ultimo un senso di insoddisfazione. Ciò, lo indurrà a ricorrere ad un nuovo grado di giudizio che, non potrà che condurre allo stesso risultato, con la ragione attribuita all'uno o all'altro. E' palese che terminata la catena di giudizi una delle parti (se non addirittura entrambe) rimarrà definitivamente scontenta e si vedrà costretta ad adeguarsi ad una decisione che non condivide o che addirittura avversa, accrescendosi così, il dissidio tra i controvertenti. E per fare tutto ciò ciascuna parte avrà sprecato anni e sostenuto costi non di poco conto. Si pensi che, come risulta dal rapporto OCSE, in Italia, ad esempio nel 2010

la durata media dei processi è stata di 564 giorni per il primo grado contro una media di 240 giorni; nei paesi OCSE la durata media dei tre gradi di giudizio è di 788 giorni contro gli otto anni dell'Italia. Questi dati dovrebbero far riflettere con attenzione i cittadini e spingerli verso forme di risoluzione alternativa delle controversie che, attraverso la negoziazione, li conducano ad un accordo ampiamente satisfattorio. In questo contesto ha inizio l'iter normativo (che peraltro chi scrive non ritiene ancora concluso) che condurrà alla formulazione del D. LGS. 28/2010 nella sua attuale forma come modificata dalla L. 98 del 9 agosto 2013.

II: La direttiva Comunitaria 2008/52/CE e la sua attuazione attraverso la legge delega 69/2009.

Il primo intervento di rilievo è rappresentato dalla direttiva comunitaria 2008/52/CE che induce il legislatore italiano a realizzare un primo quadro normativo omogeneo, generale e completo in materia di mediazione civile e commerciale. In particolare, al considerando 2) si legge:
Il principio dell'accesso alla giustizia è fondamentale e, al fine di favorire un migliore accesso alla giustizia, il Consiglio Europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha invitato gli stati membri ad istituire procedure extragiudiziali ed alternative. Vi è in questo considerando una presa d'atto ufficiale: per gli stati membri, la spinta verso la creazione di procedure ADR

omogenee e generalizzate, non rappresenta un ostacolo all'accesso alla giustizia, ma addirittura viene considerato come uno strumento migliorativo. Tale principio che è stato fortemente avversato in questi anni, soprattutto da una parte dell'avvocatura e, che addirittura ha spinto ad eccezioni di incostituzionalità relative al D. LGS. 28/2010, ha una sua logica pregnante. Se si crea un'idonea forma di mediazione, realizzata in modo da garantire l'accesso rapido dei cittadini e la facilità risoluzione delle proprie controversie, grazie all'aiuto di un negoziatore competente e professionale, tante controversie potranno essere risolte dalle parti in modo satisfattorio evitando di affollare le aule di giustizia. In questo modo, riducendo il numero delle cause, si ridurranno i tempi di attesa per tutti coloro le cui posizioni non potessero essere contemperate attraverso la mediazione, facilitando in tale maniera l'accesso alla giustizia, con la relativa riduzione di tempi e costi. Questo principio è stato completamente invertito dopo l'introduzione in Italia del D. LGS. 28/1010, sostenendosi a contrario della tesi precedente che il ricorso alla mediazione, nella sua connotazione di obbligatorietà, finiva per rendere ancora più lunghi i tempi della giustizia e, ancor più complicato l'accesso ai cittadini. Chi scrive non ritiene che l'allungamento di 4 mesi (oggi 3) dei tempi di durata di una causa – che secondo le statistiche può durare anche otto anni - sia un grave ostacolo per l'accesso alla giustizia da parte del

cittadino. In ogni caso non lo è, laddove si consideri che spesso, entro tre mesi, la controversia, grazie alla collaborazione delle parti, dei loro legali e del mediatore può essere risolta in modo satisfattorio e senza ricorrere ai tribunali.

In merito all'introduzione nel nostro paese del procedimento di mediazione la direttiva comunitaria precisa al considerando 8) che *la presente direttiva dovrebbe applicarsi solo alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interna*. Questo principio, per cui la procedura di mediazione può essere estesa a tutti gli stati membri, anche se originariamente diretta alla risoluzione delle controversie transfrontaliere, è riaffermato nel 2° comma dell'art. 5 della direttiva, il quale recita: *La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario. Purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario*. La disciplina comunitaria non esclude quindi la possibilità da parte degli stati membri di prevedere una forma di mediazione anche obbligatoria, purché ciò non impedisca il diritto di accesso al sistema giudiziario. Sulla scorta di questi principi il legislatore italiano interviene in

materia con la legge delega 69/2009 all'art. 60, nel quale al comma 1 si da delega al governo di adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e conciliazione in ambito civile e commerciale. L'art. 3 della direttiva definisce poi i principi e i limiti di delega. In particolare, il comma a), impone l'obbligo di *prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, SENZA PRECLUDERE L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA*. L'ultimo inciso è uno dei punti più controversi dell'intero contesto normativo. Esso sembra riprendere quanto indicato al citato art. 5 comma 2 della direttiva, il quale, peraltro, come detto non esclude la possibilità di imporre forme obbligatorie di mediazione salvaguardando il diritto di libero accesso alla Giustizia. Considerando che (ed a volte in maniera improduttiva) il D.LGS. 28/2010 riprende pedissequamente il testo della direttiva, l'accezione precedente può ben far pensare che, seppure la legge delega non preveda espressamente forme di mediazione obbligatoria, nemmeno ne esclude la previsione. Da ciò dovrebbe discendere che, quando il legislatore ha imposto l'obbligatorietà della mediazione in talune materie (vedasi art. 5 comma 1 del D.LGS. 28/2010), egli non abbia operato in eccesso di delega.

III: La svolta: La declaratoria di incostituzionalità.

Di diverso avviso la Corte Costituzionale che, con la sentenza 272/12 che si riporta interamente in appendice del presente capitolo in quanto perfettamente descrive tutte le posizioni assunte dalle varie categorie professionali in materia di mediazione,¹ dichiarava la

¹ Cfr: SENTENZA N. 272

ANNO 2012

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Alfonso QUARANTA; Giudici : Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Sergio MATTARELLA, Mario Rosario MORELLI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale degli articoli 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e 16, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), dell'articolo 2653, primo comma, numero 1), del codice civile, dell'articolo 16 del decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180, come modificato dal decreto ministeriale 6 luglio 2011, n. 145 (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), promossi dal Giudice di pace di Parma con ordinanza

del 1° agosto 2011, dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio con ordinanza del 12 aprile 2011, dal Giudice di pace di Catanzaro con due ordinanze del 1° settembre e del 3 novembre 2011, dal Giudice di pace di Recco con ordinanza del 5 dicembre 2011, dal Giudice di pace di Salerno con ordinanza del 19 novembre 2011, dal Tribunale di Torino con ordinanza del 24 gennaio 2012 e dal Tribunale di Genova con ordinanza del 18 novembre 2011, rispettivamente iscritte ai nn. 254 e 268 del registro ordinanze 2011 ed ai nn. 2, 19, 33, 51, 99 e 108 del registro ordinanze 2012 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 51 e 54, prima serie speciale, dell'anno 2011 e nn. 5, 8, 11, 15, 22 e 23, prima serie speciale, dell'anno 2012.

Visti gli atti di costituzione dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura – OUA ed altri, della «Associazione degli Avvocati Romani» ed altra, del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze, dell'AIAF, Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori, dell'Unione Nazionale delle Camere Civili, dell'Organismo di mediazione ADR Center s.p.a., nonché gli atti di intervento della Associazione nazionale mediatori e conciatori, della Società italiana conciliazione mediazione e arbitrato s.r.l. (SIC&A), del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano, di Assomediazione – Associazione italiana organismi privati di mediazione e di formazione per la mediazione, di Unioncamere – Unione Italiana delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura ed altri, del Consiglio Nazionale Forense, della ADR Accorditalia s.r.l. e del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 23 ottobre 2012 e nella camera di consiglio del 24 ottobre 2012 il Giudice relatore Alessandro Criscuolo;

uditi gli avvocati Marilisa D'Amico e Lotario Dittrich per il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Milano, Maria Cristina Stravaganti per la Società italiana conciliazione mediazione e arbitrato s.r.l. (SIC&A), Francesco Franzese per l'Assomediazione – Associazione italiana organismi privati di mediazione e di formazione per la mediazione, Beniamino Caravita di Toritto per la Unioncamere – Unione Italiana delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura ed altri, Massimo Luciani per il Consiglio Nazionale Forense, Giorgio Orsoni per l'Organismo Unitario dell'Avvocatura – OUA ed altri e per il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze, Giuliano Scarselli per l'AIAF –

Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori, Giampiero Amorelli per «l'Associazione degli Avvocati Romani» ed altra, Antonio De Notaristefani Di Vastogirardi per l'Unione Nazionale delle Camere civili, Rodolfo Cicchetti per l'Organismo di mediazione ADR Center s.p.a. e l'avvocato dello Stato Maurizio Di Carlo per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.— Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (d'ora in avanti, TAR), con ordinanza del 12 aprile 2011 (r.o. n. 268 del 2011), ha sollevato, in riferimento agli articoli 24 e 77 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e dell'articolo 16, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali).

Il TAR premette che l'ordinanza in questione è stata emessa nell'ambito del procedimento relativo ai ricorsi, successivamente riuniti, promossi entrambi contro il Ministro della giustizia e il Ministro dello sviluppo economico; che il primo ricorso è stato proposto dall'Organismo unitario dell'avvocatura italiana – OUA, in persona del presidente avv. Maurizio de Tilla, il quale agisce anche in proprio, dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, in persona del presidente avv. Francesco Caia, il quale agisce anche in proprio; dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata, in persona del presidente avv. Francesco Torrese, il quale agisce anche in proprio; dall'Unione Regionale dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati della Campania, in persona del presidente avv. Franco Tortorano, il quale agisce anche in proprio; dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Lagonegro, in persona del presidente avv. Rosa Marino; dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Larino, in persona del presidente avv. Marco d'Errico, il quale agisce anche in proprio; dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Campobasso, in persona del presidente avv. Demetrio Rivellino, il quale agisce anche in proprio; da Mario Pietrunti, da AIAF – Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori, in persona del presidente avv. Milena Pin; da Filippo Pucino, Paola Pucino, Angelo Pucino, Carmelo Maurizio Sergi, Federica Eminente, Sabrina Sifo, Salvatore Walter Pompeo, Eugenio Bisceglia, Vitangelo Mongelli,

Vincenzo Papaleo, Salvatore Di Cristofalo, Giovanni Zambelli, Giuseppe Di Girolamo, Agostino Maione, Claudio Acampora, Luigi Ernesto Zanoni; che nel giudizio a quo, ad adiuvandum, sono intervenuti l'Associazione degli avvocati romani, l'Associazione agire e informare, i Consigli dell'Ordine degli Avvocati di Firenze e di Salerno mentre, ad opponendum, sono intervenuti l'Associazione avvocati per la mediazione, Lorenza Morello e Alberto Mascia, ADR Center s.p.a., l'Associazione italiana dei dottori commercialisti ed esperti contabili e l'Unione nazionale giovani dottori commercialisti; che il secondo ricorso è stato proposto dalla Unione Nazionale delle Camere civili (UNCC); che oggetto dei ricorsi è la domanda di annullamento del decreto del Ministro della giustizia, adottato di concerto con il Ministro per lo sviluppo economico, n. 180 del 2010, avente ad oggetto il «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 n. 28 del 2010», e «la dichiarazione della non manifesta infondatezza della questione di

legittimità costituzionale degli articoli 5 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento agli art. 24, 76 e 77 Cost.».

In particolare, il rimettente, dopo essersi soffermato sulla possibilità della diretta impugnabilità del regolamento innanzi al giudice amministrativo e sul quadro normativo di riferimento, espone i motivi dei ricorsi.

1.1.— Con riguardo al primo ricorso, il giudice a quo riferisce che i ricorrenti lamentano l'assenza, nel d.m. n. 180 del 2010, di criteri volti ad individuare ed a selezionare gli organismi di mediazione in ragione dell'attività squisitamente giuridica che essi andrebbero a svolgere, e che sarebbe richiesta sia dalla normativa comunitaria, sia dalla legge delega 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). Sul punto i ricorrenti pongono in rilievo che, a livello comunitario, l'art. 4 della direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale), dispone che la mediazione «sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti», mentre l'art. 60, lettera b), della legge delega citata, tra i principi e criteri direttivi, richiede

di prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali ed indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione.

A sostegno della censura i ricorrenti osservano che l'art. 4 del regolamento, nel disciplinare l'iscrizione, a domanda, degli organismi di mediazione che possono essere costituiti sia da enti pubblici che da enti privati, si limita a prevedere, al comma 2, una serie di parametri di tipo amministrativo-economico-finanziario, tra cui la capacità finanziaria ed organizzativa, il possesso di polizza assicurativa, la trasparenza amministrativa e contabile e, poi, a prescrivere, al comma 3, una verificazione di tipo «aggiuntivo» sui requisiti di qualificazione dei mediatori, che viene demandata al responsabile del procedimento, senza essere correlata alle competenze giuridiche che sarebbero oggettivamente richieste dall'attività di mediazione.

Sotto tale profilo, i ricorrenti escludono che il criterio selettivo, di cui lamentano la carenza, possa essere costituito dalla previsione di cui all'art. 4, comma 3, del regolamento impugnato il quale prevede, alla lettera a), che il mediatore debba essere in possesso di un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale, oppure debba essere iscritto ad un ordine o ad un collegio professionale e, alla lettera b), che il mediatore abbia una specifica formazione ed uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione regolati dal successivo art. 18 del d.m. citato. Tali elementi, essendo sprovvisti di una specifica professionalità, delineerebbero un'area generica attinente al solo ambito della formazione culturale, che risulterebbe priva di quegli agganci ad una precipua qualificazione e perizia nell'ambito giuridico professionale, invece necessaria in ragione della tipologia della prestazione che deve essere resa. Ciò, ad avviso dei ricorrenti, varrebbe ancor di più alla luce dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e delle materie ivi previste, in relazione alle quali l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ovvero si pone come alternativa al sistema giudiziale o quale funzione stragiudiziale di soddisfazione di pretese giuridiche. L'assunto, per cui il procedimento di mediazione dovrebbe essere gestito con l'ausilio di persone svolgenti la professione legale, si fonderebbe sui seguenti dati: il procedimento di mediazione non conclusosi positivamente incide, ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 28 del 2010 ed ai

sensi dell'art. 60, lettera p), della legge n. 69 del 2009, sulle spese del successivo giudizio; l'art. 13 del d.lgs. citato intitolato «spese processuali» prevede, infatti, che quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa, alla quale la parte vincitrice non abbia aderito, il giudice è obbligato ad escludere la ripetizione delle spese sostenute ed a condannarla, invece, al rimborso delle spese sopportate dal soccombente; il verbale dell'accordo conclusivo del procedimento di mediazione, non contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e sottoposto ad omologazione, ha efficacia di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. citato; l'avvocato ha l'obbligo, all'atto del conferimento dell'incarico, di informare il proprio assistito della possibilità di avvalersi della mediazione, ciò ai sensi dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. citato e dell'art. 60, lettera p), della legge n. 69 del 2009, nonostante lo svolgimento della relativa attività sia demandato ad altre categorie professionali.

Il TAR riferisce ancora che i ricorrenti pervengono alla conclusione secondo cui la mancata previsione di idonei criteri di valutazione della competenza degli organismi di mediazione porrebbe il regolamento impugnato in palese contrasto «non tanto con l'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, ma piuttosto con i principi generali e l'insieme delle disposizioni dell'intero impianto legislativo considerato».

Aggiunge che, ad avviso dei ricorrenti, gli artt. 5 e 16 del d.lgs. citato non sfuggirebbero a censure di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 77 e 24 Cost.

In particolare l'art. 5, nel prevedere che l'esperimento del procedimento di mediazione sia condizione di procedibilità, rilevabile anche di ufficio, della domanda giudiziale in riferimento alle controversie in esso indicate, precluderebbe l'accesso diretto alla giustizia, disattendendo le previsioni del principio e criterio direttivo di cui all'art. 60, comma 3, lettera a), della legge-delega, che lo tutela. L'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, ponendo quali criteri di selezione degli organismi abilitati alla mediazione la «serietà ed efficienza», liberalizzerebbe il settore, contravvenendo sia all'art. 4 della direttiva 2008/52/CE, sia all'art. 60, comma 3, lettera b), della legge citata, che fanno riferimento ai criteri della competenza e della professionalità.

1.2.— Con riferimento, invece, al ricorso n. 11235 del 2010, il rimettente si sofferma sui tre motivi di impugnazione e sulle eccezioni di illegittimità costituzionale, ritenendo rilevante soltanto quella sollevata con riferimento al primo motivo (illegittimità derivata dalla illegittimità degli artt. 5 e 17 – recte: 16 – del d.lgs. n. 28 del 2010, in relazione agli artt. 24, 76 e 77 Cost.); anche la ricorrente UNCC sostiene che il legislatore sia incorso in eccesso di delega là dove ha previsto l’obbligatorietà del procedimento di mediazione e l’improcedibilità del giudizio introdotto senza il previo esperimento della mediazione, entrambi non previsti dalla legge delega.

Ciò premesso, il TAR osserva come punto centrale della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, «nonché qualificante espressione dell’interesse sostanziale dedotto in giudizio, alla luce delle prime due doglianze di cui al ricorso», sia la «dedotta omissione, da parte dell’art. 4 dell’impugnato regolamento, dei criteri volti a delineare i requisiti attinenti alla specifica professionalità giuridico-processuale del mediatore».

L’illegittimità di tale omissione – ad avviso del rimettente – andrebbe apprezzata alla luce delle previsioni contenute nell’art. 4 della direttiva 2008/52/CE e nell’art. 60 della legge n. 69 del 2009.

L’art. 16 del citato decreto legislativo, di cui il regolamento costituisce attuazione, avrebbe trascurato la valenza di detti requisiti, quelli appunto di competenza e professionalità, sostituendoli con altri, quelli di serietà ed efficienza, che il regolamento impugnato ha fatto propri, ma che non soddisferebbero le esigenze considerate dal legislatore comunitario e da quello nazionale delegante.

Osserva il rimettente come i requisiti di competenza e professionalità sarebbero, invece, insopprimibili, soprattutto se si considera che, per un vasto ventaglio di materie, l’art. 5 del d.lgs. n.

28 del 2010, anch’esso sospettato di illegittimità costituzionale, rende l’esperimento della mediazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Il giudice a quo, poi, al fine di risolvere in via ermeneutica il problema della sovrappponibilità dei concetti di competenza e professionalità, nonché serietà ed efficienza, non trascura il tentativo di sottoporre l’art. 60 della legge n. 69 del 2009 e l’art. 16 del d.lgs. citato ad una interpretazione costituzionalmente orientata, tenendo conto della necessità di una stretta

continuità e coerenza delle disposizioni, anche in relazione all'art. 4 della direttiva 2008/52/CE.

Il TAR, però, ritiene tale interpretazione non praticabile, in quanto essa «non esaurirebbe che in misura molto limitata l'ambito delle questioni sottoposte a giudizio, lasciando aperto l'interrogativo circa il ruolo che l'ordinamento giuridico nazionale intenda effettivamente affidare alla mediazione, là dove è proprio la puntuale individuazione di tale ruolo ad essere imprescindibilmente pregiudiziale all'apprezzamento dei requisiti che è legittimo richiedere al mediatore o da cui è legittimamente consentito prescindere».

Secondo il rimettente, infatti, «una cosa è la costruzione della mediazione come strumento cui lo Stato in un vasto ambito di materie obbligatoriamente e preventivamente rimandi per l'esercizio del diritto di difesa in giudizio; altra cosa è la costruzione della mediazione come strumento generale normativamente predisposto, di cui lo Stato incoraggi o favorisca l'utilizzo, lasciando pur tuttavia impregiudicata la libertà nell'apprezzamento dell'interesse del privato ad adirla ed a sopportare i relativi effetti e costi».

Ad avviso del rimettente, dunque, l'esame delle doglianze proposte in relazione al regolamento n. 180 del 2010 non potrebbe prescindere dall'accertamento della correttezza, in raffronto ai criteri della legge-delega e ai precetti costituzionali, tenuto conto delle disposizioni comunitarie, delle scelte operate dal legislatore delegato, e in particolare dalla verifica della correttezza delle seguenti disposizioni: dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, il quale ha conformato gli organismi di conciliazione a qualità che attengono essenzialmente all'aspetto della funzionalità generica e che sono scevri da qualsiasi riferimento a canoni tipologici o professionali di carattere qualificatorio, ovvero strutturale; dell'art. 5 del d.lgs. ora citato, che ha configurato, per le materie ivi previste, l'attività dei mediatori come insopprimibile fase processuale, cui altre norme del decreto assicurano effetti rinforzati e in quanto tale suscettibile in ogni suo sviluppo o di conformare definitivamente i diritti soggettivi da essa coinvolti, o di incidervi anche là dove ne residui la giustiziabilità nelle sedi istituzionali e si intenda adire la giustizia ordinaria; dell'intero d.lgs. n. 28 del 2010 nel quale si rinvengono, ad avviso del rimettente, elementi che farebbero emergere due scelte di fondo: l'una, mirante alla de-istituzionalizzazione e

de-tecnicizzazione della giustizia civile e commerciale nelle materie stesse, e l'altra alla enfatizzazione di un procedimento para-volontario di componimento delle controversie.

Tali scelte, poi, non risulterebbero in armonia con un'altra opzione fatta propria dal decreto delegato: è, infatti, previsto che l'atto, il quale conclude la mediazione, sottoposto ad omologazione, possa acquistare efficacia di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12 del d.lgs. citato), rientrando a pieno titolo tra gli atti aventi gli stessi effetti giuridici tipici delle statuzioni giurisdizionali, là dove nel corso della mediazione, ed ai sensi del decreto legislativo stesso, il profilo della competenza tecnica del mediatore sbiadisce e anche il diritto positivo viene in evidenza solo sullo sfondo, come cornice esterna ovvero come generale limite alla convenienza delle posizioni giuridiche in essa coinvolte (divieto di omologare accordi contrari all'ordine pubblico o a norme imperative, art. 12 del d.lgs.).

Il rimettente ritiene necessario che l'interpretazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, propedeutica all'esame dell'impugnata disposizione di cui all'art. 4 del regolamento, sia correlata con quanto previsto dall'art. 5 dello stesso decreto, «il cui combinato disposto costituisce il vero perno della regolazione delegata».

Il Collegio ritiene, dunque, che le prime tre disposizioni dell'art. 5 del d.lgs. citato si porrebbero in contrasto con l'art. 77 Cost., in quanto non possono essere ascritte all'art. 60 della legge delega, atteso che non è possibile rilevare alcun elemento che consenta di ritenere che la regolazione della materia andasse effettuata nei sensi delle dette previsioni; e questo per i motivi di seguito indicati: a) nessuno dei criteri e principi direttivi previsti e nessun'altra disposizione di detto articolo assumerebbe espressamente l'intento deflattivo del contenzioso giurisdizionale; b) nessuno dei criteri o principi configurerebbe l'istituto della mediazione quale fase pre-processuale obbligatoria: detto tema non potrebbe ritenersi rientrare nell'ambito di libertà, ovvero nell'area di discrezionalità connessa alla legislazione delegata, in quanto non costituirebbe né un mero sviluppo delle scelte effettuate in sede di delega, né una fisiologica attività di riempimento o di coordinamento normativo, e ciò sia che si tratti di recepire la direttiva comunitaria n. 2008/52/CE, sia che si tratti della riforma del diritto civile.

Inoltre, il rimettente osserva come, tenuto conto del silenzio serbato dal legislatore delegante sullo specifico tema, sarebbe stato necessario che l'art. 60 della legge citata avesse lasciato trasparire elementi in tal senso univoci e concludenti.

Secondo il rimettente, poi, si dovrebbe escludere che l'art. 60 della legge n. 69 del 2009 con la locuzione di cui al comma 2, ovvero regolare la riforma «nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria», e con il principio e criterio direttivo posto alla lettera c) del comma 3, ovvero «disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria», possa essere inteso quale delega al Governo a compiere qualsiasi scelta occasionata dalla direttiva più volte citata, che il Governo non è stato neanche chiamato a recepire.

Il TAR si sofferma, poi, sul rapporto tra la direttiva 2008/52/CE e la norma di delega, ponendo in rilievo le seguenti disposizioni: in primo luogo, la scelta compiuta dall'art. 60 della legge citata, ossia quella di estendere le normative comunitarie sulla mediazione anche ai procedimenti ricadenti nell'ordinamento nazionale (cioè alla luce dell'ottavo Considerando) non limitandola solo alle controversie transfrontaliere; la disposizione di cui all'art. 3, lettera a), della direttiva stessa, secondo cui gli Stati devono valutare se il procedimento di mediazione debba essere «avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro»; l'art. 5, paragrafo 2, secondo cui la direttiva lascia «impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario», tenendo conto del limite costituito dalla necessità che «non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario» (art. 5, comma 2, della direttiva citata).

Pertanto, osserva il rimettente, le ricadute della scelta estensiva dell'istituto della mediazione, consistente nel prevederne l'applicazione anche alle controversie oggetto dei procedimenti interamente ricadenti nell'ordinamento interno, sono molteplici ed attengono alle varie modalità con cui tale estensione, salvaguardando l'accesso alla giustizia, può essere effettuata nei singoli ordinamenti ed in primis all'opzione di rendere il ricorso alla mediazione «prescritto dal diritto», quindi obbligatorio e «soggetto a sanzioni».

Ad avviso del TAR, se anche l'art. 60 della legge delega avesse avuto un intento integralmente recettivo della direttiva n. 2008/52/CE, il silenzio del legislatore delegante su tali ultime opzioni

non potrebbe avere, alla luce della doverosa interpretazione della delega ai sensi degli artt. 24 e 77 Cost., «il significato di assentire la meccanica introduzione nell'ordinamento statale delle opzioni comunitarie che, rispetto al diritto di difesa, appaiono le più estreme, ovvero la —prescrizione di diritto|| per talune materie dell'obbligatorietà del ricorso alla mediazione e la predisposizione della —massima sanzione|| per il suo eventuale inadempimento, qual è l'improcedibilità rilevabile anche di ufficio come, al contempo, ha fatto l'art. 5 del decreto delegato».

Il rimettente osserva, ancora, come nessun elemento decisivo possa trarsi dal principio e criterio direttivo previsto dalla lettera a) del comma 3, dell'art.60, della legge delega, là dove dispone che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili «senza precludere l'accesso alla giustizia», in quanto il legislatore, utilizzando tale ultima espressione, avrebbe inteso soltanto rispettare un principio assoluto e primario dell'ordinamento nazionale (art. 24 Cost.) e di quello comunitario.

Il giudice a quo ritiene, infatti, che, se da un lato sia vero che potrebbe non ritenersi precluso ex se l'accesso alla giustizia dalla previsione di una fase pre-processuale obbligatoria, perché, anche se così conformata, essa lascerebbe aperta la facoltà di adire la via giurisdizionale, sarebbe altresì vero che «non tutto ciò che è in via generale permesso all'autorità delegante può ritenersi anche consentito alla sede delegata».

Ciò premesso, ad avviso del rimettente, pur potendosi ammettere che le prime tre disposizioni dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. citato, isolatamente considerate, non siano in contrasto con l'art. 24 Cost., alla stessa conclusione potrebbe non pervenirsi tenendo conto degli effetti derivanti dal loro coordinamento con altre disposizioni dello stesso decreto legislativo ed in particolare con l'art. 16 di esso.

Posto, dunque, che i criteri e principi direttivi finora considerati appaiano neutrali al fine di verificare la rispondenza dell'art. 5 del d.lgs. alla legge delega, il rimettente osserva come ben due principi e criteri direttivi depongano, invece, a favore proprio della previsione della facoltatività della procedura.

È, in primo luogo, posta in rilievo la lettera c) del comma 3, dell'art. 60, della legge delega, la quale prevede che la mediazione sia disciplinata anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 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). Il richiamo al d.lgs. n. 5 del 2003, ad avviso del giudice a quo, farebbe escludere che la scelta del carattere obbligatorio della mediazione possa essere ascritta alla legge-delega; l'art. 40, comma 6, del d.lgs. n. 5 del 2003 (ora abrogato dall'art. 23 d.lgs. n. 28 del 2010), infatti, solo se «il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito» stabiliva che «il giudice su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo ovvero a quello indicato dal contratto o dallo statuto».

Da ciò conseguirebbe che il modello legale valorizzato dall'art. 60 della legge delega, mediante il richiamo al d.lgs. n. 5 del 2003, sarebbe quello delineato da norme di fonte volontaria privata, contratto o statuto sociale, nel senso che sarebbe rimesso ad un momento volontario privato, cioè alla facoltà della parte che vi ha interesse e non alla forza cogente della legge, far constatare nel

giudizio già avviato, ed entro termini stabiliti, la sussistenza di una clausola conciliativa ed il mancato esperimento della conciliazione.

Il rimettente osserva che nulla muta considerando che il decreto delegato n. 28 del 2010, al comma 2 dello stesso art. 5, affianca al meccanismo sospetto di illegittimità costituzionale un meccanismo coincidente con quello di cui al d.lgs. n. 5 del 2003, in forza del quale è il giudice adito, anche in sede di appello, che, valutati una serie di elementi, invita le parti a procedere alla mediazione e differisce la decisione giurisdizionale: tale disposizione, infatti, tiene comunque «fermo quanto previsto dal comma 1».

Ad avviso del TAR, il comma 2 ora menzionato farebbe rilevare maggiormente la incisività della diversa scelta compiuta dal legislatore delegato al comma 1 dello stesso articolo, di subordinare, nelle materie ivi previste, il diritto di difesa in giudizio all'esperimento della mediazione,

rendendo ancora più pressante l'esigenza che di una siffatta scelta si individui il preciso fondamento nella legge delega.

In secondo luogo, il rimettente pone in rilievo la lettera n) del più volte citato art. 60 della legge delega; tale disposizione prevede il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima della instaurazione del giudizio, della «possibilità» e non dell'obbligo di avvalersi della conciliazione.

Al riguardo il giudice a quo rileva che la possibilità è, ovviamente, diversa dalla obbligatorietà e l'accentuazione di tale differenza non sarebbe superflua, vertendo nel campo della deontologia professionale, ovvero in un complesso di obblighi e doveri la cui inosservanza può determinare conseguenze pregiudizievoli in base all'ordinamento civile (risarcimento del danno), amministrativo (sanzioni disciplinari) e pubblicistico (art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 28 del 2010), che richiedono l'esatta individuazione del precezzo presidiato dalle sanzioni.

Infatti, l'art. 4 del d.lgs. citato differenzia, al comma 3, l'ipotesi in cui l'avvocato omette di informare il cliente della «possibilità» di avvalersi della mediazione, da quella in cui l'omissione informativa concerne i casi in cui l'espletamento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale; ciò anche se, poi, il medesimo comma 3 dell'art. 4 non diversifichi la sanzione concernente le due ipotesi, entrambe ricondotte all'unica categoria della «violazione degli obblighi di informazione» e all'annullabilità del contratto intercorso tra l'avvocato e l'assistito «nonostante la maggiore pregiudizievolezza della seconda».

Il TAR si sofferma, poi, sulle difese formulate dalle amministrazioni resistenti, secondo cui lo schema procedimentale seguito sarebbe quello dell'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari), in tema di controversie agrarie.

Al riguardo, il Collegio ritiene che tale argomentazione non sia da condividere, in quanto la risalente legge ora citata, che configura un meccanismo in forza del quale il previo esperimento del tentativo di conciliazione assume la condizione di presupposto processuale, la cui carenza preclude al giudice adito di pronunciare nel merito della domanda, oltre a concernere le limitatissime (rispetto alle materie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010) ipotesi di contratti agrari, non è menzionata in alcuna parte della legge delega che invece, come più volte rilevato, richiama la diversa fattispecie del già citato d.lgs. n. 5 del 2003.

Alla luce di quanto argomentato, il TAR rimettente ritiene che l'art. 5, comma 1, e segnatamente il primo, il secondo ed il terzo periodo, nonché l'art. 16, comma 1, del d.lgs. citato, là dove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione debbano essere gli enti pubblici e privati che diano garanzie di serietà ed efficienza, siano in contrasto con gli artt. 24 e 77 Cost.

In particolare, la violazione dell'art. 24 Cost. sussisterebbe «nella misura in cui [dette disposizioni] determinano, nelle considerate materie, una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce. Ciò in quanto esse non garantiscono, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio».

Sussisterebbe il contrasto anche con l'art. 77 Cost., atteso il silenzio serbato dal legislatore delegante in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, nonché tenuto conto del grado di specificità di alcuni principi e criteri direttivi fissati dall'art. 60 della legge n. 69 del 2009, che risultano in contrasto con le disposizioni stesse.

I principi e criteri direttivi di cui alle lettere c) e n) del comma 3, dell'art. 60 della legge citata, ad avviso del rimettente, porterebbero ad escludere che l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione, al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, possa rientrare nella discrezionalità affidata alla legislazione delegata, quale mero sviluppo o fisiologica attività di riempimento della delega, anche tenendo conto della sua ratio e della sua finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile.

2.— Con atto depositato in data 20 dicembre 2011, si sono costituiti nel giudizio di legittimità costituzionale l'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana – OUA, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata, l'Unione Regionale dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati della Campania, il

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Lagonegro, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Larino, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Campobasso, in persona dei rispettivi presidenti pro tempore, i quali agiscono anche in proprio, chiedendo che la questione sia dichiarata fondata.

Gli esponenti, nel ribadire le argomentazioni del TAR, rilevano, con riferimento alla violazione dell'art. 77 Cost., che l'art. 60 della legge delega al comma 3, lettera a), nel prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili «senza precludere l'accesso alla giustizia», non introdurrebbe un aspetto neutrale (come sembra, invece, affermare il TAR), ma piuttosto avrebbe richiesto che il procedimento di mediazione non fosse costruito quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, pena una pesante limitazione alla immediata accessibilità alla giustizia ed una altrettanto incisiva compromissione dell'effettività e tempestività della tutela giudiziale.

Al di là della stessa previsione della legge-delega, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, la direttiva 2008/52/CE, nel disciplinare alcuni aspetti della mediazione civile e commerciale, al quattordicesimo Considerando, ha stabilito che l'istituto della mediazione non debba essere configurato in modo da impedire alle parti «di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario». La previsione dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, pertanto, non troverebbe aderenza non solo nel contesto normativo nazionale, ma anche in quello comunitario.

Quanto al contrasto con l'art. 24 Cost., le parti osservano come la Corte costituzionale, sin dagli anni '50, abbia ritenuto che detta norma vada intesa non solo nel senso di apprestare la possibilità, in capo ai cittadini, di far valere le proprie ragioni in un giudizio, ma ancor più di garantire la difesa tecnica (a tal fine è richiamata la sentenza n. 46 del 1957).

Ebbene, tale difesa non sarebbe assicurata nel caso di specie, in cui l'accesso alla giustizia non resterebbe soltanto subordinato e, dunque, ritardato dall'esperimento obbligatorio di un tentativo di conciliazione, ma sarebbe gestito da soggetti non adeguatamente formati e privi della necessaria competenza tecnico-giuridica, mentre l'intero procedimento di mediazione sarebbe, invece, costruito sul presupposto della piena conoscenza, competenza e perizia nelle discipline giuridiche.

In tal senso rileverebbero non solo gli artt. 12 e 13 del d.lgs. n. 28 del 2010, ma anche l'art. 8, comma 5, del medesimo decreto, nella parte in cui prevede che la mancata partecipazione al procedimento possa valere come argomento di prova nel successivo eventuale processo. Sarebbe evidente, dunque, che le parti debbano essere rese edotte da un soggetto competente ed esperto delle conseguenze processuali delle loro scelte; ne consegue che tale soggetto non potrebbe che essere un avvocato.

Secondo gli esponenti, poiché l'istituto della mediazione si pone l'obiettivo di addivenire ad una composizione delle rispettive posizioni giuridiche, al pari del sistema giurisdizionale dovrebbe consentire ai cittadini di fruire delle medesime garanzie di tutela.

3.— Con atto depositato in data 12 gennaio 2012, si sono costituite in giudizio «l'Associazione degli Avvocati Romani» e l'Associazione «Agire e informare», parti intervenute ad adiuvandum nel giudizio a quo.

Dette associazioni, nel riservarsi di presentare memorie illustrate e nel fare integralmente proprie le motivazioni poste a sostegno dell'ordinanza di rimessione, rappresentano che, dopo tale ordinanza, con risoluzione del Parlamento europeo in data 13 settembre 2011, circa l'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, pur apprezzando lo sforzo intrapreso in ambito nazionale per introdurre una disciplina dell'istituto, si è «ciò nonostante sottolinea[to] che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria».

Ad avviso delle intervenienti, ciò confermerebbe il dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni censurate, le quali in concreto rendono la mediazione «elemento obbligatorio» della procedura giudiziaria, però sottoposta a modalità liberalizzate, nei sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, contrastanti con l'art. 24 Cost. e non conformi ai principi e ai criteri direttivi fissati dalla legge delega.

4.— Con atto depositato in data 12 gennaio 2012, si è costituita nel giudizio di legittimità costituzionale l'Organismo di mediazione ADR Center s.p.a., parte intervenuta ad opponendum nel giudizio a quo la quale, riservandosi di presentare memorie e produrre documenti, ha chiesto di voler dichiarare manifestamente infondata ed inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza del 12 aprile 2011 dal TAR Lazio.

5.— Con atto depositato in data 13 gennaio 2012, si è costituita nel giudizio di legittimità costituzionale l'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori, chiedendo che la questione sia dichiarata fondata.

Ad avviso dell'esponente la legge delega, nell'indicare che la mediazione non avrebbe dovuto precludere l'accesso alla giustizia, intendeva far riferimento non alla possibilità di adire il giudice dopo la mediazione, «cosa scontata e ovvia», bensì alla necessità che essa non condizionasse il diritto di azione e, quindi, non fosse costruita come condizione di procedibilità. Si osserva come sia circostanza del tutto evidente che, dopo il procedimento di mediazione, la parte possa adire il giudice, poiché sarebbe impensabile che nell'ordinamento, dopo una condizione di procedibilità, non si dia alla parte il diritto alla tutela giurisdizionale.

Né, in senso contrario, potrebbe obiettarsi che il problema non si pone in considerazione della brevità del termine di quattro mesi, cosicché la condizione di procedibilità sarebbe compensata dal termine breve fissato nell'art. 6 del d.lgs. n. 28 del 2010; il termine di quattro mesi era già stato fissato nella lettera q) del comma 3, dell'art. 60 della legge delega, la quale al tempo stesso richiedeva che la mediazione fosse tale da non precludere l'accesso alla giustizia.

Per quanto concerne l'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, l'AIAF osserva come l'art. 24 Cost. non possa dirsi rispettato, in quanto la figura del mediatore non è stata conformata in modo da garantire alle parti una adeguata informazione.

6.— Con atto depositato in data 13 gennaio 2012, è intervenuto nel presente giudizio di costituzionalità il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze, interveniente ad adiuvandum nel giudizio a quo, il quale nel ribadire e far proprie le argomentazioni formulate dal TAR rimettente, ha chiesto che la questione sia dichiarata fondata.

7.— Con atto depositato in data 13 gennaio 2012, si è costituita nel giudizio di legittimità costituzionale l'Unione Nazionale delle Camere Civili la quale, svolgendo argomentazioni analoghe a quelle del TAR, ha chiesto che la questione sia dichiarata fondata.

8.— Con atto depositato in data 17 gennaio 2012, si sono costituiti nel presente giudizio il Ministro della giustizia e il Ministro dello sviluppo economico, chiedendo che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate non fondate.

I detti ministri rilevano come la mediazione obbligatoria sia prevista e ammessa dalla direttiva comunitaria, alla quale dà attuazione il d.lgs. n. 28 del 2010 in forza della delega di cui all'art. 60 della legge n. 69 del 2009, norma che richiama espressamente tale normativa comunitaria; deve, pertanto, escludersi che il legislatore sia incorso nel denunciato vizio di eccesso di delega.

A tal fine è evocata la sentenza n. 276 del 2000 in materia di tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro.

In detta occasione la Corte costituzionale affermò l'insussistenza del vizio di eccesso di delega, benché la legge 15 marzo 1997, n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa), non prevedesse l'obbligatorietà della conciliazione. La Corte costituzionale affermò, altresì, l'assenza di contrasto con l'art. 24 Cost. in virtù del principio per cui «la tutela del diritto di azione non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali, con le dilazioni conseguenti». In quel caso, osservano i resistenti nel giudizio a quo, la Corte individuò tali «interessi generali» sia nell'evitare che l'incremento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provocasse un sovraccarico dell'apparato giudiziario, sia nel favorire «la composizione preventiva della lite che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quelle conseguite attraverso il processo».

Ciò posto, la difesa dello Stato ritiene che «gli interessi generali» devono ritenersi perseguiti anche dalla norma in esame, specialmente con riferimento al secondo di detti «interessi», ove si consideri che l'elemento che caratterizza la mediazione è dato dalla finalità di assistenza delle parti nella ricerca di una composizione non giudiziale del conflitto, basata sul rendere complementari gli interessi e non sul distribuire torti e ragioni.

Anche per quanto concerne la violazione dell'art. 24 Cost., l'Avvocatura osserva come detta censura sveli un approccio non corretto all'istituto in esame.

La mediazione ed il processo ordinario di cognizione, ad avviso dell'esponente, si muovono su piani completamente diversi che non

interferiscono tra loro (se non sotto il profilo della disciplina delle spese giudiziali e degli argomenti di prova che il giudice può desumere dalla mancata partecipazione, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione) ed è errato confondere il piano del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost. (così come dal diritto sovranazionale), con il piano della mediazione che non è «rinuncia alla giurisdizione», ma semplicemente un modo attraverso il quale le parti, in presenza di una lite insorta o che sta per insorgere, risolvono la stessa cercando un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi. Ne consegue che imporre il tentativo di conciliazione non significa né rinunciare alla giurisdizione, né ostacolarla: le parti non sono tenute ad accordarsi, mentre i tempi contenuti entro i quali il tentativo di conciliazione deve svolgersi non possono pacificamente rappresentare un ostacolo alla giurisdizione.

Quanto al timore che i diritti «siano definitivamente conformati», l'Avvocatura precisa che il mediatore, sentite le diverse prospettazioni del conflitto, ha il compito di avviare il dialogo che la conflittualità può avere impedito e ciò allo scopo di aiutare a trovare un accordo che non costituisce accertamento della verità, ma individuazione di un punto di equilibrio soddisfacente per entrambe le parti.

La circostanza, poi, che l'accordo sia anche titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale non può indurre a concludere che detto accordo non possa essere equiparato, come si è ora fatto, a qualsiasi altro contratto o negozio. L'accordo è titolo esecutivo così come lo sono la cambiale, l'assegno bancario, gli altri titoli stragiudiziali che non presuppongono necessariamente un accertamento di verità.

Quanto alla questione di legittimità costituzionale che attiene all'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, l'Avvocatura osserva, in via preliminare, che la censura deve ritenersi superata per effetto dell'entrata in vigore del decreto del Ministro della giustizia 6 luglio 2011, n. 145 (Regolamento recante modifica al decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla 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 sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010), il quale ha modificato il decreto n. 180 del 2010, per cui gli atti devono essere

rimessi al giudice a quo per una nuova valutazione della rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

In ogni caso, l'Avvocatura afferma che se anche non fosse stato introdotto il correttivo citato la censura sarebbe comunque infondata. Premesso che la norma denunciata [recte: art. 18 del d.m. n. 180 del 2010] prevede per il mediatore «un percorso formativo non inferiore a cinquanta ore» e un percorso di aggiornamento «non inferiore a diciotto ore», modulando l'iter formativo in modo da assicurare «elevati livelli di formazione», si osserva come l'accordo al quale mira la mediazione sia una sistemazione negoziale, che può anche avere la veste di una transazione, con la quale le parti dettano una regola per disciplinare il loro rapporto e con la quale superano il conflitto a prescindere dal riconoscimento di torti e ragioni.

Al mediatore, quindi, non sarebbe richiesto di pronunciarsi sulla fondatezza di una pretesa in forza di una norma da applicare; costui potrà formulare una proposta, ma saranno, poi, le parti a realizzare l'atto dispositivo espressione della loro autonomia negoziale. Al mediatore non sarebbe richiesta necessariamente una specifica preparazione tecnico-giuridica, così come è lasciata alla libera determinazione delle parti la stipulazione di contratti in materia di diritti disponibili, per la cui conclusione non è richiesta alcuna assistenza tecnica.

Ad avviso dell'Avvocatura, infine, «professionalità dell'organismo» (efficiente organizzazione e servizio) e «competenza del mediatore» sono aspetti del tutto diversi che non possono essere confusi, come invece sembra fare il rimettente.

9.— Il Tribunale di Genova, con ordinanza del 18 novembre 2011 (r.o. n. 108 del 2012), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dell'art. 2653, primo comma, numero 1), del codice civile; nonché questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dell'art. 16 del d.m. n. 180 del 2010.

Con provvedimento del 4 ottobre 2012 la discussione del presente giudizio, già prevista per la camera di consiglio del 24 ottobre 2012, è stata anticipata all'udienza del 23 ottobre 2012.

In punto di fatto il rimettente espone di essere investito di una controversia in tema di servitù prediali.

Ciò premesso, il rimettente, dopo aver rilevato la mancata instaurazione del procedimento di mediazione e dopo aver analiticamente riportato le eccezioni di illegittimità costituzionale proposte dall'attrice, solleva il dubbio di costituzionalità nei termini di seguito indicati.

Per quanto attiene alla questione dedotta con riferimento all'art. 2653, cod. civ., il rimettente osserva che le domande giudiziali concernenti i diritti reali possono essere trascritte, ai sensi dell'art. 2653, primo comma, numero 1), cod. civ. La sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base ad un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda.

Nel caso di specie, i ricorrenti hanno formulato una domanda diretta all'accertamento dell'esistenza, in favore del loro fondo ed a carico di quello dei convenuti, di una servitù di passaggio, nonché all'accertamento della violazione del diritto a loro spettante in base ad essa ed alla eliminazione degli effetti del denunciato abuso. Si tratterebbe, dunque, di un'azione rientrante nell'art. 1079 cod. civ., in relazione alla quale, a sensi dell'art. 2653, primo comma, numero 1), cod. civ., è richiesta la trascrizione.

Il Tribunale osserva, altresì, come la mancata trascrizione della domanda giudiziale, a prescindere dalla trascrizione del titolo costitutivo della servitù, importerebbe l'inopponibilità della sentenza nei confronti di chi acquisti il fondo servente nel corso del processo e che abbia trascritto il suo titolo «senza che possa rilevare che a suo tempo sia stato regolarmente trascritto l'atto costitutivo della servitù, con la conseguenza che il terzo acquirente è legittimato a proporre contro la detta sentenza pronunciata in giudizio, a cui è rimasto estraneo, l'opposizione di terzo ex art. 404 cod. proc. civ.» (è evocata la sentenza della Corte di cassazione del 23 maggio 1991, n. 5852). Ciò posto, il rimettente, in punto di non manifesta infondatezza, osserva che non è possibile trascrivere la domanda di mediazione in quanto l'art. 2653 cod. civ. contiene un elenco tassativo ed ha riguardo, unicamente, alle domande giudiziali; né sarebbe possibile trascrivere il verbale di mediazione, essendo prevista unicamente la possibilità di trascrivere l'accordo conclusivo, previa autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un pubblico ufficiale a tanto autorizzato.

Da ciò conseguirebbe, ad avviso del Collegio, che per i diritti reali la mediazione dovrebbe essere sempre doppiata dal giudizio ordinario, nella

forma tradizionale o nelle forme dell'art. 702-bis cod. proc. civ., atteso che, in caso contrario, l'attore vittorioso non potrebbe comunque trascrivere direttamente né il verbale di avvenuta positiva mediazione, se non previa autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un pubblico ufficiale a ciò abilitato, né soprattutto giovarsi dell'effetto cosiddetto prenotativo della domanda di mediazione, non trascrivibile.

Da ciò conseguirebbe, inoltre, che l'attore dovrebbe presentare istanza di mediazione, a pena di improcedibilità della domanda, iniziare comunque un giudizio trascrivendo la domanda giudiziale, ed a prescindere dall'esito della mediazione, chiedere una pronunzia giurisdizionale di merito; ciò perché non potrebbe né trascrivere direttamente il verbale di mediazione, né soprattutto giovarsi dell'effetto prenotativo della domanda, in quanto tale effetto sarebbe limitato ai casi in cui la trascrizione della domanda stessa sia seguita dalla pronuncia di una sentenza o di un provvedimento giurisdizionale analogo alla stessa, come appunto l'ordinanza ai sensi dell'art. 702-ter cod. proc. civ.

La conseguenza in questi casi sarebbe che il soggetto precedente si troverebbe costretto a sopportare sia i costi della mediazione, sia il pagamento del contributo unificato per l'instaurazione del giudizio, senza in ogni caso potersi giovare dell'effetto deflattivo della procedura di mediazione.

Il rimettente, poi, si sofferma sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dell'art. 16 del d.m. n. 180 del 2010, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. per avere essi previsto una mediazione obbligatoria di tipo oneroso. Il carattere oneroso, quale risultante dal combinato disposto delle norme indicate, contrasterebbe con l'art. 24 Cost. in quanto condizionerebbe al pagamento di una somma di denaro l'accesso al giudice.

La conclusione, secondo cui la previsione della mediazione obbligatoria onerosa sia in contrasto con l'art. 24 Cost., troverebbe conferma nel principio espresso nella sentenza n. 67 del 1960, secondo cui la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato del procedimento, indipendentemente da ogni differenza di condizioni personali e sociali.

Il giudice a quo ritiene non manifestamente infondata anche la censura rivolta nei confronti dell'art. 5 del d.lgs. citato e dell'art. 16 del d.m., là dove prevedono «che il solo convenuto possa non aderire al procedimento

di mediazione» in quanto introducono una disparità di trattamento tra attore e convenuto, atteso che per l'attore non è prevista la possibilità di rinunciare ad avvalersi del servizio, incorrendo sempre nel pagamento sia delle spese di avvio, sia delle spese di mediazione.

Il rimettente, infine, ritiene la sussistenza di un altro profilo di illegittimità dell'art. 5 del d.lgs. nella parte in cui prevede la mediazione obbligatoria solo per alcuni gruppi di materie e non per altre, sia pure caratterizzate dalla disponibilità dei diritti sottostanti.

Sarebbe il caso della mediazione immobiliare, sottratta alle materie per le quali è prevista la mediazione obbligatoria o, con riferimento al caso di specie, alla domanda volta a dichiarare la nullità o pronunciare l'annullamento di un contratto costitutivo di servizi.

Tale domanda, non rientrando nei blocchi di materie di cui all'art. 5 del d.lgs. citato, potrebbe essere direttamente azionata in giudizio, attenendo ad un contratto per il quale non è prevista la mediazione obbligatoria (questa, infatti, è prevista solo per i contratti assicurativi, bancari e finanziari); al contrario, la domanda di accertamento o declaratoria di servizi, involgendo diritti reali, rientrerebbe appieno nelle materie soggette a mediazione obbligatoria. Il rimettente ritiene che tale differenziazione non sia giustificata da alcuna ragionevole scelta di politica legislativa.

10.— Con atto del 26 giugno 2012, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato.

In primo luogo, la difesa statale eccepisce l'inammissibilità, per difetto di rilevanza, della questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede l'obbligatorietà della mediazione solo in relazione a determinate controversie, in quanto la causa oggetto del giudizio principale concerne una domanda di accertamento di servizi, senza dubbio rientrante tra quelle per le quali l'art. 5 del d.lgs. citato prevede la mediazione come obbligatoria.

In ogni caso, si osserva come la questione sia, altresì, non fondata versandosi in tema di scelte discrezionali del legislatore, che possono essere non condivisibili, ma non viziare da irragionevolezza.

Ciò posto, la difesa dello Stato ritiene non fondate le censure relative all'art. 5 del d.lgs. citato e all'art. 2653 cod. civ., in quanto le finalità cui mirano i due istituti sono diverse; pertanto il soggetto che vuole conseguire gli effetti della trascrizione della sua domanda, ovvero l'efficacia cosiddetta

prenotativa della stessa, deve necessariamente anche iscrivere la causa a ruolo per trascrivere detta domanda, ma non per questo la norma deve essere ritenuta affetta da illegittimità costituzionale.

Per quel che concerne la doglianza mossa con riferimento al carattere oneroso della mediazione, la difesa dello Stato ne deduce la non fondatezza, richiamando il principio, affermato nella decisione di questa Corte n. 114 del 2004, secondo cui non può ragionevolmente ritenersi estraneo alla finalità del miglior andamento della giustizia un costo avente la funzione di fornire al cittadino un servizio finalizzato alla soluzione della lite e che persegue l'interesse pubblico di restituire alla decisione dell'autorità giudiziaria il ruolo di *extrema ratio*.

La mediazione – ad avviso dell'Avvocatura – mira ad evitare che ogni controversia si trasformi in contenzioso giudiziario e ciò in ossequio al principio di proporzionalità nell'utilizzo delle risorse giudiziarie che ha una ricaduta sia sui costi a carico della collettività, sia sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

La difesa dello Stato, poi, non condivide l'opinione secondo cui, nel caso della mediazione, vi sarebbe un esborso non destinato allo Stato, ma ad un organismo anche di natura privata; al riguardo, l'Avvocatura rileva che il nostro sistema giudiziario si basa sulla pressoché totale obbligatorietà della difesa tecnica in giudizio e non conosce forme di difesa «pubblica» ed, ancora, che i due termini «obbligatoria e onerosa» riferiti alla mediazione possono convivere non solo nel nostro sistema costituzionale, ma anche in quello comunitario.

E, altresì, richiamata la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nella quale, dopo avere qualificato «legittimi obiettivi di interesse generale [...] una definizione spedita delle controversie nonché un decongestionamento dei tribunali», si è affermato che rispetto a questi obiettivi «non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che la introduzione di una procedura meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi» (sentenza del 28 marzo 2010 nelle cause riunite da C-317 a C-320/08).

Tutto ciò, peraltro, non esime il legislatore dallo strutturare l'onere economico di cui si tratta in termini di ragionevolezza ed al riguardo la difesa dello Stato ritiene che il canone di ragionevolezza sia stato rispettato.

In proposito, la difesa dello Stato osserva che gli importi minimi delle indennità per ciascuno scaglione di riferimento non solo sono derogabili (art. 16 del d.m. n. 180 del 2010, come modificato dal decreto ministeriale n. 145 del 2011), ma nei casi di mediazione prevista come condizione di procedibilità l'importo massimo delle spese di mediazione deve essere ridotto di un terzo per i primi sei scaglioni e fino alla metà per i restanti quattro. Sono previsti, inoltre, degli incentivi: tutti gli atti, documenti e provvedimenti sono esenti da bollo, spese, tasse e/o diritti, mentre il verbale di accordo è esente da imposta di registro sino al valore di 50.000,00 euro. In caso di successo, inoltre, vi è un credito di imposta per entrambe le parti sino a 500,00 euro, credito che si riduce alla metà in caso di insuccesso (art. 20).

Infine, ad avviso della difesa dello Stato, il costo di un procedimento giudiziario è molto più elevato, anche senza considerare la possibilità di tre gradi di giudizio.

Con riferimento alla censura sollevata in relazione alla violazione dell'art. 3 Cost., in quanto si introdurrebbe una disparità di trattamento tra attore e convenuto, la difesa dello Stato ritiene che la circostanza secondo cui l'onere economico dell'avvio e della mediazione rimangono a carico del solo attore, in caso di mancata comparizione del chiamato, è «la naturale conseguenza di condotte processuali diverse: né potrebbe prevedersi un obbligo per il chiamato in mediazione di comparire alla stessa, così come non potrebbe prevedersi l'obbligo per il convenuto di costituirsi in giudizio».

Peraltro, la mancata partecipazione del chiamato senza giustificato motivo, ad avviso dell'Avvocatura, non rimarrebbe priva di conseguenze, anche di rilievo economico, posto che tale condotta sarebbe valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ., così come stabilito dall'art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 28 del 2010.

11.— Il Giudice di pace di Parma, con ordinanza del 1° agosto 2011 (r.o. n. 254 del 2011), ha sollevato, in riferimento agli artt. 24 e 77 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e dell'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010.

Il rimettente premette di dover giudicare in una causa civile avente ad oggetto una «domanda di pagamento in materia di locazione di beni mobili, rientrante nella previsione normativa di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 28 del

2010, per la quale è previsto il preliminare procedimento di mediazione a pena di improcedibilità».

Il giudice a quo dà atto che l'attrice ha omesso di svolgere il detto procedimento ed ha eccepito alcune questioni di legittimità costituzionale di cui dà conto nell'ordinanza.

Ciò premesso, il rimettente, dopo aver riepilogato il quadro normativo di riferimento, ritiene che le disposizioni sopra indicate risultino in contrasto con l'art. 24 Cost., «in quanto realizzano un meccanismo di determinante influenza di situazioni preliminari sulla tutela giudiziale dei diritti, posto che l'art. 5 in discorso ha configurato, nelle materie previste, l'attività degli organismi di conciliazione come imprescindibile e per ciò stesso, idonea a conformare definitivamente i diritti soggettivi coinvolti».

In particolare, l'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 «ha delineato gli organismi di conciliazione con riferimento a qualità nell'ottica della mera funzionalità degli stessi, omettendo qualsiasi riferimento a criteri di qualificazione tecnica o professionale»; sicché, «in difetto di una adeguata definizione della figura del mediatore, le norme in discorso potrebbero essere fonte di pregiudizi a danno dei

privati, i quali in sede giudiziale potrebbero usufruire di elementi di valutazione diversi da quelli a loro offerti nella fase preliminare del procedimento di mediazione».

Il rimettente ritiene, inoltre, che dette disposizioni siano in contrasto anche con l'art. 77 Cost., posto che «il legislatore delegante non ha formulato alcuna indicazione circa l'obbligatorietà del previo esperimento del procedimento di mediazione»; ed anzi alla luce dei principi e criteri direttivi della legge delega, di cui alle lettere c) e n) del comma 3 dell'art. 60, dovrebbe escludersi che l'obbligatorietà del procedimento di mediazione possa rientrare nella discrezionalità tipica della legislazione delegata «quale attività di attuazione e sviluppo della delega, nella debita considerazione del contesto normativo comunitario di riferimento».

12.— Con atto depositato in data 23 dicembre 2011, è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha formulato argomentazioni identiche a quelle esposte nell'atto di intervento, da parte del Ministro della giustizia e del Ministro dello sviluppo economico, in relazione alla questione sollevata con r.o. n. 268 del 2011.

13.— Il Giudice di pace di Recco, con ordinanza del 5 dicembre 2011 (r.o. n. 33 del 2012), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale «dell’art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010 e art. 16 D.M. n. 180/10, da soli ed anche in combinato disposto, nelle parti e per il motivo che creano ostacoli all’esercizio dell’azione, che eliminano la tutela giudiziaria per i meno abbienti, che ledono il principio di ragionevole durata del processo e che creano disparità di trattamento per situazioni analoghe».

In punto di fatto, il rimettente riferisce che deve pronunziare in «una controversia non priva di interesse e nemmeno di agevole soluzione che tuttavia in quanto basata su risultanze documentali sarebbe stata decisa in quindici giorni».

Ciò premesso, il giudice a quo ritiene che le disposizioni indicate siano in contrasto con l’art. 24 Cost. «in relazione ai tempi del processo», in quanto il termine di quattro mesi «appare decisamente al di fuori della soglia di tollerabilità», ciò ancor più se si prendono in considerazione altri procedimenti concernenti tentativi obbligatori di conciliazione, prevedenti termini di espletamento più brevi: 30 giorni in materia di subfornitura e telecomunicazione, 60 giorni in materia di lavoro e contratti agrari, 90 giorni in tema di diritto d’autore; nonché in relazione alla disciplina dei costi della mediazione, sottolineando come «tra l’esigenza di non rendere economicamente troppo gravoso ai cittadini l’accesso alla tutela giurisdizionale e l’esigenza, pur particolarmente avvertita, di individuare strumenti idonei a decongestionare gli uffici giudiziari attraverso lo sfoltimento del carico di lavoro, prevalenza debba avere la prima».

Dette disposizioni sarebbero, altresì, in contrasto con l’art. 3 Cost., in quanto la disciplina dei costi della mediazione introdurrebbe una disparità di trattamento tra meno abbienti ed abbienti; infatti, sebbene sia stato previsto il beneficio del patrocinio a spese dello Stato, la disparità di trattamento, comunque, rimarrebbe in relazione a quei soggetti che, pur non rientrando tra coloro che possono beneficiare del patrocinio, versano in condizioni economiche non agiate per cui, dopo aver già sostenuto un costo per una causa, un ulteriore costo per una mediazione dall’esito incerto diverrebbe insostenibile e finirebbe per costituire un deterrente dall’agire in giudizio.

Ad avviso del rimettente, ancora, sussisterebbe il contrasto con l’art. 111 Cost. sotto il profilo della ragionevole durata del processo, in quanto

l'esperimento della mediazione dilaterebbe i tempi di esso senza che ciò sia giustificato da esigenze specifiche ed anche perché l'esperimento obbligatorio della mediazione dovrebbe effettuarsi non solo con riferimento alla domanda principale, ma anche in relazione ad ogni singola azione proposta nel corso del processo.

Dette disposizioni, infine, violerebbero l'art. 3 Cost., per irragionevolezza della previsione della obbligatorietà della mediazione avente ad oggetto le controversie di competenza del Giudice di pace, dal momento che, nel procedimento avanti al detto giudice, è già previsto il tentativo obbligatorio di conciliazione.

14.— Con atto depositato in data 3 aprile 2012, è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata manifestamente infondata.

La difesa dello Stato, dopo avere riassunto il quadro normativo di riferimento, si sofferma sulle censure del rimettente, ponendo in rilievo come l'elemento che caratterizza la mediazione sia dato dalla finalità di assistenza delle parti nella ricerca di una composizione non giudiziale del conflitto, basata sul rendere complementari gli interessi e non sul distribuire torti o ragioni.

Per quanto attiene alle doglianze concernenti l'onerosità della mediazione, la difesa dello Stato invoca la sentenza di questa Corte n. 114 del 2004, la quale richiama principi già illustrati nelle pronunce n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001, ribadendo le argomentazioni precedentemente svolte.

In ogni caso, l'Avvocatura rileva che la mediazione non può definirsi «onerosa» per le parti se raffrontata con il costo di un giudizio ordinario e con la speditezza nell'esercizio dell'azione; si tratterebbe, peraltro, di costi estremamente contenuti soprattutto se si considera che il procedimento consente di realizzare un ben maggiore risparmio ed, inoltre, che è gratuito per i cittadini i quali possono usufruire del patrocinio a spese dello Stato.

15.— Il Giudice di pace di Catanzaro, con ordinanza del 1° settembre 2011 (r.o. n. 2 del 2012), ha sollevato, in riferimento agli artt. 24, 76 e 77 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in ordine alle

controversie nelle materie ivi indicate, e dell'art. 16 del d.m. n. 180 del 2010, in relazione all'art. 3 Cost.

In punto di fatto, il rimettente premette di essere investito del procedimento civile promosso al fine di accertare il diritto ad ottenere la restituzione di due libri concessi in comodato e nel quale la convenuta ha eccepito, in via preliminare, la improcedibilità della domanda per omesso esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010.

Ciò posto, il rimettente riferisce che la controversia riguarda un contratto di comodato, sicché rientra nelle ipotesi previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 ed in relazione alle quali il previo esperimento del tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità; che la proposizione della domanda è successiva all'entrata in vigore della predetta disposizione ed, inoltre, che il convenuto ha tempestivamente sollevato l'improcedibilità della domanda stessa.

In punto di non manifesta infondatezza, il rimettente osserva come l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, concependo il procedimento di mediazione come condizione di procedibilità, rischierebbe di compromettere l'effettività della tutela giudiziale; né si potrebbe argomentare che non vi è preclusione ad accedere alla giustizia dal momento che, una volta attivato il procedimento di mediazione e trascorso il termine di quattro mesi, l'accesso alla giustizia sarebbe possibile, in quanto «è cosa ovvia» che dopo il procedimento di mediazione la parte possa adire il giudice perché «nel nostro sistema è impensabile che non si dia alla parte il diritto alla tutela giurisdizionale».

Il giudice a quo prosegue osservando come l'art. 60 della legge delega, con la formula «senza precludere l'accesso alla giustizia», farebbe riferimento alla necessità che la mediazione non condizioni il diritto di azione e che quindi non sia costruita come condizione di procedibilità. Né la brevità del termine potrebbe indurre a conclusioni diverse, visto che detto termine era già stato fissato nella legge delega ed in particolare alla lettera q) del comma 3 dell'art. 60.

Ad avviso del rimettente, dunque, l'obbligatorietà del procedimento di mediazione, nelle ipotesi di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, violerebbe l'art. 60 della legge delega n. 69 del 2009.

Inoltre, il giudice a quo solleva la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 24 Cost., in quanto se il tentativo obbligatorio di

conciliazione ha un costo e questo costo non è meramente simbolico, come appunto previsto dalla disposizione indicata, ciò significa che l'esercizio della funzione giurisdizionale è subordinato al pagamento di una somma di denaro.

Vi sarebbe, dunque, il contrasto con i principi affermati nella sentenza n. 67 del 1960 di questa Corte, nella quale è stato stabilito che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi e che la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, il quale deve trovare attuazione uguale per tutti, indipendentemente da ogni differenza di condizioni personali e sociali.

Il giudice rimettente richiama, poi, il noto orientamento della giurisprudenza costituzionale che distingue tra oneri «razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione», da ritenere consentiti, e quelli che, invece, «tendono alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette» i quali, conducendo al risultato «di precludere od ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale», incorrono «nella sanzione dell'incostituzionalità» (sono richiamate le sentenze n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001).

Secondo il rimettente, dunque, l'art. 5 del d.lgs. si porrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost. e con «tutti i parametri di costituzionalità», in quanto prevede un esborso che non può essere ricondotto né al tributo giudiziario, né alla cauzione; che non è di modestissima, né di modesta, entità; che non va allo Stato, bensì ad un organismo che potrebbe avere anche natura privata. Si tratterebbe, poi, di un esborso che non potrebbe considerarsi nemmeno «razionalmente collegato alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione», poiché questi esborsi sarebbero da rinvenire solo nelle cauzioni e nei tributi giudiziari, non in altre cause di pagamento.

Il giudice a quo ritiene non manifestamente infondata anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 4, del d.m. n. 180 del 2010, concernente i criteri di determinazione dell'indennità, nella parte in cui consente «solo alla parte convenuta di non aderire al procedimento, ma non anche alla parte attrice, che si vedrebbe, comunque, obbligata al procedimento di mediazione per poter far valere in giudizio un suo diritto»; ciò sarebbe in violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di

uguaglianza, perché «pone su piani diversi, e tratta diversamente, la parte attrice».

Le dette disposizioni, inoltre, si porrebbero in contrasto anche con gli artt. 76 e 77 Cost. in quanto violerebbero i principi e criteri direttivi di cui alla lettera a) del comma 3 dell'art. 60 della legge n. 69 del 2009, secondo cui il Governo nell'esercizio della delega doveva prevedere «che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia».

16.— Con atto depositato in data 21 febbraio 2012, è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, il quale ha formulato argomentazioni identiche a quelle esposte nei precedenti atti di intervento.

17.— Il Giudice di pace di Salerno, con ordinanza del 19 novembre 2011 (r.o. n. 51 del 2012), ha sollevato, in riferimento agli articoli 24, 70, 76 e 77 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Il rimettente riferisce che, con atto del 7 novembre 2011, l'attrice ha citato in giudizio una società di assicurazioni, al fine di ottenere il risarcimento delle lesioni subite ed il rimborso delle spese mediche sostenute a seguito di un sinistro stradale, verificatosi il 17 gennaio 2011. In particolare, l'attrice ha affermato di aver stipulato con la convenuta una polizza infortuni avente ad oggetto la copertura di eventuali danni subiti dal conducente a seguito di sinistro stradale e ha concluso per la condanna della detta compagnia di assicurazioni al pagamento delle somme quantificate nell'atto introduttivo del giudizio. La convenuta si è costituita in giudizio ed ha eccepito l'improponibilità della domanda per violazione delle disposizioni di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, assumendo che non era stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Ciò premesso, il rimettente ritiene che «una condizione di procedibilità di una domanda giudiziaria, ex art. 24 Cost., può essere introdotta in maniera esclusiva dal legislatore e non da un organo governativo che avrebbe potuto farlo soltanto se ne fosse stato autorizzato dalla legge di delega».

Secondo il giudice a quo l'eccesso si configurerrebbe «là dove non è stata recepita la parte in cui [la legge delega] escludeva che il procedimento potesse costituire condizione di procedibilità della domanda ovvero fosse in grado di precludere, per tutta la sua durata, l'accesso alla giustizia

ordinaria», ciò in quanto «unico intento» della legge di delega era quello di creare un «organismo deflattivo per la giustizia e non certamente di favorire la creazione di un elemento ostativo al suo accesso».

Il rimettente osserva, ancora, che «tutto quanto previsto dal decreto in più rispetto al portato della legge delega potrebbe aprire ad una gestione della giustizia ad opera dei privati, come tali non legittimati dalla Costituzione a svolgere detta alta funzione e soprattutto non dotati del rigoroso tecnicismo richiesto».

Al riguardo, è richiamato l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui il sistema di giustizia «condizionata» è ammissibile solo nel caso in cui l'eccezione al principio «dell'accesso immediato alla giurisdizione» si presenti come ragionevole e risponda ad un interesse generale, purché non vengano imposti oneri tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile far valere le proprie ragioni; oneri che, ad avviso del rimettente, sarebbero anche quelli di carattere economico.

L'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, pertanto, si porrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost. in quanto «ha reso la mediazione una condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, negando per tutto il tempo della sua durata l'accesso alla giustizia e soprattutto non prevedendo alcun mezzo per i meno abbienti per attivare il procedimento della media conciliazione»; inoltre, «in caso di fallimento del procedimento di media-conciliazione le spese sostenute per adire l'organismo definito deflattivo non potranno essere ripetute e rimarranno esclusivamente a carico delle parti, con evidenti conseguenze economiche afflittive per le classi sociali meno agiate».

18.— Il Giudice di pace di Catanzaro, con ordinanza del 3 novembre 2011 (r.o. n. 19 del 2012), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 77 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dell'art. 16 del d.m. n. 180 del 2010.

In punto di fatto, il rimettente riferisce che la materia oggetto della domanda concerne una richiesta di indennizzo derivante da contratto assicurativo e che, pertanto, rientra nelle ipotesi in cui l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità.

Ciò posto, il giudicante ritiene che l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nel prevedere che l'esperimento del procedimento di mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale, si ponga in contrasto con gli artt. 24 e 77 Cost. in quanto, mentre l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, al

comma 3, lettera a), prescrive che nell'esercizio della delega il Governo si attenga, tra gli altri, al seguente criterio e principio direttivo «[...] a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia», l'art. 5 del d.lgs. citato concepisce il procedimento di mediazione quale momento propedeutico alla domanda giudiziale, «rischiando di compromettere l'effettività della stessa tutela giudiziale e condizionando in concreto il diritto di azione».

Il giudice a quo ritiene, altresì, che l'art. 16 del d.m. n. 180 del 2010, nel prevedere che il tentativo di conciliazione abbia un costo non meramente simbolico, sia in contrasto con l'art. 24 Cost., in quanto subordina l'esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro, così contravvenendo a quanto affermato dalla sentenza n. 67 del 2 novembre 1960 di questa Corte, secondo cui lo Stato non può pretendere somme di denaro per la funzione giurisdizionale civile, se non nel caso di tributi giudiziari o cauzioni.

Detta disposizione, prevedendo, inoltre, che l'esborso di denaro non è destinato allo Stato, ma ad un organismo anche di natura privata, contrasterebbe con il principio fissato nelle sentenze n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001 della Corte costituzionale, secondo cui l'esborso deve essere «razionalmente collegato alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione». Sussisterebbe anche il contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto, prevedendo espressamente che la parte convenuta possa non aderire al procedimento e non anche la parte attrice, si introdurrebbe una disparità di trattamento.

19.— Con atto depositato in data 13 marzo 2012, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha formulato argomentazioni identiche a quelle esposte nell'atto di intervento nel giudizio di legittimità costituzionale originato dall'ordinanza del Giudice di pace di Catanzaro n. 2 del 2012, ed ha chiesto che la questione sia dichiarata non fondata.

20.— Il Tribunale di Torino, con ordinanza del 24 gennaio 2012 (r.o. n. 99 del 2012), ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 24, 76, 77, 101 e 102 Cost., dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle materie ivi indicate «è tenuto preliminarmente a esperire il

procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto», anziché «può esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto»; inoltre, nella parte in cui prevede che «l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale», nonché nella parte in cui prevede che «l’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata di ufficio dal giudice non oltre la prima udienza».

In punto di fatto, il rimettente riferisce che, con atto di citazione dell’11 luglio 2011, gli attori hanno citato in giudizio M.A. per ottenerne la condanna al pagamento di una somma di denaro pari ad euro 7.304,47 quale corrispettivo di spese di riscaldamento per gli anni 2005–2010 e «di risarcimento dei danni conseguenti ad un contratto di locazione» intrattenuto tra la loro dante causa con la convenuta, relativo ad un immobile situato in Torino.

La convenuta, costituitasi in giudizio, ha eccepito l’improcedibilità della domanda giudiziale ai sensi dell’art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, perché vertente in materia di locazione.

Ciò posto, il rimettente ritiene di dover sollevare, di ufficio, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010.

In primo luogo, egli assume che detta disposizione si porrebbe in contrasto con gli articoli 76 e 77 Cost. Al riguardo osserva che l’art. 60 della legge n. 69 del 2009, in conformità a quanto prescritto dalla direttiva europea, aveva stabilito che dovesse essere introdotto un meccanismo di conciliazione, ma non ne aveva previsto la obbligatorietà, né aveva consentito che essa potesse essere considerata come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

L’art. 60 della legge delega, al comma 3, lettera a), prescrive che nell’esercizio della delega il Governo debba attenersi, tra gli altri, al principio consistente «nel prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l’accesso alla giustizia».

Secondo il rimettente, quindi, «il procedimento di media conciliazione è paragonabile ad un arbitrato irrituale imposto per legge in una ampia serie di materie giuridiche, tra cui questa della locazione, che va ad influenzare sia nei tempi, sia nella sostanza il processo che per dettato costituzionale dovrebbe essere tenuto dai giudici ordinari».

Si sarebbe perciò in presenza di uno straripamento dei poteri del legislatore delegato, che avrebbe imposto ai giudici, con grave spesa per i cittadini, almeno tre intralci alla funzione giurisdizionale, cioè quello di sospendere o comunque rinviare i processi in attesa dell'esito della media-conciliazione, che potrebbe pure non essere più attivata, denegando così giustizia ai cittadini stessi; quello derivante dall'art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 28 del 2010, che prescrive al giudice di tener conto, ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ., come argomento di prova negativa, del contegno di chi non si presenta davanti al mediatore per partecipare alla conciliazione; e, ancora, quello derivante dall'art. 13 del decreto delegato che impone al giudice di tener conto della proposta formulata dal mediatore, quando deve procedere alla liquidazione delle spese giudiziali ai sensi degli artt. 91 e 92 cod. proc. civ. Secondo il rimettente la disposizione censurata si porrebbe in contrasto anche con gli artt. 3, 101 e 102 Cost., in quanto il ricorso al procedimento obbligatorio di media-conciliazione graverebbe, con i detti «irragionevoli intralci», sul potere-dovere del giudice, soggetto solo alla legge, di conduzione e di decisione della causa, e porrebbe «gli utenti della giustizia su un piano di diversità perché la scelta delle materie, in cui è obbligatoria la media-conciliazione, appare del tutto irragionevole rispetto agli interessi meritevoli della tutela giurisdizionale».

Sussisterebbe, altresì, la violazione degli artt. 3 e 24 Cost., in quanto la mediazione avrebbe un costo destinato a ricadere sul cittadino il quale deve adire il giudice statuale, peso che nella maggior parte dei casi si rivelerrebbe inutile.

Il giudicante osserva, altresì, che la disciplina della mediazione non prevede criteri di competenza territoriale, con la conseguenza che il chiamato potrebbe essere posto nella irragionevole svantaggiosa posizione di andare a difendersi anche in luoghi molto distanti dalla sua residenza; e l'eventuale «contumacia» del chiamato davanti al mediatore potrebbe essere valutata negativamente dal giudice.

21.— Con atto depositato in data 19 giugno 2012, è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha svolto argomentazioni identiche a quelle esposte in relazione all'intervento nel giudizio originato dall'ordinanza r.o. n. 33 del 2012.

22.— In prossimità dell’udienza e della camera di consiglio, l’OUA, il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Napoli, il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata, l’Unione regionale dei Consigli dell’Ordine degli Avvocati della Campania, il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Lagonegro, il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Larino, il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Campobasso, l’AIAF, l’Organismo di mediazione ADR Center s.p.a., l’Unione Nazionale delle Camere Civili, hanno depositato memorie con le quali ribadiscono e sviluppano le argomentazioni già svolte nell’atto di costituzione.

Considerato in diritto

1.— Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (d’ora in avanti, TAR), con l’ordinanza del 12 aprile 2011 (r.o. n. 268 del 2011), dubita – in riferimento agli articoli 24 e 77 della Costituzione – della legittimità costituzionale dell’articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali). In particolare, il TAR censura il comma 1, primo periodo (che introduce, a carico di chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate, l’obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (il quale prevede che l’esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale) e terzo periodo (alla stregua del quale l’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d’ufficio dal giudice); inoltre il TAR dubita, in riferimento ai medesimi artt. 24 e 77 Cost., della legittimità costituzionale dell’art. 16 del citato d.lgs. n. 28 del 2010, «laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza».

1.1.— Il TAR premette di essere chiamato a pronunciare in due procedimenti, relativi a ricorsi recanti i numeri 10937 e 11235 del 2010, poi riuniti, promossi entrambi nei confronti del Ministro della giustizia e del Ministro dello sviluppo economico, il primo da numerosi soggetti, indicati in epigrafe e in narrativa, il secondo dall’Unione Nazionale delle Camere Civili (UNCC), con l’intervento, ad adiuvandum e ad opponendum, di altri soggetti, del pari indicati in epigrafe e in narrativa.

Oggetto dei ricorsi è la domanda di annullamento del decreto adottato dal Ministro della giustizia, di concerto col Ministro dello sviluppo economico, in data 18 ottobre 2010, n. 180, con richiesta di ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento agli artt. 24, 76 e 77 Cost. I ricorrenti affermano che il menzionato d.m. non soltanto sarebbe lesivo degli interessi della categoria forense, ma sarebbe anche illegittimo perché in contrasto col suddetto d.lgs. e con la relativa legge delega e affetto da eccesso di potere sotto vari profili.

Ciò posto, il rimettente si sofferma sul quadro normativo rilevante e sui motivi dei ricorsi, con particolare riguardo alle ragioni attinenti alle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

Dopo avere argomentato sulla rilevanza di tali questioni, il rimettente ritiene che le prime tre disposizioni dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 si porrebbero in contrasto con l'art. 77 Cost., perché non potrebbero essere ascritte all'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), non essendo rilevabile alcun elemento da cui desumere che la regolazione della materia contenuta nella normativa censurata sia conforme ai precetti della detta legge delega.

Infatti: 1) nessuno dei criteri e principi direttivi previsti rivelerrebbe in modo espresso la finalità di perseguire un intento deflattivo del contenzioso giurisdizionale; 2) nessuno dei criteri o principi configurerebbe l'istituto della mediazione come fase pre-processuale obbligatoria; 3) avuto riguardo al silenzio serbato dal legislatore delegante sullo specifico tema, sarebbe stato almeno necessario che il citato art. 60 lasciasse trasparire sul punto elementi univoci e concludenti, ma ciò non sarebbe avvenuto; 4) si dovrebbe escludere che la norma ora menzionata, con il richiamo alla normativa comunitaria, possa essere intesa come delega al Governo a compiere qualsiasi scelta occasionata dalla direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale); 5) inoltre, tale direttiva lascerebbe «impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo il procedimento giudiziario»; 6) nessun elemento decisivo potrebbe trarsi dal principio previsto dall'art. 60, comma

3, lettera a), della legge-delega, nella parte in cui dispone che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, «senza precludere l'accesso alla giustizia», perché il legislatore, utilizzando tale espressione, avrebbe inteso soltanto rispettare un principio assoluto dell'ordinamento nazionale (art. 24 Cost.) e di quello comunitario. I criteri e principi direttivi fissati dalla legge delega, dunque, sarebbero neutrali al fine di verificare la rispondenza a tale legge dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010. Invece, due dei criteri direttivi previsti dal legislatore delegante deporrebbero a favore della previsione del carattere facoltativo che si sarebbe inteso attribuire alla procedura di mediazione.

Il primo sarebbe desumibile dall'art. 60, comma 3, lettera c), della legge delega, in forza del quale la mediazione sarebbe disciplinata anche mediante estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 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'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366). Orbene, la clausola di conciliazione prevista dal d.lgs. n. 5 del 2003 (normativa ora abrogata proprio dal d.lgs. n. 28 del 2010) nasceva da norme di fonte volontaria e non obbligatoria.

Il secondo andrebbe tratto dall'art. 60, comma 3, lettera n), della legge delega, che prevede il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione, nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione. Il rimettente rileva che la possibilità è, ovviamente, cosa diversa dalla obbligatorietà; e, infatti, l'art. 4 del d.lgs. n. 28 del 2010 differenzierebbe al comma 3 l'ipotesi in cui l'avvocato omette di informare il cliente della «possibilità» di avvalersi della mediazione da quella in cui l'omissione informativa concerne i casi nei quali l'espletamento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Quanto all'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, esso avrebbe «conformato gli organismi di conciliazione a parametri, o meglio a qualità, che attengono esclusivamente ed essenzialmente all'aspetto della funzionalità generica, e che, per contro, sono sdegni da qualsiasi riferimento a canoni tipologici tecnici o professionali di carattere qualificatorio ovvero strutturale».

2.— Il Giudice di pace di Parma, con ordinanza depositata il 1° agosto 2011 (r.o. n. 254 del 2011), ha sollevato, in riferimento agli artt. 24 e 77 Cost., questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e 16, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010.

Il rimettente, premesso di essere chiamato a giudicare in una causa civile avente ad oggetto una domanda di pagamento in materia di locazione, rientrante nell’ambito applicativo dell’art. 5 del d.lgs. ora citato, ritiene che le norme censurate siano in contrasto: a) con l’art. 24 Cost., «in quanto realizzano un meccanismo di determinante influenza di situazioni preliminari sulla tutela giudiziale dei diritti, posto che l’art. 5 in discorso ha configurato, nelle materie previste, l’attività degli organismi di conciliazione come imprescindibile e, per ciò stesso, idonea a conformare definitivamente i diritti soggettivi coinvolti». In particolare, l’art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 «ha delineato gli organismi di conciliazione con riferimento a qualità nell’ottica della mera funzionalità degli stessi, omettendo qualsiasi riferimento a criteri di qualificazione tecnica o professionale»; sicché «in difetto di una adeguata definizione della figura del mediatore, le norme in discorso potrebbero essere fonte di pregiudizi a danno dei privati, i quali in sede giudiziale potrebbero usufruire di elementi di valutazione diversi da quelli a loro offerti nella fase preliminare del procedimento di mediazione»; b) con l’art. 77 Cost., posto che «il legislatore delegante non ha formulato alcuna indicazione circa l’obbligatorietà del previo esperimento del procedimento di mediazione»; ed anzi, alla luce dei principi e criteri direttivi della legge delega, di cui alle lettere c) ed n) del comma 3 dell’art. 60, si deve escludere che l’obbligatorietà di detto procedimento possa rientrare nella discrezionalità tipica della legislazione delegata «quale attività di attuazione e sviluppo della delega, nella debita considerazione del contesto normativo comunitario di riferimento».

3.— Il Giudice di pace di Recco, con l’ordinanza depositata il 5 dicembre 2011 (r.o. n. 33 del 2012), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. – questioni di legittimità costituzionale dell’art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dell’art. 16 del d.m. n. 180 del 2010, «da soli o in combinato disposto».

Le suddette disposizioni, ad avviso del rimettente, sarebbero in contrasto con: a) l’art. 24 Cost., in relazione ai tempi del processo, in quanto il

termine di quattro mesi «appare decisamente al di fuori della soglia di tollerabilità», ancor più se si prendono in considerazione altri procedimenti concernenti tentativi obbligatori di conciliazione, ma con termini di espletamento più brevi; b) ancora con l'art. 24 Cost., in relazione alla disciplina dei costi della mediazione, assumendo che «Tra l'esigenza di non rendere economicamente troppo gravoso ai cittadini l'accesso alla tutela giurisdizionale e l'esigenza, pur particolarmente avvertita, di individuare strumenti idonei a decongestionare gli uffici giudiziari attraverso lo sfoltimento del carico di lavoro, prevalenza debba avere la prima»; c) con l'art. 3 Cost., in quanto la disciplina dei costi di mediazione introduce una disparità di trattamento tra i meno abbienti e gli abbienti. Infatti, benché sia stato previsto il beneficio del patrocinio a spese dello Stato, la citata disparità comunque resterebbe in relazione ai soggetti che, pur non rientrando nel novero di coloro che possono avvalersi del detto patrocinio, versano in condizioni economiche non agiate; d) con l'art. 111 Cost., sotto il profilo della ragionevole durata del processo, in quanto l'espletamento della mediazione allunga i tempi di esso in assenza di una idonea giustificazione; e) ancora con l'art. 111 Cost., sempre sotto il profilo della ragionevole durata del processo, in quanto l'espletamento obbligatorio del tentativo di mediazione si deve effettuare non soltanto con riguardo alla domanda principale, ma anche in relazione ad ogni singola azione proposta nel corso del giudizio; f) di nuovo con l'art. 3 Cost., per irragionevolezza correlata al carattere obbligatorio della mediazione avente ad oggetto le controversie di competenza

del Giudice di pace, in quanto nel processo avanti al detto giudice il tentativo obbligatorio di conciliazione è già previsto.

4.— Il Giudice di pace di Catanzaro, con l'ordinanza depositata il 1° settembre 2011 (r.o. n. 2 del 2012), dubita – in riferimento agli artt. 24, 76 e 77 Cost. – della legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede che lo svolgimento della procedura di mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale in relazione alle controversie nelle materie in esso indicate.

Il rimettente riferisce di dover pronunziare in un giudizio promosso dall'attore per accertare il suo diritto ad ottenere la restituzione di due libri dati in comodato. La convenuta ha eccepito, in via preliminare,

l'improcedibilità della domanda per omesso espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione, ai sensi del censurato art. 5.

Ad avviso del giudicante, detta norma violerebbe: a) gli artt. 76 e 77 Cost., ponendosi in contrasto con i principi e criteri direttivi di cui all'art. 60, comma 3, lettera a), della legge n. 69 del 2009, secondo cui il Governo, nell'esercizio della delega, doveva prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, avesse per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) l'art. 24 Cost. perché il tentativo obbligatorio di conciliazione avrebbe un costo non meramente simbolico, sicché l'esercizio della funzione giurisdizionale sarebbe subordinato al pagamento di una somma di denaro.

Inoltre, il giudice a quo censura, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 16, comma 4, del d.m. n. 180 del 2010, nella parte in cui consente «solo alla parte convenuta di non aderire al procedimento, ma non anche alla parte attrice, che si vedrebbe, comunque, obbligata al procedimento di mediazione per poter far valere in giudizio un suo diritto». Al riguardo, il rimettente ritiene che detta disposizione sia in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza, perché «pone su piani diversi, e tratta diversamente, la parte attrice rispetto a quella convenuta».

5.— Il Tribunale di Genova, con ordinanza depositata il 18 novembre 2011 (r.o. n. 108 del 2012), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. – questioni di legittimità costituzionale: 1) dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale solo per le materie espressamente elencate nel comma primo; 2) dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dell'art. 2653, primo comma, numero 1), del codice civile, nella parte in cui non prevedono, per le domande dirette all'accertamento di diritti reali, la possibilità di trascrivere la domanda di mediazione e direttamente il verbale di mediazione, con efficacia prenotativa della prima anche rispetto al provvedimento giurisdizionale conclusivo del giudizio; 3) dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dell'art. 16 del d.m. n. 180 del 2010, nella parte in cui prevedono l'espletamento della procedura di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, stabilendone, altresì, il carattere oneroso; 4) in riferimento al solo art. 3 Cost., del combinato disposto degli artt. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e 16 del d.m. n.

180 del 2010, nella parte in cui prevedono che solo il convenuto possa non aderire al procedimento di mediazione.

Il rimettente, quanto al punto sub 1), ritiene violati gli artt. 3 e 24 Cost., in quanto la limitazione della procedura di mediazione solo ad alcune materie darebbe luogo ad una differenza non giustificata da alcuna ragionevole scelta di politica legislativa; in ordine al punto sub 2), i citati parametri costituzionali sarebbero violati perché l'attore si vedrebbe costretto a presentare istanza di mediazione (a pena d'improcedibilità), ad iniziare un giudizio trascrivendo la relativa domanda, a prescindere dall'esito della mediazione stessa, a chiedere in ogni caso una pronunzia giurisdizionale di merito, con la irragionevole conseguenza che l'attore dovrebbe sopportare sia i costi della mediazione, sia il pagamento del contributo unificato per l'instaurazione del giudizio, senza potersi giovare dell'effetto deflattivo della procedura di mediazione. Quanto al punto sub 3), le disposizioni in esso menzionate si porrebbero in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. perché l'accesso alla giurisdizione resterebbe condizionato al pagamento di una somma di denaro; infine, in relazione al punto 4) le norme censurate si porrebbero in contrasto con l'art. 3 Cost., perché esse darebbero luogo ad una disparità di trattamento tra attore e convenuto, dal momento che per il primo non sarebbe prevista la possibilità di rinunciare ad avvalersi del servizio, incorrendo sempre nel pagamento sia delle spese di avvio sia di quelle di mediazione.

6.— Il Giudice di pace di Catanzaro, con l'ordinanza depositata il 3 novembre 2011 (r.o. n. 19 del 2012), ha sollevato, in riferimento agli artt. 24 e 77 Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dell'art. 16 del d.m. n. 180 del 2010.

Ad avviso del rimettente, chiamato a decidere su una domanda diretta ad ottenere il pagamento di un indennizzo derivante da contratto assicurativo, l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nel prevedere che l'espletamento della procedura di mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale, violerebbe l'art. 77 Cost. Infatti, sussisterebbe contrasto «tra la legge delega ed il decreto legislativo 28/10, nella misura in cui, mentre l'art. 60 L. 69/09 (legge delega) al terzo comma lett. a prescrive che nell'esercizio della delega il Governo si attenga, tra gli altri, al seguente principio e criterio direttivo —a) prevedere che la mediazione, finalizzata

alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia]], l'art. 5 d.lgs. n. 28/10 concepisce invece il procedimento di mediazione quale momento propedeutico alla domanda giudiziale, rischiando di compromettere l'effettività della stessa tutela giudiziale e condizionando in concreto il diritto di azione».

Inoltre, l'art. 16 del d.m. n. 180 del 2010 si porrebbe in evidente contrasto con l'art. 24 Cost., perché, nel prevedere che il tentativo di conciliazione abbia un costo, non meramente simbolico, subordinerebbe l'esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro, così discostandosi anche dalla sentenza di questa Corte n. 67 del 1960.

Infine, sarebbe ravvisabile anche violazione dell'art. 3 Cost., perché l'art. 16 ora citato, concernente i criteri di determinazione delle indennità, prevedendo che soltanto il convenuto, e non l'attore, possa non aderire alla procedura di mediazione, introdurrebbe una disparità di trattamento.

7.— Il Giudice di pace di Salerno, con l'ordinanza depositata il 19 dicembre 2011 (r.o. n. 51 del 2012), ha sollevato – in riferimento agli artt. 24, 70, 76 e 77 Cost. – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010.

Il rimettente, chiamato a pronunciarsi in un giudizio promosso contro una società di assicurazioni al fine di ottenere un indennizzo per lesioni subite e per spese mediche sostenute a seguito di un incidente stradale, ritiene che la norma censurata, nella parte in cui prevede che l'esperimento della procedura di mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale, si riveli in contrasto con gli artt. 70, 76 e 77 Cost., in quanto «analizzando il rapporto tra legge delega e decreto legislativo n. 28/2010 emerge chiaramente che l'art. 26 (recte: 76) attribuisce la delega al Governo —esclusivamente]] per recepire la disposizione prevista dall'art. 69/09 ed in particolare l'eccesso si configura laddove non è stata recepita la parte in cui escludeva che il procedimento potesse costituire condizione di procedibilità della domanda ovvero fosse in grado di precludere, per tutta la sua durata, l'accesso alla giustizia ordinaria». Ciò perché unico intento della legge delega sarebbe stato quello di creare esclusivamente «un organismo deflattivo per la giustizia e non certamente di favorire la creazione di un elemento ostativo al suo accesso».

Inoltre, sarebbe violato l'art. 24 Cost. perché la norma denunciata avrebbe reso «la mediazione una condizione di procedibilità della domanda

giudiziaria, negando per tutto il tempo della sua durata l'accesso alla giustizia e soprattutto non prevedendo alcun mezzo per i meno abbienti per attivare il procedimento della media conciliazione». Inoltre, «in caso di fallimento del procedimento di media conciliazione le spese sostenute per adire l'organismo definito deflattivo non potranno essere ripetute e rimarranno esclusivamente a carico delle parti, con evidenti conseguenze economiche afflittive per le classi sociali meno agiate».

A sostegno della tesi propugnata, il giudice a quo richiama il principio affermato da questa Corte, secondo il quale «un sistema di giustizia —condizionata] è ammissibile solo nel caso in cui l'eccezione al principio dell'accesso immediato alla giurisdizione si presenti come ragionevole e risponda ad un interesse generale, purché non vengano imposti oneri tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile far valere le proprie ragioni».

8.— Il Tribunale di Torino, in composizione monocratica, con l'ordinanza depositata il 24 gennaio 2012 (r.o. n. 99 del 2012), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 24, 76, 77, 101 e 102 Cost. – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle materie ivi indicate «è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto», anziché «può esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto»; inoltre, nella parte in cui prevede che «l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale», nonché nella parte in cui prevede che «l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza».

Il rimettente riferisce di essere investito di un giudizio di pagamento di somme relative ad un contratto di locazione. In prima udienza la convenuta ha eccepito l'improcedibilità della domanda, non essendo stata attivata la procedura di mediazione.

Ciò posto, il giudice a quo ritiene che la norma censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost., in quanto, configurando il procedimento di mediazione come obbligatorio e condizione di procedibilità della domanda, violerebbe il principio e criterio direttivo di cui all'art. 60, comma 3, lettera a), della legge n. 69 del 2009, secondo cui il Governo, nell'esercizio della delega, deve prevedere che la mediazione, finalizzata

alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia. Il procedimento di media-conciliazione sarebbe «paragonabile ad un arbitrato irruale imposto per legge in un'ampia serie di materie giuridiche», tra cui la locazione, procedimento che «va ad influenzare sia nei tempi sia nella sostanza il processo che per dettato costituzionale dovrebbe essere tenuto dai giudici ordinari».

Ad avviso del rimettente, sarebbero poi violati gli artt. 101 e 102 Cost., perché «lo straripamento dei poteri del legislatore delegato» avrebbe imposto ai giudici, nel corso dei processi, almeno tre intralci alla funzione giurisdizionale: 1) quello derivante dall'imporre al giudice di sospendere o comunque rinviare i processi in attesa dell'esito della media-conciliazione, che potrebbe pure non essere più attivata, così denegando giustizia ai cittadini; 2) quello derivante dall'art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 28 del 2010, che prescrive al giudice di tener conto, ai sensi dell'art. 116 del codice di procedura civile, come argomento di prova negativa, del comportamento di chi non si presenta davanti al mediatore per partecipare alla conciliazione; 3) quello derivante dall'art. 13 del decreto delegato, che impone al giudice di tenere conto della proposta formulata dal mediatore, quando deve procedere alla liquidazione delle spese processuali, ai sensi degli artt. 91 e 92 cod. proc. civ.

Ancora, sarebbero violati gli artt. 3 e 24 Cost., perché la scelta delle materie, nelle quali la mediazione è obbligatoria, apparirebbe del tutto irragionevole rispetto agli interessi meritevoli della

tutela giurisdizionale, in quanto – introducendo un costo a carico dei cittadini ed a favore degli uffici privati della media-conciliazione – si porrebbe in contrasto con i principi dettati da questa Corte nella sentenza n. 67 del 1960; non prevedendo criteri di competenza territoriale, porrebbe il privato nella irragionevole posizione di doversi difendere anche in luoghi molto distanti dalla sua residenza, scelti dall'attore; l'eventuale «contumacia» del chiamato davanti al mediatore potrebbe essere valutata negativamente dal giudice.

9.— Le otto ordinanze di rimessione, qui riassunte, pongono questioni identiche, o tra loro strettamente connesse, in relazione alla normativa censurata. Pertanto, i relativi giudizi devono essere riuniti, per essere definiti con unica sentenza.

10.— In via preliminare deve essere confermata l'ordinanza, adottata nel corso dell'udienza pubblica ed allegata alla presente sentenza, con la quale sono stati dichiarati inammissibili gli interventi spiegati nel giudizio di cui all'ordinanza n. 268 del 2011 dai seguenti soggetti: il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano; la Società Italiana Conciliazione Mediazione ed Arbitrato (SIC & A) s.r.l.; l'Associazione Nazionale Mediatori e Conciliatori; l'Unioncamere – Unione Italiana delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; la Camera di commercio di Cagliari; la Camera di commercio di Firenze; la Camera di commercio di Milano; la Camera di commercio di Palermo; la Camera di commercio di Potenza; la Camera di commercio di Roma; la Camera di commercio di Torino; la Camera di commercio di Venezia; Assomediazione – Associazione italiana organismi privati di mediazione e di formazione per la mediazione; nonché l'intervento spiegato dal Consiglio Nazionale Forense nel giudizio di legittimità costituzionale introdotto con ordinanza del Tribunale di Genova r.o. n. 108 del 2012.

Invero, i soggetti e gli enti sopra indicati non sono stati parti nei giudizi a quibus.

Per giurisprudenza di questa Corte, ormai costante, sono ammessi a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale (oltre al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale) le sole parti del giudizio principale, mentre l'intervento di soggetti estranei a questo è ammissibile soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (ex plurimis: ordinanza letta all'udienza del 23 marzo 2010, confermata con sentenza n. 138 del 2010; ordinanza letta all'udienza del 31 marzo 2009, confermata con sentenza n. 151 del 2009; sentenze n. 94 del 2009, n. 96 del 2008 e n. 245 del 2007).

Orbene, nei giudizi da cui traggono origine le questioni di legittimità costituzionale in discussione, i rapporti sostanziali dedotti in causa concernono profili attinenti alla mediazione nel processo civile, che possono anche riguardare interessi professionali della classe forense o delle Camere di commercio, ma concernono più in generale le posizioni che le parti intendono azionare nel processo e non mettono in gioco le prerogative del

Consiglio Nazionale Forense, dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati o delle dette Camere di commercio, nonché, a maggior ragione, degli altri soggetti sopra indicati.

Sotto altro profilo, l'ammissibilità d'interventi ad opera di terzi, titolari di interessi soltanto analoghi a quelli dedotti nel giudizio principale, contrasterebbe con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto l'accesso delle parti al detto giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione da parte del giudice a quo.

Considerazioni identiche valgono in ordine alla posizione di ADR Accorditalia s.r.l. Tale società ha spiegato intervento ad opponendum nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, relativo alla questione sollevata dal Giudice di pace di Salerno (r.o. n. 51 del 2012), pur non rivestendo la qualità di parte nel giudizio a quo.

Ne deriva la declaratoria d'inammissibilità dei suddetti interventi.

11.— La questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Giudice di pace di Recco, deve essere dichiarata inammissibile.

Infatti, il rimettente omette qualsiasi descrizione della fattispecie sottoposta al suo esame, limitandosi a rilevare che si tratta di controversia «non priva di interesse e nemmeno di agevole soluzione, che tuttavia, essendo matura per la decisione in quanto basata esclusivamente su risultanze documentali, sarebbe stata decisa in quindici giorni». In particolare, il giudice a quo trascura di fornire elementi idonei a stabilire se la vertenza, nella quale è chiamato a pronunciare, rientri o meno nel catalogo delle cause per le quali l'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010 impone il preliminare esperimento del procedimento di mediazione, così precludendo alla Corte il necessario controllo in punto di rilevanza.

Né la rilevata omissione potrebbe essere sanata con l'esame del fascicolo relativo al giudizio di merito, perché ciò si tradurrebbe in violazione del principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione.

12.— Devono essere esaminate con priorità, per ragioni di ordine logico, le questioni di legittimità costituzionale sollevate, in riferimento agli articoli 76 e 77 Cost., nei confronti dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, con particolare riguardo al carattere obbligatorio che detta norma, in asserita violazione della legge delega, attribuisce al preliminare esperimento della procedura di mediazione.

Al riguardo, è il caso di osservare che l'ordinanza di rimessione del TAR menziona esplicitamente tra i parametri costituzionali, oltre all'art. 24, soltanto l'art. 77 Cost. Tuttavia, poiché dalla motivazione della detta ordinanza si desume con chiarezza il richiamo anche alla violazione dell'art. 76 Cost., lo scrutinio di legittimità costituzionale va condotto pure in riferimento all'eccesso di delega, peraltro evocato da altre ordinanze di rimessione.

Il citato art. 5, comma 1, sotto la rubrica «Condizione di procedibilità e rapporti con il processo», così dispone: «1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia 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, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. 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 d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni».

In forza di tale norma, la parte che intende agire in giudizio per una delle azioni specificamente indicate, è tenuta, in via preliminare, ad esperire la procedura di conciliazione, disciplinata come condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Il carattere obbligatorio così attribuito a detta

procedura è censurato, per eccesso o difetto di delega, da quasi tutte le ordinanze di rimessione sopra riassunte; e tali censure sono fondate.

12.1.— Si deve premettere che, come questa Corte ha più volte affermato, «Il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro relativo alla norma delegata da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi.

Il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, che costituiscono non solo base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata. La delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente» (ex plurimis: sentenze n. 230 del 2010, n. 98 del 2008, nn. 340 e 170 del 2007).

In particolare, circa i requisiti che devono fungere da cerniera tra i due atti normativi, «i principi e i criteri direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega» (sentenza n. 341 del 2007, ordinanza n. 228 del 2005).

Ciò posto, si deve osservare che sia la legge delega (art. 60, comma 2 e comma 3, lettera c, della legge n. 69 del 2009), sia il d.lgs. n. 28 del 2010 (preambolo) si richiamano al rispetto e alla coerenza con la normativa dell'Unione europea. È necessaria, dunque, una ricognizione, sia pure concisa, degli elementi desumibili da tale normativa.

L'indagine deve prendere le mosse dalla direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio in data 21 maggio 2008, «relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale». Essa risponde alla necessità – già posta in rilievo dal Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, nelle conclusioni adottate dal

detto Consiglio nel maggio 2000, nonché dal libro verde presentato dalla Commissione nell'aprile 2002 – di garantire un migliore accesso alla giustizia, invitando gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali ed alternative di risoluzione delle controversie civili e commerciali.

La direttiva muove dal presupposto che la mediazione «può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera» (direttiva citata, sesto Considerando).

Il quattordicesimo Considerando afferma che «La presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva». Il principio, poi, è ripreso e precisato nell'art. 3, lettera a), della direttiva medesima che, dopo avere definito la mediazione come «un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore», in ordine alle modalità stabilisce che «Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro».

Infine, l'art. 5, comma 2, dispone che «La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario».

Merita, poi, di essere menzionata la Risoluzione del Parlamento europeo in data 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI) sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, ancorché priva di efficacia vincolante.

Essa considera, tra l'altro, che una soluzione alternativa delle controversie (Alternative Dispute Resolution – ADR), che consenta alle parti di evitare le tradizionali procedure arbitrali, può costituire un'alternativa rapida ed economica ai contenziosi; e, al paragrafo 10, afferma che «al fine di non pregiudicare l'accesso alla giustizia, si oppone a qualsiasi imposizione generalizzata di un sistema obbligatorio di ADR a livello di UE, ma ritiene che si potrebbe valutare un meccanismo obbligatorio per la presentazione dei reclami delle parti al fine di esaminare le possibilità di ADR». Al paragrafo 31, sesto capoverso, aggiunge (tra l'altro) che l'ADR deve avere un carattere facoltativo, fondato sul rispetto della libera scelta delle parti durante l'intero arco del processo, che lasci loro la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia dinanzi ad un tribunale, e che esso non deve essere in alcun caso una prima tappa obbligatoria preliminare all'azione in giudizio.

Da ultimo, va ricordata, nei limiti in precedenza esposti, la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 (2011/2026-INI), relativa all'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali. Tale risoluzione, nel passare in rassegna le modalità con cui alcuni degli Stati membri hanno attuato la direttiva citata, osserva nel paragrafo 10 che «nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali; ciononostante sottolinea che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria».

Per completare il quadro, è da considerare, nei limiti di seguito precisati, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in data 18 marzo 2010, Sezione quarta, pronunciata nelle cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08.

Con tale pronuncia la Corte ha affermato i seguenti principi: a) l'art. 34 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazione elettronica tra

utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali; b) neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero questi non siano ingenti per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo imponga.

Nella motivazione della pronuncia si legge (punto 65) che, da un lato, non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi; dall'altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale.

12.2.— Come emerge dalla ricognizione che precede, dai richiamati atti dell'Unione europea non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione. Fermo il favor dimostrato verso detto istituto, in quanto ritenuto idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell'Unione disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato («può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro», ai sensi dell'art. 3, lettera a, della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008), ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio (art. 5, comma 2, della direttiva citata).

Allo stesso principio, come risulta dal dispositivo, s’ispira la sentenza della Corte di giustizia richiamata nel paragrafo che precede. Vero è che, in un passaggio argomentativo (punto 65 della motivazione) la Corte considera inesistente una alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, perché l’introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituirebbe uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione degli obiettivi perseguiti. Ma tale rilievo non può costituire un precedente, sia perché si tratta di un obiter dictum, sia perché la sentenza citata interviene su una procedura conciliativa concernente un tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi), là dove la mediazione di cui qui si discute riguarda un rilevante numero di vertenze, che rende non comparabili le due procedure anche per le differenze strutturali che le caratterizzano.

Pertanto, la disciplina dell’UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie.

Ne deriva che l’opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella citata disciplina.

Infatti, una volta raggiunta tale conclusione, si deve per conseguenza escludere che il contenuto della legge delega, richiamando la direttiva comunitaria, possa essere interpretato come scelta a favore del modello di mediazione obbligatoria.

13.— Si deve ora procedere all’interpretazione della legge delega (art. 60 della legge n. 69 del 2009), al fine di verificare il rispetto dei principi da essa posti in sede di emanazione del d.lgs. n. 28 del 2010 e, in particolare, delle disposizioni oggetto di censure.

Orbene, la detta legge delega, tra i principi e criteri direttivi di cui all’art. 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione. Sul punto l’art. 60 della legge n. 69 del 2009, che per altri aspetti dell’istituto si rivela abbastanza dettagliato, risulta del tutto silente. Eppure, non si può certo ritenere che l’omissione riguardi un aspetto secondario o marginale. Al contrario, la scelta del modello di mediazione costituisce un profilo centrale

nella disciplina dell’istituto, come risulta sia dall’ampio dibattito dottrinale svoltosi in proposito, sia dai lavori parlamentari durante i quali il tema dell’obbligatorietà o meno della mediazione fu più volte discusso.

Non si potrebbe ritenere che il carattere obbligatorio sia implicitamente desumibile dall’art. 60 citato, comma 3, lettera a). Tale disposizione, nel prevedere che la mediazione abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, aggiunge la frase «senza precludere l’accesso alla giustizia». Si tratta, però, di un’affermazione di carattere generale, non a caso collocata in apertura dell’elenco dei principi e criteri direttivi e non necessariamente collegabile alla scelta di un determinato modello procedurale, tanto più che nella norma di delega non mancano spunti ben più esplicativi che orientano l’interprete in senso contrario rispetto alla volontà del legislatore delegante di introdurre una procedura a carattere obbligatorio.

In particolare: l’art. 60, comma 3, lettera c), dispone che la mediazione sia disciplinata «anche attraverso l’estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5», recante la definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia. Gli articoli da 38 a 40 di tale decreto (poi abrogati dall’art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010) prevedevano un procedimento di conciliazione stragiudiziale nel quale il ricorso alla mediazione trovava la propria fonte in un accordo tra le parti (contratto o statuto). Il modulo richiamato dal legislatore delegante era, dunque, di fonte volontaria, il che non si concilia (pur volendo considerare quel richiamo come non vincolante) con un’opzione a favore della mediazione obbligatoria.

Ancora, merita di essere menzionato il disposto dell’art. 60, comma 3, lettera n), della norma di delega, alla stregua del quale nell’esercizio della delega stessa il Governo doveva attenersi (tra gli altri) al principio di «prevedere il dovere dell’avvocato di informare il cliente, prima dell’instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell’istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione». Orbene, «possibilità» di avvalersi significa, evidentemente, facoltà, e non obbligo, di avvalersi («è tenuto preliminarmente»), cui invece fa riferimento l’art. 5, comma 1, del decreto delegato. Il che si evince con chiarezza dall’art. 4, comma 3, di quest’ultimo.

La disposizione così stabilisce: «All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20»; poi, così prosegue: «L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Com'è palese, si tratta di due disposizioni distinte, la prima riferibile alla mediazione facoltativa, la seconda alla mediazione obbligatoria e

perciò costituente condizione di procedibilità della domanda. Tuttavia, soltanto il primo modello trova la necessaria copertura nella norma di delega. Il secondo compare nel decreto delegato, ma è privo di ancoraggio nella norma suddetta.

Il denunciato eccesso di delega, dunque, sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010.

Tale vizio non potrebbe essere superato considerando la norma introdotta dal legislatore delegato come un coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante, perché – come sopra messo in rilievo – in realtà con il censurato art. 5, comma 1, si è posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri della delega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata.

Né giova il richiamo alla sentenza di questa Corte n. 276 del 2000.

Invero, con quella pronuncia fu dichiarata (tra l'altro) non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 410, 410-bis e 412-bis cod. proc. civ., come modificati, aggiunti o sostituiti dagli artt. 36, 37 e 39 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), e dall'art. 19 del decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387 (Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 febbraio 1993,

n. 29, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80).

La Corte pervenne a tale decisione escludendo (tra l'altro) che le norme censurate fossero viziata da eccesso di delega. A tal fine, essa, prendendo le mosse dalla complessa riforma che aveva realizzato il passaggio dalla giurisdizione amministrativa a quella ordinaria delle controversie sul rapporto di impiego «privatizzato» con le pubbliche amministrazioni, sottolineò che la messa a punto di strumenti idonei ad agevolare la composizione stragiudiziale delle controversie, per limitare il ricorso al giudice ordinario alle sole ipotesi di inutile sperimentazione del tentativo di conciliazione, appariva un momento essenziale per la riuscita della riforma. Pose l'accento sul criterio direttivo di cui all'art. 11, comma 4, lettera g), della legge 15 marzo 1997, n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa), rimarcando che detta norma, nel devolvere al giudice ordinario tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, prevedeva l'introduzione di «misure organizzative e processuali anche di carattere generale, atte a prevenire disfunzioni relative al sovraccarico del contenzioso», nonché di «procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato». Dopo avere ricostruito l'oggetto della delega, osservò che «la lettera della delega del 1997 – riferendosi a —procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato|| – non menziona il predicato dell'obbligatorietà. Ma è anche vero che, quando la delega venne conferita, l'articolo 410 del codice di procedura civile, nel testo allora vigente, già contemplava un tentativo facoltativo di conciliazione per le controversie ex art. 409, mentre l'art. 69 del decreto legislativo n. 29 del 1993 prevedeva – come si è detto – un tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di pubblico impiego privatizzato. In siffatto contesto deve escludersi che la delega si limitasse ad attribuire al legislatore delegato il potere di regolare diversamente le mere modalità organizzative del tentativo di conciliazione esistente, senza consentire (per le controversie ex art. 409 del codice di procedura civile) l'introduzione dell'obbligatorietà».

Come si vede, la sentenza n. 276 del 2000, per giungere alla conclusione secondo cui «L'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie ex art. 409 del codice di procedura civile ha dunque

rispettato la delega» (punto 2.5. quarto capoverso, del Considerato in diritto), fece leva sia sul contesto della riforma attuata, senza dubbio di ampio respiro ma circoscritta alle controversie nel settore del diritto del lavoro, sia sulla presenza in tale settore di un tentativo facoltativo di conciliazione per le controversie ai sensi dell'art. 409 cod. proc. civ., e di un tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di pubblico impiego privatizzato. Pertanto la previsione dell'obbligatorietà, nel quadro delle «misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso» (art. 11, comma 4, lettera g, della citata norma di delega) non appariva come un novum avulso da questa, ma costituiva piuttosto il coerente sviluppo di un principio già presente nello specifico settore.

La fattispecie qui in esame è, invece, diversa: a parte la differenza di contesto, essa delinea un istituto a carattere generale, destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali, però, alla stregua delle considerazioni sopra svolte, il carattere dell'obbligatorietà per la mediazione non trova alcun ancoraggio nella legge delega.

Né varrebbe addurre che l'ordinamento conosce varie procedure obbligatorie di conciliazione, trattandosi di procedimenti specifici, per singoli settori, in relazione ai quali nessun rapporto di derivazione è configurabile in riferimento all'istituto in esame.

Infine, quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell'esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia.

In definitiva, alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. La declaratoria deve essere estesa all'intero comma 1, perché gli ultimi tre periodi sono strettamente collegati a quelli precedenti (oggetto delle censure), sicché resterebbero privi di significato a seguito della caducazione di questi.

Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e quindi in via consequenziale alla decisione adottata, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale: a) dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo («L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale») e al sesto periodo, limitatamente alla frase «se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1»; b) dell'art. 5, comma 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; c) dell'art. 5, comma 4, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «I commi 1 e» ; d) dell'art. 5, comma 5, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; e) dell'art. 6, comma 2, del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo cinque,»; f) dell'art. 7 del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1»; g) dello stesso articolo 7 nella parte in cui usa il verbo «computano», anziché «computa»; h) dell'art. 8, comma 5, del detto decreto legislativo; i) dell'art. 11, comma 1, del detto decreto legislativo, limitatamente al periodo «Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13»; l) dell'intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo «resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile»; m) dell'art. 17, comma 4, lettera d), del detto decreto legislativo; n) dell'art. 17, comma 5, del detto decreto legislativo; o) dell'art. 24 del detto decreto legislativo.

14.— Ogni altro profilo resta assorbito.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi;

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali);

2) dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte

costituzionale), l'illegittimità costituzionale: a) dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo («L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale») e al sesto periodo, limitatamente alla frase «se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1»; b) dell'art. 5, comma 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; c) dell'art. 5, comma 4, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «I commi 1 e»; d) dell'art. 5, comma 5 del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; e) dell'art. 6, comma 2, del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo cinque,»; f) dell'art. 7 del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1»; g) dello stesso articolo 7 nella parte in cui usa il verbo «computano» anziché «computa»; h) dell'art. 8, comma 5, del detto decreto legislativo; i) dell'art. 11, comma 1, del detto decreto legislativo, limitatamente al periodo «Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13»; l) dell'intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo «resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile»; m) dell'art. 17, comma 4, lettera d), del detto decreto legislativo; n) dell'art. 17, comma 5, del detto decreto legislativo; o), dell'art. 24 del detto decreto legislativo;

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010 e dell'art. 16 del decreto ministeriale adottato dal Ministro della giustizia, di concerto col Ministro dello sviluppo economico, in data 18 ottobre 2010, n. 180, come modificato dal decreto ministeriale 6 luglio 2011, n. 145 (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), «da soli ed anche in combinato disposto», sollevata dal Giudice di pace di Recco, in riferimento agli articoli 3, 24 e 111 Cost., con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 ottobre 2012.

F.to:

Alfonso QUARANTA, Presidente

Alessandro CRISCUOLO, Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 6 dicembre 2012.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Gabriella MELATTI

Allegato:

ordinanza letta all'udienza del 23 ottobre 2012

ORDINANZA

Visti gli atti relativi al giudizio di legittimità costituzionale introdotto con ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (TAR) depositata il 12 aprile 2011 (n. 268 Reg. ordinanze 2011);

Visti gli atti relativi al giudizio di legittimità costituzionale introdotto con ordinanza del Tribunale di Genova depositata il 18 novembre 2011 (n. 108 Reg. ordinanze 2012);

rilevato che nel primo dei detti giudizi di legittimità costituzionale (R. O. n. 268 del 2011) sono intervenuti: il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano; la Società Italiana Conciliazione Mediazione e Arbitrato (SIC&A), s. r. l.; l'Associazione Nazionale Mediatori e Conciliatori; l'Unioncamere – Unione Italiana delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; la Camera di commercio di Cagliari; la Camera di commercio di Firenze; la Camera di commercio di Milano; la Camera di commercio di Palermo; la Camera di commercio di Potenza; la Camera di commercio di Roma; la Camera di commercio di Torino; la Camera di commercio di Venezia; ASSOMEDIAZIONE – Associazione Mediazione;

che nel secondo dei detti giudizi di legittimità costituzionale (R. O. n. 108 del 2012) è intervenuto, con atto depositato il 26 giugno 2012, il Consiglio Nazionale Forense;

che i soggetti e gli enti sopra indicati non sono stati parti nei giudizi *a quibus*;

che, per costante giurisprudenza di questa Corte, sono ammessi a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale (oltre al Presidente del Consiglio dei Ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della

illegittimità costituzionale dell'articolo 5 comma 1 del

Giunta regionale), le sole parti del giudizio principale, mentre l'intervento di soggetti estranei a questo è ammissibile soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (*ex plurimis*: ordinanza letta all'udienza del 23 marzo 2010, confermata con sentenza n. 138 del 2010; ordinanza letta all'udienza del 31 marzo 2009, confermata con sentenza n. 151 del 2009; sentenze n. 94 del 2009, n. 96 del 2008, n. 245 del 2007);

che, nei giudizi da cui traggono origine le questioni di legittimità costituzionale in discussione, i rapporti sostanziali dedotti in causa concernono profili attinenti alla mediazione nel processo civile, che possono anche riguardare interessi professionali della classe forense o delle Camere di commercio, ma concernono più in generale le posizioni che le parti intendono azionare nel processo e non mettono in gioco le prerogative del Consiglio Nazionale Forense, dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati o delle dette Camere di commercio, nonché, a maggior ragione, degli altri soggetti sopra indicati;

che l'ammissibilità d'interventi ad opera di terzi, titolari di interessi soltanto analoghi a quelli dedotti nel giudizio principale, contrasterebbe con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto l'accesso delle parti al detto giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione da parte del giudice *a quo*;

che, pertanto, gli interventi spiegati nei giudizi di legittimità costituzionale sopra indicati dai soggetti di cui in motivazione devono essere dichiarati inammissibili.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili gli interventi spiegati dai soggetti di cui in motivazione nei giudizi di legittimità costituzionale R. O. n. 268 del 2011 e n. 108 del 2012.

F.to: Alfonso Quaranta, Presid SENTENZA N. 272

D.LGS. 28/2010, nella parte in cui prevedeva il carattere obbligatorio (o meglio la condizione di procedibilità) della mediazione in talune materie, *per eccesso di delega*, così da svuotare l'istituto della sua forza trainante. Naturalmente i commenti a tale sentenza furono numerosi e tra di loro contraddittori. Da una parte in C.N.F. il quale plaudiva all'intervento della Suprema Corte; dall'altra gli *operatori della mediazione* i quali rimanevano atterriti rispetto agli effetti del giudicato, ma fiduciosi che la mediazione obbligatoria potesse essere ripristinata attraverso le forme legislative più idonee. Certo è che il giudicato era destinato a lasciare spazio ad ulteriori polemiche. La Corte Costituzionale, considerando infatti il vizio formale dell'eccesso di delega, non era entrata nel merito delle problematiche connesse alla legittimità dell'intero impianto dell'istituto. Addirittura, il richiamo a proprie posizioni precedenti in cui sembrava essere favorevole alla introduzione di forme alternative di risoluzione delle controversie, sembrava aprire la strada ad una riproposizione dell'Istituto attraverso strumenti legislativi formalmente corretti. La verità appariva ed appare una sola: occorre una strada che permetta un miglioramento del sistema giustizia italiano. Se questa strada prevede l'utilizzo della mediazione nella forma dell'obbligatorietà, ben venga. L'importante è definire con coerenza e senza

contraddizioni formali e sostanziali gli obiettivi da perseguire e gli strumenti da utilizzare.

IV: II D.Lgs. 28/2010.

Se la normativa comunitaria aveva stimolato la introduzione dell'istituto nel nostro paese e, la legge delega 69 aveva supportato la sua regolamentazione, il cardine del sistema è però rappresentato dal già citato D.LGS 4 marzo 2010 n. 28. Tale norma stabilisce le regole fondamentali in materia di mediazione civile e commerciale e, sino dalla sua introduzione è stata oggetto di numerose critiche e, nel tempo, di successive modificazioni ed integrazioni. Questa norma è realizzata nel perfetto rispetto della direttiva comunitaria che, anzi, spesso riprende pedissequamente, lasciando, di frequente, un senso di disagio in coloro che le norme in essa contenute devono applicare. Ciò proprio perché esse si riferiscono ad un ambito spaziale e culturale profondamente differente da quello cui si rivolge la direttiva comunitaria. In realtà di essa vengono ripresi tutti i principi portanti: la terzietà del mediatore, la sua imparzialità e competenza, la sua riservatezza, l'esecutività degli accordi di mediazione, la libertà nelle forme di conduzione, la libertà riconosciuta alle parti e la loro potestà di mettere fine in ogni momento al procedimento di mediazione, gli effetti sulla prescrizione

e decadenza, la limitazione nella durata del procedimento, per evitare che ciò rappresenti un impedimento al libero accesso alla giustizia. Tuttavia, coloro che hanno vissuto sul campo i primi tentativi di applicazione delle norme, non hanno potuto non muovere critiche. In primo luogo il decreto impone ai soggetti primi destinatari della norma, gli avvocati, sia nella loro veste di assistenti le parti, sia in quella di mediatori, di muoversi in un mondo differente da quello cui erano abituati. La scarnezza delle forme procedurali, la mancanza di un rito predefinito (che sono poi la costante dell'intera norma) che lasciavano il mediatore e le parti libere di agire, nel solo rispetto di quanto previsto dal regolamento dell'organismo, diveniva spesso, durante gli incontri di mediazione, elemento di conflittualità, ingenerando discussioni, spesso non di poco rilievo, tra mediatori e legali in assistenza delle parti. La mancanza di circolari esplicative in grado di chiarire i dubbi applicativi che la norma lasciava; la scarna giurisprudenza che si occupava del fenomeno e, che spesso si limitava ad intervenire solo su fattori di contorno, certamente non facilitava il compito di chi la mediazione era chiamato ad operare sul campo. Il più grande difetto della norma era anche il suo più grande pregio: il suo essere una norma aperta, senza regole comportamentali esattamente definite, generava e, probabilmente continuerà a generare, comportamenti

differenti rispetto a situazioni analoghe. Tutti avrebbero desiderato maggiori certezze nell'applicazione, anche per assicurare maggiore stabilità ai cittadini chiamati in mediazione. Su questa falsa riga si assisteva a situazioni paradossali – che hanno poi scatenato la reazione negativa di parte dell'avvocatura - per cui ciascun mediatore, negli spazi aperti della legge, finiva per essere vincolato solo dal regolamento di procedura dell'organismo, spesso ancor più lacunoso della legge stessa, nonché dalla propria esperienza e convinzioni personali. Da molte parti era richiesta una riforma organica dell'istituto che tenesse conto delle esperienze maturate sul campo e che permettesse di esaltare i pregi e di eliminare i difetti della legge. Nessuno nega tale esigenza, ma nessuno può negare che la mediazione rappresenti un tentativo di proporre, all'interno di un sistema culturale e giuridico fondato su determinati presupposti, un quid che quei presupposti non nega ma inverte. La mediazione postula la prevalenza degli accordi volontari sulle decisioni dei giudici. Ciò è esattamente l'inverso di quanto sino ad oggi si è realizzato. Ed è palese che, anche una norma perfetta, avrebbe incontrato critiche e resistenze, proprio perché essa è chiamata a introdurre una nuova cultura del diritto ed un nuovo modo di affrontare le controversie. Nonostante le critiche, tuttavia il D.GLS 28/2010 è stato un ottimo traino ed ha prodotto dei sicuri risultati come

del resto rilevato nella risoluzione del **Parlamento Europeo del 13 settembre 2011** sull'attuazione della direttiva sulla mediazione degli stati membri. In particolare essa sottolinea come *nonostante le polemiche, gli stati membri, la cui legislazione nazionale va oltre i requisiti di base della direttiva sulla mediazione, sembrano avere raggiunto risultati importanti nella formazione del trattamento non giudiziario delle controversie in materia civile e commerciale: si osserva che i risultati raggiunti, in particolare in Italia, Bulgaria e Romania, dimostrano che la mediazione può contribuire ad una soluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie attraverso procedure adeguate alle esigenze delle parti.* Anche i numeri della mediazione, offerti dal Ministero di Grazia e Giustizia, se da una parte confermano la diffidenza verso l'istituto, dall'altra evidenziano risultati comunque valutabili in maniera positiva. Nel periodo marzo 2011 – dicembre 2012, sono stati presentati circa 216.000 controversie di cui circa l'84% in materia obbligatoria, con un tasso di partecipazione delle parti del 27%, ed in quest'ultimo caso con una percentuale di accordi raggiunti pari al 44%.

Queste statistiche evidenziano da un lato la non adeguata partecipazione alle procedure di mediazione; dall'altro l'ottima risposta nel caso in cui l'incontro di mediazione avesse avuto luogo con la partecipazione dei

soggetti coinvolti. Certamente il primo risultato è indotto negativamente dalle controversie inerenti la responsabilità derivante dalla circolazione stradale. In questo caso, l'incidenza della mancata partecipazione è del 95%. Ma anche in quest'ultimo caso la mediazione ha prodotto effetti assai positivi in quanto, le compagnie assicurative, pur non partecipando, ricevuta l'istanza di mediazione riducevano enormemente i tempi per la chiusura della controversia al di fuori del tavolo di mediazione. Il numero di controversie concluse con esito favorevole, a parti presenti, deve essere invece valutato in modo significativo, soprattutto considerando fattori che hanno inciso negativamente su di esso, non da ultima la scarsa esperienza maturata da molti mediatori e la *quasi naturale* non accondiscendenza degli avvocati assistenti le parti, i quali si sono spesso posti *di traverso* rispetto al conseguimento dell'accordo. Ciò lascia piuttosto perplessi in quanto, già prima della riforma imposta dalla legge n. 98/2013, i legali avevano un ruolo di centralità nelle mediazioni (basti pensare che l'81% delle parti compariva rappresentata o assistita da un legale).

In merito poi alle categorie della mediazione, colpisce il dato per cui l'83,5% dei casi deriva da condizioni di procedibilità; il 3% da disposizioni del giudice (cosiddetta mediazione demandata); solo il 13% da volontarietà. Anche questo dato è estremamente significativo in quanto espressione del fatto che il ricorso alla

mediazione è stato determinato, nella stragrande maggioranza dei casi, dall'obbligo imposto dalla condizione di procedibilità; mentre le procedure volontarie e quelle demandate corrispondono ad una fetta molto esigua. E' questo il segno, da un lato, che gli addetti ai lavori (giudici da una parte e legali in assistenza dall'altra) non hanno mai colto appieno le opportunità che la mediazione offre; dall'altro che la mediazione veniva considerata troppo onerosa rispetto ai risultati da essa fruibili. Va infine detto, a completezza del quadro offerto, che, soprattutto nei primi periodi di applicazione, i risultati ottenuti non sono stati particolarmente significativi, in quanto gli operatori restavano in attesa di un regolamento attuativo del D.Lgs. n.28/2010 il quale veniva considerato una norma di indirizzo, spesso incapace di dare risposta concreta ai casi pratici.

V: Il D.M. 180/2010 e le sue successive modifiche.

Il regolamento del D. Lgs. 28/2010 viene realizzato attraverso il D.M. n.180 del 18 ottobre 2010. In esso tutti gli operatori ricercavano risposte concrete ai casi specifici.

Purtroppo, questa norma non riesce a rispondere a tali esigenze, anzi spesso si pone in contrasto con quanto

previsto dal D.Lgs n.28/2010, di cui, si ripete, doveva essere il regolamento attuativo. Ciò che maggiormente colpisce di questa norma è la formulazione dell'articolo 4 che amplia la platea dei soggetti aventi i requisiti per svolgere il compito di mediatore ribaltando l'impostazione dal D.Lgs. n.5/2003. Quest'ultimo prevedeva che potessero esercitare l'attività di mediatori:

- professori universitari in materia giuridico – economiche;
- professionisti iscritti agli albi professionali riguardanti le stesse materie, da almeno 15 anni;
- magistrati in quiescenza.

Il citato articolo 4 prevede invece l'apertura a tutti i soggetti in possesso di laurea triennale o iscritti ad albi professionali e collegi, dopo aver superato un corso della durata minima di 50 ore. Si passa quindi da qualifiche tipiche di operatori del diritto a qualifiche di tipo differente integrate dalla partecipazione ad apposito corso di formazione. Delle motivazioni di queste scelte si parlerà nel capitolo specificamente destinato all'analisi del predetto D.M. 180; tuttavia questa scelta, invero con la mancata previsione di esatti standard qualitativi, cui dovessero uniformarsi gli organismi di mediazione e gli Enti di Formazione, generò violente reazioni da parte di coloro che la mediazione dovevano affrontare nella quotidianità. In particolare l'OUA (Organismo Unitario dell'avvocatura italiana) non mancò di sottolineare come

le nuove figure professionali di mediatori non potevano garantire l'esatta applicazione del diritto e l'adeguata sorveglianza del rispetto delle norme, elemento essenziale per produrre gli effetti tipici dell'accordo e la sua natura esecutiva. Fu quindi messa fortemente in dubbio la capacità professionale ed il grado di preparazione dei mediatori. Questo aspetto, unito alle critiche circa l'eccessiva onerosità della mediazione, aumentò l'accreditine nei confronti dell'istituto, che intanto iniziava ad essere attaccato anche da parte della magistratura, che disapplicava le norme previste dall'articolo 5 in materia di obbligatorietà e proponeva ricorsi per l'accertamento dell'incostituzionalità tanto dalle norme contenute nel D.Lgs n.28/2010 sia in quelle contenute nel D.M. n.180/2010. Per cercare di tamponare le falte presenti nel sistema, vi fu un ulteriore intervento normativo con il D.M. n.145/2011, che introduceva sostanziali modifiche al D.M. n.180/2010. La sensazione è che tale norma, più che intervenire per migliorare il sistema, cercasse di dare risposta alle questioni sollevate dall'avvocatura al fine di ridurre i rischi di una declaratoria di incostituzionalità delle norme che regolavano l'istituto. In particolare: 1) per difendere le nuove figure di mediatori dall'accusa di scarsa preparazione, si impose in aggiunta all'obbligo di aggiornamento biennale, quello di partecipazione ad almeno venti tirocini formativi. Con espressa circolare ministeriale si chiarì che ogni tirocinio

corrispondeva alla partecipazione ad una seduta di mediazione, ammettendosi per tale anche quella che terminava con un verbale di mancata adesione per l'assenza di tutte le parti convocate; 2) per rispondere alle critiche di eccessiva onerosità, si stabiliva che, in deroga al sistema tariffario, in caso di mancata adesione di tutte le parti convocate, fossero dovute all'organismo oltre alle spese di avvio, solo quaranta euro per le controversie il cui valore di lite rientrava nel primo scaglione tariffario e cinquanta euro in tutti gli altri casi. Ci si avviava però lentamente alla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012, tanto temuta da coloro che avevano fatto della mediazione una vera professione. Le motivazioni di tale sentenza venivano precedute da un comunicato dell'ufficio stampa della Corte Costituzionale datato 24/10/2012 nel quale si leggeva: *La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.* Quando si è data pubblicità alle motivazioni della sentenza, si è potuto comprendere che la stessa aveva colpito il vizio formale dell'eccesso di delega, considerato assorbente, mentre non aveva ritenuto, per conseguenza, necessario entrare nell'analisi delle ulteriori paventate eccezioni di incostituzionalità proposte. Proprio questo tipo di decisione, se da un lato lasciava

sgomenti tutti coloro che credevano nel valore deflattivo della mediazione, dall'altro non lasciava pienamente soddisfatti coloro che avrebbero voluto una generalizzata declaratoria di incostituzionalità dell'istituto, così che esso non potesse più essere riproposto in modo formalmente corretto. E' seguito quindi un lungo periodo di buio, nel quale il numero delle mediazioni svolte si è quasi del tutto azzerato, segno evidente del fatto che la mediazione non è mai entrata nella nostra cultura e, che per conseguenza, quando è stata privata del carattere dell'obbligatorietà, essa è praticamente scomparsa. Tale situazione non poteva però essere sopportata a lungo, anche perché la mediazione, nonostante numeri non particolarmente incoraggianti, aveva dato la sensazione di essere un idoneo filtro all'accesso alla giustizia ordinaria e, nel contempo, dimostrato di essere un ottimo strumento per garantire la pacificazione sociale, cosa che del resto era il suo obiettivo primario. Lo scopo della mediazione non è infatti solo il risolvere la singola controversia, quanto piuttosto quello di permettere alle parti di riprendere un pacifico dialogo, così da evitare, tra l'altro, che le stesse, decisa la controversia, finiscano per riprodurne una nuova, proprio in virtù della mancanza di dialogo e comprensione reciproca. In pratica si può affermare che cercare una risoluzione condivisa della controversia proposta sia solo uno strumento per ripristinare tra le parti la comunicazione interrotta,

ponendo le stesse in condizione di divenire complici per la risoluzione di un problema comune che, in qualche modo, incide negativamente sulla loro vita. Già la relazione dei saggi del 12 aprile 2013 al paragrafo 26 aveva auspicato: *L'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione obbligatoria di mediazione (non escluse dalla recente sentenza della Corte Costituzionale – sent.272/2010 – che ha dichiarato illegittima una disposizione del decreto legislativo che disponeva in questo senso, ma solo per carenza di delega; questi sistemi dovrebbero essere accompagnati da effettivi incentivi per le parti ed adeguate garanzie di competenza, di imparzialità e di controllo degli organi di mediazione.*

In contemporanea anche l'Unione Europea si muoveva nella stessa direzione, come reso evidente nella Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo del 27 marzo 2013 – COM (2013) 160 finale – nella quale si legge: *La crisi economica e finanziaria che colpisce attualmente l'Unione ha innescato profondi cambiamenti, dando il via ad una ristrutturazione radicale delle economie nazionali intesa a preparare il terreno per la crescita e la competitività. In questo processo di riforma, i sistemi giudiziari nazionali svolgono un ruolo fondamentale per il ripristino della*

fiducia e il controllo della crescita. [...] Le carenze dei sistemi giudiziari nazionali sono quindi non solo un problema per un particolare stato membro, ma possono influire sul funzionamento del mercato unico e, più in generale, sull'intera Unione Europea. Tra gli strumenti che la Commissione propone di incentivare per ridurre il carico di lavoro dei tribunali, non mancano i metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Si legge al paragrafo 3.4: *Una mediazione efficace ed altri metodi di risoluzione alternativa delle controversie consentono una rapida risoluzione del contenzioso tra le parti su base volontaria, riducono il numero delle cause pendenti e possono quindi avere un effetto positivo sul carico di lavoro dei tribunali, che pertanto hanno più possibilità di mantenere tempi ragionevoli. Simili metodi di elevata qualità possono essere un'alternativa credibile alle tradizionali procedure giudiziarie e possono contribuire a creare una cultura di risoluzione pacifica delle controversie.*

Era quindi nell'aria una spinta forte al ritorno della mediazione come alternativa, o almeno come filtro all'accesso alle forme di giustizia ordinaria. Tuttavia, come più volte rilevato, in Italia, reintrodurre una mediazione efficiente, significava farla transitare attraverso il canale della obbligatorietà, in quanto, come detto, la mediazione lasciata alla volontà delle parti non era in grado di produrre alcun effetto. D'altra parte

reintrodurre la mediazione con caratteri di *pura obbligatorietà*, avrebbe significato riaprire le polemiche con una gran parte dell'avvocatura, che aborrisce tale principio. In questo quadro d'assieme si muove il D.L. 21 giugno 2013 n.69 meglio noto come *decreto del fare*, il quale impone, tra l'altro:

- a) il ripristino dell'*obbligatorietà* della mediazione nelle materie previste dall'art. 5, comma 1 , con l'eliminazione delle controversie relative ai danni alla circolazione di veicoli e natanti;
- b) un primo incontro "di programmazione" in cui le parti con il mediatore verificano la sussistenza dei presupposti per continuare la mediazione;
- c) la riduzione della durata della procedura (da quattro a tre mesi);
- d) la possibilità di ottenere l'*efficacia esecutiva* del verbale di conciliazione, previa omologa del tribunale solo se sottoscritto dagli avvocati che assistono le parti;
- e) la facoltà riconosciuta al magistrato di disporre (e non più solo di invitare) l'esperimento del tentativo di mediazione, indicando tra l'altro l'organismo cui rivolgersi (!!!);
- f) la previsione che gli avvocati, iscritti all'albo professionale, siano mediatori di diritto;
- g) la previsione di un minimo costo a carico dei partecipanti qualora, dopo l'incontro di programmazione, gli stessi avessero deciso di non proseguire.

Nel complesso, queste novità rappresentavano il tentativo di contemperare le varie posizioni e le varie problematiche proposte. In particolare si reintroduceva l'obbligatorietà della mediazione, ma in modo che tale previsione fosse limitata al solo primo incontro. Essa poi continuava su base volontaria, lasciandosi alle parti la facoltà di continuare nello svolgimento della procedura o di rinunziarvi ed adire alle vie giurisdizionali classiche. In quest'ultimo caso, il costo della mediazione si rendeva praticamente nullo, prevedendosi un compenso invero assai misero a favore dell'organismo di mediazione. Era una palese risposta alle critiche mosse da gran parte dell'avvocatura che riteneva la mediazione, nel suo carattere dell'obbligatorietà, non conforme ai principi costituzionali ed inutilmente onerosa. Anche questo progetto di riforma trovava sul suo cammino non pochi ostacoli e, generava addirittura la astensione degli avvocati come forma di protesta. Nell'iter parlamentare di conversione, peraltro molto travagliato, si giungeva ad ulteriori significative modifiche che, secondo molti, snaturavano del tutto l'istituto, facendolo divenire incompatibile con il suo sotteso scopo primario. Se infatti, come si avrà modo di meglio approfondire nel seguito, il fine della legge era quello di favorire l'accesso diretto dei cittadini ad una forma più libera di giustizia, in cui essi fossero liberi di partecipare ed esprimersi, al di fuori di rigide norme comportamentali, spesso loro sconosciute,

tale fine veniva fortemente contratto proprio per effetto delle blindature procedurali imposte in sede di conversione. La legge 98 del 9 agosto 2013, di conversione del D.L 69/2013, proponeva, sulla scorta degli emendamenti approvati, le seguenti novità:

- a) il rafforzamento del ruolo della proposta nella attività tendente alla conclusione dell'accordo di mediazione;
- b) la definizione di un principio di competenza territoriale imponendosi che le istanze debbano essere presentate ad un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente;
- c) l'inserimento tra le materie oggetto di obbligatorietà, della responsabilità sanitaria che si affianca a quella medica; viene invece definitivamente esclusa l'obbligatorietà in materia di responsabilità civile per la circolazione stradale e di natanti;
- d) l'obbligo di assistenza legale in ogni fase del procedimento;
- e) l'individuazione di un periodo di sperimentazione dell'obbligatorietà per un periodo di quattro anni con monitoraggio dopo i primi due;
- f) la facoltà accordata al magistrato, in qualsiasi momento del processo, di disporre e non di invitare le parti a dover esperire un procedimento di mediazione, con il conseguente rinvio del processo;
- g) la previsione di un primo incontro nel quale le parti hanno facoltà di decidere se proseguire nella mediazione

o meno, avendo in ogni caso esperito la condizione di procedibilità con la partecipazione a detto incontro;

h) la previsione di una duplice sanzione per la parte che senza giustificato motivo non partecipa al primo incontro;

i) il diritto riconosciuto alle parti di non corrispondere alcun compenso all'organismo nel caso in cui, al termine del primo incontro, decidano di non acconsentire alla continuazione della procedura;

l) la previsione della possibilità di rendere immediatamente esecutivo l'accordo trasfuso nel verbale di conciliazione controfirmato dagli avvocati, a condizione che essi abbiano assistito le parti in tutte le fasi della procedura e che attestino (in uno con il mediatore) la conformità a norme imperative ed ordine pubblico dello stesso; ovvero la possibilità di rendere il verbale esecutivo, a prescindere dalla sottoscrizione dei legali, previa omologa del tribunale competente;

m) la previsione che gli avvocati siano mediatori di diritto con la specifica che, gli avvocati iscritti agli organismi di mediazione, devono essere adeguatamente formati in materia nonché sottoporsi ad un costante aggiornamento.

Ciascuna di queste novità abbisogna di un approfondimento specifico che sarà realizzato nel capitolo specificamente intitolato al commento per articolo del D.Lgs. 28/2010. Al momento si rende necessaria una considerazione finale. La lettura del

contesto ha condotto molti a parlare del nuovo istituto come di *ri-mediazione*. Allo scopo iniziale della mediazione (rendere facile e diretti l'accesso dei cittadini ad una forma di giustizia che non coinvolgesse il tribunale), se ne è affiancato un altro: rendere il sistema giudiziario più veloce ed efficiente attraverso lo sfoltimento del numero delle procedure sottoposte all'attenzione dei magistrati. Ma per fare ciò bisognava attribuire al mondo forense un ruolo di assoluta centralità, anche perché l'avvocatura rappresenta il necessario traino per lo sviluppo e l'affermazione definitiva dell'istituto. Non a caso, come si è potuto verificare dalle statistiche ministeriali, quasi il 90% delle procedure venivano già svolte prima della riforma con l'assistenza dei legali. E d'altra parte va detto che la mancanza del legale rappresentava sempre un ostacolo al conseguimento dell'accordo. Ciò non deve stupire: il cittadino che viene in mediazione poco o nulla conosce e conosceva della procedura, non sempre riusciva a creare un rapporto di fiducia e di affidamento con il mediatore che aveva incontrato per la prima volta proprio in sede di incontro di mediazione, spesso mal comprendeva o fraintendeva i termini tecnici che comunque non potevano non essere utilizzati. Ben venga quindi l'assistenza legale obbligatoria, purché l'avvocatura si renda definitivamente conto della enorme strada che le è stata aperta. Non più cause di durata infinita (otto anni di

media per un terzo grado), ma possibilità di accordo in pochi incontri, addirittura in una sola giornata. E' questa la vera sfida della mediazione: convincere tutti, cittadini, avvocati, magistrati dell'efficienza dello strumento. Ma per fare ciò, se da una parte si richiede ai mediatori professionalità, serietà, competenza, studio ed applicazione; se agli organismi si richiede efficienza ed elevati standard qualitativi; se ai regolamenti degli Organismi si richiede di definire, nel rispetto della legge, delle regole certe per lo svolgimento delle procedure; dall'altra, agli avvocati ed alla magistratura si chiede affidamento nella bontà dell'istituto ed adattamento alle nuove regole. Ciò nella certezza che tali atteggiamenti, oltre che comportare sensibili miglioramenti nella qualità di vita dei cittadini rimuovendo le barriere dei conflitti, condurranno certamente ad un miglioramento complessivo del sistema giustizia, riconducendo l'Italia nei parametri richiesti dalla Comunità Europea.

Capitolo secondo

La disciplina della mediazione nel d.lgs. n.28 del 4 marzo 2010 come modificato dal decreto legge n.69/2013 convertito in legge n.98 del 9 agosto 2013.

I: Principali definizioni

Lo spunto per condurre una disamina dell'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali è l'individuazione dello spirito di questo istituto, quale deriva dalla lettura delle norme in materia e, specificatamente, di quelle contenute nel D. Lgs. 28/2010 come modificato dal D.L 69/2013 convertito in legge 98/2013, attraverso i suoi riferimenti alla legge delega 69/2009 e, prima ancora, nella Direttiva Comunitaria 52 del 21/05/2008, oltre che nel regolamento contenuto nel D. M. 180/2010 come modificato dal D.M. 145/2011. Come si è potuto rilevare dalla lettura del capitolo precedente ci si trova innanzi ad un iter normativo piuttosto complesso che, sulla scorta delle esperienze maturate dalla prima stesura del D.Lgs. 28 sino a giungere alla sua attuale configurazione, ha dovuto convivere con esigenze differenti e spesso contrapposte e sotto la spada di Damocle di una possibile declaratoria di incostituzionalità, poi puntualmente abbattutasi su di esso. Una attenta lettura comparata della norma originaria e di quella attuale, fornisce la sensazione di trovarsi innanzi a due realtà completamente diverse, in cui sono chiamate a convivere anime tra di loro contrastanti. Da una parte il testo originario, non comprendente barriere di tipo procedurale, fondato su una obbligatorietà per così dire pura, che stimolava, incentivava e rendeva oltremodo facile la

partecipazione del cittadino alla diretta gestione della controversia. Dall'altra l'attuale formulazione che prevede:

- confini di competenza territoriale per la presentazione della domanda e lo svolgimento della procedura;
- una obbligatorietà limitata alla sola partecipazione al "primo incontro", mentre il resto della procedura si basa sulla volontarietà;
- l'obbligo dell'intervento del legale in ogni fase della procedura che si rafforza nella circostanza per cui la sottoscrizione del verbale di conciliazione da parte dell'avvocato che rappresenta od assiste la parte è re ipso condizione per potere rendere l'accordo immediatamente esecutivo a prescindere dalla omologazione da parte del tribunale.

Superando tuttavia le perplessità iniziali, non si può negare che il fine ultimo della legge è rimasto invariato: favorire l'accesso diretto dei cittadini a forme di giustizia alternative a quella che si vive nelle aule dei tribunali, così che, partecipando direttamente alla gestione della propria controversia e, giungendo ad una definizione positiva della stessa, il cittadino non ricorra ai tribunali nei vari gradi di giudizio. Si consentirebbe così la riduzione del numero delle cause e, quindi lo sfoltimento delle aule di giustizia. In questo modo, i cittadini che attraverso la mediazione non riescono a trovare un punto di equilibrio

delle proprie controversie , saranno facilitati ad ottenere una giustizia in tempi più brevi. L'elemento qualificante dell'intera norma deve essere rinvenuto nell'art. 1, comma 1, lettera a) del D. Lgs. 28/2010 che qualifica la mediazione come «un'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, **anche con** la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa²». Viene quindi innanzitutto definito l'obiettivo ultimo dell'attività: il conseguimento di un accordo inteso come atto negoziale con il quale le parti diano definitiva soluzione ad una controversia tra le stesse insorta. Tale accordo (che si sostanzia nel verbale di conciliazione redatto a seguito dello svolgimento dell'attività di mediazione) potrà realizzarsi attraverso forme spontanee di collaborazione tra le parti, rispetto alle quali il mediatore si limita a fare da guida e facilitarle; ovvero attraverso forme valutative che prevedono un intervento più pregnante del mediatore, attraverso la estrinsecazione di una sua proposta che porti i soggetti a convergere verso una identità di consensi. Preliminarmente, non si può negare l'incertezza lessicale del Legislatore. Definire la mediazione come una *attività comunque denominata* è pleonastico. Tale impostazione

² Articolo così modificato dalla legge 98/2013

terminologica è evidentemente ripresa dal comma 1 dell'art. 3 della direttiva comunitaria 52 del 21 maggio 2008 che qualifica la mediazione come «un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore». Tuttavia, da un punto di vista strettamente lessicale, l'attività di mediazione che è il presupposto della conciliazione, trova in sé stessa la propria denominazione. Sarebbe stato forse più opportuno prescindere nella definizione dal riferimento alla denominazione e, riferirsi ad un'attività comunque svolta. Tale definizione avrebbe reso sicuramente più agevole la qualificazione della tipologia degli interventi che il mediatore è legittimato ad operare, consentendo una immediata comprensione dell'alveo di libertà comunque riconosciuto al mediatore ed alle parti nella loro azione finalizzata al tentativo di conseguire un accordo satisfattorio per tutti i controvertenti. La questione, si badi bene, non è meramente terminologica in quanto l'aspetto lessicale comporta la qualificazione dei comportamenti ammissibili per il mediatore e rientranti nello spirito della legge. Se è corretto che la direttiva comunitaria, che si riferisce a realtà profondamente eterogenee in materia di mediazione e che hanno già vissuto esperienze simili o similari, parli del mediatore come *del soggetto cui* è

chiesto di condurre la mediazione in modo efficace , imparziale e competente indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo, questa terminologia può essere *tout court* ripresa dal legislatore italiano, considerata la limitata esperienza del nostro Paese in materia di risoluzione alternativa delle controversie? La realtà è che la nostra stessa tradizione giuridica e l'impostazione culturale, non sono particolarmente vicine alla risoluzione delle controversie attraverso tecniche alternative di tipo non giudiziale e l'esperienza vissuta da istituti analoghi non è certamente da considerarsi particolarmente positiva. Se quindi il Legislatore si è collocato nell'ottica di favorire il ricorso a procedure alternative, avrebbe dovuto limitare al minimo gli spazi interpretativi e sancire, qualificando direttamente in tal senso l'attività del mediatore, il principio di assenza di formalismi e regole procedurali che caratterizza l'intero tessuto della legge. Ne sarebbe risultata più chiara la scelta di non rinchiudere il mediatore e le parti all'interno di norme comportamentali e procedurali rigide. Il mediatore ed i soggetti che partecipano alla mediazione non possono essere ingabbiati. Il mediatore deve assistere le parti per il raggiungimento di un accordo negoziale che tutte ritengano satisfattorio ed esse devono sentirsi libere di tenere i comportamenti che ritengono opportuni per il conseguimento dei propri obiettivi. Questo principio traspare in modo evidente nella

legge: il mediatore è libero nei suoi comportamenti; potrà stabilire liberamente le modalità di svolgimento delle sedute; potrà prevedere sessioni congiunte o separate nel numero che ritiene più idoneo ed opportuno; limiterà al minimo le formalità. Le parti, dal canto loro, potranno decidere se partecipare personalmente o se delegare un legale o terzi e, se decidono di intervenire, devono essere libere di poterlo fare senza dovere aderire a regole processuali che spesso non sono in grado di comprendere, senza essere obbligate ad avere specifiche conoscenze del diritto o di tecniche di negoziazione, senza dover temere che un errato comportamento, possa produrre conseguenze negative che incideranno in maniera negativa sull'eventuale susseguente giudizio che potrà essere incardinato in caso di mancato accordo. È proprio questo lo spirito della legge: non imporre formalismi né particolari regole procedurali; non costringere le parti ad acquisire conoscenze del diritto civile o processuale per potere ottenere il risultato dell'accordo, o più correttamente, della conciliazione; lasciare alle stesse la possibilità di esprimersi liberamente assumendo i comportamenti che di volta in volta riterranno più opportuni; utilizzare il filtro del mediatore e lasciarsi guidare dallo stesso al raggiungimento dell'accordo o, al contrario, sfiduciarlo e chiederne la sostituzione laddove ritengano che egli non abbia assunto un comportamento imparziale. Ciò che la

legge vuole ottenere è che le parti possano partecipare al procedimento, anzi che esse siano stimolate al farlo, sicure che la loro partecipazione potrà condurre ad un accordo certamente migliore di quello che potrebbe essere determinato dalla sentenza di un giudice. D'altra parte, è opportuno ribadirlo, lo scopo dell'attività di mediazione è il raggiungimento della conciliazione la quale altro non è che un accordo negoziale tra le parti. L'intento della legge è quello di promuovere la risoluzione extragiudiziale delle controversie insorte attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi conclusi grazie alla partecipazione attiva dei soggetti tra i quali vige una controversia hanno senza dubbio maggiori possibilità di essere rispettati volontariamente e favoriscono il conseguimento di una relazione più amichevole tra le parti. Al mediatore è affidato il solo compito di assisterle e guidarle nella fase di negoziazione, correggerne ove possibile gli atteggiamenti negativi, indurle a trasformare una controversia che deriva anche da un disagio psichico, in una controversia di rilievo prettamente economico. Anche quando, ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. 28/2010, il mediatore è chiamato a formulare una proposta, egli non dovrà mai prescindere dal suo ruolo di guida ed assistenza; egli non dovrà mai essere giudice o arbitro, né dovrà mai far apparire alle parti di esserlo o volerlo essere. Egli dovrà essere sempre un soggetto legittimato

nel suo operare dalla volontà delle parti, imparziale nella sua capacità di comprendere le contrapposte esigenze e capace di trovare alle stesse un opportuno temperamento. La mediazione, per la stessa volontà della legge che la istituisce, è un procedimento che si incardina nell'esclusivo interesse della parti: non è fatta prevalentemente per garantire la riduzione delle pendenze processuali anche se, sicuramente produrrà effetti deflattivi sui processi, permettendo alla giustizia italiana di uniformarsi nei tempi di svolgimento delle cause a quella degli altri paesi europei. La mediazione, si ribadisce, è istituita e fortemente sostenuta nell'interesse delle parti, in più chiare parole, nell'interesse dei cittadini. È questo il sentimento che anima tutta la legge: favorire la realizzazione di accordi negoziali, al di fuori delle aule di tribunale in tempi ristretti e con modalità procedurali ridotte all'osso. Ecco perché l'art. 2 del D. Lgs. 28/2010 prevede che «chiunque possa accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia che abbia ad oggetto qualsivoglia diritto disponibile». Ecco perché l'art. 4 lascia le parti libere di scegliere per la presentazione della domanda un qualsiasi organismo purchè situato nella circoscrizione territoriale del giudice competente per la controversia. Ecco perché l'art. 6 impone che la durata della mediazione non possa superare i tre mesi. Ecco perché le parti rimangono libere di formare il proprio accordo anche in difformità delle ipotesi risolutive

proposte in partenza, con il solo limite imposto dal rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e, pur nel silenzio della legge, deve supporci del buon costume. Ciò che la legge perora è la presenza attiva delle parti. Il fatto che l'art. 5, così come rinnovellato, imponga che esse siano assistite da un legale, non basta a trasformare la mediazione in quello che taluni hanno voluto definire *un quarto grado di giudizio*. La presenza obbligatoria del legale ***in assistenza*** ha il solo scopo di tutelare e garantire l'attività di tutti i partecipanti alla mediazione, ma preliminarmente delle parti. Si noti bene l'inciso; la norma prevede che nelle discipline di cui all'art. 5 comma 1 bis, la parte, ***assistita*** dall'avvocato debba preliminarmente esperire il procedimento di mediazione. L'intervento dell'avvocato ha natura diversa rispetto alla sua funzione tipica nel processo. Egli non è chiamato a rappresentare la parte, bensì ad assisterla, ossia a fornirle quel supporto necessario affinchè essa possa liberamente agire con la certezza che il suo operato potrà produrre effetti senza violare norme imperative o di ordine pubblico. Vero è che tale funzione viene demandata dalla norma anche al mediatore che dovrà sempre vigilare sulla corrispondenza degli accordi alle norme di legge; tuttavia non può negarsi che l'intervento obbligatorio del legale rappresenti una forma di tutela anche per il mediatore Chi infatti meglio di un legale è in grado di conoscere la legge in tutti i suoi

risvolti e le sue applicazioni; chi meglio di un legale è in grado di collaborare con il mediatore alla buona riuscita della mediazione; chi meglio del legale conosce gli interessi reali del proprio assistito e si prodigherà a permetterne il conseguimento nel rispetto delle altrui pretese? D'altra parte, come già rilevato, le statistiche ci dicono che già quali l'85% delle procedure si svolgevano con la partecipazione di un legale in assistenza o rappresentanza e, quando mancava tale figura, spesso la mediazione generava effetti negativi proprio perché la parte non assistita, rendendosi conto della propria inadeguatezza e, non potendosi fidare solo del mediatore che aveva appena conosciuto, preferiva non conciliare piuttosto che farlo con il timore di produrre effetti negativi rispetto ai propri interessi. Ciò che va compreso da tutti è che la presenza del legale non significa trasformare la mediazione in un processo; non significa pretendere l'applicazione delle norme del codice di procedura civile laddove la norma non lo richiede; non significa ridurre la sede di mediazione in una aula di tribunale. La mediazione ha vissuto e vive di norme comportamentali proprie. Il suo svolgimento non è vincolato dalle norme del c.p.c. bensì dalle regole imposte dal regolamento dell'Organismo adito. Negare ciò significherebbe negare lo spirito della mediazione ed introdurre quel quarto grado di giudizio, quella idea di giustizia nelle mani dei privati, che nessuno e tantomeno il legislatore ha mai

ipotizzato. La ratio della legge è promuovere forme di cooperazione tra le parti che evitino il ricorso ai tribunali; non affiancare ai tribunali statali dei tribunali *privati*. Quello che si vuole evitare è il ricorso alle aule di tribunale se non come ultima soluzione, in presenza di una definitiva impossibilità di rinvenire un accordo. Se le parti non avranno capacità di negoziare, di comprendere oltre che i propri bisogni anche quelli altrui, il ricorso alle aule di tribunale sarà in ogni caso inevitabile; ma ciò che si vorrebbe è proprio attivare tutti quegli strumenti che consentono alle parti di risolvere i problemi attraverso una serie di incontri, vissuti con un atteggiamento positivo, supportati dall'assistenza del proprio legale di fiducia e, coadiuvati da un terzo imparziale che collabori con loro: il mediatore. L'individuazione della figura di quest'ultimo spetta alla lettera b) dell'art. 1 che lo qualifica come «la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo». In primo luogo viene in evidenza che sono escluse da prestare il servizio di mediazione le persone giuridiche. La norma, fa infatti espresso riferimento al fatto che l'attività di cui trattasi possa essere espletata da un unico professionista o da più soggetti che la svolgano collegialmente, purchè essi siano persone fisiche. Tale assunto riveste notevole rilievo in quanto permetterà di

giungere, nel silenzio della norma, ad una qualificazione giuridica della figura professionale del mediatore: egli è un prestatore di opera intellettuale. La conferma è rinvenibile nella lettura in combinato, oltre che della norma di cui si discorre, anche di quella contenuta nell'art. 14 del D. M. 180/2010³ che riprende pedissequamente il disposto di cui al comma 1 dell'art. 2232 c.c.⁴. La coincidenza non è da considerarsi casuale. D'altra parte che il mediatore sia un prestatore di opera intellettuale può ben comprendersi laddove si abbia riferimento alle caratteristiche che sono tipiche dell'esercizio della professione intellettuale. Essa si sostanzia in una serie di attività in cui l'elemento qualificante è la creatività dell'interprete delle stesse che deriva dalla intelligenza, dalla cultura e dal bagaglio delle esperienze del professionista. Suoi elementi caratterizzanti saranno l'autonomia nell'agire (pur nel rispetto delle norme imposte dalla legge e dalle norme deontologiche e regolamentari); la discrezionalità (intesa come libertà di scegliere le procedure da attivare per la risoluzione dei problemi); la personalità della prestazione (in virtù del rapporto fiduciario in essere con il cliente).

³ Cfr. art. 14 D. M. 180/2010: «Il mediatore designato esegue personalmente la propria prestazione».

⁴ Cfr. art. 2232 c. c.: «il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto».

Ebbene, tutti questi elementi sono rinvenibili, anzi direi connotanti, nell'attività del mediatore. Infatti, egli è assolutamente autonomo nell'agire: non è sottoposto a vincoli o limitazioni nello svolgimento del procedimento, con l'unico limite di operare nel rispetto di quanto previsto dal regolamento di procedura. Ha piena discrezionalità nella scelta del metodo di azione: potrà assumere un atteggiamento colloquiale e comprensivo ponendosi al fianco delle parti o potrà assumere un atteggiamento più autoritario, fissando tempi di ascolto rigidi o modalità di intervento schematizzate. Deve operare personalmente, senza potere delegare altri allo svolgimento della mediazione. Soprattutto egli dovrà essere creativo, eclettico, dovrà sapersi adattare alle situazioni che via via si prospettano, modificare i propri atteggiamenti, interpretare la volontà delle parti, coadiuvarle nella ricerca di un accordo, sostituire la propria capacità creativa e rielaborativa alla loro, elaborando una ipotesi di accordo da proporre e, sulla quale cercare di trovare una convergenza. La tipizzazione della figura del mediatore, rende possibile definire dei criteri oggettivi al fine di valutarne diritti, oneri e responsabilità. In particolare, nello svolgimento della propria prestazione egli dovrà agire nel rispetto delle regole di correttezza e buona fede, adeguandosi a quanto previsto dalla normativa in materia (con particolare riferimento agli obblighi di imparzialità, neutralità, segretezza) nonché

dal regolamento di procedura, svolgendo l'incarico a regola d'arte, come imposto dall'art. 2224 del c.c., e, al fine della valutazione delle proprie responsabilità, potrà avvalersi delle esimenti indotte dall'art. 2236 c.c. In secondo luogo, la norma introduce i contenuti dell'attività del mediatore e, pur senza definire analiticamente le procedure che lo stesso deve attivare (nel perfetto spirito della legge), fissa chiari limiti all'attività dello stesso. Egli infatti è privato del potere di «rendere giudizi o decisioni vincolanti per le parti». Da questa regola derivano i tre precetti fondamentali che il mediatore deve sempre osservare: neutralità, imparzialità, equidistanza. A questi ve n'è da aggiungere un altro, quello della riservatezza, richiamato dagli artt. 9 e 10 del D. Lgs. 28/2010 e di cui si commenterà in appresso. I principi di cui dianzi, che devono sempre ispirare l'attività del mediatore, trovano diretto richiamo nell'art. 14, comma 2, lettera a) del D. Lgs. 28/2010, il quale impone al mediatore l'obbligo di sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, e nella lettera b) che prevede l'obbligo di informare immediatamente l'Organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione. Ad ulteriore conferma il comma 3 dell'art. 7 del D. M. 180/2010 prevede che «il regolamento (dell'Organismo) stabilisce le cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del

mediatore» ed il comma 1 dell'art. 14 del D. Lgs. 28/2010 prevede ipotesi espresse di incompatibilità per il mediatore ed i suoi ausiliari quando abbiano assunto «diritti ed obblighi connessi, direttamente od indirettamente con gli affari trattati ovvero qualora abbiano ricevuto compensi direttamente dalle parti». Non va sottaciuto che, in considerazione dell'importanza che la legge attribuisce alla circostanza della non incompatibilità e, per converso, dell'imparzialità del mediatore, il Legislatore meglio avrebbe operato sancendo delle ipotesi non equivoche di incompatibilità analogamente a quanto previsto dall'art. 51 del c. p. c. per il giudice⁵.

⁵ La norma in questione stabilisce: «Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

- 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;
- 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;
- 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;
- 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;
- 5) se è tutore, curatore, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

Sarebbe stato poi opportuno prevedere che il mediatore, in caso di mancato accordo, non potesse svolgere nel successivo ed eventuale procedimento giudiziario attività di consulenza o di patrocinio a favore di alcuna delle parti che hanno partecipato alla mediazione. Ciò tuttavia non è e, il comma 2 dell'art. 3 del D. Lgs. 28/2010 rinvia al regolamento il compito di definire «modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito svolgimento dell'incarico». Un terzo punto di rilievo contenuto nella novella è quello che prevede che l'attività di mediazione possa essere svolta collegialmente. In tal senso, l'art. 8, comma 1 del D. Lgs. 28/2010 prevede che «nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari». Nel silenzio della legge non è semplice comprendere come possa o debba realizzarsi la collegialità, o quali siano i poteri e le competenze degli eventuali co-mediatori nominati, ovverosia come debba svolgersi in concreto la loro attività e come essa si contemperi con quella del mediatore incaricato. È questo un punto importante che attende chiarimenti, anche perché, alla luce

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi: quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore».

dell'estensione del numero dei soggetti e delle figure professionali che sono ipoteticamente ammissibili alla professione alla luce di quanto previsto dall'art. 4 del D. M. 180/2010, si potranno ricavare notevoli vantaggi per le parti che accedono alla mediazione. Infatti, qualora la risoluzione della controversia richieda conoscenze specifiche di una determinata disciplina - come potrebbe essere ad esempio nel caso di una divisione ereditaria o nell'ipotesi di una regolamentazione di confini - la nomina di un co-mediatore specializzato in quella disciplina, permetterebbe alle parti di accedere ad un intervento tecnico a loro supporto sostenendo esclusivamente i costi della tariffa di mediazione, senza che sia necessario che esse vengano sottoposte ad un ulteriore esborso, determinato dal pagamento della parcella del consulente tecnico, nominato ai sensi del comma 4 dell' art. 8 del D. Lgs. 28/2010⁶. La lettera c) dell'art.1 D.Lgs. 28/2010 definisce la conciliazione come «la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione». Viene quindi acclarato il rapporto tra i termini *mediazione* e *conciliazione*, considerando il primo riferito al procedimento incardinato dalle parti ed il

⁶Cfr: Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'Organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

secondo come il suo risultato ovvero l'accordo conseguito. È importante inoltre notare l'utilizzo del termine *controversia* e non quello di *lite*. In pratica sarà possibile accedere alla mediazione quando sussista uno stato di discordia tra due o più parti che possa essere risolto non solo attraverso un giudizio che demandi ad un terzo giudice o arbitro il compito di definire torti e ragioni di ciascuno, bensì attraverso una fase di negoziazione che permetta alle stesse di rinvenire un accordo realizzato anche attraverso ipotesi di definizione differenti da quelle inizialmente prospettabili. La lettera d) dell'art.1 del D.Lgs. introduce il concetto di organismo ovvero «l'ente pubblico o privato presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione». Tali enti i cui requisiti di costituzione e funzionamento sono regolamentati per legge, svolgono la propria attività sotto il costante monitoraggio e controllo del Registro degli Organismi, cui essi dovranno iscriversi e che rappresenta il tutor della correttezza nel loro funzionamento ed il garante della loro corretta operatività nei confronti dei cittadini. Sulle caratteristiche e gli standard qualitativi richiesti a tali organismi si ritnerà in sede di commento dell'art.16.

II. Le *controversie oggetto di mediazione*.

L'art. 2 del D. Lgs. 28/2010 definisce l'ambito di applicazione della presente normativa specificando che «*chiunque può accedere alla mediazione per la*

conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili». Quella che appare come una definizione quasi scontata (la mediazione può avvenire solo in riferimento a diritti di cui la parte può disporre con atto di autonomia privata) assume invece non poco rilievo in quanto comporta la individuazione di materie che per la stessa definizione vengono escluse dall'ambito di applicazione della presente normativa. Ritengo superfluo trattenere il lettore sull'identificazione dei diritti *disponibili*. Sono tali esclusivamente quelli derivanti da norme legislative o contrattuali di cui è prevista espressamente la derogabilità. Saranno, a titolo esemplificativo e, a contrario, indisponibili i diritti della personalità, come il diritto al nome, all'immagine, alla riservatezza oppure i diritti di stato relativi alle qualità delle persone che indicano la loro posizione della società (pensiamo lo *status* di padre, di figlio, di coniuge e così via) o i diritti patrimoniali che scaturiscono da rapporti familiari, come il diritto agli alimenti. Tuttavia, è proprio in materia di diritto di famiglia che l'applicabilità della disciplina prevista dal D. Lgs. 28/2010 risulterà piuttosto complessa e lascerà spazio a non pochi dubbi. Se difatti si ha riguardo a quanto previsto dall'art. 5 in riferimento alle ipotesi di ricorso alla mediazione come condizione di procedibilità, potrà notarsi come tra le materie ivi rientranti vi siano quelle relative a divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia; tutte materie che rientrano

nella tipica nozione di diritto di famiglia. A questo punto, sarà importante definire con esattezza quali siano i diritti su cui le parti hanno facoltà di decidere e che potranno quindi essere oggetto di mediazione civile e commerciale. Non di rado accadrà che, in occasione di una separazione, i coniugi, incapaci di trovare idonei accordi, debbano rimettere al giudice il compito di definire le regole relative all'affidamento dei minori, della attribuzione della casa coniugale, dell'assegno di mantenimento al coniuge affidatario, salvo poi dovere adire il tentativo obbligatorio di conciliazione per la divisione della casa coniugale e di altri beni originariamente acquisiti in regime di comunione. Ancora va detto che il nuovo orientamento della giurisprudenza è quello di valorizzare l'autonomia negoziale dei coniugi anche nelle ipotesi di separazione, favorendo ove possibile, il conseguimento di accordi consensuali, superando le precedenti concezioni pubblicistiche nelle quali il momento consensuale era sottovalutato rispetto agli interessi superiori della famiglia nella società⁷. Di conseguenza, laddove gli interessi delle parti in lite non possano condurre alla conclusione di accordi contrari a norme imperative ed all'ordine pubblico, o non vertano su diritti per loro stessa natura predisposti a tutela dell'interesse superiore dei minori, anche in materia di

⁷ *Amplius* sentenza 05/11/1999 della Corte di Appello di Bari.

diritto di famiglia la mediazione potrà trovare sempre più ampio spazio. Vengono esclusi dal novero dei diritti disponibili quelli relativi ai rapporti di lavoro quando essi abbiano per oggetto il pagamento di somme di danaro o differenze retributive derivanti dagli stessi. Ciò in considerazione dell'assunto più volte ripreso dalla Cassazione che ritiene i diritti dei lavoratori irrinunciabili e non transigibili, in quanto costituzionalmente riferiti alla persona.

III.: Il procedimento di mediazione.

Il comma 1 dell'art. 3 sancisce che «al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti». È una ulteriore conferma dello spirito di estrema libertà che il legislatore riconosce alle parti: esse, conosciute le modalità di espletamento del servizio da parte dei vari organismi, saranno libere di scegliere quello che ritengono più adatto a soddisfare le proprie esigenze dinamiche. In realtà, stante la previsione piuttosto restrittiva imposta dall'art. 7 del D. M. 180/2010, che definisce delle casistiche di intervento piuttosto limitate, sarà alquanto ridotto l'alveo di libertà riconosciuto ai vari organismi nella formulazione del proprio regolamento. Tuttavia, all'interno di questo spazio potranno indiscutibilmente prevedersi delle modalità di svolgimento del procedimento tali da indurre

positivamente i potenziali clienti. In particolare, potrà o meno prevedersi l'obbligo in capo al mediatore di convocazione personale delle parti; potranno prevedersi ipotesi maggiormente restrittive in tema di cause di incompatibilità dei mediatori; potrà lasciarsi maggiore spazio alle fasi *on web* della procedura. Tanti accorgimenti che potranno produrre sui potenziali partecipanti alla mediazione effetti valutabili più o meno positivamente. Resta il fatto che, per espressa previsione normativa, non si è voluto imporre un *iter* procedurale fisso ed immodificabile, vincolante per le parti o per il mediatore, riconoscendo loro ampio margine di libertà e di autonomia nel rispetto di quel principio di cui si è più volte detto: permettere alle parti di conseguire un accordo amichevole atto non solo a permettere loro di risolvere la controversia insorta, bensì anche di riprodurre dei sentimenti positivi che le inducessero ad un generale miglioramento dei rapporti. Il secondo comma dell'art. 3 introduce l'altro precetto essenziale cui la procedura deve uniformarsi, quello della *riservatezza* che, come detto, trova la sua espressione più ampia nel contenuto degli artt. 9 e 10 del D. Lgs. 28/2010. Innanzitutto va rilevato che il regolamento deve garantire la riservatezza non solo del mediatore bensì di tutti i soggetti che partecipano all'attività dell'Organismo. In tal senso l'art. 4 del D. M. 180/2010 che, al fine dell'iscrizione nel Registro degli Organismi di mediazione, prevede che vengano

verificate le garanzie di imparzialità, indipendenza e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione. L'art. 7 della stessa normativa sancisce poi, in materia di accesso agli atti, che: «Fermo quanto previsto dall'art. 9 comma 2 del D. Lgs. 28/2010, il regolamento garantisce il diritto di accesso delle parti agli atti del procedimento di mediazione, che il responsabile dell'Organismo è tenuto a custodire in apposito fascicolo, debitamente registrato e numerato nell'ambito del registro degli affari di mediazione. Il diritto di accesso ha per oggetto gli atti depositati dalle parti nelle sezioni comuni ovvero, per ciascuna parte, gli atti depositati nella propria sessione privata». Continua poi al punto 7 sancendo che «non sono consentite comunicazioni riservate dalla parti al solo mediatore, eccetto quelle effettuate nelle sessioni separate». Il principio di generalizzato obbligo di riservatezza è comunque già ben chiaro nell'art. 9 del D. Lgs. 28/2010 il quale prevede al comma 1 che: «chiunque presta la propria opera od il proprio servizio nell'Organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione, è tenuto all'obbligo di riservatezza». In precedenza, la Direttiva comunitaria 52 aveva previsto all'art. 7, punto 1): «Poiché la mediazione deve avere luogo in modo da rispettare la riservatezza, gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori, né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di

mediazione, sono obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale, riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesso allo stesso, tranne nei casi in cui: a) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno alla integrità fisica o psicologica di una persona, oppure b) la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o della esecuzione di tale accordo. Al punto 2) continua « Il paragrafo 1 non impedisce in alcun modo agli Stati membri di adottare misure più restrittive per tutelare la riservatezza della mediazione». Se, comunque , il disposto normativo in generale impone l'obbligo di riservatezza in capo a tutti coloro che operano nell'Organismo, esso diviene pregnante in capo al soggetto che più di ogni altro entra in contatto con le parti, il mediatore. Egli, più di ogni altro è tenuto all'obbligo di tenere riservate e non divulgare le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite durante la procedura e, tale obbligo, diviene assoluto con riferimento a quelle ottenute nelle sessioni separate, nelle quali, egli può venire a conoscenza di atti o fatti che una parte vuole tenere nascosti o sottaciuti all'altra. L'obbligo di riservatezza è quindi imposto nell'interesse delle parti

che, possono ovviamente rinunciarvi, consentendo agli organi della mediazione di derogarne nella fattispecie concreta. In tal senso, da una parte è prevista la eventuale predisposizione e trasmissione agli organi della mediazione di appositi patti di riservatezza, attraverso i quali, le parti escludano quanto previsto dagli artt. 9 e 10 del D. Lgs. 28/2010 o ne rendano il contenuto ancora più rigoroso. In presenza di detti accordi, il mediatore, nel suo stesso interesse, chiederà alle parti di formalizzare per iscritto i loro accordi di riservatezza, anche al fine di non incorrere in responsabilità di natura contrattuale. Dall'altra parte, secondo il disposto dal secondo comma dell'art. 9 del medesimo decreto, il mediatore, con il consenso della parte dichiarante dalla quale provengono le informazioni, può portare a conoscenza dell'altra informazioni o dichiarazioni (e si può presumere anche atti) dei quali è venuto a conoscenza durante le sessioni separate. Il rispetto del dovere di riservatezza avrà la sua incidenza anche sul verbale di chiusura della mediazione, sia nel caso che essa si concluda con la conciliazione delle parti, sia nel caso in cui essa si concluda negativamente con il mancato accordo. Nel detto verbale, il mediatore non dovrà mai fare riferimento a quanto accaduto nella fase di mediazione, né potrà riferire circa l'atteggiamento tenuto dalle parti. Nell'ipotesi di conciliazione, egli dovrà solo riportare il contenuto dell'accordo e, qualora questo sia

mancato, egli non potrà riferire su quanto accaduto nel procedimento, né sull'atteggiamento tenuto dalle parti, né potrà esprimere pareri sui motivi o sugli atteggiamenti che hanno condotto al mancato accordo. Tale impostazione deve essere applicata anche nel caso in cui la mediazione si concluda dopo il primo incontro causa la indisponibilità di una o tutte le parti di continuare nel percorso di mediazione. In tal senso, nel verbale conclusivo, il mediatore, anche se una sola delle parti ha rifiutato la continuazione della procedura non potrà e non dovrà farne assolutamente menzione, limitandosi semplicemente a verbalizzare la presenza delle parti e la loro indisponibilità a proseguire nella mediazione. Al fine di garantire in maniera definitiva il dovere di riservatezza che incombe sul mediatore, il secondo comma dell'art. 10 espressamente prevede che: «il mediatore non può essere tenuto a deporre sulle dichiarazioni rese e sulle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria, né davanti ad altra autorità. Ai mediatori si applicano le disposizioni dell'art. 200 del c. p. p. e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 del c. p. p. in quanto applicabili». Tale disposizione, sebbene la non felice allocuzione utilizzata, introduce in capo al mediatore un obbligo di astenersi dal deporre. Tale obbligo deriva direttamente dal disposto del primo comma dell'art. 9, la cui violazione configurerà l'ipotesi di

illecito, generando in capo al mediatore una precisa responsabilità per danni. Il mediatore non ha quindi la *facoltà* di non deporre, ne ha l'*obbligo*. Se in violazione di tale obbligo egli rendesse testimonianza, commetterebbe un illecito e sarebbe sottoponibile ad obbligo di risarcimento dei danni, e, tra l'altro, introdurrebbe nel giudizio una prova inammissibile ed inutilizzabile. A conclusione, va precisato che l'incombenza del dovere di segretezza deve anche spingere il mediatore a porre la massima attenzione durante lo svolgimento della procedura, ed evitare di abboccare a tentativi con i quali, in mala fede, una delle parti, introduca dei documenti probanti a favore della controparte al solo fine di garantirsi che quegli stessi non possano poi essere più utilizzabili come strumento di prova nell'eventuale futuro giudizio, in ossequio alle disposizioni di cui agli artt. 9 e 10 del D. Lgs. 28/2010. A garanzia del mediatore e dell'equità del processo futuro, può auspicarsi vengano introdotti dei limiti al dovere di riservatezza e non divulgazione che, nel silenzio della legge, attualmente dovranno essere lasciati all'apprezzamento del giudice caso per caso. D'altra parte la stessa direttiva comunitaria prevedeva la deroga espressa all'obbligo di non testimonianza qualora «ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei

minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona, oppure qualora la comunicazione del contenuto dell'accordo sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo». Tuttavia, si ribadisce, di tali previsioni non vi è traccia nella legislazione italiana in materia. L'ultimo comma dell'art. 3 prevede la possibilità che la procedura di mediazione «si svolga secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo». E' questa una importante apertura alle tecnologie di comunicazione moderne e, tende a favorire lo svolgimento di mediazioni anche tra soggetti distanti. Tuttavia anche la mediazione telematica va regolamentata in modo da garantire la massima riservatezza della procedura mediante l'utilizzo di particolari protocolli atti a garantire questa esigenza. L'unico limite posto alle procedure telematiche è contenuto nel comma 4 dell'art. 7 del D. M. 180/2010 il quale vieta al regolamento di «prevedere che l'accesso alla mediazione si svolga esclusivamente attraverso modalità telematiche». Va naturalmente precisato che tale divieto attiene alla sola fase della presentazione della domanda. Prevedere la possibilità di presentazione della stessa anche mediante forme diverse da quella telematica è espressione della volontà di facilitare l'accesso a tutti alla mediazione, anche a coloro che diffidano o hanno difficoltà con l'utilizzo delle nuove tecnologie. Tuttavia, oggi, con la previsione

dell'assistenza legale obbligatoria, ben può considerarsi questa norma in controtendenza rispetto all'evoluzione della giustizia che anzi spinge in senso opposto .

IV. Accesso alla mediazione.

L'art. 4, comma 1, del D. Lgs. 28/2010 prevede che «la domanda di mediazione è presentata mediante deposito di una istanza presso un Organismo del luogo del Giudice territorialmente competente per la controversia.». La definizione di una sfera di competenza territoriale è una delle più importanti innovazioni poste dalla legge di riforma del D.Lgs.28/2010. Nella sua formulazione originaria si prevedeva invece la facoltà di presentare l'istanza presso un organismo a prescindere da ogni tipo di competenza territoriale, lasciando libera la parte che instaurava la procedura di scegliere secondo le proprie personali considerazioni. Va detto che questa scelta era stata avversata da molti: lo stesso C. S. M., nella delibera del 4 febbraio 2010, aveva manifestato le sue perplessità. Si rilevava infatti come la scelta della localizzazione dell'organismo fosse spesso decisiva per il successo della mediazione favorendo o sfavorendo la possibilità di accesso per la parte chiamata a partecipare alla procedura. È facile immaginare che due parti in lite, costrette ad adire la mediazione dal riferimento all'art. 5 del D. Lgs. 28/2010 facciano di tutto per sfavorirsi. Non sembrava giusto ammettere per legge la possibilità della

libera scelta del territorio nel quale promuovere la mediazione quando questa libertà avrebbe finito per limitare quella altrui. Tuttavia, a garanzia dell'equilibrio tra le parti, le linee guida del Ministero proponevano che, quando la scelta di un Organismo era realizzata al solo scopo di sfavorire la partecipazione della controparte, essa sarebbe stata valutata dal giudice negativamente ai sensi dell'art. 116 del c. p. c., introducendosi così una sanzione a carico della parte che agiva proditoriamente ostacolando lo svolgimento della mediazione. Tale principio è stato, si ripete, cancellato dalla legge 98/2013 che ha introdotto il tanto anelato principio di competenza territoriale. Va detto che questa norma, se da una parte ha limitato la possibilità di comportamenti al limite della liceità, è destinata a creare non pochi problemi di sopravvivenza per gli Organismi, soprattutto i più piccoli, non aventi un idoneo numero di sedi dislocate sul territorio. Ritengo tuttavia che anche questo sia un problema risolvibile, nell'ottica della collaborazione tra gli organismi. Essi difatti, potranno avvalersi del disposto dell'art.7 del D.M. 180/2010 il quale espressamente prevede, alla lettera c) del comma 2 che il regolamento dell'organismo può riconoscere la facoltà *di avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali si sia raggiunto a tal fine un accordo anche per singoli affari di mediazione*. Sicuri miglioramenti nel senso della chiarezza sono stati

apportati alla seconda parte del comma 1 dell'art. 4 il quale sancisce che «in caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge dinanzi all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data di deposito dell'istanza. Precedentemente la norma faceva riferimento alla *data di ricezione della comunicazione*, termine questo che poteva ingenerare incertezze che sono state del tutto superate. Nel momento in cui il soggetto presenta istanza di mediazione attraverso una delle forme previste dal regolamento dell'Organismo e, ne riceve quindi apposita ricevuta preferibilmente con la stampiglia dell'ora, oltre che della data di presentazione egli è certo di tutti i parametri e, quindi in caso di ricezione di ulteriore convocazione avente ad oggetto la stessa controversia potrà ben considerarsi informato, opponendo la ricevuta all'organismo che lo avrà successivamente convocato senza correre il rischio di incorrere in un verbale di mancato accordo bilaterale (ossia emesso da ciascuno dei due organismi aditi dalle diverse parti della stessa controversia). Va comunque detto che, non essendo prevista la riunione delle domande, potrebbe determinarsi una situazione risibile per effetto della quale due soggetti otterranno con riferimento a controversie aventi oggetto simile ma non identico un verbale di mancato accordo per mancata

adesione della controparte, valutabile dal giudice cui si rivolgeranno dopo il fallimento della mediazione ai sensi dell'art. 116 c. p. c.. E' chiaro che in questa circostanza, sarà il Giudice adito o dovere risolvere la problematica posta, soprattutto quando nessuna delle parti in mediazione è disponibile a fare un passo indietro, presentandosi per lo svolgimento della procedura presso l'Organismo adito dal controvertente. In merito poi al contenuto della domanda l'art.4 comma 2 prescrive che essa debba contenere l'indicazione dell'organismo, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della pretesa. Questo contenuto minimo è stato integrato con il disposto dell'art. 16, comma 7 del D. M. 180/2010 il quale prevede altresì l'indicazione del valore della lite ai sensi del c. p. c.. La compatibilità di queste due norme, oggi può finalmente dirsi piena. Nel passato, quando non era prevista la obbligatoria presenza del legale in assistenza della parte, se si poteva supporre che, anche con qualche difficoltà, un soggetto che volesse presentare una domanda di mediazione potesse individuare, senza il ricorso ad un legale, quanto richiesto dal D. Lgs. 28/2010. Molto più complessa risultava essere l'individuazione del valore della lite. Chi opera nel mondo del diritto ben conosce tali difficoltà ed immaginare che un cittadino, più o meno sprovvveduto, possa superarle autonomamente, è in realtà piuttosto fantasioso. Ciò conferma come tutti ben sapevano pur fingendo di non sapere, che difficilmente

sarebbe stato possibile ricorrere in mediazione senza l'assistenza del legale. Oggi si è in realtà solo reso esplicito ciò che nel passato era implicitamente indicato nella norma. E' per questo che, ancor oggi, non si comprende il perché di una reazione forte da parte dell'avvocatura che, dal contesto della legge si sentiva escluso! In realtà se pure questa legge permetteva ai cittadini di intervenire senza l'assistenza del proprio legale di fiducia, quanti cittadini si sono presentati in mediazione senza essere assistiti dal proprio legale? La risposta è nelle esposte statistiche. I legali, poi, a norma del comma 3 dello stesso articolo, avranno un generale dovere di informativa nei confronti dei propri assistiti, segnalando loro che l'esperimento del procedimento di mediazione nelle materie di cui all'art. 5 comma 1 bis, è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. È prevista come sanzione per il mancato adempimento di tale obbligo la annullabilità del contratto stipulato con il professionista. Altra problematica che deve essere affrontata in riferimento a quanto previsto dal novellato articolo 4 è quella relativa ai documenti che devono essere allegati alla domanda di mediazione. Sul punto, vi è il silenzio assoluto della legge. Tale circostanza non è affatto benevola in quanto sembrerebbe automaticamente legittimare l'esclusione di qualunque obbligo di allegazione documentale. Certamente la parte, rifacendosi allo spirito di autonoma determinazione insito

nella legge, potrà allegare tutti i documenti che ritiene opportuno, sapendo a priori che saranno accessibili alla controparte. Ma, a parte tale facoltà, il quesito che si propone consiste nell'individuazione della documentazione che obbligatoriamente la parte dovrà allegare per potersi dare inizio alla mediazione, verificando preliminarmente se qualche obbligo grava, in tal senso, sulla parte. La lettura della norma, si ribadisce, sembrerebbe escludere qualsiasi obbligo. Ritengo tuttavia che non sia questa la interpretazione più corretta: se al mediatore viene, tra l'altro, attribuito l'obbligo di certificare la firma apposta dalle parti e, per conseguenza, quello di identifierle, può ben supporsi che egli debba preliminarmente verificare che esse siano legittime a partecipare al procedimento ed a sottoscrivere un accordo che si sostanzia in un negozio giuridico, ossia in una manifestazione di volontà atta a costituire, modificare od estinguere una situazione avente rilievo giuridico. È evidente che tra i compiti del mediatore, vi sarà anche quello di verificare che i soggetti abbiano un legittimo potere di disporre dei diritti oggetto della controversia o che almeno essi siano apparentemente in tale situazione. La sottolineatura è d'obbligo: se due soggetti hanno volontà di mediare una controversia avente ad oggetto una servitù di veduta, il mediatore dovrà almeno verificare che essi siano i proprietari dei fondi confinanti, non potrà basarsi

semplicemente sull'affermazione generica delle parti. Se così facesse e, le parti non avessero titolo per disporre, diverrebbe compartecipe, attraverso la sottoscrizione del verbale di conciliazione, di un atto di disposizione completamente nullo e potenzialmente tale da produrre danni a terzi ignari. Né tale situazione potrebbe essere in qualche modo sanata attraverso il controllo del giudice finalizzato all'omologazione dell'accordo conciliativo. È pur vero che, trattandosi di atti soggetti trascrizione in pubblici registri, per procedere alla stessa sarà necessario l'intervento di un pubblico ufficiale che dovrà compiere tutte le indagini all'uopo necessarie, ma tale intervento non sana il vizio introdotto dalle parti e confermato dal mediatore, al limite lo rende manifesto. Resta il fatto però che il mediatore avrà avvalorato un procedimento fondato sul nulla e, confermandone la legittimità, creato un inutile dispendio di tempo e di energie. Ne deriva quindi che il mediatore, essendo un professionista intellettuale per l'esercizio della cui attività si richiedono dei titoli e delle conoscenze (art. 4 D. M. 180/2010), deve almeno procedere ad una delibazione dei documenti che attestino la apparente legittimazione dei soggetti alla partecipazione al procedimento. È evidente che la sua indagine non potrà valicare i limiti imposti dal ristretto spazio temporale nel quale il procedimento dovrà concludersi. Se vuole tuttavia escludere ogni sua possibile responsabilità, egli dovrà

dimostrare di avere verificato anche documentalmente che i soggetti che partecipano al procedimento fossero potenzialmente legittimati ad agire e disporre. Se poi le parti gli hanno sottoposto documenti falsi o artefatti o non gli abbiano sottoposto tutta la documentazione necessaria, ciò condurrà sicuramente ad effetti negativi per le parti, ma esimerà da ogni responsabilità il mediatore. Ritornando all'esempio di cui sopra, se le parti per dimostrare la propria legittimazione allegano alla domanda gli atti di acquisto dei due fondi confinanti, ma di cui una di esse ha ceduto a terzi la proprietà prima della mediazione e di ciò tace al mediatore, sarà la stessa parte a rispondere dei danni cagionati all'altra parte con il proprio comportamento in mala fede, liberando da ogni responsabilità il professionista che ha, in buona fede, avvalorato la conclusione della mediazione. Se ne deve quindi concludere che, nonostante il silenzio della norma, sarà opportuno che il regolamento dell'organismo definisca con esattezza quali documenti le parti dovranno allegare alla domanda, con riferimento alle varie ipotesi di controversie previste dalla legge o almeno dovrà prevedere la facoltà per il mediatore di richiedere alle parti la documentazione che ritiene opportuno gli venga sottoposta per verificarne la, almeno apparente, legittimazione e l'obbligo in capo alle stesse di esibizione a pena di inammissibilità della domanda. Da ultimo bisogna chiarire chi è legittimato alla

presentazione della domanda o, meglio ancora, chi è legittimato a partecipare alla procedura. Certamente potranno intervenire personalmente le parti che potranno comunque conferire mandato, secondo gli schemi formali, ad un legale. Nel caso di persone giuridiche interverrà il legale rappresentante o un procuratore generale. Tuttavia resta confermato che le parti potranno decidere di fare intervenire in loro rappresentanza un terzo, senza particolari limitazioni; questi dovrà essere munito di procura speciale o di procura generale, posto che egli potrà sottoscrivere un accordo che, come detto, rientra nelle fattispecie tipiche del negozio giuridico. Non sarà quindi sufficiente una semplice delega, pur accompagnata da documento di identità del delegante o autenticata nelle forme di legge. E' indispensabile, stante la previsione di cui all'art.8, la presenza del legale di ogni parte. Appare tuttavia palese che, se la logica della mediazione, è quella di permettere alle parti la risoluzione di una controversia, attraverso la loro diretta partecipazione ed il dialogo, buona regola sarebbe quella di accompagnare il proprio legale in mediazione, anche perché certamente la parte , meglio del più attento e scrupoloso degli avvocati, conosce le proprie reali esigenze, gli interessi che più di altri ritiene assolutamente necessario vengano tutelati, le proprie aspettative. Ma dallo spirito con cui è scritta l'intiera norma, tale comportamento non può assurgere ad

obbligo per la parte. Naturalmente si potrebbe addivenire a conclusioni diverse se li leggesse in maniera restrittiva l'inciso contenuto nell'art. 8 nella parte in cui si specifica che *le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato*. In questo senso si porrebbe non solo l'obbligo di assistenza legale, bensì anche quello di partecipazione dei soggetti coinvolti. Non credo che questa sia una soluzione condivisibile, anche perché essa andrebbe ad ulteriormente limitare le libertà del cittadino, cosa che non solo è contraria allo spirito della legge (ispirata alla totale libertà di forme), ma che finirebbe per produrre effetti addirittura deleteri sul numero delle mediazioni incardinate. L'esperienza ha infatti insegnato che spesso, le parti non gradiscano, od addirittura escludono del tutto, la possibilità della loro compresenza per le più svariate ragioni. Imporre loro la presenza contestualmente a quella della parte avversa significherebbe escludere lo svolgimento di un numero elevatissimo di mediazioni e, questo, in modo aprioristico. Va precisato che l'art.7 del DM 180 prevede la possibilità di inserire nei regolamenti degli organismi che la parte debba essere invitata ad intervenire personalmente. Ma, anche in tale circostanza, l'invito non può assurgere al grado di obbligo, rimanendo un obbligo dell'organismo il convocare la parti personalmente, ma non quello della parte di intervenire in questa forma.

V. Condizioni di procedibilità e rapporti con il processo

L'art. 5 comma 1 bis del D. Lgs. 28/2010 pone lo svolgimento del tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale in materia di condominio, diritti reali, divisioni e successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria , diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi bancari e finanziari. È questo uno dei punti più avversati dell'intero impianto normativo, anche perché, se si ha riguardo all'elenco delle materie di cui si è detto, potrà verificarsi che esse ricoprendono una parte maggioritaria dell'attuale contenzioso. L'avere imposto la obbligatorietà del tentativo di mediazione è sembrato a numerose categorie professionali, prima tra tutte quelle degli avvocati, una scelta infelice per numerose motivazioni. Anche lo stesso C. S. M., nella sua delibera del 4 febbraio 2010⁸, rappresentava che: *se lo scopo di avere reso obbligatorio il tentativo di mediazione nelle materie di cui all'art. 5 era motivato dalla volontà di assicurare la*

⁸ Cfr. delibera del C. S. M. del 4 febbraio 2010 *Parere allo schema di decreto legislativo: Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.*

diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie, questo obiettivo non doveva potere essere conseguito attraverso il citato strumento. In realtà, se il ricorso alla mediazione non è sostenuto da una reale volontà delle parti di conciliare una controversia, ma nasce esclusivamente dal rispetto di un obbligo posto come condizione di procedibilità, esso rappresenterà solo un passaggio dovuto come necessario presupposto per potere accedere alla giustizia ordinaria. Per i suddetti motivi, il C. S. M. riteneva che sarebbe stato più opportuno prevedere la facoltatività del ricorso al tentativo di mediazione, così che esso fosse esperito esclusivamente da quei soggetti che realmente erano interessati a compiere questo tipo di percorso extra giudiziale per la risoluzione della controversia tra essi insorta. Non si può negare la validità di detto assunto. Tuttavia è da rilevarsi che, a differenza di ciò che avviene in altre culture, prime fra tutte quella statunitense ed anglosassone, rivolgersi a forme extragiudiziali di risoluzione delle controversie non è ancora sentimento radicato né nei soggetti che diverranno le parti della controversia, né in quei soggetti che saranno chiamati ad assistervi nella gestione della stessa, ovverosia i legali. Se quindi ci si fosse limitati a prevedere la facoltatività del ricorso alla mediazione, probabilmente si sarebbe implicitamente dichiarato il fallimento dell'istituto già all'atto della sua istituzione. La conferma della

essenzialità del carattere obbligatorio della mediazione sta proprio nell'osservazione del fenomeno dopo la storica sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art.5 comma 1 del d.Lgs. Ne è seguito un periodo in cui il numero di mediazioni svolte era pressoché nullo; segno tangibile del fatto che la mediazione non era penetrata nella nostra cultura giuridica. L'obbligatorietà della mediazione è stata reintrodotta con la legge 98/2013. Ma la domanda che deve porsi, aldilà delle apparenze, è la seguente: ci troviamo ancora di fronte a mediazione **obbligatoria**? E' difficile fornire una risposta affermativa, stante il contenuto dell'art.8 comma 1 il quale prevede che il mediatore chiarisca alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e le chiami ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura stessa. In caso di negativo riscontro, egli si limiterà a verbalizzare la presenza delle parti e dei loro legali e, quindi, chiuderà l'incontro, considerandosi a questo punto la condizione di procedibilità esperita. Ciò posto, è veramente difficile parlare di obbligatorietà della mediazione: obbligatorio sarà solo incontrarsi almeno una volta; la prosecuzione della procedura avverrà solo se in tal senso si pone la volontà delle parti. In pratica la mediazione si incardina in maniera assolutamente volontaria e, prosegue solo se le parti ed i loro avvocati lo ritengono strumentale per il raggiungimento dei propri scopi al di fuori delle aule del

tribunale. Addirittura la norma, come attualmente contenuta nella legge di conversione, supera anche il disposto di cui al D.L. 69/2013 il quale prevedeva un incontro di programmazione nel quale il mediatore verificava con le parti la possibilità di continuare con la mediazione. Tale formulazione conduceva a pensare che il mediatore, nel primo incontro potesse già iniziare a definire i termini del problema: questo sembra escluso dall'attuale formulazione della norma. Si consideri ancora che tale pur limitata obbligatorietà è destinata ad estendersi solo per un periodo sperimentale di quattro anni con un monitoraggio dopo i primi due. In definitiva, il legislatore, anche per dare concreta risposta agli input comunitari che spingono nel senso di trovare forme alternative alla giustizia ordinaria, così da ridurre il contenzioso ed i relativi costi, ha riproposto lo schema dell'obbligatorietà in una forma spuria, non aderendo più a quella forma di tipo puro, indicato dalle norme previgenti, che tante reazioni negative e proteste aveva prodotto. Un importante esclusione dal novero delle materie obbligatorie è quello relativo al risarcimento dei danni derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti. Il C.S.M., nel parere espresso nel luglio 2013⁹ rappresenta

⁹ Cfr: Parere reso ai sensi dell'art. 10 L. 24.3.1958 n. 195, limitatamente alle parti riguardanti l'amministrazione della giustizia, sul testo del decreto legge 21.6.2013 n. 69: "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia.".

testualmente: *Il motivo di tale esclusione non è ben comprensibile, tenuto conto che gli artt. 148 e 149 della L. 209/2005 (cd. Codice delle Assicurazioni) prevedono la facoltà dell'assicuratore di formulare una congrua offerta e non contemplano, quindi, alcuna forma di rapporto, quale è la mediazione, dal quale la definizione della controversia possa derivare in ragione di una preliminare modulazione delle volontà di entrambe le parti. La circostanza che una delle parti del rapporto sia una compagnia assicuratrice non esclude, d'altro canto, la possibile efficacia del meccanismo, tenuto conto dell'interesse, comune anche a detta parte, di definire in tempi rapidi e con stabilità il rapporto con l'assicurato. D'altra parte, occorre rilevare che l'esclusione di un così numericamente rilevante settore di contenzioso contrasta con la prospettiva dichiarata della massima diffusione ed espansione dell'istituto e non considera che si tratta di affari nei quali la litigiosità riguarda spesso profili di non particolare complessità tecnica, quali la liquidazione del danno, suscettibili di utile componimento stragiudiziale sulla base di un mero bilanciamento di costi e benefici. Appare, quindi, auspicabile l'inclusione anche di tali controversie nel novero di quelle soggette alla mediazione obbligatoria.* Si ritiene che tale taglio è stato imposto da due motivi: da una parte il fatto che questa

(Delibera consiliare dell'11 luglio 2013)

materia era evidentemente al di fuori dello spirito della mediazione (è difficile pensare che in queste controversie vi sia l'esigenza di favorire la pace sociale); dall'altra i risultati assolutamente negativi che si erano prodotti nel periodo di sperimentazione, con una partecipazione delle compagnie di assicurazione di circa il 2%. E' stata invece inserita la responsabilità sanitaria, che ha affiancato quella medica, in maniera tale da chiarire in modo definitivo che non venivano escluse dalla obbligatorietà le controversie rivolte alle strutture sanitarie ed agli altri operatori sanitari che non fossero medici. Il secondo comma dell'art.5 prevede poi quella che viene definita *mediazione endoprocessuale* per cui il Giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione che deve essere adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, ovvero prima della discussione della causa. In tal caso, il Giudice assegna alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda .Questo contesto necessita di alcune precisazioni. Innanzitutto la valutazione dell'inviare le parti in mediazione è liberamente fatta dal Giudice, qualora egli ritenga che essa possa dare positivi frutti. A differenza di quanto si prevedeva nella precedente stesura della norma (il Giudice *invita* le parti alla mediazione), oggi si prevede

che il giudice *disponga* la mediazione, cioè lo ordini alle parti. E' palese che anche la nuova riformulazione della norma vada nel senso di spingere verso un accordo più rapido per sfoltire le aule dei tribunali. Chi più del giudice con la sua esperienza è in grado di cogliere la fondata possibilità di un accordo spontaneo tra le parti? Ed in caso di ordine del Giudice è facile pensare che le parti