

LA MEDIAZIONE EX D.LGS. 4 MARZO 2010, N. 28 DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

CORTE COSTITUZIONALE: sentenza 6 dicembre 2012, n. 272; Pres. QUARANTA, Red. CRISCUOLO. *Ord. TAR Lazio – Sezione I – 12 aprile 2011, ord. Giud. pace Parma 1 agosto 2011, ord. Giud. pace Catanzaro 1 settembre 2011, ord. Giud. pace Catanzaro 3 novembre 2011, ord. Trib. Genova - Sezione III Civile – ordinanza del 18 novembre 2011, ord. Giud. pace Recco 5 dicembre 2011, ord. Trib. Torino 24 gennaio 2012 e ord. Giud. pace Salerno 19 novembre 2011.*

Mediazione delle controversie civili e commerciali – Tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità – Art. 5 comma 1 d.lgs. 28/2010 – Incostituzionalità per eccesso di delega – Sussiste (Cost., artt. 76 e 77; d.lgs. 20 marzo 2010, n. 28, art. 5, comma 1).

Sussiste eccesso di delega legislativa, 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. 28/2010. La Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali); e 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 d.lgs. 28/2010, 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 c.p.c."; 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.

1. Con la sentenza 6 dicembre 2012, n. 272¹ (Gazzetta Ufficiale 12 dicembre 2012, n. 49 - Prima serie speciale) la Corte costituzionale si è pronunciata in merito ad alcune doglianze avanzate nei confronti del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 riconoscendone in parte l'illegittimità solamente per eccesso di delega.

Come è noto, il citato decreto delegato di concerto con il decreto del Ministero della Giustizia del 18 ottobre 2010, n. 180, come modificato dallo stesso Ministero con decreto del 6 luglio 2011,

¹ In G.U. 12 dicembre 2012, n. 49, Prima serie speciale.

n. 145, 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, ha disciplinato per la prima volta in Italia in modo generale, seppur senza razionalizzare e lasciando in vigore l'intera normativa preesistente in materia², l'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Tale regolamentazione ha suscitato subito molto interesse da parte sia della dottrina³ sia della giurisprudenza⁴ sia degli operatori del diritto, emergendo da essi critiche ed adesioni.

Tutte le otto ordinanze di rimessione riassunte avanti alla Corte costituzionale, in merito alle quali la sentenza in commento dedica un lungo riepilogo (circa 26 su 32 pagine), considerato che hanno posto questioni identiche o tra loro strettamente connesse in relazione alla normativa censurata, sono state definite con unica sentenza previa riunione dei relativi giudizi.

Per comprendere al meglio la decisione in parola, occorre in primo luogo capire l'*iter* che ha portato alla pronuncia nonché l'ordine tra le diverse doglianze che è stato seguito dalla Consulta e, in secondo luogo, approfondire l'argomentazione in forza della quale è stata in parte dichiarata l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate solo per eccesso di delega. Infine, occorre soffermarsi su quali effetti, conseguenze e prospettive la pronuncia della Corte potrà produrre sulla c.d. mediazione-conciliazione.

² Ai sensi dell'art. 23 d.lgs. 28/2010 vengono abrogati solamente gli articoli da 38 a 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 ovvero la c.d. conciliazione societaria.

³ Tra i molti scritti si segnalano: AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di BESSO, Torino, 2010; BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in questa *Rivista*, 2011, 333; BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 343 ss.; BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, in *Il civilista*, Numero speciale 4, aprile 2010; CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 616 ss.; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE, Padova, 2011; CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno della spazio giudiziario europeo*, in www.judicium.it; DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it; E. FABIANI e DI LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. not.*, n. 4/2010; GASPERINI, *Rapporti tra mediazione e giudizio contenzioso nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in www.judicium.it; LUISO, *Il modello italiano di mediazione. Il "giusto" procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, 213; PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti, Introduzione e commento*, in *Le società*, 2010, 619 ss.; PORRECA, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti, La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento*, in *Le società*, 2010, 631 ss.; RUVOLO, *Mediazione obbligatoria. Casi e questioni*, in *Officina del diritto – Civile e processo*, 2011; SASSANI e SANTAGADA (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; TRISCARI e GIOVANNONI, *Manuale della mediazione*, Milano, 2012; VACCÀ e MARTELLO, *La mediazione delle controversie. D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e D.M. 18 ottobre 2010, n. 180*. Milano, 2010.

⁴ Per una aggiornata raccolta della pronunce relative al d.lgs. 28/2010 si vedano: www.ilcaso.it e <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it/p/giurisprudenza-banca-dati.html>.

2. Singolare è stata la tempistica del parto della Corte costituzionale, sia per la sua lungaggine, sia per la scelta di darvi corso, se così si può dire, in due tempi, avendo la Corte scelto di pubblicare in un primo momento un breve comunicato stampa, per poi, quasi due mesi dopo, procedere alla pubblicazione della sentenza, percorso, questo che ha creato qualche problema alle mediazioni *medio tempore* pendenti.

A parte questi rilievi, sui quali ormai non merita soffermarsi, per dovere di completezza, si precisa che preliminarmente la Corte costituzionale, con separata ordinanza, già adottata nel corso dell'udienza pubblica del 23 ottobre 2012 e poi confermata ed allegata alla sentenza in commento, ha dichiarato inammissibili gli interventi spiegati nel giudizio di cui alla prima ordinanza di rimessione (n. 268 del 2011)⁵, 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), in quanto trattasi di soggetti e di enti che non sono stati parti nei giudizi *a quibus* ovvero "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".

Altresì, sempre in via preliminare la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Giudice di pace di Recco, giacché omettendo il rimettente qualsiasi descrizione della fattispecie sottoposta al suo esame preclude alla Corte il necessario controllo in punto di rilevanza. Omissione questa che non può 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.

Delle rimanenti sette doglianze di illegittimità la Consulta, al punto 12 del considerato in diritto, precisa che: "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".

In questo modo, coerentemente con il generale principio della ragione più liquida, la Consulta procede nel valutare in primo luogo il vizio "formale" di superamento dei limiti e principi della

⁵ Si tratta dei 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.

legge delega, posticipando, solo in caso di non violazione degli articoli 76 e 77 Cost., ovvero assorbendo, stante la pronuncia di illegittimità per eccesso di delega, l'analisi delle altre doglianze "sostanziali" quali la illegittimità costituzionale degli art. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo; dell'art. 16, comma 1, del d.lgs. 28/2010; dell'art. 2653, comma 1, numero 1), del c.c.; dell'art. 16 del d.m. 180/2010 in riferimento agli articoli 3, 24, 70, 101, 102 e 111 Cost.

Per lo stesso motivo, seppur senza alcun riferimento sul punto, sembra che la Corte abbia posposto e quindi assorbito anche la questione connessa allo *ius supeveniens*⁶. Infatti, se è vero, così come argomentato dall'Avvocatura dello Stato a difesa del Ministero della Giustizia e del Ministero dello Sviluppo Economico, che la censura avanzata dal TAR Lazio doveva ritenersi superata per effetto della nuova normativa e di conseguenza gli atti dovevano essere rimessi al giudice *a quo* per una nuova valutazione della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, è altrettanto vero e "pregiudiziale" che prima occorre valutare la presenza o meno dell'eccesso di delega.

3. L'aspetto centrale della decisione della Corte concerne il rapporto tra la legge delega *ex art.* 60 l. 18 giugno 2009, n. 69 ed il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 con riferimento agli artt. 76 e 77 della nostra Costituzione. In altre parole, la dichiarazione di illegittimità costituzionale per eccesso di delega dell'art. 5, comma 1, del decreto delegato che ha imposto il tentativo di mediazione obbligatorio quale condizione di procedibilità (e non di proponibilità).

Innanzitutto, a dimostrazione che tale valutazione di legittimità non è di facile ed univoca interpretazione, delle otto doglianze di illegittimità che hanno portato alla pronuncia in commento, una non ha contestato il vizio per eccesso di delega (Giudice di pace di Recco, ordinanza 5 dicembre 2011, r.o. n. 33 del 2012.⁷). Un'altra, sempre tra le ordinanze di rimessioni alla Corte (Trib. Genova 18 novembre 2011, r.o. n. 108 del 2012⁸), ha espressamente escluso una violazione degli artt. 76 e 77 Cost. Infine, si segnalano anche altri provvedimenti giurisprudenziali in cui i giudici "*a quibus*" hanno escluso e rigettato l'eccezione sollevata dalle parti per illegittimità costituzionale per eccesso di delega senza rimettere il vaglio alla Consulta (Trib. Lamezia Terme 1° agosto 2011⁹ nonché Trib. Palermo, sezione distaccata di Bagheria, 16 agosto 2011¹⁰).

Quindi, premesso che nella legge delega non ci sono indicazioni espresse volte ad indirizzare il Governo verso il modello obbligatorio di mediazione, nonché divieti ovvero indicazioni esplicite

⁶ Si tratta del fatto che dopo la prima doglianza di legittimità costituzionale sopracitata, avanzata dal TAR Lazio – Sezione I – ordinanza del 12 aprile 2011 (r.o. n. 268 del 2011), è entrato in vigore il decreto del Ministero della Giustizia 6 luglio 2011, n. 145, il quale ha modificato il decreto dello stesso Ministero n. 180/2010.

⁷ In <http://www.lider-lab.sssup.it/lider/it/mediazione/news.html?start=13> .

⁸ In <http://www.altalex.com/index.php?idnot=55623> .

⁹ In <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6461.pdf> .

¹⁰ In <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it/2012/02/3512-competenze-giuridica-del-mediatore.html>.

per un modello volontario-facoltativo, occorre interpretare i principi, i criteri direttivi e le finalità della delega, i quali costituiscono la base ed al tempo stesso il limite della norma delegata.

Per costante orientamento della Corte costituzionale “il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, condotto alla stregua dell'art. 76 Cost., si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega”¹¹. Peraltro, in considerazione della varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega legislativa, non è possibile enucleare una nozione rigida di "principi e criteri direttivi", valevole per tutte le ipotesi. In questo ordine d'idee si è anche affermato che “il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è certo tenuto a rispettare regole metodologicamente rigorose (...)” (Corte cost. n. 250/1991).

Un primo parametro ispiratore della delega è dato dalla normativa dell'Unione Europea (l'art. 60, comma 2, l. 69/2009 dispone che “la riforma è adottata nel rispetto ed in coerenza con la normativa comunitaria”, nonché al comma 3, lett. c) di “disciplinare la mediazione nel rispetto della normativa comunitaria”), in merito alla quale, tra le tante fonti al riguardo¹², un ruolo preminente è dato alla direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, di cui lo stesso d.lgs. 28/2010 ne è diretta attuazione.

Orbene, per la Corte costituzionale (vedi punto 12 del considerato in diritto della sentenza) “dai richiamati atti dell'Unione europea non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione”. “Pertanto, la disciplina dell'UE si rivela

¹¹ *Ex plurimis* vedi Corte cost. 30 marzo 2012, n. 75, 8 ottobre 2010, n. 293, 24 giugno 2010, n. 230, 11 aprile 2008, n. 98; nonché Corte cost. 12 ottobre 2007, n. 340, 17 maggio 2007, n. 170, 23 febbraio 2007, n. 54, 18 novembre 2000, n. 503, 17 ottobre 2000, n. 425, 31 maggio 2000, n. 163, 5 febbraio 1999, n. 15, e 21 gennaio 1991, n. 7.

¹² In particolare: Libro Verde presentato dalla Com. Europea (COM(93) 576, novembre 1993); la prima Raccomandazione (98/257/CE); la seconda Raccomandazione (2001/310/CE), del 4 aprile 2001; il Libro Verde, adottato nell'aprile del 2002. Vedi: BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim.*, 2012, 863 ss; GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; IMPAGNATIELLO, *La “mediazione finalizzata alla conciliazione” di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in *www.judicium.it*; MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impr. eur.*, 2009, 41 ss.; VIGORITI, *La Direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. Arb.*, 2009, 10 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim.*, 2010, 654 ss.

neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri”.

Nessuna delle seguenti disposizioni indicherebbe, secondo la Consulta, ai singoli stati membri di scegliere il modello obbligatorio di mediazione: a) considerando n. (14) direttiva 2008/52/CE; b) art. 3, lett. a), stessa direttiva; c) art. 5, 2° comma, stessa direttiva; d) punti 8-10 della Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011 (2001/2026(INI) sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri¹³; e) punto 31 della Risoluzione del Parlamento Europeo 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI) sui metodi ADR ove ci si orienta invece verso un modello non obbligatorio¹⁴; f) la recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Quarta Sezione – sentenza 18 marzo 2010 – n. 317/08, nei procedimenti riuniti C - 317/08, C - 318/08, C - 319/08 e C - 320/08 ove si riconosce, rispetto alla normativa comunitaria, la legittimità del tentativo obbligatorio di mediazione in Italia in materia di comunicazioni elettroniche quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria¹⁵.

Per la Corte Costituzionale “la disciplina dell'EU si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare” ovvero che “il diritto dell'Unione disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato, ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio”.

¹³ In <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//IT> nei quali si riconosce ed elogia l'Italia giacché, rendendo con il d.lgs. 28/2010 obbligatorio avvalersi della mediazione, sembra aver raggiunto risultati importanti nella diminuzione del congestionamento nei tribunali; in ogni modo la Risoluzione si augura ed esorta la stessa Italia a raggiungere gli stessi e maggiori risultati anche senza il modello di mediazione obbligatorio.

¹⁴ In <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0453&language=IT>.

¹⁵ La Corte di giustizia, dopo aver riconosciuto e differenziato l'efficacia delle fonti europee negli Stati membri, ha escluso che le stesse norme possano limitare il potere degli Stati membri per quanto riguarda la possibilità di determinare il carattere obbligatorio delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie. L'unica condizione imposta al riguardo consiste nel dover sempre assicurare il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Di conseguenza, poiché la normativa europea (in particolare l'art. 34 della Direttiva servizio universale) non elabora specificatamente le modalità o le caratteristiche delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, “spetta agli Stati membri disciplinare le modalità di dette procedure, compreso il loro carattere obbligatorio, nel rispetto dell'effetto utile di tale Direttiva”. “Il fatto che una normativa nazionale come quella di cui trattasi nelle cause principali non solo abbia introdotto una procedura di conciliazione extragiudiziale, ma abbia per di più reso obbligatorio il ricorso a quest'ultima, prima del ricorso ad un organo giurisdizionale, non è tale da pregiudicare la realizzazione dell'obiettivo sopra menzionato. Al contrario, una normativa siffatta, poiché garantisce il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie, tende a rafforzare l'effetto utile della Direttiva “servizio universale”. Altresì “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”. Per il testo della pronuncia si veda in *Foro it.*, 2010, 7-8, 4, 361 ss. con nota di ARMONE e PORRECA; in *Corr. giur.* 2010, 10, 1289 ss., con nota di RIZZO, in *Guida al dir.*, 2010, n. 14, 18-26 oppure in http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/; nonché *amplius* BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.* 2010, 2586 ss.; M. CASTELLANETA, *La soluzione extragiudiziale delle controversie realizza pienamente l'obiettivo della Direttiva*, in *Guida al dir.*, 2010, n. 14, 27-29, FINOCCHIARO, *Un'interpretazione dei giudici di Lussemburgo in linea anche con i parametri costituzionali*, in *Guida al dir.*, 2010, n. 14, 30-32.

Per evitare difficili sfumature e non rischiare di perdersi in una normativa “neutrale”, la quale seppur “prevede” non “impone” e non “consiglia”, delle due l’una: o la direttiva prevede la forma della mediazione obbligatoria oppure non la prevede.

Nell’ipotesi in parola, nelle molteplici modalità sopracitate la direttiva, oltre a non escludere, prevede, accetta e disciplina la mediazione in forma di tentativo obbligatorio di mediazione rivolgendosi ai futuri innesti di tale natura da parte degli stati membri non come mera tolleranza solo verso discipline già contemplate. Per queste ragioni, sembra difficile non riconoscere attraverso il richiamo alla normativa europea ed alla direttiva 2008/52/CE un’indicazione e, quindi, una facoltà ed una legittimazione affinché il legislatore delegato possa introdurre il modello di mediazione obbligatorio.

Peraltro, seppur non menzionata dalla Corte, la legittimazione ad adottare la forma di mediazione obbligatoria potrebbe ritenersi attribuita agli stati anche dall’art. 2, comma 1, lett. c), direttiva 2008/52/CE. Infatti, se la direttiva riconosce esplicitamente come criterio per determinare l’ambito di applicazione della stessa il momento in cui “l’obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale”, come è possibile non ammettere il tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege*?¹⁶

In senso conforme si vedano altresì le osservazioni scritte già depositate dalla Commissione Europea alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella causa C-492/11 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale presentata ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea dal Giudice di Pace Mercato S. Severino, 21 settembre 2011 (ordinanza)¹⁷, nelle quali si riconosce che la direttiva 2008/52/CE, letta alla luce dell’art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale che prevede un tentativo di mediazione obbligatorio¹⁸.

Il secondo parametro a cui il decreto delegato deve conformarsi è costituito dalla restante parte dell’art. 60 l. 69/2009 (vedi punto 13 del considerato in diritto della sentenza).

Al riguardo la Corte Costituzionale indica sinteticamente tre aspetti.

In primo luogo, per la Consulta “non si potrebbe ritenere che il carattere obbligatorio sia implicitamente desumibile dall’art. 60, comma 3, lettera a), poiché ove è prescritto “senza precludere l’accesso alla giustizia”, si intende “un’affermazione di carattere generale, non a caso

¹⁶ Si ricordi che, come la stessa sentenza in commento riconosce, ai sensi del considerando (8) direttiva 2008/52/CE: “le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni”.

¹⁷ In *Giur. it.*, 2012, 661 ss., con nota di D’ANTILIO e DI FILIPPO ed in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6555.pdf>.

¹⁸ In www.mondoadr.it.

collocata in apertura dell'elenco dei principi e criteri direttivi, non necessariamente collegabile alla scelta di un determinato modello procedurale”.

Tuttavia, la stessa norma potrebbe anche significare che il tentativo di mediazione obbligatorio è legittimo fintantoché costituisce mera condizione di procedibilità e non anche condizione di proponibilità ovvero che dopo aver esperito la mediazione è comunque possibili adire il giudice¹⁹.

In secondo luogo, visto che l'art. 60, comma 3, lett. c), l. 69/2009 dispone che la mediazione è 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), considerato che gli articoli da 38 a 40 di tale decreto (peraltro 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), ne conseguirebbe per la Consulta “che il modulo richiamato dal legislatore delegante era, dunque, di fonte volontaria” ovvero “non si concilia (pur volendo considerare quel richiamo come non vincolante) con un'opzione a favore della mediazione obbligatoria”.

Come sinteticamente dichiarato dalla Consulta, con il richiamo al modello societario non si può certo affermare che nella delega si sarebbe scelto il modello obbligatorio; tuttavia, sembra quantomeno una forzatura sostenere che lo stesso modello sia escluso e non rientri tra le forme individuabili dal legislatore delegato. Letteralmente l'uso della congiunzione “anche”, significa “oltre”, vuol dire “pure” con riferimento a quanto precedentemente espresso. Nel caso di specie il Parlamento, rivolgendosi al Governo, rappresentava due criteri e modelli (art. 60, comma 3, lett. c): “disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al d.lgs. 5/2003”. Pertanto, come da sopracitate indicazioni della normativa europea, nella delega si riconoscono tutte le forme di mediazione, sia obbligatoria (vedi direttiva 2008/52/CE) che volontaria (vedi sempre direttiva 2008/52/CE e d.lgs. 5/2003). Se il legislatore delegato avesse voluto rendere il richiamo al modello societario in senso esclusivo ovvero riconoscendo solo il modello facoltativo avrebbe disposto “in ogni caso ...”, come, peraltro, ha disposto proseguendo allo stesso punto lett. c) “... e, in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il

¹⁹ Dello stesso avviso anche il CSM, nel *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”* (delibera del 4 febbraio 2010), in <http://www.csm.it/documenti%20pdf/Parere4febbraioSesta.pdf> sub art. 5.

Ministero della Giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli Organismi ...”²⁰.

In terzo luogo, visto che l’art. 60, comma 3, lett. n), della norma di delega, dispone 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”, per la Consulta “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”.

Invero, coerentemente con tutta la delega²¹, sembra che la disposizione “possibilità di avvalersi dell’istituto della conciliazione”, non solo non rappresenterebbe un’indicazione al legislatore delegato verso il modello facoltativo, ma costituirebbe l’unica denominazione possibile. Non potrebbe la legge delega pensare ad una doverosa e non possibile conciliazione giacché in tal senso la norma sarebbe stata di certo illegittima per violazione dell’art. 24 Cost. Solo il tentativo di mediazione può essere obbligatorio e non anche la conciliazione.

Orbene, proprio da questi ultimi due aspetti, per la Consulta si evincerebbe che l’indicazione del legislatore delegante concerneva il modello di mediazione facoltativo e che quindi il modello di mediazione obbligatoria di cui all’art. 5, comma 1 d.lgs. 28/2010 è illegittimo per eccesso di delega.

Procedendo ad un confronto tra tutti i criteri e principi ispiratori e di indirizzo delle delega sopracitati, volendoli ridurre per semplicità in normativa comunitaria e restante parte dell’art. 60, l. 69/2009, sembra quantomeno di riscontrare un non facile equilibrio. Da un lato, per le norme europee, dove è indubbio e chiaramente esplicitato che ci sia una previsione ed un riconoscimento del modello di mediazione obbligatorio, la Corte si esprime in termini di “neutralità”. Dall’altro, per l’art. 60, ove oltre a non sussistere indicazioni espresse verso il modello facoltativo ma solo difficili

²⁰ Dello stesso avviso BOVE, *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione (d.lgs. n. 28 del 2010)*, in AV.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE, cit., 8; PORRECA, *op. cit.*, 631 ss., e SANTI, in BOVE e SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 95 ss.

²¹ Una delle più evidenti novità apportate con la riforma in parola, riguarda proprio il *nomen iuris* dell’istituto conciliazione. In base alla nuova terminologia la mediazione è l’attività, il “procedimento”, mentre la conciliazione è l’accordo, l’intesa conclusiva. Si veda a partire dalla rubrica dell’art. 60, l. 69/2009: “Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali”. Proseguendo, con il primo comma del medesimo articolo: “Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale”. Poi, il comma 3, lett. a): “prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l’accesso alla giustizia”. Ancora, il comma 3, lett. m): “prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti”. Infine, comma 3 lett. s): “prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l’espropriazione forzata, per l’esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale”.

e quantomeno contestabili ricostruzioni implicite, per la Consulta il modello obbligatorio “almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata”.

Si ritiene più vicino al dettato della legge delega riconoscere nella stessa la volontà di prevedere tutte le possibili forme di mediazione ipotizzabili (facoltativa, su invito del giudice, obbligatoria per scelta delle parti oppure *ex lege*), conferendo e riconoscendo al Governo il potere di decidere. In altre parole, sembra che si delegasse al Governo la scelta tra i modelli ed i rispettivi ambiti di applicazione. Il fatto che nella legge delega non sia stato indicato in modo chiaro ed espresso se il Governo doveva regolamentare un tentativo di mediazione in forma facoltativa o obbligatoria non dovrebbe significare automaticamente non aver considerato l’alternativa²².

Cosa diversa, è capire se è possibile e fino a che punto si possa demandare una simile scelta al Governo. Rientra nelle discrezionalità di quest’ultimo scegliere per quali materie la mediazione deve essere facoltativa e per quali deve essere in forma di tentativo obbligatorio quale condizione di procedibilità?²³

Fino alla sentenza in commento la Corte Costituzionale aveva risposto in senso affermativo.

In linea generale, rientra nella fisiologia della delega legislativa il fatto che la legge si limiti a contenere i principi ed i criteri direttivi senza regolare integralmente tutti gli aspetti della fattispecie, sussistendo nel Governo delegato il potere di "riempimento" che la giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni riconosciuto. La delega, d'altronde, non può eliminare ogni margine di scelta nel momento della sua attuazione, anche perché accade di frequente che il legislatore delegante faccia espresso riferimento a concetti come "clausole generali", "ridefinizione", "riordino" e "razionalizzazione" (Coste cost. 16 aprile 2003, n 125), indicando in tal modo criteri generici ma tuttavia sufficienti a delimitare il compito del legislatore delegato.

Inoltre, c’è stato anche un caso pressoché identico a quello in commento. Si tratta del giudizio promosso per l’incostituzionalità degli artt. 410, 410-bis e 412-bis c.p.c. (formulazione ante riforma

²² A favore della legittimità del modello obbligatorio in rapporto alla legge delega ex art. 60 L. 69/2009, rispetto all’art. 76 Cost. vedi: BESSO, *La mediazione*, cit., 49 s.; nonché in *Giur. it.*, 2012, 228; BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, in *Il civilista*, Numero speciale 4, aprile 2010, 29; CAPONI, *La prospettiva dell’efficienza spinge la conciliazione*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 28, 55; CARRATTA, in MANDRIOLI e CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 220-221; GASPERINI, *op. cit.*, § 2; LOMBARDINI, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, 2010, 10-11; RIZZARDO, *sub art. 60*, l. 18 giugno 2009, n. 69, in *Commentario*, a cura di CONSOLO e DE CRISTOFARO, Milano, 2009, 510; SOLDATI, *Attesa la pronuncia dei giudici della Consulta per risolvere i nodi legati alla recente disciplina*, in *Guida al Dir.*, 26 ottobre 2011; TISCINI, *op. cit.*, 147; VIGORITI, *La Direttiva europea*, cit., 10 ss.

²³ Per BALENA, *op. cit.*, 335; BOVE, *op. ult. cit.*, 114; SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *www.judicium.it*, § 2; CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, in *www.ilcaso.it*, documento n. 179/2009, § 4 a); DALFINO, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, 103, non è possibile che il Governo possa optare per il modello di mediazione obbligatoria senza un’indicazione chiara e precisa dal Parlamento a questo proposito.

l. 183/2010 in cui era prescritto il tentativo obbligatorio di mediazione) in riferimento all'art. 76 Cost., per eccesso di delega rispetto all'art. 11, comma 4, lett. g) della l. 15 marzo 1997, concernente la questione che: “non prevedendo la legge delega l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, il Governo non avrebbe potuto conferire all'istituto tale carattere e collegare al mancato esperimento la conseguenza dell'improcedibilità”. In questo caso la Corte Costituzionale con sentenza 13 luglio 2000, n. 276²⁴ ritenne la questione infondata e quindi considerò il tentativo obbligatorio di mediazione introdotto dal Governo costituzionalmente legittimo.

Per la sentenza 272/2012 in commento, diversamente, tale precedente, seppur confermato e non superato, non sarebbe utile (vedi punto 13 considerato in diritto). A tal proposito dice la Corte: “La sentenza n. 276 del 2000 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 ... 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”.

Se ben comprendo, sembrerebbe che la differenza determinante tra le due casistiche sarebbe data dal fatto che allora e non oggi il decreto delegato muoveva in un substrato normativo che prevedeva e disciplinava l'istituto della mediazione. Seguendo tale ragionamento, per la Consulta le molteplici normative che attualmente disciplinano nell'ordinamento la mediazione sia in forma volontaria che obbligatoria (ben 27²⁵) non sarebbero sufficienti giacché si tratterebbe di “procedimenti specifici, per singoli settori, in relazione ai quali nessun rapporto di derivazione è configurabile in riferimento all'istituto in esame”.

In verità, probabilmente, se la questione rimane su questo piano, potrebbe essere più forte e legittimo il rapporto tra la norma di delega *ex* l. 69/2009 ed il d. lgs. 28/2010 piuttosto che quello in ambito lavoristico. Infatti, se è stato riconosciuto legittimo il tentativo di conciliazione obbligatorio previsto in materia lavoro, caso in cui la legge delega si limitava a delegare al Governo di prevedere “misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute

²⁴ In *Giur. it.*, 2001, 1094 ss., in *Dir. lav.*, 2000, 617, *Giur. cost.*, 2000, 2148.

²⁵ Per un approfondimento di tutte queste normative si consenta di rinviare a MINELLI, *Commento all'art. 2*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE, Padova, 2011, 83 ss.

al sovraccarico del contenzioso” nonché “procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato”, coerenza impone di poter considerare costituzionalmente legittima la norma di cui all’art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010. In particolare giacché quest’ultima, al contrario di quella in materia lavoro, come già argomentato trova fondamento in una legge delega indubbiamente più completa, puntuale e precisa nell’individuare l’oggetto, i principi e i criteri direttivi.

In senso conforme, si riporta anche un altro recente e pertinente precedente, peraltro non menzionato dalla sentenza in commento. Si tratta della sentenza Corte Costituzionale 3 maggio 2012, n. 111²⁶, che, in materia di risarcimento dei danni causati dalla circolazione dei veicoli e natanti, ha riconosciuto legittimo, senza violazione alcuna dell’art. 76 Cost., l’art. 145, comma 1, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni private) attraverso il quale si subordina la proponibilità della domanda giudiziaria di risarcimento del danno ad una previa attività stragiudiziale. Il tutto, nonostante nella relativa legge delega di cui all’art. 4, l. 29 luglio 2003, n. 229, non venga fatta menzione alcuna di forme stragiudiziali per la risoluzione delle liti nonché di attività precontenziose quali condizioni dell’azione giudiziaria.

La sensazione, in conclusione, è che la differente interpretazione e decisione adottata con la sentenza 272/2010 dipenda dall’ampiezza e portata della delega. Mentre in tema di lavoro e di codice delle assicurazioni la Consulta ha riconosciuto al legislatore delegato la legittimazione ad individuare quali controversie assoggettare al tentativo obbligatorio di mediazione e quali al modello facoltativo, nel caso ora in oggetto, stante la portata generale, il decreto delegato non è stato riconosciuto legittimo.

L’individuazione ed interpretazione di questo confine spetta alla Consulta.

Forse, qualora il d.lgs. 28/2010 avesse sottoposto al tentativo di mediazione obbligatorio un numero minore di materie, la sentenza sarebbe stata di legittimità e rispetto dei limiti di cui agli artt. 76 e 77 della Costituzione.

Per dovere di completezza, si riporta un’attenta argomentazione avanzata a difesa della legittimità del decreto delegato su cui però la Corte non si è soffermata, in forza della quale: “considerato che l’articolo 2, comma 16-*decies*, della l. 26 febbraio 2011, n. 10 (di conversione, con modificazioni, del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 c.d. “Milleproroghe”), ha disposto la proroga per un anno del termine di entrata in vigore dell’art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 per le controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, il Parlamento ha incontrovertibilmente dimostrato che l’introduzione nel nostro ordinamento giuridico del meccanismo obbligatorio fosse da sempre nelle intenzioni del legislatore delegante”.

²⁶ In <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> .

4. In definitiva, alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 4 marzo 2010, n. 28, per violazione degli artt. 76 e 77 Costituzione.

Inoltre, stante lo stretto collegamento, “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”.

A partire quindi dal 12 dicembre 2012 per le controversie nelle materie indicate in quel comma non è più prescritto il tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità. Ne consegue: 1) che ogni domanda giudiziaria ad esse relativa non dovrà essere preceduta da una mediazione; 2) che per gli atti introduttivi al giudizio già presentati, si potrà procedere senza dover adottare alcun meccanismo di sanatoria riparatore; 3) che per quelle cause ove il giudice, preso atto dell'improcedibilità della domanda, ha rinviato l'udienza, le parti non saranno più obbligate ad introdurre una mediazione per poter procedere nel giudizio.

Per tutte le mediazioni già introdotte, essendo già stata pubblicata la sentenza, si hanno tutti gli elementi per decidere se proseguire la mediazione oppure ritirare e rinunciare alla domanda ed alla procedura di mediazione. Peraltro, non sembra dubbio che i procedimenti di mediazione già esauriti, con accordo o meno, non possano essere travolti dalla pronuncia.

Una considerazione in più merita la materia “condominio” giacché, proprio in prossimità della pubblicazione della sentenza in commento, il Parlamento ha riformato l'intero capo II, titolo VII, libro II del codice civile ad esso dedicato, con la l. 11 dicembre 2012, n. 220 (in vigore dal 17 giugno 2013). In particolare, al fine di coordinare al meglio la materia condominiale riformata con l'istituto della mediazione-conciliazione è stato aggiunto nelle disposizioni d'attuazione del codice civile l'art. 71-*quater*²⁷. Escluderei che il solo fatto che la nuova disposizione abbia richiamato l'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 possa essere interpretato come una sorta di sanatoria del vizio di eccesso di delega con l'effetto di ripristinare, solo per la materia condominiale, il tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità. Allo stato, la nuova norma rappresenta

²⁷ “Per controversie in materia di condominio, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, si intendono quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle presenti disposizioni per l'attuazione del codice. La domanda di mediazione deve essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato. Al procedimento è legittimato a partecipare l'amministratore, previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del codice. Se i termini di comparizione davanti al mediatore non consentono di assumere la delibera di cui al terzo comma, il mediatore dispone, su istanza del condominio, idonea proroga della prima comparizione. La proposta di mediazione deve essere approvata dall'assemblea con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del codice. Se non si raggiunge la predetta maggioranza, la proposta si deve intendere non accettata. Il mediatore fissa il termine per la proposta di conciliazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, tenendo conto della necessità per l'amministratore di munirsi della delibera assembleare”.

solo una regolamentazione atta ad attagliare e smussare le regole generali di cui al d.lgs. 28/2010 alle particolarità della materia condominiale.

Con il venir meno della mediazione obbligatoria, oltre all'art. 5, comma 1, quale specifico oggetto del giudizio di illegittimità costituzionale, per l'effetto in via consequenziale ai sensi dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, viene dichiarata dalla Consulta l'illegittimità costituzionale anche di altre disposizioni del d.lgs. 28/2010 come da elencazione sopracitata in massima. In riferimento a queste pronunce consequenziali emergono almeno tre domande senza risposta

Per quale motivo deve essere travolto l'intero art. 8, comma 5, quando questo non faceva riferimento solo al modello di mediazione obbligatorio *ex* art. 5, comma 1, ma altresì anche a quelli facoltativo, demandato dal giudice e su clausola *ex* artt. 2 e 5, commi 2 e 5, del d.lgs. 28/2010?

Per quale ragione sarebbe illegittimo l'art. 11, comma 1, limitatamente al periodo "Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13", quando l'intero articolo 11 opera come norma generale in tutti i modelli di mediazione?

Perché dovrebbe essere travolto l'intero art. 13 con esclusione del periodo "resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile", quando l'art. 13 è norma generale e non propria solo del modello di mediazione obbligatoria, nonché disposizione espressamente prevista dalla legge delega art. 60, comma 3, lett. p) l. 69/2009?

Premesso che di queste disposizioni in tutte le 32 pagine della sentenza non ci sono menzioni dirette, ma solo isolati richiami indiretti collegati alle questioni di illegittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus* con riferimento all'art. 24 Cost, considerato che la stessa Consulta ha deciso che dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, per eccesso di delega tutte le altre questioni restano assorbite, non è dato capire come sia stato possibile dichiararne l'illegittimità consequenziale.

5. Seppur allo stato il modello obbligatorio di mediazione deve essere disapplicato, la sentenza in commento sembra riconoscere che il legislatore potrebbe comunque prevederlo di nuovo con una legge nonché con un altro decreto delegato supportato da una legge delega che ne faccia esplicito riferimento, in quanto per la Corte Costituzionale la mediazione in forma obbligatoria è in sé compatibile sia con la normativa europea sia con quella interna.

Ma allora la Consulta, oltre al rilievo del vizio formale, avrebbe forse potuto spendere qualche parola anche sul merito del modello di mediazione – conciliazione di cui al d.lgs. 28/2010. In altre parole avrebbe potuto sfruttare l'occasione per dare indicazioni sugli altri aspetti, in particolare

quello dei costi, peraltro evidenziati nelle diverse ordinanze di rimessione, con riferimento all'art. 24 Costituzione.

Con la dichiarazione di illegittimità costituzionale del modello di mediazione obbligatorio l'effetto sarà una forte riduzione delle domande e del numero delle procedure. Per capire l'impatto, basta considerare che in base alle ultime statistiche del Ministero della Giustizia²⁸, dal 21 marzo 2011 (data in cui è entrato in vigore il primo blocco di materie sottoposte a tentativo obbligatorio di mediazione di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010²⁹) al 30 giugno 2012, le procedure di mediazione quale condizione di procedibilità corrispondono al 77,2 % ovvero tre su quattro.

In ogni modo, a fronte di questa fisiologica contrazione, di certo la qualità della mediazione-conciliazione ne potrà beneficiare.

In primo luogo, con la sentenza in commento è stato dichiarato illegittimo l'art. 13, ovvero una delle norme più controverse ed inopportune dell'intero d.lgs. 28/2010³⁰. Si eliminano tutti quei collegamenti, peraltro molto pericolosi ed al limite della legittimità costituzionale, tra la proposta di cui all'art. 11 d.lgs. 28/2010 ed il successivo giudizio. L'effetto sarà che le parti si potranno presentare in mediazione senza la paura di subire gravi ripercussioni in caso di formulazione da parte del mediatore della proposta e quindi partecipare con maggiore collaborazione ed apertura indispensabile per una buona mediazione.

In secondo luogo, venuto meno il modello obbligatorio, non occorre più che a fronte di una domanda di mediazione l'Organismo debba necessariamente nominare un mediatore, fissare e tenere l'incontro solo affinché l'istante possa ottenere il verbale attestante l'assolvimento della condizione di procedibilità da produrre in giudizio. Non ci dovrebbero essere più gli incontri di mediazione con la presenza solo del mediatore e dell'istante senza alcuna possibilità di trovare una conciliazione e con l'unico fine di perfezionare la condizione di procedibilità. Da questo momento, così come alcuni Organismi di Mediazione già prevedevano per le mediazioni facoltative, il primo incontro, salvo diversa indicazioni della parte istante, si terrà solo in caso di adesione ovvero in presenza di entrambe le parti, riducendo così anche le indennità a carico dell'istante.

L'aspetto centrale, comunque, era e rimane quello delle adesioni. Infatti, l'obbiettivo è quello di aumentare il numero di tavoli completi e quindi la possibilità di conciliare le controversie, perché

²⁸ Vedi sito del Ministero della Giustizia - Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi - Direzione Generale di Statistica.

²⁹ Per le altre materie di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 ovvero "condominio e risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti" il tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità è stato prorogato in data 20 marzo 2012, ai sensi dell'art. 2, comma 16-*decies* d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con modifiche in l. 26 febbraio 2011, n. 10.

³⁰ Al riguardo vedi BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, cit., 345 ss; BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le società*, 2010, 759 ss; SANTI, *Commento all'art. 13*, in AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 303 ss.

le statistiche ci dicono che, quando l'aderente compare in mediazione, la metà delle volte le parti raggiungono una conciliazione.

Orbene, a tal proposito, stante il venir meno con la sentenza in commento di quel particolare meccanismo di responsabilizzazione del chiamato in mediazione pensato per far aumentare le adesioni (art. 8, comma 5, d.lgs. 28/2010)³¹, occorre stimolare e consapevolizzare ancora di più le parti a sedersi al tavolo di mediazione.

Tutti i c.d. incentivi previsti dal d.lgs. 28/2010 continuano ad essere in vigore: il riconoscimento alla domanda di mediazione sulla prescrizione e decadenza degli stessi effetti della domanda giudiziale (art. 5, comma 6); le garanzie di riservatezza sia interna che esterna (artt. 9 e 10); la piena efficacia esecutiva (espropriazione forzata, esecuzione in forma specifica ed iscrizione di ipoteca giudiziale), previa omologa, della conciliazione raggiunta e/o formalizzata (art. 12); tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura (art. 17, comma 2); il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente (art. 17, comma 3); alle parti che corrispondono l'indennità agli Organismi di Mediazione è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di 500,00 euro. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà (art. 20, comma 1).

Così come sono tuttora in vigore, sperando che ne aumenti l'utilizzo, le forme di mediazione demandata dal giudice *ex art. 5, comma 2* d.lgs. 28/2010 e quella su clausola *ex art. 5, comma 5*, stesso decreto.

Altresì, sempre in questo senso nonché per ridurre i costi, come peraltro è stato ipotizzato nell'emendamento al c.d. decreto sviluppo di fine 2012, alcuni Organismi di Mediazione stanno regolamentando un incontro filtro non come quello vero e proprio di mediazione. Un primo incontro ad un costo contenuto, diverso a seconda degli scaglioni di valore della controversia, in cui le parti iniziano a confrontarsi per capire se ci sono o meno margini per cercare di raggiungere una conciliazione. Se le parti decidono di non continuare la procedura si conclude, altrimenti, si proseguirà e le parti dovranno integrare la restante parte delle indennità.

Dello stesso avviso sembrerebbe anche il Primo Presidente della Cassazione, Ernesto Lupo, il quale, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, ha dichiarato, tra l'altro che "La fine anticipata della legislatura ha impedito l'esame di proposte di modificazione della disciplina

³¹ Al riguardo vedi BOVE, *op. ult. cit.*; SANTI, *Commento all'art. 8*, in AV.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 238 ss; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 296 ss.

della mediazione, idonee a vincere le resistenze culturali nei confronti di modalità innovative di gestione dei conflitti civili, attraverso l'imposizione quanto meno iniziale dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in alcune materie, magari temperata dalla previsione di una procedura meno gravosa nelle liti in cui esso ha minori *chances* di successo: mi riferisco, in particolare, alla proposta di rendere obbligatorio non il tentativo di conciliazione, ma solo quello di un incontro preliminare con il mediatore, al fine di valutare in concreto l'opportunità di procedere al tentativo, ovvero di porvi termine in quella sede, con costi e tempi decisamente inferiori".

Sempre all'apertura dell'anno giudiziario è stato evidenziato l'impatto positivo della mediazione ed il conseguente effetto di riduzione sulle nuove cause. "Dai dati ministeriali - osserva Lupo - emerge un decremento del 4,5% della pendenza complessiva dei procedimenti civili di merito (5.388.544 al 30 giugno 2012). È l'effetto della significativa diminuzione delle sopravvenienze (-3,7%) e della sostanziale tenuta del numero delle definizioni. Sulla diminuzione dei procedimenti sopravvenuti ha inciso positivamente l'istituto della mediazione obbligatoria".

In tutti i modi, la vera leva per incrementare il numero di adesioni è data da una effettiva cultura della mediazione ed un sistema giustizia efficiente.

GABRIELE MINELLI