

**Brevi riflessioni su alcuni dubbî di legittimità costituzionale del dlgs. 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali**

**di Paola Mazzina**

**Il dlgs. 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali merita di essere segnalato come primo intervento organico che, nell'ambito delle forme di risoluzione alternativa delle liti, non circoscrive il campo di azione della conciliazione a settori specifici (come finora è avvenuto) ma prova ad allargarne gli orizzonti, generalizzandone quasi completamente l'applicazione<sup>1</sup>.**

---

<sup>1</sup> Il dlgs. 28/2010, com'è noto, prevede quattro specie di mediazione-conciliazione: a) la mediazione-conciliazione meramente "facoltativa" che le parti possono chiedere all'organo di mediazione-conciliazione ove la controversia verta su diritti disponibili (art. 2); b) la mediazione-conciliazione "delegata" dal giudice in qualsiasi momento su consenso delle parti (art. 5, 2° co.); c) la mediazione-conciliazione "concordata" come obbligatoria dalle parti nel contratto, statuto o atto costitutivo (art. 5, 5° co.); d) la conciliazione-mediazione "obbligatoria" ex lege (art. 5, 1° co.) relativa a tutte le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (anche non a motore), da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. In queste ultime due ipotesi il preventivo esperimento del procedimento di mediazione-conciliazione, costituisce requisito di procedibilità (non di proponibilità) della domanda giudiziale, rilevabile su eccezione

Su un piano generale va rilevato che il legislatore, avvalendosi di una procedura ad alto tasso di informalità - attraverso la quale un terzo imparziale mette in contatto parti contrapposte da un conflitto per favorirne la composizione - è ricorso ad una pratica che, anche nel nostro ordinamento, negli ultimi anni, si sta molto sviluppando<sup>2</sup>.

Se i metodi di composizione alternativa delle liti si sono, com'è noto, affermati negli Stati Uniti soprattutto dagli anni Settanta del secolo scorso con il nome di alternative dispute resolution, in sigla ADR, le loro origini, tuttavia, possono farsi risalire all'epoca dei primi coloni inglesi allorquando un aspetto importante dell'etica e della prassi, era di risolvere le controversie fuori delle Corti<sup>3</sup>.

Tale scelta risultava fortemente condizionata da una "religiosità utopica fondata sulla ideologia della comunità", nel cui contesto il ricorso al processo era scoraggiato, in quanto ci si attendeva che le dispute fossero risolte in forma "comunitaria" preferibilmente attraverso la mediazione<sup>4</sup>.

Se si considera, invece, il fenomeno europeo dal quale ha preso le mosse il dlgs. 28/2010, si comprende che la spinta antigiusdizionale statunitense non corrisponde all'approccio dell'UE nella misura in cui la scelta di fondo è a favore della mediazione/conciliazione più per ragioni di completamento, diversificazione ed omogeneizzazione del sistema di tutela dei diritti a favore dei cittadini europei, che per modificare un sistema giudiziario considerato inadeguato<sup>5</sup>.

A diversificare le ragioni sottese alla scelta di tali forme alternative concorre oggi anche il fenomeno della globalizzazione, che - nello spostare su un piano territorialmente ultrastatuale i conflitti - evidenzia l'inadeguatezza dei modelli processuali tradizionali.

---

del convenuto o anche d'ufficio non oltre la prima udienza (art. 5, 1°co.). Riporta ed approfondisce le distinzioni A. PROTO PISANI, Appunti su mediazione e conciliazione, in *Il Foro it.*, 2010, pt. V, p. 142 ss.

<sup>2</sup> Sulla cultura comparata della conciliazione e i precedenti interventi legislativi italiani in materia, si veda la rassegna di S. PRISCO, *Mediazione dei conflitti e difesa civica*, in *Contributi per un'analisi sulla tutela dei diritti*, a cura di M. Fiorillo, Torino, 2007, p. 27 ss.

<sup>3</sup> Per approfondimenti si rimanda a D. MARINELLI, *Adr (Alternative Dispute Resolution). Guida operativa per conciliatori e arbitri*, Napoli, 2007, con appendice bibliografica.

<sup>4</sup> Sulle altre concause individuate in letteratura si sofferma M. F. 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, p. 368 e s.

<sup>5</sup> Cfr. Direttiva 2008/52/CE relativa alla mediazione in materia civile e commerciale. La Direttiva pur rivolgendosi ai casi di controversie transfrontaliere, non vieta - anzi sembra incoraggiare - agli Stati membri di applicare la disciplina anche ai procedimenti di mediazione interna. Sui primi commenti alla Direttiva de qua si veda M. F. GHIRGA, cit., p. 357 ss.

La crescente complessità dei rapporti che si sviluppano, più che adattarsi ai modelli tradizionali, sembra favorire forme più flessibili di loro regolazione.

In questo contesto, si è osservato, lo stesso ruolo del diritto - di selezionare gli interessi da tutelare - si presenta riduttivo, in quanto non prende in considerazione interessi che ad esso sfuggono, ma che - in quanto espressione di una flessibilità relazionale che evidenzia l'affiorare di interessi nuovi - possono assumere rilevanza in fase di soluzione del conflitto stesso<sup>6</sup>.

Si ritiene, pertanto, che una prima categoria di controversie che meglio si adatta alla soluzione della mediazione sia quella in cui «[...] le parti sono inserite in un gruppo o intrattengono una durevole relazione sociale o economica. In questi casi, il processo civile, andando alla ricerca di un torto e di una ragione nel passato, spesso determina una frattura insanabile, diversamente dalla conciliazione capace di allargare la prospettiva e preservare le relazioni future tra le parti [...]»<sup>7</sup>; un'altra categoria è quella delle controversie di modico valore, in cui il rapporto costi/benefici rappresenta una scriminante a sfavore della difesa dei propri diritti: si pensi alle controversie in cui è protagonista un consumatore o un utente di un pubblico servizio<sup>8</sup>.

In tal senso, la mediazione permette di analizzare tutti quegli aspetti che restano estranei alla fattispecie giuridica, ma che rispondono comunque a interessi delle parti.

Detto in altri termini, pur nella consapevolezza che il rapporto che comunque si crea è previsto e regolato dal diritto ed alle sue categorie finisce con l'attenersi, essendo fissati diritti ed obblighi del e nel rapporto, si ritiene che la mediazione, rivolgendosi anche alla tutela degli interessi non preventivamente giuridicizzati, rifugga dal diritto, piuttosto - o prima ancora che - dal processo<sup>9</sup>: da forma deflattiva del processo, si presenta come strumento di access to justice<sup>10</sup>, come strumento ulteriore di tutela dei diritti.

---

<sup>6</sup> ID., p. 371.

<sup>7</sup> Così R. CAPONI, La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del dlgs. 4 marzo 2010, n. 28). Quadro generale, in *Il Foro it.*, 2010, pt. V, p. 91.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> M. F. GHIRGA, cit., p. 371.

<sup>10</sup> R. CAPONI, La giustizia civile ..., cit., p. 92.

La correttezza di queste considerazioni è dimostrata dalla stessa Direttiva 2008/52/CE pensata per le controversie transfrontaliere, in cui il criterio della territorialità e del diritto ad essa applicabile è messo in crisi dal fatto che una delle parti della controversia sia domiciliata o risieda abitualmente in uno Stato membro diverso da quello dell'altra o delle altre parti<sup>11</sup>.

Se, comunque, i metodi di composizione alternativa delle liti, come si è sostenuto, si sono affermati negli Stati Uniti soprattutto dagli anni Settanta, nel nostro sistema hanno riguardato prevalentemente l'arbitrato e la mediazione.

Mentre il primo (artt. 806 ss. c. c.) si presenta come un giudizio privatizzato quanto ai decisori, le cui regole sono perlopiù oggettive e non disponibili dalle parti, almeno quando esso è rituale<sup>12</sup>, la mediazione - istituto da tener distinto da quanto dispongono gli artt. 1754 ss. c. c. - è invece una negoziazione assistita, il cui vantaggio è che le parti possono controllare la medesima produzione delle regole che la disciplinano e l'andamento della composizione del contrasto che le divide.

In tutte le riflessioni su questa materia si rinviene - conformemente alle sue origini - che l'idea comune che regge la mediazione non è quella della vittoria e della sconfitta, ma del convincimento, del vincere assieme, nel senso del rimettere appunto in moto la comunicazione interrotta fra le parti<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> M. F. GHIRGA, cit., p. 372.

<sup>12</sup> Viene in genere nominato un collegio ad hoc di giudici, uno da ciascuna parte, che poi a loro volta e d'intesa nominano il presidente; in mancanza di accordo, si chiede al presidente del tribunale territorialmente competente di individuarlo. Lo stesso arbitrato, quando però è irrituale, tende a sovrapporsi ad essa. Esistono poi modelli intermedi o misti fra questi due istituti. Uno è per esempio il med-arb, dove si incomincia con la mediazione e si finisce con l'arbitrato, non si riesce cioè a conciliare i contendenti con la mediazione e si approda all'arbitrato, il che presenta all'evidenza limiti di funzionalità, perché - sapendo che ci sarà dopo un arbitrato - nella fase della mediazione non ci si impegna per davvero, a livello profondo, a conciliarsi. Oppure si adotta il c. d. mini-trailer, ossia il mini-giudizio, una sorta di rappresentazione con esiti prognostici di prevedibilità (ovvero: insceniamo la lite e vediamo che cosa ne viene fuori, il che può aprire la via ad una riconsiderazione del conflitto e perciò ad una mediazione). Ancora, si può dar luogo alla c. d. valutazione preventiva neutrale, dove si chiede al tribunale di nominare un consulente cui affidare una valutazione dell'esito positivo della lite. L'istituto è previsto nell'ordinamento statunitense, da noi quello che più gli assomiglia è la consulenza tecnica preventiva (c. p. c., artt. 61/63); il nostro ordinamento conosce altresì la consulenza di parte, giurata, che si versa agli atti del giudizio come elemento utile all'istruttoria, durante il processo, ma esiste appunto anche quella preventiva, effettuata da un tecnico, che si chiede al giudice di nominare. Spesso, in presenza di taleespedito, ci si accorge che la parte alla quale essa è riuscita sfavorevole si ammorbidisce e si dispone ad una transazione o a riconoscere la pretesa altrui. S. PRISCO, *Mediazione ...*, cit., p. 39.

<sup>13</sup> Ecco perché non siamo di fronte ad un arbitrato, anche se in qualche sua variante se ne lambisce il confine, perché nell'ipotesi di esso si rimane nel quadro di un ordine comunque imposto, non ci si spinge a pretendere il recupero spontaneo dell'ordine infranto dal conflitto e nemmeno - va aggiunto - si è in presenza di una transazione (art. 1965 ss.

Rispetto alle ragioni precedentemente riferite, si ritiene che in Italia, idee ed istituti di questo genere, nell'identità della struttura ma nella diversità del settore, hanno trovato spazio in un'area di applicazione che, nata da evidenti esigenze di snellezza e rapidità nel conseguimento di risultati di composizione delle controversie proprie della pratica degli affari, può con altrettanta evidenza estendersi utilmente al bisogno di ascolto e di giustizia sostanziale da parte dei cosiddetti "soggetti deboli"<sup>14</sup>.

Se i valori e i parametri costituzionali più immediatamente coinvolti sono da ricercare nei principi di cui agli artt. 1, 2, 3, 27, 29, 30, 41, 53 e 97 nonché nell'art. 118, ultimo comma, in questa sede ci si propone di porre l'attenzione sul rapporto che intercorre tra la mediazione ed i principi del diritto di difesa e del giusto processo più direttamente coinvolti nel recente dibattito. Concentrandosi soltanto sul dlgs. 28/2010 va rilevato che il provvedimento, nel prevedere dal 20 marzo 2010 il dovere di informazione da parte di ciascun avvocato ai propri assistiti della possibilità di avvalersi dello strumento della mediazione, affida in prima battuta la risoluzione dei conflitti ad una forma di alternativa al giudizio, tanto da rendere lo stesso un'extrema ratio, un mezzo a cui ricorrere solo nell'ipotesi in cui la conciliazione sia fallita o appaia assolutamente impraticabile<sup>15</sup>. Tale previsione, come è facile intuire, determina, in sostanza, un'inversione nel rapporto tra mediazione/conciliazione e giudizio: quest'ultimo, considerato nella pratica e negli indirizzi legislativi come il mezzo ordinario di risoluzione delle controversie, cede il passo alla

---

c. c.), che è un accordo con reciproci sacrifici parziali di ciascun contendente intorno alla posta del conflitto medesimo, insomma una vittoria a metà, certo però anch'esso non specificamente finalizzato al recupero del rapporto profondo tra le parti o al miglioramento in itinere del suo tono. Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> L'art. 5 elenca le controversie che, instaurate dopo il 20 marzo 2011 (art. 24, 1° co.), dovranno essere sottoposte al tentativo obbligatorio di mediazione salvo che le controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti la cui obbligatorieta è stata rinviata dall'art. 2, comma 16-decies, del d.l. n. 225/2010 convertito con l.10/2011, al 20 marzo 2012.

La scelta di inserire la previsione di tentativi obbligatori di mediazione ha fatto sollevare il contrasto che intercorre tra obbligatorieta del tentativo ed il principio di volontarieta che è proprio della mediazione. Sebbene «[...] il regime di obbligatorieta riguarda l'accesso alla procedura e non il suo svolgimento, né tanto meno l'accordo che rimane sempre e comunque rimesso alla volontà delle parti [...]» tuttavia, anche la mera imposizione del tentativo inevitabilmente influisce sull'approccio delle parti allo strumento, determinando un'alterazione della sua fisiologia volontaristica [...]. F. CUOMO ULLOA, Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione, in *I contratti*, n. 2/2010, p. 210. Si vedano, inoltre, i contributi di ID. Novità in materia di conciliazione e mediazione, in *I contratti*, 6/2009, p. 640 ss.; G. LAURINI, Sulla procedura alternativa di mediazione e conciliazione, in *Notariato*, 6/2009, p. 701 ss.; C. PUNZI, Le riforme del processo civile e degli altri strumenti alternativi per la soluzione delle controversie, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1197 ss.

conciliazione, strumento finora di carattere sussidiario e subalterno, certamente estraneo alla normale definizione della maggior parte dei conflitti giuridici interpersonali<sup>16</sup>.

Se il legislatore – nel porsi in linea con le nuove tendenze normative che oggi si stanno aprendo nella recezione di modelli stranieri (istituti e pratica della mediazione stragiudiziale dei conflitti ma anche, class actions) – sembra far proprio un criterio di “giustizia di prossimità”, volto ad apprestare «[...] una giustizia sostanziale più vicina ed “amichevole” di quella propria del giudice tecnico rispetto alle parti, [...] che si preoccupa di attenuare la centralità del momento statale e sanzionatorio [...]»<sup>17</sup>, resta da verificare il rispetto dei principi costituzionali.

La previsione dell’obbligatorietà della procedura di mediazione per molte controversie civili ha sollevato in letteratura ed in sede giurisprudenziale molti dubbi legati al successo dell’istituto ed alla sua costituzionalità.

Risulta, infatti, di difficile comprensione il motivo per cui la parte che ritenga di avere pienamente ragione debba per forza sottoporsi ad una procedura di mediazione e per forza vedersi costretta ad accettare oppure a rifiutare una proposta di conciliazione. Si osserva, infatti, che nelle liti, salvo quelle relative al quantum, l’attore o ha ragione oppure ha torto. I giudici, quando si discute dell’an e non del quantum, normalmente o accolgono o rigettano le domande, e assai raramente trovano una soluzione intermedia<sup>18</sup>. In tal senso «[...] la mediazione obbligatoria pregiudica chi ha subito un torto e vuole dallo Stato semplicemente giustizia, poiché lo Stato, invece, imponendo la mediazione, nella sostanza chiede all’attore di rinunciare a qualcosa, oppure di presentarsi al giudice con l’handicap di cui agli artt. 13 e 8, 5° co. E tutto questo è apparso in contrasto non solo con l’art. 24 Cost. ma anche con l’art. 3,

---

<sup>16</sup> L’impatto reale di tale innovazione potrà dimostrarlo soltanto il tempo e l’esperienza, ma in sede di prima valutazione non va sottovalutata la finora radicata avversione del ceto forense all’istituto, che se da un lato può giovare di motivazioni nobili, come la migliore difesa tecnica del cliente, dall’altro non è esente dal sospetto di nutrire scarsa “appetibilità” per forme di risoluzione della lite meno lucrose dell’assistenza di una causa in giudizio. Tale atteggiamento potrebbe beninteso essere superato anche grazie alla previsione dell’art. 18 del dlgs. 28/2010, che consente ai consigli degli ordini degli avvocati di istituire organismi di conciliazione e a quelle degli artt. 17 e 20 che prevedono benefici fiscali. Scatta dal 20 marzo la prima informativa al cliente, a cura di G. Finocchiaro, in Guida al diritto, 12/2010, p. 54.

<sup>17</sup> S. PRISCO, *Mediazione ...*, cit., p. 65 ss.

<sup>18</sup> G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Il Foro it.*, 2010, pt. V, p. 146 ss. ed, in particolare, p. 148.

perché questa pretesa lo Stato la fa gravare sempre e solo sull'attore e non sul convenuto, e sempre e solo sulla domanda principale e non su quella riconvenzionale, che infatti la legge non subordina alla previa mediazione [...]»<sup>19</sup>.

In particolare il dlgs. 28/2010 nello stabilire l'obbligatorietà come condizione di procedibilità dell'eventuale successivo giudizio, sembra porsi in contrasto anche con l'art. 60 della legge delega 69/2009 nella parte in cui si prevede che la mediazione non debba precludere tale accesso<sup>20</sup>. La violazione del dettato costituzionale, in altri termini, riguarderebbe oltre l'art. 24 Cost. anche, indirettamente, l'art. 77 Cost. per eccesso di delega.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> L. 69/2010 dal titolo "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile". Art. 60. (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali):

1. 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.

2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.

3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;

b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;

c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro;

d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;

e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;

f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;

g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;

h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;

i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche;

l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali;

m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti;

n) 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;

Con riferimento alle esposte riserve, si è invece osservato che, se da un lato la Corte costituzionale ha avuto più volte modo di ammettere dilazioni temporali all'esercizio del diritto di azione in ragione della salvaguardia di interessi generali tra cui si riconosce anche l'ipotesi di alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari; dall'altro, l'art. 60 della l. 69/2009 «[...] non si limita a ribadire ciò, ma intende "accesso alla giustizia" in una accezione più ampia, europea (cfr. art. 81, par. 2, lett. e, TFUE)[...]»<sup>21</sup>. A chi sostiene che i dubbi relativi alla violazione dell'art. 24 Cost. verrebbero ulteriormente rafforzati dalla contestuale previsione dell'obbligatorietà e dell'onerosità del servizio di mediazione<sup>22</sup>, si risponde sostenendo che tale eccezione appare superabile soltanto nell'ipotesi in cui «[...] la corresponsione di un'indennità per il servizio è collegata da un nesso di corrispettività al valore aggiunto (rispetto alla giustizia civile statale) della mediazione amministrata [...]»<sup>23</sup>.

Quanto alla compatibilità con i principi del giusto processo, va osservato che, diversamente dal processo che, com'è noto, è condizionato da ciò che le parti hanno chiesto al giudice, nel

---

o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181;

p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115;

q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;

r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni;

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.

<sup>21</sup> R. CAPONI, La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), del 01/04/2011.

<sup>22</sup> Tale previsione risulterebbe temperata dalla riduzione delle indennità in base all'art. 17, 4° co., lett. d) dlgs. 28/2010 ed all'art. 16, 4° co., lett. d), d.m. 180/2010; dalla gratuità del servizio per chi si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato ex art. 17, 5° co., dlgs. 28/2010; e da un limitato credito di imposta a detrazione di quanto pagato all'organismo di mediazione per il servizio reso.

<sup>23</sup> Questa esigenza sembrerebbe soddisfatta dalle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, comodato, affitto di aziende, e forse anche delle controversie in materia di contratti assicurativi, bancari, e finanziari. Fondato si ritiene il dubbio di legittimità costituzionale dell'obbligatorietà correlato ad un onere economico nelle controversie in cui il servizio reso dal mediatore non aggiunge nulla alla risoluzione giudiziaria se non l'intento di deflazionare il carico di lavoro dei giudici motivo che richiederebbe piuttosto un intervento normativo volto ad aumentare il numero dei giudici. Così R. CAPONI, La mediazione obbligatoria a pagamento: ..., cit.

procedimento mediativo/conciliativo tale materiale si forma nel dialogo con il mediatore, libero da qualunque vincolo di oggetto.

Al riguardo si è rilevato che, impregiudicati i diversi tipi di mediazione, essa si caratterizza per essere un percorso che, alimentato dal consenso delle parti, fa della comunicazione e dello scambio dialogico lo strumento essenziale per arrivare alla soluzione condivisa del conflitto<sup>24</sup>.

Ricondotto ai principî del giusto processo, si osserva che se il processo giurisdizionale per essere giusto deve essere attuato in contraddittorio, questa condizione nel caso della mediazione/conciliazione rappresenta il fulcro dell'intero procedimento, l'elemento su cui si regge l'istituto. Sul punto, infatti, il dialogo ha un valore sostanziale: è attraverso il dialogo che si forma l'oggetto del conflitto al fine di svelare e negoziare gli interessi sottostanti alle loro pretese e giungere a soluzioni capaci di soddisfarle<sup>25</sup>.

Considerando che lo snellimento dei processi (che ha in sé anche il positivo effetto deflattivo del carico di lavoro dei giudici professionali) a cui potenzialmente tende la mediazione/conciliazione rappresenta l'espressione della ragionevole durata dei processi che così risulta soddisfatta, le garanzie procedurali che devono offrire queste forme di risoluzione dei giudizi, pur non dovendo essere identiche ai rimedî processuali, devono però essere ragionevolmente equivalenti<sup>26</sup>. Va da sé che al diritto ad un giusto processo deve corrispondere il diritto ad un'equa conciliazione. Pertanto, oltre alla garanzia del contraddittorio (ontologicamente ampiamente garantita) vi è quella della neutralità/imparzialità del mediatore.

Per assicurare il rispetto di tale esigenza - contrariamente a quanto la giurisprudenza ha ammesso con riferimento al processo civile circa la non necessaria contestualità del confronto dialettico tra le parti - è importante che in ogni fase della procedura mediativa, e soprattutto

---

<sup>24</sup> M. F. GHIRGA, cit., p. 376.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Oltre che come strumento di access to justice, la mediazione in Italia è stata considerata anche, se non prevalentemente, come strumento di deflazione del carico di lavoro dei giudici professionisti. Sulla effettiva capacità deflattiva della mediazione regolata dal dlgs. 28/2010 si vedano A. PROTO PISANI, cit., p. 142 ss.; R. CAPONI, La giustizia civile ..., cit., p. 89 ss.

quella concernente la formazione del suo ambito oggettivo, ci sia la presenza di entrambe le parti<sup>27</sup>.

L'ulteriore attitudine della mediazione, poi, di intercettare torti che diversamente non verrebbero contestati (per il modico valore, i tempi medi del processo, i costi immediati della difesa tecnica non compensati dai benefici del provvedimento giurisdizionale) contribuisce a rendere questo rimedio conforme al dettato costituzionale e coerente con quel progetto internazionale sull'Access to Justice portato avanti negli anni Settanta del Novecento in Italia.

Nel porre l'attenzione sullo sviluppo degli strumenti di assistenza giudiziaria ai non abbienti, sull'organizzazione di una reazione aggregata delle vittime di illeciti plurioffensivi (tutela collettiva, c. d. class action) e sull'appena esposta semplificazione delle procedure e sviluppo dei metodi negoziali di composizione delle controversie, intesi come valore aggiunto rispetto alla giustizia civile statale, quel movimento individuò in queste nuove forme di accesso alla giustizia un contributo per rendere più effettivi i diritti<sup>28</sup>.

L'ordinanza con cui il Tar Lazio ha disposto la sospensione del giudizio su due ricorsi per l'annullamento del d. m. 180/2010 presentati da varie rappresentanze dell'avvocatura rimettendo alla Corte costituzionale alcuni dubbi di legittimità costituzionale del dlgs. 28/2010, trasferisce su un piano giurisdizionale le numerose iniziative di protesta che gli avvocati hanno riservato alla mediazione.

Con l'ordinanza n. 3202/2011, la sezione I del Tar del Lazio ha rimesso la questione di legittimità costituzionale del nuovo strumento di risoluzione delle controversie alla Corte costituzionale ricorrendo ad una ricostruzione sistematica e ad una indicazione dei profili in contestazione e dei parametri costituzionali di riferimento. Tralasciando in questa sede una serie di eccezioni preliminari relative da una parte alla legittimazione ad impugnare degli organismi professionali e dei singoli avvocati e, dall'altra, alla sussistenza di un concreto interesse ad agire

---

<sup>27</sup> M. F. GHIRGA, cit., p. 376.

<sup>28</sup> Per maggiori approfondimenti si rinvia alla lettura di M. CAPPELLETTI, Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica, in Foro it., 1979, V, p. 54 ss.

rispetto ad atti di carattere normativo, quali quelli che hanno introdotto in via generale lo strumento contestato, l'analisi dei dubbî di costituzionalità ha indotto il Tar Lazio a distinguere due diversi aspetti di natura rispettivamente sostanziale e procedurale. Al riguardo, infatti, l'attenzione del giudice rimettente si sofferma, quanto al primo profilo, sulla conformità al diritto di azione ex art. 24 Cost., e relativamente al secondo profilo, sul rispetto da parte del dlgs. 28/2010 della legge delega 69/2009 e, quindi, dell'art. 77 Cost.

Le disposizioni interessate sono:

- 1) l'art. 5, 1° co., primi tre periodi, del dlgs. 28/2010: a) obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione; b) condizione di procedibilità della domanda giudiziale; c) improcedibilità eccepita su istanza di parte o d'ufficio dal giudice.
- 2) l'art. 16, 1° co., del dlgs. 28/2010 nella parte in cui dispone che sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza di parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione gli enti pubblici e privati che diano garanzie di serietà ed efficienza.

Volendo distinguere gli ambiti oggettivi (eccezioni mosse all'art. 5, primi tre periodi) e soggettivi (rilievi riguardanti l'art. 16, 1° co.) intorno ai quali ruota l'ordinanza di rimessione il giudice a quo ravvisa sul versante formale e pregiudiziale, la mancanza di una delega tale da estendere la disciplina della mediazione nei termini fissati dal Governo; sul versante sostanziale la violazione del diritto di azione e difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.

A dimostrazione di tali rilievi il giudice a quo sviluppa un ragionamento che prendendo le mosse dalla direttiva 2008/52/Ce, dalla normativa e dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria giunge a sostenere che, esaminata la delega contenuta nell'art. 60 della l. 69/2009, le disposizioni censurate risultano in contrasto con l'art. 24 Cost. nella misura in cui 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 statale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce [...]».

L'eccesso di delega rilevato nell'ordinanza di rimessione deriva dalla considerazione che le prescrizioni particolarmente incisive del dlgs. 28/2010 avrebbero richiesto una più o meno diretta ed espressa previsione nella legge delega dalla stessa non ricavabile neanche in via implicita. In altri termini, le disposizioni impugnate risulterebbero in contrasto 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 principî e criterî direttivi fissati dalla legge delega (cfr. art. 60 della legge 69/09), che risultano stridenti con le disposizioni stesse [...]». Sul punto, il Tar del Lazio rileva come «[...] alcuni principî e criterî direttivi ((lett.c) e lett. n)) fanno escludere che l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie possa rientrare nella discrezionalità commessa alla legislazione delegata, quale mero sviluppo o fisiologica attività di riempimento della delega, anche tenendo conto della sua ratio e finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile [...]».

Contro questi argomenti basterebbe richiamare le considerazioni precedentemente esposte. In realtà gli scenari presuppongono innanzitutto un cambio di paradigma culturale che non ammette soluzioni di compromesso. È verosimile immaginare che la posizione che assumerà la giurisprudenza costituzionale andrà nel senso o di accogliere l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'istituto o di respingerla, così dimostrando in questo caso, che l'obbligatorietà rappresenta, innanzitutto, la condicio sine qua no, per il funzionamento dell'intero sistema.