

SOVRANA CORTE COSTITUZIONALE

Relatore dott. **Alessandro Criscuolo**

Udienza pubblica del **23 ottobre 2012**

Reg. ord. n. **268/2011**

Memoria

per le Associazioni «*Associazione degli Avvocati Romani*» e «*Agire e informare*», in persona dei rispettivi Presidenti e legali rappresentanti *p.t.*, rappresentati e difesi dagli Avv.ti Giampiero Amorelli e Dorodea Ciano, con Studio in Roma alla via Guglielmo Pepe n. 37;

nel giudizio di legittimità costituzionale

iscritto nel reg. ord. al n. 268 del 2011

riguardante gli artt. 5, co. 1, primo, secondo e terzo periodo, nonché 16, co. 1, del d.lgs. 4.3.2010, n. 28, entrambi per contrasto con gli artt. 24 e 77, in relazione all' art. 60, lett. c) e n), della l. 18.6.2009, n. 69;

contro

i *Ministeri della giustizia e dello sviluppo economico*, in persona dei rispettivi *ll.rr.p.t.*, rappresentati e difesi dall' *Avvocatura generale dello Stato*;

e nei confronti,

quali intervenuti ad adiuvandum,

dell' *Organismo Unitario dell' Avvocatura - O.U.A.* e altri, rappresentati e difesi dagli Avv.ti Giorgio Orsoni, Mariagrazia Romeo e Mario Sanino;

del *Consiglio dell' Ordine degli Avvocati di Firenze*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Nino Scripelliti e Gaetano Vicicone;

dell' *Associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori - A.I.A.F.*, rappresentata e difesa dall' Avv. Giuliano Scarselli;

dell' *Unione nazionale della Camere civili*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuliano Scarselli, Antonio De Notaristefani Di Vastogirardi e Francesco Storace;

del *Consiglio dell' Ordine degli Avvocati di Milano*, rappresentato e difeso dagli Avv.ti dagli Avv.ti Paolo Giuggioli, Marilisa D' Amico e Lotario Dittrich;

nonché,

quali intervenuti ad opponendum,

della soc. *ADR Center* p.a., rappresentata e difesa dall' Avv. Rodolfo Cicchetti; dell' *Associazione nazionale mediatori e conciliatori* e della soc. *Società italiana conciliazione mediazione e arbitrato* a r.l., entrambe rappresentate e difese dall' Avv. Maria Cristina Stravaganti;

dell' *Associazione italiana organismi privati di mediazione e di formazione per la mediazione - Assomediazione*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Francesco Franzese e Teodoro Russo;

dell' *Unione italiana delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura - Unioncamere* e a., rappresentati e difesi dagli Avv.ti Beniamino Caravita di Toritto e Giorgio Meo.

* * *

A) Con ordinanza n. 3202 del 12.4.2011, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio - Sezione I ha promosso giudizio incidentale di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 16 del d.lgs. 4.3.2010, n. 28, entrambi con riferimento agli artt. 24 e 77 della Cost.

Quanto all' art. 5, *sub iudice* sono i primi tre periodi del comma primo, là dove sono previsti, per le materie elencate, l' obbligo di «esperire il procedimento di mediazione ai sensi del[lo stesso] decreto», l' instaurazione del procedimen-

to come «condizione di procedibilità della domanda giudiziale» e, infine, l' onere del convenuto di eccepire e quello del giudice di rilevare d' ufficio l' improcedibilità della domanda, in caso di mancata proposizione del procedimento di mediazione, entro la prima udienza.

Dell' art. 16, è oggetto di sospetto il comma primo, nella parte in cui dispone che abilitati a costituire organismi deputati a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati che diano pure e semplici garanzie di «*serietà ed efficienza*», là dove, a norma dell' art. 4, co. 3, lett. a), del d.m. n. 180 del 2010, dai mediatori sono pretesi indifferenziati «*titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale*» ovvero iscrizione «*a un ordine o collegio professionale*».

B) All' origine del presente giudizio è l' impugnativa – cui già innanzi al Giudice di merito hanno prontamente aderito le Associazioni forensi qui rappresentate – proposta dall' Organismo Unitario dell' Avvocatura - O.U.A. e da innumerevoli Ordini professionali e singoli Avvocati avverso il regolamento applicativo emesso, con decreto del 18.10.2010, n. 180, dai resistenti Ministeri della giustizia e dello sviluppo economico e, in via mediata, avverso lo stesso d.lgs. n. 28 del 2010, e ciò poiché, nel mentre normativa delegata e regolamento congegnano il procedimento cd. di mediaconciliazione come strumento inerente al sistema processuale e alle tecniche di protezione dei diritti, lo stesso è affidato, poi, con modalità liberalizzate, alla conduzione di organismi di conciliazione e mediatori da cui non vi è nessuna pretesa di pertinente e inerente professionalità.

Vizio originario, come ha rilevato il T.a.r., dovuto alla evidente “forzatura” della delega che il Governo ha ricevuto dal Legislatore con l' art. 60 della l.

28.6.2009, n. 69, dal quale risulta, non solo che gli organismi di mediazione avrebbero dovuto essere «professionali e indipendenti» (co. 3, lett. *b*), ma, ancor prima, che la mediazione avrebbe dovuto assumere veste meramente «facilitativa» (co. 3, lett. *a, c e n*) e, quindi, scevra dei vincoli «gordiani» con i quali è stata avvinta al processo e alle conseguenze di questo.

Vincoli che la sovrana Corte è, appunto, chiamata a recidere (si considerino, senza pretesa di esaustività, la già segnalata condizione di procedibilità di cui all' art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 28 del 2010; la possibilità del giudice di desumere argomenti di prova *ex art.* 116, co. 2, del c.p.c. dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione – art. 8, co. 5 –; l' obbligo del giudice di sanzionare il «*renitente*» alla mediazione con un importo pari al contributo unificato da versare all' erario – art. 8, co. 5 –; l' obbligo del giudice di escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice in giudizio che abbia rifiutato la proposta di mediazione, con condanna al rimborso delle spese sostenute dal soccombente durante il procedimento di mediazione – art. 13, co.1 –; l' obbligo, connesso alla natura di condizione di procedibilità dell' istanza di mediazione e al dovere giudiziale di applicare le sanzioni menzionate, di corrispondenza tra oggetto della mediazione e oggetto del successivo processo – art. 4, co. 2 –; idoneità del verbale di accordo a costituire titolo esecutivo per l' espropriazione forzata, per l' esecuzione in forma specifica e per l' iscrizione di ipoteca giudiziale – art. 12 –).

Queste, dunque, le ragioni che hanno condotto, lo si ripete, il Giudice rimettente a dubitare della non rispondenza agli artt. 24 e 77 della Cost. delle già citt. disposizioni di cui agli artt. 5 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010.

Ma si proceda per gradi.

C) Circa la non rispondenza dell' art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 ai criteri direttivi di cui all' art. 60 della l. n. 69 del 2009 e conseguente violazione dell' art. 77 della Cost.

a. Come si è cennato sopra, con l' art. 60 in epigrafe, il Legislatore ha delegato il Governo «*ad adottare... uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale*» (co. 1), «*nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3*» (co. 2).

b. La normativa dell' Unione europea cui si è riferito l' art. 60 è la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21.5.2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Come ha ben evidenziato il T.a.r. nell' ordinanza di rimessione, la direttiva si applica alle «*controverse transfrontaliere*», sì che l' art. 60 stesso e la normativa con la quale, a cascata, il Governo (d.lgs. n. 28 del 2010) e il Ministero della giustizia e quello dello sviluppo economico (d.m. n. 180 del 2010) hanno esercitato la delega conferita non costituisce della medesima formale attività di recepimento interno.

La direttiva rileva, qui, dunque, in quanto la legge delega ha espressamente preteso che la normativa delegata dovesse essere rispettosa e coerente con la medesima.

Con tale doverosa premessa, dall' articolato comunitario si evince che il modello di mediazione che l' Unione europea ha elaborato e offerto agli Stati membri è quello ascrivibile alla tipologia classica della “*facilitative mediation*”, essendo stato escluso quello cd. «*valutativo*» o, peggio, «*aggiudicativo*» posto in essere dalla legislazione delegata qui in esame, nel quale il mediatore

non si limita ad agevolare la comunicazione tra le parti, ma si spinge a offrire vere e proprie soluzioni giuridiche, potendo comunque formulare a sua discrezione proposte.

Ciò è ben evidenziato dalla definizione del termine «*mediazione*», che l' art. 3 della direttiva intende come «procedimento... dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l' assistenza di un mediatore».

Definizione anticipata dal 13° considerando, ove è detto che «[l]a mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento».

Esattamente il contrario, cioè, di quanto previsto dall' art. 11, co. 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, che riserva al mediatore, come detto, di stabilire quando e come porre fine alla mediazione, dal momento che, «[q]uando l' accordo non è raggiunto», esso ha ancora la potestà di «formulare una proposta di mediazione».

Né, ad avvalorare diversa tesi, può richiamarsi che all' art. 5, co. 2, è prescritto che «[l]a... direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio».

Pur con la salvezza *de qua*, infatti, l' articolato tollera solo che taluni Stati possano rendere (*melius*, mantenere) la mediazione procedimento obbligatorio. Questa, però, non è l' indicazione che vi è contenuta, atteso che il modello chiaramente comunicato dall' Unione attraverso la definizione della mediazione è e resta, come si è visto, quello in cui le parti «tentano, esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo».

Si è già segnalato in sede di deduzioni, d' altra parte, che, con la risoluzione del 13.9.2011, sull' attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, pur esprimendo generico apprezzamento per lo sforzo intrapreso in Italia per introdurre una disciplina della mediazione, il Parlamento europeo ha «cio- nonostante sottolinea[to]» – in senso contrario a quanto avvenuto – «che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria» (punto 10, cit. - doc. n. 5 ivi allegato).

Se ne deve inferire, pertanto, che, essendo il modello di mediazione fatto suo dall' Unione quello libero e facilitativo della direttiva 2008/52/CE, dalle prescrizioni di «rispetto e... coerenza con la normativa comunitaria» espresse dall' art. 60, co. 2, della l. n. 69 del 2009, il Governo doveva trarre, in sede di attuazione della delega ricevuta, preciso vincolo a disciplinare il procedimento di mediazione italiano come senz' altro non obbligatorio.

c. E il Legislatore, in sede delegante, a tale modello si è attenuto.

L' art. 60, co. 3, lett. c), della nominata l.n. 69 del 2009 ha imposto al Governo di «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, dunque, dell' art. 40, co. 6, abrogato proprio dal d.lgs. n. 28 del 2010, nel quale non si rinviene ombra della soluzione “costrittiva” propugnata, poi, dall' art. 5 qui indubbiato, essendo la conciliazione lì prevista del tutto volontaria, se la norma prescrive – peraltro, per il solo caso in cui «il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito» – che «il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone la sospensione del procedi-

mento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell' istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto».

La lett. n) successiva, **senza far la distinzione tra materie con e senza obbligo di mediazione – che è stata introdotta arbitrariamente solo in sede di esercizio della delega da parte del Governo** – ha previsto, ancora, «*il dovere dell' avvocato di informare il cliente, prima dell' instaurazione del giudizio, della possibilità*» – non obbligo – «*di avvalersi dell' istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione*».

Vi è, infine, la stessa lett. a), che, nel «*prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili*», si è espressamente **premurata che la stessa non comportasse preclusione all' accesso alla giustizia**».

Né si dica, in senso contrario, che il termine di durata massima della mediazione stabilito dall' art. 6 del d.lgs. n. 28 del 2010 è di quattro mesi e che questo non potrebbe essere considerato di ostacolo all' adizione del giudice.

Come è stato rettamente osservato, infatti, detto termine di durata era già previsto dalla stessa legge delega (art. 60, co. 3, lett. q).

Se ha inteso prevedere, perciò, che la mediazione dovesse svolgersi «**senza precludere l' accesso alla giustizia**», ciò vuol dire – applicato anche il canone ermeneutico di cui all' art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale – che, nell' *intentio*, il Legislatore aveva proprio **escluso** che la mediazione dovesse svolgersi come adempimento obbligatorio condizionante il ricorso al giudice, al contrario di quanto avviene ora, dal momento che questo è tenuto, in ogni

caso, ad assegnare un termine di presentazione della domanda di mediazione, in difetto di che quella giudiziaria diviene inevitabilmente non esaminabile nel merito e, quindi, improcedibile.

d. Così stando le cose, del tutto irrilevanti ed extravaganti sono le malferme considerazioni offerte alla Corte da alcune delle parti avverse intervenute nel presente giudizio di legittimità e volte a far valere pretese e improbabili ricerche di *rationes* legislative e asserite facoltà discrezionali di riempimento da parte del Governo.

Il modello di procedimento di mediazione incorporato dalla legge delega è ineludibilmente quello libero e facilitativo e altrettale è quello proposto agli Stati membri dalla direttiva 2008/52/CE, pure dalla medesima richiamato.

L' art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, poiché a questo in totale controtendenza, è stato "adottato", perciò, dal Governo «senza delegazione delle Camere» ed è, in conseguenza, costituzionalmente illegittimo per contrasto con l' art. 77, co. 1, della Cost.

D) Circa il contrasto dell' art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, in combinazione con il successivo art. 16, con l' art. 24 della Cost.

a. Fondata è, altresì, la questione di legittimità costituzionale dell' art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento al successivo art. 16, per contrasto con l' art. 24 della Cost.

Tesi del T.a.r. è, come detto, che stride palesemente con il principio di inviolabilità dell' «*agire in giudizio*» di cui al ridetto art. 24 la disposizione di cui all' art. 16 del d.lgs. n. 28, che, affidando la conduzione della fase preliminare della cd. mediaconciliazione ad enti pubblici e privati che diano mere «*garanzie di serietà ed efficienza*», indipendentemente dalla professionalità, ne

sancisce il regime marcatamente *liberalizzato* e *de-tecnicizzato*, proprio mentre il cit. art. 5, in combinazione con gli artt. 4, 8, 13 e 16 dello stesso decreto, *appronta*, con lo scopo di evitare il processo, una specie di *pre-processo*, celebrato da una specie di *pre-giudice*, caratterizzato da un notevole grado di *formalismo*, che *presuppone* a sua volta, *la conoscenza dei diritti e degli istituti giuridici* e, al contempo, *delle tecniche di tutela* e cioè *del processo*, senza di che lo scopo stesso della mediaconciliazione rischia di essere *vanificato*, ingenerando *nuove* contestazioni e contenziosi.

b. Tale tesi trova piena conferma nei dati normativi.

Si è già detto poco sopra della natura di *condizione di procedibilità* dell' esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione rispetto al processo, ciò che istituisce *virtù transitiva* tra la prima e il secondo, imponendo che l' *oggetto* della prima – *che, difatti, va determinato ex art. 4, co. 2, del d.lgs. n. 28 del 2010* – deve necessariamente *coincidere* con quello potenziale dell' altro, a pena d' ingenerare successivamente, innanzi al giudice, contrasti circa l' avvenuto assolvimento dell' onere.

Stretti legami tra procedimento di mediaconciliazione e processo, che imporrebbero al mediatore di adeguatamente governare istituti giuridici e processuali, sono da ricondurre, ancora, all' *apparato sanzionatorio*.

Vi è, infatti, l' obbligo del giudice di reprimere il “*renitente*” alla mediazione addebitandogli un importo di natura “*fiscale*” pari al contributo unificato, da versare all' erario (art. 8, co. 5, del d.lgs. n. 28 del 2010).

Seguono quello di escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice in giudizio che abbia rifiutato la proposta di mediazione e – *sic!* – la condanna di essa al rimborso delle spese sostenute dal soccombente durante il

procedimento di mediazione (art. 13, co. 1).

L' art. 8, co. 5, istituisce, poi, la possibilità del giudice di desumere argomenti di prova *ex art. 116, co. 2, del c.p.c.* dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione.

L' art. 12 conferisce, infine, al verbale di accordo il valore di titolo esecutivo per l' espropriazione forzata, per l' esecuzione in forma specifica e per l' iscrizione di ipoteca giudiziale, effetti cioè tipici della sentenza.

Aggiungasi che gli accordi che le parti, con l' ausilio del mediatore, possono raggiungere e la proposta di conciliazione che il mediatore stesso è sempre e comunque nella potestà di formulare non possono sfuggire ai principi di equità e giustizia.

Lo si evince dalla stessa disciplina generale in tema di mediazione, alla luce della quale il mediatore deve fornire alle parti tutte le delucidazioni che è in grado di dare e le valutazioni che può compiere.

In tal senso è, difatti, l' insegnamento della Corte nomofilattica: «[l]' art. 1759, comma 1, c.c. - che impone al mediatore l'obbligo di comunicare alle parti le circostanze a lui note circa la valutazione e sicurezza dell'affare che possano influire sulla sua conclusione - deve essere letto in coordinazione con gli art. 1175 e 1176 dello stesso codice, nonché con la disciplina dettata dalla legge n. 39 del 1989 - che ha posto in risalto la natura professionale dell'attività del mediatore, subordinandone l'esercizio all'iscrizione in un apposito ruolo, che richiede determinati requisiti di cultura e competenza (art. 2), condizionando all'iscrizione stessa la spettanza del compenso (art. 6). Ne consegue che il mediatore, pur non essendo tenuto, in difetto di un incarico particolare in proposito, a svolgere, nell'adempimento della sua prestazione (che si

dipana in ambito contrattuale), specifiche indagini di natura tecnico-giuridica... al fine di individuare circostanze rilevanti ai fini della conclusione dell'affare a lui non note, è pur tuttavia tenuto ad un obbligo di corretta informazione secondo il criterio della media diligenza professionale, il quale comprende, in positivo, l'obbligo di comunicare le circostanze a lui note o comunque conoscibili con la comune diligenza che si richiede al mediatore... Ne consegue che, qualora il mediatore... ometta di comunicare circostanze da lui non conosciute ma conoscibili con l'ordinaria diligenza professionale, è legittimamente configurabile una sua responsabilità per i danni sofferti, per l'effetto, dal cliente» (Cass., sez. III, 24.10.2003, n. 16009).

Ed ancora: «*[i]n tema di mediazione, il mediatore deve comportarsi in modo da non ingenerare equivoci sulla veridicità delle notizie rilevanti per la conclusione dell'affare, non potendo limitarsi a riferirle senza averne controllato la rispondenza a realtà, dal momento che, anche per effetto della l. 2 marzo 1989 n. 39, chi si rivolge al mediatore per concludere un affare fa legittimo affidamento sul suo dovere di imparzialità, ogniqualvolta egli non sia agente di una sola parte, essendo tenuto a riequilibrare l'asimmetria informativa dell'una parte rispetto all'altra sulla sicurezza e convenienza dell'affare»* (Cass., sez. III, 07.4.2009, n. 8374).

Se così è, come è, nell'ambito generale della mediazione, *così, e a maggior ragione, dev'essere nella disciplina pre-processuale della mediaconciliazione*, nella quale l'apporto proprio del mediatore è, secondo la sua peculiare esperienza, quello, rafforzato dall'*indipendenza* che ne deve contraddistinguere il ruolo, di porre, in scienza e coscienza, le parti nella consapevolezza *ponderata* dei rispettivi diritti e posizioni, prefigurando loro, con eventuale scopo dissua-

sivo, le stimabili probabilità di soluzione processuale della controversia.

Dovendo trarre le dovute conclusioni, innegabile è, in definitiva, che tra la mediazione, così come congegnata, e il processo sussistono legami che esigono, da chi è chiamato a “mediare”, marcate garanzie di professionalità e tecnicità che – ineludibili, forse, anche nel caso della mediazione “volontaria” – richiedono a maggior ragione, rebus sic stantibus, professionista dotato dell’esperienza e della preparazione peculiari di una stretta cerchia di soggetti abilitati.

c. La normativa di questo, però, non tiene conto.

L’ art. 16, co. 1, lo si ripete, pretende dagli organismi di conciliazione solo «serietà ed efficienza».

A sua volta, l’ art. 4, co. 3, lett. a), del d.m. n. 180 del 2010 richiede genericamente al mediatore il solo possesso di «un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale» o l’ iscrizione «a un ordine o collegio professionale» qualsiasi.

L’ art. 24 della Cost. è, perciò, palesemente obliterato.

d. Si obietta, tuttavia, che la sovrana Corte, con sentenza n. 276 del 13.7.2000, avrebbe già tenuto indenne il tentativo obbligatorio di conciliazione istituito nella materia del lavoro dall’ art. 39 del d.lgs. 31.3.1998, n. 80, con l’ inserimento dell’ art. 412-*bis* nel c.p.c., nel mentre la Corte di giustizia dell’ Unione europea, con decisione 18.3.2010, *Alassini e altri*, procc. riuniti C317-318-319-320/2008, avrebbe dichiarato, in riferimento alla delibera dell’ Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 137/07/Cons, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, che il principio della tutela giurisdizionale effettiva non osterebbe

all' espletamento obbligatorio di procedure di risoluzione *extragiudiziale* delle controversie, se mirate a obiettivi di interesse generale e che non diano corpo, rispetto allo scopo perseguito, a interventi sproporzionati.

Tutto quanto si è considerato sopra mostra, però, che il caso che qui ci riguarda si differenzia marcatamente da questi ultimi.

Le normative dovute esaminare da codesta Corte costituzionale, con riguardo al rito del lavoro, e, dalla Corte di giustizia, in riferimento alle comunicazioni elettroniche, concernono, tanto per cominciare, materie *singole*, là dove, con l' art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, il Governo ha sottoposto a filtro preventivo e obbligatorio, sia pure per materie, *la quasi totalità del contenzioso civile*, così rinunciando a qualsiasi previa e selettiva valutazione di effettiva *idoneità* dello strumento, quasi che relativo intendimento fosse più quello di generare una “nuova” attività occupazionale, che, così come congegnata, è inesistente in natura, che di trovare una diversa modalità di soluzione dei conflitti (ad es., concentrandosi sulle materie che si prestano a rapporti perduranti tra le parti).

Ciò che è determinante, però, è che i procedimenti di conciliazione già esaminati e ora nuovamente offerti, per pretesa assimilabilità, alla valutazione della Corte sono configurati dalla normative rispettive come tali da non proiettare nessun gravame e/o pregiudizio sullo svolgimento del successivo processo – che è esperibile subito (dopo appena 60 giorni nell' un caso e 30 nell' altro) – oltre a risultare del tutto gratuiti e privi di oneri per i proponenti.

La differenza è, perciò, che codesta Corte non con sanzioni né precostituiti giudizi valutativi ha dovuto misurarsi, prima d' ora, nel caso riprospettatole (così come la Corte di giustizia nel suo).

E' evidente, allora, che le norme qui indubbiamente risultano formulate *proprio*

per rendere molto più artificialmente gravoso e, quindi, ostacolare l'accesso alla giustizia da parte dei consociati.

Il che, a sommosso parere degli scriventi, non può far loro superare lo scrutinio di resistenza posto dall' art. 24 della Cost.

Né miglior sorte gli artt. 5 e 16 del d.lgs. n. 29 del 2010 ritraggono, in ragione della pronuncia della Corte di Lussemburgo, atteso che misure gravemente lesive del diritto di difesa e di libero accesso al giudice quali sono quelle illustrate sopra non possono considerarsi funzionali e proporzionali a nessuno scopo, quale che esso sia, che possa considerarsi legittimo.

Il richiamo del tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro può risultare emblematico, invece, sotto un altro punto di vista.

L' art. 412-bis del c.p.c. che lo prevedeva è stato **abrogato**, infatti, dall' art. 31 della l. 4.11.2010, n. 183, così maggiormente inducendo a ritenere che, nel conferire la coeva delega al Governo, il Legislatore proprio al modello facoltativo e facilitativo della mediazione si voleva riferire.

Risulterebbe particolarmente stridente e irrazionale, altrimenti, che, proprio mentre avrebbe dato direttive al Governo per l' introduzione di un procedimento di mediazione obbligatorio per buon parte delle materie da trattare nelle aule civili, esso rinunciava al più significativo – del resto fallimentare – esperimento di conciliazione obbligatoria sino ad allora tentato in Italia, così restituendo la materia del lavoro alla libera accessibilità delle parti al giudice.

e. Si è confortati, inoltre, dal fatto che la Corte ha ripetutamente ribadito che il diritto di accedere ai Tribunali è «inviolabile» e che, all' effetto, il Legislatore può imporre ai consociati solo oneri razionalmente collegati alla pretesa in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio con-

forme alla sua funzione, tali non essendo quelli estranei alle finalità predette, che incorrono, conducendo al risultato di precludere o ostacolare gravemente la tutela giurisdizionale, nella sanzione dell' incostituzionalità ai sensi dell' art. 24 della Cost. (così le sentenze 8.4.2004, n. 114; 6.2.2002, n. 522; 5.10.2001, n. 333).

Secondo la Corte, in altri termini, possono ipotizzarsi, se razionalmente finalizzati e proporzionati, oneri preordinati a migliorare la conduzione del processo ma non a dissuadere dal processo.

Ciò che, senza necessità di ripetizione, avviene nel caso della media conciliazione, caratterizzata, com' è, da un' imponente impianto sanzionatorio, da gravami destinati a recar pregiudizio nel processo successivo e da costi preventivi (quelli per la mediazione) notevolmente più ingenti di quelli del processo.

Elementi di coazione, questi, tutti indiscutibilmente mirati a generare metus nelle parti e segnatamente in quelle economicamente più deboli e a restringerne il pieno esplicarsi della libertà contrattuale (con questa non potendo essere confusa quella che si concreta in un accordo per definizione "sotto pressione", tanto più che il luogo della trasparenza e del controllo pubblico che tutti possono esercitare, attraverso l' udienza "pubblica", è per antonomasia il processo e non certo quello delle *combines* private).

f. Non vi è nessun dubbio, in definitiva, che, per la sua generalizzata e pressoché indifferenziata sottoposizione alla mediaconciliazione delle materie altrimenti da trattarsi nelle aule civili, per gli intensi e non proporzionali congegni dissuasivi approntati dalla normativa e per l' assenza della necessaria opzione per il principio di professionalità che deve contraddistinguere l' organismo di

mediazione e il mediatore, gli artt. 5 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 contrastano con l' art. 24 della Cost.

E) Circa il contrasto dell' art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 con l' art. 77 della Cost.

Nella formulazione della questione sottoposta alla Corte, il Tribunale amministrativo regionale ha altresì rappresentato, traducendola in sospetto di violazione dell' art. 77 della Cost., la marcata incongruenza tra il disposto dell' art. 60, co. 3, lett. b), della l. n. 69 del 2009, che impone di «*prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti*», e l' art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, che, stravolgendo la direttiva data dal Legislatore, ha ridotto professionalità e indipendenza a «*serietà ed efficienza*», così aprendo la via alle marcate de-istituzionalizzazione e de-tecnicizzazione che il rimettente ritiene contrastino con l' art. 24 della Cost., almeno ove debba essere confermata la legittimità della instaurazione del procedimento di mediazione quale obbligata condizione di accesso al processo e non moto libero e volontario delle parti.

Ebbene, il dubbio offerto alla Corte è certezza per le esponenti Associazioni professionali.

Le conseguenze del non adeguamento del Governo ai criteri direttivi indicati dal Legislatore sono già state ben illustrate, si spera, sopra.

Né a ciò, sia pure parzialmente, può arrecar rimedio, come pure pretenderebbe taluno degli intervenuti, la lettera e), significativamente aggiunta, dopo la proposizione della questione di costituzionalità, all' art. 7, co. 5, del d.m. n. 180 del 2010 dall' art. 1, lett. b), del d.m. 6.7.2011, n. 145, secondo cui «*il regolamento [di procedura] deve... prevedere... criteri inderogabili per l' assegna-*

zione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta».

Come ognuno vede, difatti, anche così:

a) da niente si evince che l' organismo debba disporre, per effetto della norma sopravvenuta, di mediatori preparati ad affrontare le problematiche attinenti ai diritti, agli istituti giuridici e a quelli processuali, che pure sono il pertinente viatico del procedimento di mediazione così come congegnato dalle norme;

b) da niente si evince che l' organismo debba disporre di mediatori preparati per tutta la gamma della materie rimesse a mediazione obbligatoria o anche semplicemente laureati;

c) da niente si evince, infine, che l' organismo debba subire precetti o sanzioni per la contravvenzione alla disposizione regolamentare *de qua*.

Del resto, il parametro normativo fatto suo dal Governo in sede delegata con l' art. 16, co. 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, che è qui denunciato, non è stato emendato (né avrebbe potuto esserlo per l' avvenuta scadenza del termine di cui all' art. 60, co. 1, della l.n. 69 del 2009) sicché inalterato rimane il contrasto di questo con l' art. 77, co. 1, della Cost.

* * *

Ad ulteriore suffragio di tutto quanto sommessamente esposto sopra, appare agli scriventi pertinente richiamare e offrire, infine, alla valutazione della sovrana Corte le riflessioni di avvertito processualista, GIROLAMO MONTELEONE, che ha così commentato l' istituto *sub iudice* in chiave storica e socio-logica: «[u]na lunga esperienza pratica ci dice che i tentativi di conciliazione, o di mediazione, sia preventivi che successivi, sia volontari sia forzosi perché

imposti a pena di improcedibilità, non hanno mai sortito l'effetto sperato di sfoltire i ruoli giudiziari e diminuire il numero delle liti. Già G. Pisanelli nella sua Relazione al Libro I del Codice di procedura civile del 1865 osservava: "la conciliazione delle parti è un'idea che ha molte attrattive, ma conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire ad un fine opposto. Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose alle aspettative e degenerò in una vana formalità" (cfr. G. PISANELLI, Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865. Testi e documenti per la storia del processo a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2004, pag.5*) [...] *L'autorità dell'insigne studioso ed uomo politico, tra gli artefici del Risorgimento nazionale, basterebbe da sé sola a liquidare la questione. Ma l'ammirevole ostinazione del nostro attuale legislatore, incurante dell'esperienza concreta e delle lezioni della storia, non ha mancato di darci ulteriore e ben più vicina prova sperimentale della esattezza dell'osservazione del Pisanelli. Infatti la recente, ed ancor vigente, reintroduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle cause di lavoro ha dimostrato nei fatti di non averne affatto diminuito il numero (che stando alle statistiche sembra addirittura aumentato, così contribuendo a consolidare un vertiginoso arretrato), ma solo di aver dato incentivo a complicazioni inutili ed a meschine eccezioni che fanno solo perdere tempo. Or non si vede per quali nuove ragioni quel che è sempre accaduto da secoli dovrebbe oggi per incanto mutare, per apportare successo alla nuova legge sulla mediazione più o meno obbligatoria [...] Vero è che essa prevede un apparato di sanzioni co-*

strittive a carico degli avvocati e degli interessati, ma tali sanzioni, oltre a dar ingresso ad una serie di perplessità più propriamente giuridiche, non saranno idonee ad invertire una tendenza corrispondente ad una ragione di ordine naturale e sociale, che si compendia in questo. Il cittadino che ritiene di avere subito un torto e si reca da un avvocato per ricevere aiuto ed assistenza, specie in uno Stato libero di diritto, vuole un giudice, non un mediatore e neppure un conciliatore per l'evidentissima ragione che, se lo avesse voluto e fosse stato possibile, la lite poteva prevenirla da se stesso senza l'aiuto di terzi. Nessuno arde dal desiderio di impiegare tempo e danaro per impelagarsi in cause civili. Con la mediazione obbligatoria, invece, lo Stato gli nega il giudice e ciò non può avere altro effetto che esacerbare gli animi, creare chicanerie dilatorie, e alimentare nei cittadini una senso di frustrazione e di sfiducia verso le istituzioni» (La mediazione “forzata”, in www.judicium.it, pagg. 2-3, cit.).

E i dati sinora disponibili sui procedimenti di mediazione sembrano proprio confermare l'opinione espressa dallo studioso.

La percentuale di mediazioni conclusesi con accordo e conciliazione si attesta intorno al 15 per cento dei casi complessivi sottoposti agli organismi di conciliazione, ovvero sia in corrispondenza del livello, se non al di sotto, di conciliazioni, transazioni e accordi che le parti, con l'ausilio dei loro Avvocati, normalmente raggiungevano nel processo per porvi fine e così evitare la decisione di merito.

Col suo apporto, in altri termini, la mediazione non pare aver arrecato nessun valore aggiunto al sistema “giustizia”, che giustifichi un tale impianto di balzelli, sanzioni, pregiudizi processuali e inutili spese aggiuntive, che finiscono

per gravare ancor più, in realtà, solo sui consociati *più deboli economicamente* e per rendere, così, più arduo il relativo accesso alla giustizia e la mediazione un processo “*censitario*” di serie “B”.

* * *

In considerazione di quanto si è ulteriormente illustrato e controdedotto, si insiste, dunque, affinché codesta sovrana Corte costituzionale accolga le questioni di costituzionalità rimesse dal T.a.r. Lazio e dichiari l' illegittimità costituzionale degli artt. 5, co. 1, primo, secondo e terzo periodo, e 16, co. 1, del d.lgs. n. 28 del 2010.

Si insiste altresì per la dichiarazione di illegittimità costituzionale derivata, ai sensi dell' art. 27 della l. 11.3.1953, n. 87, dell' art. 8, co. 5, del d.lgs. n. 28 del 2010, seppure nel testo introdotto dall' art. 2, co. 35-*sexies*, del d.l. 13.8.2011, n. 138, conv. con modif. in l. 15.9.2011, n. 148, essendo restato l' art. 12 del d.l. 22.12.2011, n. 212, non convertito.

Roma, addì 5 ottobre 2012

Avv. Giampiero Amorelli:

Avv. Dorodea Ciano: