IL RUOLO DELLA MEDIAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO E LE MODIFICHE APPORTATE DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 272/2012

L'Unione Europea, con la direttiva sulla mediazione n. 2008/52/CE[1], ha obbligato gli stati membri a conformare il proprio apparato giuridico nel tentativo di promuovere la mediazione come una alternativa al processo ordinario, in particolare riferimento alle controversie transfrontaliere; in questo modo si mira al raggiungimento di un aumento della fiducia dei cittadini verso il mercato interno, grazie anche a maggiori garanzie di risoluzione delle controversie.

In specie la direttiva in esame all'art. 1 (*"la presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario"*) prevede un equilibrio fra metodi tradizionali e la mediazione, all'art. 4 *("gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione")* obbliga gli Stati membri di formare propriamente mediatori ed implementare un codice di condotta, all'art. 5 *("L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla*

[1] Pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 24/05/2008, l. 136/3.

mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili") concede ad ogni Tribunale dell'Unione Europea, in ogni fase della procedura, il diritto di inviare le parti a ricorrere alla mediazione, all'art. 7 ("*Poiché la mediazione deve avere luogo in modo da rispettare la riservatezza, gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso tranne nei casi in cui: a) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona; oppure b) la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo*") protegge le confidenzialità e difende il mediatore dal dovere di fornire le prove e le testimonianze in futuro davanti la Corte.

Con il D.lgs n. 28 del 4 marzo 2010[2] il legislatore ha inserito nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto della mediazione con la speranza di riuscire a diminuire il carico giudiziario, che ogni anno, sempre più, pesa sul nostro sistema giustizia, ostacolando il costante sviluppo della qualità nella risoluzione della controversia aumentando la sfiducia per i singoli cittadini[3].

---

[2] Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 05/03/2010, n. 53.

[3] l'Analisi Tecnico Normativa sullo Schema di decreto delegato precisa che "l'obiettivo finale della novità che così si introduce nell'ordinamento [la mediazione] sta nella capacità deflattiva dell'istituto, sia per la prevenzione di specifiche liti, sia per la prevenzione generale cui è sotteso un cambio nella cultura della gestione dei conflitti sociali".

L'accesso alla giustizia è un diritto fondamentale consacrato dall'articolo 6 della convenzione europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali[4] *"ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia",* per questo motivo è un tema al quale il nostro legislatore è molto sensibile in quanto i dati statistici del nostro Paese rispecchiano le difficoltà economiche che stiamo attraversando in questi anni.

Nel rapporto "Doing Business"[5], che riporta la classifica dei paesi nei quali è più vantaggioso investire, il nostro si posiziona al 156esimo posto su 181 posti (dopo il

[4] Il testo della Convenzione, firmata a Roma il 04/11/1950 ed entrata in vigore il 03/09/1953, era stato modificato conformemente alle disposizioni del Protocollo n° 3, entrato in vigore il 21 settembre 1970, del Protocollo n° 5, entrato in vigore il 20 dicembre 1971 e del Protocollo n° 8, entrato in vigore il 1° gennaio 1990. Esso comprendeva inoltre il testo del Protocollo n° 2 che, conformemente al suo articolo 5, paragrafo 3, era divenuto parte integrante della Convenzione dal 21 settembre 1970, data della sua entrata in vigore. Tutte le disposizioni che erano state modificate o aggiunte dai suddetti Protocolli sono sostituite dal Protocollo n° 11 a partire dalla data della sua entrata in vigore, il 1° novembre 1998. Inoltre, a partire da questa stessa data, il Protocollo n° 9, entrato in vigore il 1° ottobre 1994, è abrogato.

[5] *Doing Business* è un'indagine di Banca Mondiale e IFC volta ad offrire una misura quantitativa del business environment in cui operano le piccole e medie imprese. Più in particolare, *Doing Business* prende in considerazione i seguenti ambiti: avvio d'impresa, ottenimento dei permessi edilizi, assunzione di personale, trasferimento di proprietà immobiliari, condizioni di accesso al credito, pagamento delle imposte, protezione degli investitori, commercio transfrontaliero, dispute commerciali e procedure concorsuali.

Sudan, il Ruanda, il Nicaragua e l'Uganda), questo perché in Italia, secondo il rapporto, sarebbe più difficile, visti i tempi dei processi civili, recuperare un credito che derivi da una disputa di tipo commerciale: 1.210 giorni in Italia, contro, ad esempio i 331 giorni in Francia e 394 in Giappone. Il costo per le imprese dei ritardi della giustizia è di 2,3 miliardi di euro pari, in media, a 371 euro per azienda.

Le esigenze di decisioni rapide, efficaci e poco costose, proprie di una società dell'informazione che ha allargato i propri confini anche al commercio elettronico[6], si pongono in forte contrasto con i dati statistici sopra descritti.

Tutto ciò affermato rende assolutamente necessaria l'apertura di nuovi strumenti deflattivi di risoluzione delle controversie rispettando comunque i principi espressi nella nostra Costituzione all'art. 111 e ss.; in merito a questa necessità l'On. Anna Maria Bernini Bovicelli[7] afferma che *"è necessario, dunque, promuovere la cultura delle A.D.R., non intese quale sottrazione di giustizia, ma come utili strumenti per affiancare alla giustizia strutturata e incardinata nel procedimento giudiziario anche la giustizia volontaria e non coercitiva, che ha quale sua caratteristica peculiare quella di favorire la continuità dei rapporti: infatti, questi strumenti si basano su una particolare concezione della vertenza, concepita come una occasione di evoluzione e cambiamento, di crescita per valutare altre idee, di superamento del proprio particolare punto di vista per trovare una soluzione condivisa. E' un approccio dinamico dove il conflitto e la contrapposizione non sono disordine, ma fatti positivi, e costituiscono elementi di novità, con l'effetto di favorire il confronto e la crescita delle relazioni. Da questo*

[6] Disciplinato dal decreto legislativo n.70 del 09/04/2003 che recepisce ed attua sul territorio italiano la direttiva europea sul commercio elettronico 200/31/CE.

[7] Intervento pubblicato "IN TEMI DI MEDIAZIONE, ARBITRATO E RISOLUZIONE ALTERNATIVE DELLE CONTROVERSIE (A.D.R.)" intitolato "A.D.R.: STRUMENTO PER RISOLVERE LA CRISI DELLA GIUSTIZIA?".

diverso modo di considerare la lite deriva l'esigenza di individuare modalità nuove per risolverlo, come gli strumenti di giustizia alternativa, che possono essere la base di una nuova educazione di giustizia"; la diffusione degli strumenti alternativi è direttamente proporzionale al livello di efficienza del sistema giudiziario, ciò significa che più è sviluppato il sistema ordinario di giustizia meno bisogno ci sarà di ricorrere a vie alternative per ottenere la risoluzione della controversia.

Lo sviluppo economico è notevolmente influenzato dall'andamento della giustizia, ad oggi il costo per la risoluzione di una causa ordinaria è quasi pari al 30 % del valore della controversia.

Alla luce di tutto ciò detto il legislatore è intervenuto con il d.lgs, 4 marzo 2010, n. 28, pubblicato in G.U. il 5 marzo 2010, n. 53 in materia di "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali": un meccanismo di conciliazione efficiente è indubbiamente una grande risorsa per la giustizia ordinaria e, di conseguenza, per tutto il sistema economico della nostra nazione.

La mediazione, oltre ad abbattere notevolmente le tempistiche della controversia, incide sulle parti con dei costi minimi: la legge di riferimento, infatti, ha provveduto ad abbattere anche l'imposta di bollo relativa a tutta la documentazione relativa alla mediazione. Ai sensi dell' art. 17[8] d.lgs, 28/2010, inoltre, il verbale d'accordo è esente

[8] Così recita l'art 17 del d.lgs n. 58/2010 "2. 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.
3. 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.
4. Con il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, sono determinati:
a) l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità
di ripartizione tra le parti;
b) i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;

da ogni spesa, tassa o tributo di qualsiasi natura e anche dall'imposta entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente, e riconoscendo, in caso di successo della mediazione, un credito di imposta commisurato all'indennità stessa, fino alla concorrenza di 500 euro, ridotto della metà in caso di insuccesso.

Durante la mediazione il ruolo delle parti viene messo in evidenza dalla collaborazione che deve intercorrere tra di essi e i mediatori, ciò permette la salvaguardia degli interessi dei primi e garantisce la segretezza degli elementi fattuali oltre dei loro rapporti interpersonali.

Le procedure conciliative trovano una importante applicazione nei contratti stipulati tra organizzazioni portatrici di contrapposti interessi; le associazioni dei consumatori garantiscono per i loro associati una notevole tutela in quanto il potere negoziale del consumatore è praticamente assente nel momento della sottoscrizione del contratto per adesione poiché si tratta di rapporti non personalizzabili, in questo modo l'utilizzatore finale del bene riequilibra il proprio potere negoziale nei confronti dell'impresa che operano nel settore delle telecomunicazioni ovvero istituti bancari, servizi postali, compagnie energetiche e assicurative e società di trasporto.

Il libro verde della commissione europea del 2008[9] fornisce dei dati statistici negativi in merito alla fiducia che le parti di un eventuale processo hanno nel sistema giustizia, infatti si afferma che *"un consumatore europeo su cinque non è disposto ad adire un*

---

c) le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione;

d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1".

[9] Definito dall'U.E. come "documenti di riflessione su un tema politico specifico pubblicati dalla commissione. Sono prima di tutto documenti destinati a tutti coloro – sia organismi che privati – che partecipano al processo di consultazione e di dibattito".

tribunale per meno di 1.000 euro, mentre la metà dichiara che non intende rivolgersi ad un tribunale per meno di 200 euro; i costi elevati e il rischio di vertenze giudiziarie rendono antieconomico per il consumatore pagare spese di giustizia, avvocati ed esperti per un importo che può risultare superiore al risarcimento richiesto" ciò indica che i cittadini scelgono di adire gli organi giudiziari solo per somme elevate; pertanto, i reati c.d. bagatellari non saranno mai studiati dal giudice a causa di un continuo aumento delle spese della giustizia che alimentano lo sconforto nei confronti di questa materia e professione[10].

Il consumatore che accede alla mediazione ottiene numerose garanzie e vantaggi i quali possono essere riassunti in 10 punti:

1. Gratuità e semplicità della procedura;
2. Mediatori formati e costantemente aggiornati riguardo le tematiche della tutela del consumatore, procedura di conciliazione e A.D.R., regolamentazione e normativa di settore;
3. Tempi rapidi per la definizione della controversia;
4. Presenza del contraddittorio: il consumatore ha la possibilità di poter collaborare con i mediatori esponendo ciò che ritiene più opportuno al fine della risoluzione della controversia;
5. Trasparenza e informazione riguardo il funzionamento della procedura;
6. Il consumatore ha la possibilità, in ogni momento, di non partecipare alla procedura, può inoltre rifiutare la proposta conciliativa individuata dalla commissione senza alcuna conseguenza negativa;
7. Efficacia giuridica dell'accordo ai sensi dell'art. 1965 c.c. e monitoraggio

[10] Commento dell'avv. Giurdanella reperibile nel sito www.giurdanella.it.

dell’associazione dei consumatori sul rispetto da parte dell’azienda di quanto previsto dal verbale conciliativo;

8. Possibilità di una penale a carico dell’azienda per l’eventuale ritardo nell’adempimento o violazioni di quanto previsto dal verbale;
9. Sospensione dei provvedimenti di autotutela da parte dell’azienda durante la procedura di conciliazione;
10. Riservatezza delle informazioni rese relative alla controversia e tutela della privacy.

Sono previsti dal d.lgs. 28 del 4 marzo 2010 tre tipi di mediazione: facoltativa, obbligatoria e giudiziale.

Nel primo caso, la scelta dell’utilizzo di questo istituto è rimessa alla volontà delle parti; nel secondo caso, invece, non vi è alcuna discrezionalità: in alcune materie, determinate dalla legge, il procedimento di mediazione deve essere esperito a pena di improcedibilità da eccepire nel primo atto difensivo dal convenuto o dal giudice non oltre la prima udienza: ciò è statuito all’art. 5 del d.lgs 28/2010 *“chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n.*

385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate." In tali casi, inoltre, recita l'articolo *"l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni".*

Importante commento sulla funzione della mediazione è stato dato dallo studioso R. Caponi[11] il quale, parlando delle varie tipologie di conciliazione scriveva che *"la differenza tra i due modelli aumenta se si riflette che la conciliazione facilitativa si attaglia ad esprimere il valore aggiunto dei metodi di ADR ed è infatti ritenuta da molti preferibile, poiché consentirebbe risultati più duraturi, essendo essi avvertiti dalle parti come frutto esclusivo della loro disponibilità a trovare un accordo, e non di interventi esterni. Viceversa la conciliazione valutativa potrebbe compiutamente realizzare la funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale, se il legislatore avesse il coraggio di accogliere la proposta riferita alla fine del paragrafo precedente. A quel punto le due forme di conciliazione avrebbero poco in comune, ma l'ordinamento italiano si sarebbe arricchito di due strumenti parimenti utili, sempre che si sviluppi un'adeguata cultura della conciliazione, a dare un contributo per migliorare la giustizia civile".*

[11] La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution"), in Foro It., 2003, parte V, col. 165.

Il Tribunale di Siena, in una recente sentenza del 25/06/2012, ha chiarito come il mero deposito della domanda di mediazione non seguito dall'effettiva partecipazione della parte proponente costituisca un comportamento in frode alla legge. Ebbene "*la prescrizione legale del previo esperimento della procedura conciliativa, in quanto intesa allo scopo della deflazione del contenzioso mediante l'offerta di un'effettiva ed attuale possibilità di definizione stragiudiziale della controversia anteriormente alla trattazione della medesima, non possa ritenersi soddisfatta mediante un mero formalistico deposito di domanda cui non faccia seguito alcun comportamento della parte proponente idoneo a perseguire né l'instaurazione di un effettivo ed integro contraddittorio di fronte al mediatore, né l'effettiva fruizione del servizio da quest'ultimo erogato, che trova il suo corrispettivo nel pagamento* delle competenze del *mediatore".*

Pertanto, il Tribunale di Siena ha ritenuto che *"il comportamento elusivo tenuto dalla Sas attrice opponente nei confronti della prescrizione legale di un presupposto processuale, costituente norma imperativa poiché posta a presidio del giusto processo e della sua ragionevole durata mediante la complessiva deflazione del contenzioso civile, anche nell'interesse pubblico, integri gli estremi della frode alla legge, che da sempre l'interpretazione del Supremo Collegio identifica con il perseguimento in via di fatto di un risultato vietato dalla legge con norma imperativa"* .

Lo scopo dell'atto di frode, infatti, è quello di raggiungere fini contrari alla legge o ad ovviare a divieti tassativi di legge: nel caso di specie, il Tribunale di Siena ha ritenuto che vi sia "*lo scopo di eludere, sul piano sia della sua funzione processuale sia dei suoi riflessi pecuniari, l'obbligatorietà della media-conciliazione*" e che esso sia stato efficacemente perseguito da parti attrici opponenti, in contrasto con la norma imperativa

processuale. Da ciò discende "*l'improcedibilità della causa di opposizione a decreto ingiuntivo in capo a tutti gli attori opponenti e che la presente statuizione abbia forma di sentenza poiché le condizioni di procedibilità, come riconosciuto dalla giurisprudenza unanime sull' interpretazione dell'art. 145 d.lgs 209/2005, incidendo sull'an del diritto di azione, sono idonee a definire la lite con pronuncia in mero rito, che in difetto di contraria disposizione di legge non può che avere la forma prescritta dall'art. 279, co.3 n. 2 c.p.c.".*

La mediazione, infine, può essere anche giudiziale: in questo caso sarà il giudice, con ordinanza, ad invitare le parti a risolvere la controversia di fronte ad un diverso organo. L'invito potrà essere fatto in qualunque momento, purché precedente all'udienza di precisazione delle conclusioni, ovvero quando tale udienza non è prevista, prima dell'udienza di discussione della causa.

In ogni caso, la partecipazione delle parti al procedimento di mediazione civile era obbligatoria[12], salvo giustificati motivi, per ovvie ragioni di logica: le parti partecipano al procedimento di mediazione senza l'assistenza di un avvocato e pertanto dovranno essere loro stesse a raggiungere con l'aiuto del mediatore una soluzione pacifica delle controversie. Nell'ordinanza del tribunale di Palermo, emessa in data 20 luglio 2012, *"visto l'art. 8, comma 5, del decreto legislativo n. 28/2010"* si condanna i convenuti *" al versamento in favore dell'Erario di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il presente giudizio in virtù della ingiustificata mancata partecipazione al procedimento obbligatorio di mediazione"*; nel caso di specie si è ritenuto che non rientri tra i giustificati motivi per non partecipare al procedimento in

[12] Disposizione dichiarata incostituzionale dalla recente sentenza della Corte di Costituzionale n. 272/2012.

questione l'età avanzata delle parti poiché nulla impedisce che la stessa deleghi un terzo a rappresentarla[13].

In merito alla condanna da mancata partecipazione, trattasi di una norma che non vuole obbligare le parti ad accordarsi ma ha lo scopo di stimolarle nel tentativo di trovare l'accordo. L'irrogazione della sanzione pecuniaria prescinde del tutto dall'esito del giudizio e non può ritenersi necessariamente subordinata alla decisione del merito della controversia bensì, ben può essere irrogata anche in corso di causa e in un momento temporaneamente antecedente rispetto alla pronuncia del provvedimento che definisce il giudizio.

La mediazione è un sistema di risoluzione delle controversie relative a diritti disponibili alternativo al processo civile, non può essere utilizzato per le liti aventi ad oggetto situazioni giuridiche o materie devolute alla giurisdizione amministrativa o alle altre giurisdizioni speciali. E' esclusa, inoltre, la possibilità di utilizzo dell'istituto della mediazione in caso di controversie relative a procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, procedimenti di convalida di licenza e sfratto (fino al mutamento del rito previsto dall'art. 667 cpc), i procedimenti possessori (fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703 comma 3 cpc), i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione, relativi all'esecuzione forzata, i procedimenti in camera di consiglio, l'azione civile esercitata nel processo penale.

Il procedimento di mediazione non può durare più di quattro mesi[14], al contrario della

[13] Nel caso di specie la corte non ritiene giustificata la mancanza delle parti al procedimento di mediazione sia per la vicinanza della sede della mediazione a quella della loro residenza, sia per il fatto che comunque essi avrebbero potuto rilasciare una procura ad un soggetto di loro fiducia.

[14] Art. 6 comma 1 del d.lgs n. 29/2010 "il procedimento di mediazione ha una durata non superiore ai quattro mesi".

lunghissima tempistica che connota il sistema giudiziario italiano, e tale termine decorre dalla presentazione della domanda di mediazione ad organismi, che possono essere enti pubblici o privati, adibiti allo svolgimento del procedimento di mediazione ovvero da quello fissato dal giudice per il deposito della stessa, nel caso in cui il tentativo di mediazione non sia stato esperito prima dell'inizio della controversia; tale durata prevista dalla legge come scadenza per la mediazione è un termine ordinatorio e soprattutto nella disponibilità delle parti in caso di mediazione ancora in corso, posto che la finalità della stessa è giustificativa dell'impegno di energie processuali.

Peraltro, il legislatore non ha previsto alcuna sanzione per l'inosservanza del termine, la soluzione più logica sembra quindi essere quella di permettere alle parti di proporre domanda giudiziale una volta che siano passati quattro mesi senza riuscire ad arrivare al raggiungimento di un accordo[15].

La domanda non deve rispondere a predeterminati requisiti di forma ma deve contenere soltanto l'indicazione dell'organismo a cui si sono rivolte le parti, le parti stesse, l'oggetto e le ragioni della pretesa, ovvero la c.d. *causa petendi*. A seguito della presentazione della domanda il responsabile dell'organismo designa il mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre il quindicesimo giorno dal deposito della domanda. La controparte può essere informata della domanda di mediazione e della data dalla parte attrice, entro il termine di quindici giorni, dall'inizio del procedimento, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione ma anche dall'organismo di mediazione. Con la locuzione "ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione" sembra che il legislatore abbia voluto sgravare le parti dall'onere di comunicare con la controparte

[15] La Corte di Strasburgo ha statuito che il processo ordinario, per non violare il principio di irragionevole durata del processo, deve concludersi entro tre anni in primo grado, due in secondo e uno nel giudizio di legittimità per un totale di sei anni.

tramite il meccanismo delle notificazioni; tuttavia, tale meccanismo non aggrava il processo, anzi permette di ottenere una prova certa e attendibile dell'avvenuta consegna dell'atto al destinatario. Per il resto il procedimento si svolge senza la necessità di rispettare altri requisiti formali.

Compito del mediatore è quello di ricercare un accordo amichevole tra le parti (cd. Mediazione compositiva) ovvero di formulare una proposta di risoluzione delle controversie (cd. Mediazione propositiva).

La mediazione e dunque il ruolo del mediatore, si sviluppa in due modalità conseguenziali una con l'altra: un'attività di assistenza alle parti per la ricerca di un accordo amichevole ed, esperita senza successo la prima fase, la formulazione di una proposta. Il mediatore è in primo luogo obbligato a svolgere l'attività di assistenza e solo in un secondo momento in cui tutti i tentativi abbiano avuto risultati negativi e tutti gli sforzi profusi verso la ricerca di un accordo autonomo delle parti saranno stati esperiti, potrà formulare una proposta se le parti gliene faranno espressa e congiunta richiesta. In entrambi i casi il mediatore rimane privo del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio e ciò si distingue dal ruolo del giudice il quale statuisce a seconda dei provvedimenti con ordinanze, decreti e sentenze. Il primo ed essenziale compito è quindi quello di facilitare il confronto e la comunicazione tra le parti, utilizzando delle tecniche di mediazione, in modo da far emergere gli eventuali punti di contatto, gli interessi convergenti, l'utilità di conservare il rapporto commerciale, economico, relazionale o familiare[16].

Il mediatore può ascoltare separatamente le parti, in una serie di sessioni separate,

[16] Anche nella mediazione è garantito il principio del contraddittorio espresso all'art. 111 Cost. comma 2 "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

garantendo la riservatezza sulle informazioni rese dalle stesse, in questo modo approfondisce nel migliore dei modi la controversia e potrà proporre una soluzione alla causa più opportuna ad entrambe le parti.

Accanto alle sessioni separate, il mediatore deve diligentemente guidare anche le sessioni congiunte, essendo ed apparendo del tutto imparziale, incentivando una comune intesa, per l'elaborazione di proposte che non siano solo transattive ma anche creative, e aprendo nuovi scenari che, oltre a portare le parti verso la soluzione della lite, le pongano in una prospettiva futura di collaborazione. Solo nel caso in cui questa prima fase non dovesse addivenire ad alcun utile risultato, il mediatore potrebbe formulare una proposta, di sua iniziativa o su richiesta congiunta delle parti.

Se le parti raggiungono un accordo senza l'intervento del mediatore ovvero se le parti trovano un accordo facendo istanza di proposta della stessa al mediatore, verrà redatto dal mediatore e fatto sottoscrivere dalle parti un processo verbale: tale accordo dovrà essere omologato dal presidente del tribunale del circondario in cui si trova l'organismo, previo accertamento delle regolarità formale e solo in questo momento diventa titolo esecutivo per l'eventuale espropriazione forzata, esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. L'accordo proposto dal mediatore deve in ogni caso rispettare i limiti dell'ordine pubblico e delle norme imperative *ex* art. 14[17] d.lgs.

[17] L'art. 14 del d.lgs 28/2006 recita che "1. Al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.
2. Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di:
a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento;
b) informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione;
c) formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative;

28/2010 ed, inoltre, può contenere la condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione ulteriore o inosservanza da parte delle parti che lo hanno sottoscritto.

Il tribunale di Modica, con ordinanza del 9 dicembre 2011, illustra chiaramente che "*nel verbale devono essere contestualmente presenti, a pena di rigetto della richiesta di omologazione, tutti i seguenti requisiti formali: a) la dichiarazione da parte del mediatore sottoscrittore del suo legittimo status quale soggetto incluso nei ruoli di un organismo di conciliazione regolamentare registrato presso il Ministero della Giustizia; b) la provenienza del verbale da un organismo iscritto nel registro ex artt. 3 e 4 DM. N. 180/2010; c) l'indicazione degli estremi dell'iscrizione dell'organismo nel suddetto registro; d) l'appartenenza dell'accordo alla materia civile e commerciale".*

Se, invece, il mediatore, non essendo riuscito a conciliare gli interessi delle parti, non trova una soluzione amichevole dovrà necessariamente redigere un processo verbale indicando la proposta di risoluzione da lui formulata e le ragioni del mancato accordo e spetterà al giudice risolvere la controversia. Tuttavia, quando il contenuto della sentenza che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice, che ha rifiutato la proposta come formulata in precedenza dal mediatore, relativamente al periodo successivo alla stessa, inoltre condanna al pagamento delle spese processuali di controparte e al versamento di un'ulteriore somma corrispondente al contributo unificato dovuto.

Il d.lgs. 28/2010 dispone che *"nelle controversie che richiedono specifiche competenze*

---

d) corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

3. Su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore. Il regolamento individua la diversa competenza a decidere sull'istanza, quando la mediazione è svolta dal responsabile dell'organismo".

tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari"[18]. La nomina di co-mediatori, detti anche mediatori ausiliari, dunque, dipende dalle conoscenze tecniche che risultino rilevanti al fine della soluzione della controversia, specie nella fase della formulazione della proposta, nel caso in cui il mediatore designato in un primo momento non possieda una competenza specifica in materia: così facendo la proposta per la risoluzione della controversia sarà sicuramente meglio confacente al caso concreto e, peraltro, l'eventuale coinvolgimento del mediatore ausiliario non comporta alcun aggravio economico ulteriore per le parti. In caso di controversie particolarmente complesse sotto il profilo tecnico, il mediatore può avvalersi anche di un esperto iscritto negli appositi albi tenuti presso l'organismo o i tribunali.

I regolamenti di procedura degli organismi di mediazione possono inoltre prevedere, come recita l'art. 7, comma 2, lett. b) del D.M.180/2010, che, in caso di formulazione della proposta, la stessa possa provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendano offrire al mediatore proponente.

Il regolamento di procedura degli organismi prevede anche le modalità e l'entità della liquidazione dei compensi da corrispondere all'esperto, la cui nomina è a carico di tutte le parti congiuntamente. La necessità del ricorso al consulente esterno, infatti, deve essere ritenuta necessaria e condivisa da tutti.

L'accesso agli organismi di mediazione è libero e non vi è la necessità dell'assistenza di un avvocato, anzi, prima delle modifiche apportare all'istituto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012, era l'avvocato stesso ad avere un vero e proprio onere

[18] Art. 8 del d.lgs 28/2010 comma 4 "quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti".

di avvisare la parte della possibilità o dell'obbligo di avvalersi dell'istituto della mediazione prima di ricorrere ai sistemi di risoluzione giudiziali, a seconda che si rientrasse o meno nelle materie per cui il d.lgs. 28/2010 prevedeva la mediazione come condizione di procedibilità[19]. L'adempimento di tale onere doveva avvenire nel primo incontro con il cliente in modo chiaro e per iscritto: tale documento andava poi eventualmente allegato all'atto introduttivo di un eventuale giudizio.

Per quanto riguarda gli organismi a cui le parti possono rivolgersi, si tratta di enti pubblici o privati, che diano garanzia di serietà ed efficienza, iscritti in un registro per gli organismi conciliativi (R.O.C.) istituito con decreto dal Ministero della Giustizia. Ogni organismo che intende iscriversi al suddetto registro deve allegare l'elenco dei conciliatori che si dichiarino disponibili, con distinta dichiarazione, allo svolgimento del servizio avendone i requisiti. I mediatori non devono necessariamente essere esperti in materie giuridiche o economiche, ma è sufficiente che abbiano conseguito un diploma di laurea almeno triennale oppure che sia iscritto ad un ordine o ad un collegio professionale e che abbia una specifica formazione e uno specifico aggiornamento almeno biennale acquisiti presso gli enti di formazione.

Il mediatore, inoltre, dovrà rispettare dei requisiti di onorabilità ovvero non dovrà aver riportato condanne penali in delitti non colposi o a pena detentiva, anche per

[19] In merito a ciò si ricorda che il cliente doveva essere informato sulla possibilità di concludere una controversia per mezzo dell'istituto della mediazione ai sensi dell'art. 4 comma 3 del d.lgs n. 28/2010 "all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato e' tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione".

contravvenzione, non dovrà aver riportato condanne a pena detentiva, su richiesta di parte, inferiore a sei mesi, non dovrà essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici, non dovrà essere stato sottoposto a misure di prevenzione e di sicurezza ed infine non dovrà aver riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

E' innegabile che la figura del mediatore costituisca uno degli elementi essenziali affinché una mediazione abbia successo: la scelta del mediatore, del suo profilo professionale, della sua esperienza e competenza concorrono al buon esito della mediazione. Non vi è uniformità di pensiero sul fatto che il mediatore debba avere una competenza specifica sulla materia trattata, ma sicuramente deve conoscere bene il procedimento in modo da aiutare nel miglior modo possibile le parti che a lui si sono rivolte. In ogni caso si ritiene che la professionalità di un buon mediatore dipenda principalmente dal suo essere in grado di capire la situazione nel suo insieme, non limitandosi al solo dato tecnico, in cui può essere aiutato da un consulente tecnico specializzato in materia. Inoltre un ruolo fondamentale è dato dall'efficienza e professionalità dell'organismo di cui fa parte, che può affiancare altri mediatori ausiliari al mediatore per primo designato nelle controversie che richiedono specifiche conoscenze tecniche. La figura del mediatore è descritta, secondo una corretta definizione comunitaria come quella di "*un qualunque terzo a cui si chiede di gestire la mediazione in modo imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o professione di questo terzo*[20]". Dato che vi è più probabilità che le parti rispettino con maggiore accondiscendenza la soluzione a cui si è giunti tramite l'istituto della

[20] Art. 3 della direttiva n. 2008/52/CE.

mediazione, si è sentita la necessità sia da parte della disciplina comunitaria, sia da parte di quella nazionale, di sottolineare i principi che connotato la figura del mediatore, ovvero i principi di imparzialità, terzietà e riservatezza.

All'art. 14 d.lgs. 28 del 4 marzo 2010 sono elencati i doveri e gli obblighi che devono essere rispettati dal mediatore e dai suoi ausiliari, tra cui vi è il divieto di assumere diritti e obblighi connessi, direttamente e indirettamente, con gli affari trattati e di percepire compensi direttamente dalle parti, onde evitare di veder lesi i principi fondamentali di imparzialità e imparzialità; inoltre, al comma 2 del predetto articolo è previsto per il mediatore l'obbligo di sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità per ciascun affare di mediazione trattato[21]. Si tratta di una delle poche formalità richieste durante il procedimento di mediazione, del quale si è già sottolineato l'aspetto altamente deformalizzato: occorre sottolineare, inoltre, che non si tratta solo di un impegno giuridico e morale da parte del mediatore, ma la mancata sottoscrizione è una causa di impossibilità a dar corso al procedimento secondo molti regolamenti di organismo. In ogni caso il mediatore è tenuto ad informare immediatamente le parti di ogni suo impedimento allo svolgimento imparziale del procedimento di mediazione.

[21] Art. 14 del d.lgs 28/2010 "1. Al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.
2. Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di:
a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento;
b) informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione;
c) formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative;
d) corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.
3. Su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore. Il regolamento individua la diversa competenza a decidere sull'istanza, quando la mediazione è svolta dal responsabile dell'organismo".

L'imparzialità, infatti, è una caratteristica che deve permanere per tutta la durata del procedimento: la sopravvenienza *medio tempore* di cause ostative va ad inficiare l'intero procedimento e fa nascere responsabilità contestabili qualora il mediatore non avvisi l'organismo. In caso di carenza nella figura del mediatore dei requisiti di imparzialità e terzietà, il responsabile dell'organismo provvederà a sostituire tale soggetto, sempre se ci sia stata istanza di parte in tal senso. I regolamenti degli organismi devono esporre dettagliatamente sia le cause ostative o di incompatibilità sia le modalità di sostituzione del mediatore, affinché siano il più oggettive possibile e sottratte alla mera discrezionalità del responsabile dell'organismo. Nel caso in cui il mediatore designato sia anche il responsabile dell'organismo è evidente che non possa assumere contemporaneamente il ruolo di controllore e controllato, sarà ancora una volta il regolamento dell'organismo a dirimere la questione nel rispetto dei principi di imparzialità e terzietà. L'art. 14 d.lgs. 28/2010 si rivela come il presidio dell'imparzialità: il mediatore per essere indipendente non deve essere legato ad alcuna delle parti da diritti e obblighi. Ad ulteriore conferma dell'imparzialità che connota questa figura vi è la disposizione per cui la previsione dei costi del procedimento sia preventivamente determinata dall'organismo e che sia quest'ultimo a provvedere al compenso del mediatore; in questo modo si evita che le parti influenzino il mediatore con offerte di maggiori compensi.

L'imparzialità è un requisito essenziale ancor di più alla luce del fatto che il mediatore non è investito da alcun potere autoritativo nei confronti delle parti né può proporre una soluzione che derivi solamente dal suo personale convincimento ma svolge un'attività volta a facilitare e guidare la risoluzione di una lite tramite un accordo conciliativo che tenga in considerazione i diversi e contrapposti interessi: le parti devono nutrire piena

fiducia nei confronti del mediatore, solo così sarà possibile raggiungere un accordo che soddisfa le pretese delle parti.

E' previsto, inoltre, un obbligo di riservatezza da parte del mediatore e dei suoi ausiliari sulle questioni trattate: la legge dispone una tutela rigida e severa della riservatezza che copre ogni aspetto della procedura mediatoria e salvaguardia le parti da ogni propagazione sia di notizia comunicate al mediatore in via informale sia di dichiarazioni rese in sede di audizione separata. Il mediatore che utilizzasse quanto saputo allo scopo, anche inconsapevole, di favorire una parte lederebbe il principio di imparzialità e la sua terzietà ne uscirebbe del tutto demolita. Ulteriore tutela del riserbo che deve essere tenuto dal mediatore è il fatto che il mediatore non può testimoniare e non è tenuto a rendere dichiarazioni sul contenuto delle informazioni rese nel procedimento di mediazione sia davanti all'Autorità giuridica né davanti ad altra autorità. Naturale evoluzione del mediatore sarebbe quella di divenire una figura sempre più specializzata, previa una formazione seria e continua, idonea a dirimere le controversie attraverso le tecniche della negoziazione, comportando un forte risparmio sia in termini di tempistica processuale sia in termini economici. In ogni caso, vale la pena sottolineare che il mediatore non va mai a sostituirsi alla figura del giudice né ne anticipa la giurisdizione, né è vincolato nel pronunciarsi a quando chiesto dalle parti. Il mediatore non si limita a risolvere le questioni passate ma pone anche le basi per una futura collaborazione pacifica tra le parti; il tentativo di conciliazione può avere successo solo se vi è una reale ed effettiva volontà delle parti di risolvere le controversie e non se è svolto per ottemperare un obbligo. Il Tribunale di Ostia[22] ha puntualizzato che "*l'invito ad effettuare la mediazione, benché non obbligatoria, ha un senso solo se esperita bene e*

[22] Ordinanza del 26/11/2012.

con lealtà, davanti ad un organismo serio ed efficiente, fornito di buona professionalità e mediatori competenti." Non si arriva ad un accordo tramite l'applicazione di norme ma ricerca, d'accordo con le parti che ad esso si sono rivolte, una soluzione amichevole della vicenda la quale tenga in considerazione gli interessi reciproci. L'imparzialità dei mediatori unita alla sempre maggiore preparazione tecnica, alla maggiore celerità di risoluzione delle controversie, all'intento deflattivo del carico di lavoro pendente sui tribunali e alla riduzione della litigiosità delle parti sarà la via da seguire in futuro per garantire il successo di questo istituto e renderlo sempre di più una valida alternativa al processo ordinario connotato dalle tempistiche assai note.

La mediazione civile e commerciale obbligatoria, inserita nel nostro apparato normativo con il d.lgs n. 28 del 2010, è stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 272/2012[23] della Corte Costituzionale a causa di un vizio procedurale durante il recepimento della direttiva U.E., in quanto, a parere della Corte, il legislatore non ha rispettato i limiti imposti dalla legge delega e i riferimenti normativi europei.

L'art. 5 del decreto legislativo in esame prevedeva, come si è già detto, l'obbligatorietà del ricorso all'istituto della mediazione in materia di condominio, diritti reali, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodati d'uso, affitto di aziende, risarcimento danni da diffamazione mezzo stampa, risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti, risarcimento danni da responsabilità medica, contratti bancari e

[23] In poco più di un anno dall'entrata in vigore del d.lgs n. 28/2010, sono state ben dieci le questioni di legittimità costituzionale promosse in via incidentale davanti alla Corte costituzionale. Si tratta, in particolare, delle ordinanze emesse dal Giudice di Pace di Parma (ord. n. 254 del 2011, in G.U. del 7/12/2011 n.51; ordinanza n. 112 del 2012, in G.U. del 13/6/2012, n. 33); dal T.A.R. Lazio (ord. n. 268 del 2011, in G.U. del 28/12/2011, n. 54 e ordinanza n. 149 del 2012, in G.U. del 22/8/2012, n. 33); dal Giudice di Pace di Catanzaro (ord. n. 2 del 2012, in G.U. del 1/2/2012 n.5 nonché ord. n. 19 del 2012, in G.U. dell'11/4/2012, n.15); dal Giudice di Pace di Recco (ord. n. 33 del 2012, in G.U. del 14/3/2012, n. 11); dal Tribunale di Torino (ord. n. 99 del 2012, in G.U. del 30/5/2012, n. 22); dal Tribunale di Genova (ord. n. 108 del 2012, in G.U. del 6/6/2012 n. 23); dal Giudice di Pace di Salerno (ord. n. 51 del 2012, in G.U. dell'11/4/2012, n. 15).

assicurativi, clausola conciliativa, in riferimento a contratti e statuti; il Governo ha evidenziato che *"nella scelta delle materie rispetto alle quali la mediazione è condizione di procedibilità, tre sono stati i criteri-guida seguiti. In primo luogo, si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia*" (condominio, locazione, comodato, affitto d'azienda, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patto di famiglia) *"in secondo luogo, si sono prescelte alcune controversie in materia di risarcimento del danno, che traggono origine da rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale".* (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa, risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti) *"in terzo luogo, si sono individuate alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari e finanziari) che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti e dunque necessità analoghe a quelle appena illustrate, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso"* considerando anche che *"il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria, che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto".* Il Tar Lazio, i Tribunali di Torino e di Genova, e diversi Giudici di Pace avevano sollevato questioni di legittimità pressoché identiche, motivo per cui la Corte Costituzionale ha ritenuto di trattarle congiuntamente e si è pronunciata a favore della fondatezza delle censure sollevate dai giudici rimettenti in merito all'eccesso di delega che caratterizza il decreto legislativo rispetto alla legge delegante 69/2009.

La Corte costituzionale afferma, come primo motivo di censura, che "*dai richiamati atti*

dell'Unione europea non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione. Fermo il favor dimostrato verso detto istituto, in quanto ritenuto idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell'Unione disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato («può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro», ai sensi dell'art. 3, lettera a, della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008), ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio (art. 5, comma 2, della direttiva citata) ... pertanto, la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Ne deriva che l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella citata disciplina." La corte, quindi, rinviene un'incoerenza nel richiamo fatto alla normativa europea e in specifico alla direttiva 2008/52/CE, per giustificare la scelta del legislatore delegato italiano a favore del modello obbligatorio. Tale direttiva, infatti, mira a garantire un migliore accesso alla giustizia, invitando gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali alternative, formate sulle specifiche esigenze delle parti, per consentire una risoluzione conveniente e rapida delle controversie civili e commerciali. Tuttavia, essa pone anche dei precisi parametri entro i quali gli Stati membri possono imporre la mediazione come condizione di procedibilità di un'eventuale domanda giudiziale, sancendo esplicitamente che: *"la presente direttiva*

lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario".

La Corte Costituzionale, come già si è detto, ricava da questa direttiva, unitamente ad altre norme e pronunce a livello europeo, che la disciplina dell'Unione Europea si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare e di conseguenza esclude che la legge delega, per il solo richiamo effettuato alla direttiva comunitaria menzionata, possa essere interpretata come scelta a favore del modello di mediazione obbligatoria.

Per quanto concerne l'eccesso di delega, la Corte sottolinea come la detta legge delega non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione, *"Sul punto l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, che per altri aspetti dell'istituto si rivela abbastanza dettagliato, risulta del tutto silente".* Affermano i giudici costituzionali che*"il denunciato eccesso di delega, dunque, sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010",* conclude la Corte *"... in definitiva, alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. la declaratoria deve essere estesa all'intero comma 1, perché gli ultimi tre periodi sono strettamente collegati a quelli precedenti (oggetto delle censure), sicché resterebbero privi di significato a seguito della caducazione di questi."* Ad avviso della Corte Costituzionale, quindi, il

legislatore delegato ha pertanto ecceduto nell'interpretazione di tale criterio direttivo, poiché ha imposto come obbligatorio l'esperimento di un procedimento di mediazione, mentre il legislatore delegante lo aveva prospettato come meramente facoltativo e modellato esclusivamente sulle esigenze delle parti. Ciò comporta violazione dell'art. 76 Cost., il quale dispone che *"l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principii e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti."* Si afferma, invece, con assoluta chiarezza che laddove il legislatore nazionale volesse oggi intervenire, con legge ordinaria, sulla disciplina della mediazione prevedendo ipotesi di obbligatorietà ciò non sarebbe affatto in contrasto con la normativa europea la quale prende in considerazione la mediazione anche nella sua forma obbligatoria, considerandola del tutto legittima, e come una delle possibilità in cui si può articolare la mediazione, la cui scelta, insieme a quella volontaria ed a quella invitata dal giudice, rientra nella piena e legittima discrezionalità del legislatore nazionale; sempre, ovviamente, che con ciò non si precluda l'accesso all'autorità giudiziaria. Se venisse reintrodotta con legge la mediazione obbligatoria, a fronte di un'eventuale eccezione di incostituzionalità, ben potrebbe essere ricordata, per contrastarne il fondamento, anche l'affermazione contenuta in altra precedente decisione della stessa Corte Costituzionale e che la stessa sentenza 272/2012 ricorda.

In quel contesto il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto per le controversie di lavoro si poneva come strumento indispensabile per favorire la diffusione, la conoscenza e la utilizzazione di un istituto che incontra ancora specialmente in certi settori professionali, palese ostilità e diffidenza. Nella sentenza 276/2000 la Corte infatti affermava, a proposito del rito del lavoro nelle controversie del pubblico impiego e delle norme che introducevano ivi la mediazione obbligatoria, che "*la messa a punto di*

strumenti idonei ad agevolare la composizione stragiudiziale delle controversie, per limitare il ricorso al giudice ordinario alle sole ipotesi di inutile sperimentazione del tentativo di conciliazione, appariva un momento essenziale per la riuscita della riforma." Né è secondario ricordare il passaggio della sentenza della Corte Costituzionale nella quale viene riportata l'affermazione della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 18 marzo 2010, dove si afferma che "*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."*

La censura della Corte Costituzionale ha modificato la normativa di riferimento della mediazione: in particolare, l'art. 60, comma 3, lettera n) aveva disposto che il Governo, nell'esercizio del potere di delega conferitogli, avrebbe dovuto *"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."* L'art. 4 del d.lgs. 28/2010 differenziava, peraltro, al comma 3, l'ipotesi in cui l'avvocato ometteva di informare il cliente della possibilità di avvalersi della mediazione, da quella in cui l'omissione informativa concerneva i casi in cui l'espletamento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale; ciò anche se, poi, il medesimo comma 3 dell'art. 4 non diversifichi la sanzione concernente le due ipotesi, entrambe ricondotte all'unica categoria della "*violazione degli obblighi di informazione*" e all'annullabilità del contratto intercorso

tra l'avvocato e l'assistito "*nonostante la maggiore pregiudizievolezza della seconda".* Ad oggi, invece, il rappresentante legale deve ritenersi esentato dall'informazione al cliente in cui il ricorso alla conciliazione era obbligatorio per il prosieguo della vertenza, mentre, l'autorità giurisdizionale può comunicare alle parti in causa la facoltà di rinviare l'esito della controversia al fine di agevolare il ricorso all'istituto della mediazione.

A questo proposito è doveroso sottolineare come il Tribunale di Varese, con l'ordinanza del 12 gennaio 2013, sottolinea l'importanza della mediazione anche alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale, affermando testualmente che "*dove le parti formulino richiesta di differimento dell'udienza, per coltivare trattative, appare all'evidenza utile utilizzare il tempo del rinvio per proporre alle parti anche di valutare, a questo punto, di proseguire o attivare i canali conciliativi dinanzi ai mediatori, ai sensi dell'art. 5, comma II, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, tenuto conto del comportamento delle parti. Né può dubitarsi dell'utilità dell'istituto, pur nella cornice del d.lgs. 28/2010, all'indomani della sentenza Corte cost. 272/12: è sufficiente rilevare che, dal 2012, le A.D.R. sono state selezionate dalla CEPEJ (Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa) come uno degli elementi di valutazione del sistema giudiziario".* Nonostante l'abrogazione dell'ipotesi di mediazione obbligatoria, quindi, rimane la possibilità di utilizzare l'istituto della mediazione su invito del giudice naturale o per volontà delle parti. In definitiva si ritiene che all'esito della lettura della motivazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2012 le aspettative di chi pensava e sperava in una bocciatura sostanziale, ad opera della Corte Costituzionale, dell'istituto della mediazione, rimangono frustrate.

Altre importanti conseguenze della recentissima sentenza della Corte in merito

all'istituto della mediazione sono: l'abrogazione parziale dell'art. 8 nella parte in cui la non avvenuta partecipazione al tavolo di conciliazione non presenta alcuna ricaduta ai fini del processo; l'abrogazione dell'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*" e dell'intero art. 13 del detto decreto legislativo, relativo alla disciplina delle spese processuali, escluso il periodo "*resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile*"; l'abrogazione dell'art. 17[24], comma 4, lettera d), e comma 5, del detto decreto legislativo concernente le indennità dovute in caso di mediazione obbligatoria; ed infine, l'abrogazione dell'art. 24 sulle disposizioni transitorie e finali.

Le reazioni alla censura dei giudici della Corte Costituzionale sono state contrastanti. Il Consiglio Nazionale Forense (CNF) prende posizione in merito affermando che la Consulta ha chiarito che l'U.E., con la propria direttiva in materia di mediazione, non ha mai vincolato nessuno stato membro a ritenere la mediazione una condizione di procedibilità necessaria e sufficiente per poter successivamente adire il giudice ordinario al fine di risolvere la controversia.

La mediazione, comunque, rimane un pilastro su cui la giustizia italiana si baserà per diminuire i carichi pendenti presenti sulle scrivanie dei nostri giudici, il ministro della giustizia Paola Severino, al tempo della sentenza in oggetto, sottolinea tale orientamento affermando che *"stavamo già ragionando sulla mediazione con gli avvocati, gli istituti funzionano nel tempo, con la pratica, e questo stava iniziando a funzionare. Rimane comunque quella facoltativa, vorrà dire che punteremo sugli incentivi"*, di uguale opinione è anche l'intervento del presidente di Avvocati per la Mediazione, Lorenza

[24] Così recita "d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1".

Morello, e della portavoce del forum nazionale degli organismi di mediazione, Irene Gionfriddo, la prima precisa che "*è stato bocciato il solo profilo legato all'obbligatorietà. […] essendo la vera natura della mediazione la volontarietà, ed essendo venuta meno l'obbligatorietà oggi si apre un ciclo nuovo, uno stimolo per dimostrare a tutti quanto la mediazione sia <lo strumento> per lo snellimento della giustizia",* altrettanto chiaramente la seconda afferma che *"confermata la portata strategica della mediazione civile e commerciale quale strumento ritenuto, dalla Suprema Corte, idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale".* Su quanto già detto sopra si associa la Confederazione Generale dell'Industria Italiana la quale stabilisce che la Consulta abbia *"dichiarato incostituzionale la mediazione obbligatoria per eccesso di delega, vanificando gli effetti di un meccanismo che, nonostante il breve periodo di applicazione, ha prodotto risultati importanti. Infatti, il 77% delle mediazioni avviate da marzo 2011 ad oggi è l'effetto di questo obbligo e la metà di questi procedimenti ha avuto esito positivo. Si tratta di circa 24 mila accordi, vale a dire un numero grosso modo pari di cause civili in meno portate in tribunale. In un Paese come l'Italia, ad alto tasso di litigiosità e con scarsa propensione verso gli strumenti di soluzione delle liti alternativi al giudizio, l'obbligatorietà costituisce uno strumento insostituibile per diffondere la conoscenza degli strumenti ADR e incentivarne l'utilizzo, radicando così una cultura diversa. Deflazionando il numero di controversie che affluiscono presso i tribunali, ciò determinerebbe inevitabili effetti positivi sul funzionamento del sistema giudiziario e, quindi, sulla competitività del Paese".*

Alla luce dei positivi risultati che ha comportato l'istituto in esame nel nostro sistema giurisdizionale si ritiene conveniente puntare sulla mediazione delegata e volontaria

dato che la Corte ha pronunciata l'incostituzionalità della mediazione obbligatoria come era regolata dall'art.5 d.lgs.28/2010. La Corte si è pronunciata solo in merito all'eccesso di delega e non in merito alle altre questioni, ritenendo irrilevanti le questioni riguardo alla violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.: se, invece, la Corte si fosse pronunciata a favore di una violazione dei predetti principi costituzionali da parte dell'art. 5 del d.lgs.28/2010, non vi sarebbe alcun senso di parlare di un eccesso di delega in quanto mancherebbe il presupposto in astratto per discutere sulla possibilità di una mediazione di tipo obbligatorio, dato che neppure il Parlamento avrebbe potuto conferire la delega al Governo. Pertanto, non avrebbe senso parlare di un eccesso di delega se detta delega non avrebbe potuto nemmeno essere conferita perché vertente su una questione incostituzionale.

Del resto i riferimenti che la Corte fa anche alla normativa Europea depongono in tal senso: in un passo della motivazione si legge che "*la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie*". Quindi, sono gli Stati membri che decidono se deve essere obbligatoria o meno. In questo la Corte Costituzionale ravvisa dunque, implicitamente la compatibilità di un modello di mediazione di tipo obbligatorio con la normativa Europea, altrimenti non si parlerebbe di "*neutralità*" ma di "*contrarietà*".

Le modalità previste dal legislatore comunitario in merito all'avvio del procedimento di mediazione sono tre*: "può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro"*, ai sensi dell'art. 3, lettera a, della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008. L'organo giurisdizionale,

quindi, può rinviare la discussione della causa per incentivare la conclusione della causa tramite l'istituto della mediazione; a questo proposito il Tribunale di Ostia stabilisce che *"le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo conciliativo, con il vantaggio di pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto; ritenuto che si intende procedere nell'ambito del secondo comma di cui all'art.5 decr.legisl.28/2010; considerato in particolare ed in concreto che diversi e molteplici elementi fra i quali quelli di cui al punto numero uno, ben potrebbero essere valutati dal mediatore al fine di giungere ad un accordo utile per entrambe le parti; ritenuto che si fissa termine fino al quindicesimo giorno dalla comunicazione della presente ordinanza per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda (con l'invito ad effettuare la mediazione, che non essendo obbligatoria ha un senso solo se esperita bene e con lealtà, davanti ad un organismo serio ed efficiente, fornito di buona professionalità e mediatori competenti) la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto"*; quindi la mediazione è un istituto valido solamente nel momento in cui sia presente una effettiva collaborazione e una concreta volontà fra le parti ad effettuare la mediazione; anche se non obbligatoria deve essere esperita con lealtà davanti ad un organismo serio ed efficiente dotato di buona professionalità e alta competenza, anche dopo la censura della Corte Costituzionale è interessante notare come i giudici stessi tendano a rinviare la controversia davanti un collegio di mediatori, sottolineando l'importanza dell'istituto.

Una volta che le parti, dopo il rinvio della causa, abbiano fruttuosamente concluso la mediazione, le stesse non sono più tenute a comunicare al giudice naturale, al quale è

stato affidata la risoluzione della controversia, l'esito positivo della conciliazione ma è sufficiente che le parti non si presentino alle udienze successive così facendo il giudice provvederà la cancellazione dal ruolo generale della controversia come il Tribunale di Varese afferma nell'ordinanza del 6 luglio 2012 *"successivamente all'udienza odierna, nessuno è comparso. Si dà atto che le parti si erano rivolte ai mediatori, su invito del giudice, per sperimentare un tentativo. Ne consegue che, probabilmente, l'esito della mediazione ha avuto buon fine. Non è imposto alle parti, in caso di esito favorevole della mediazione, di darne atto nel processo ben potendo semplicemente non comparire per provocare l'estinzione del giudizio"*.