

LA MEDIAZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO
TRA COSTITUZIONE E SCELTE LEGISLATIVE*

Giovanni Fuschino, Claudio Iovieno**

LUISS Guido Carli

SOMMARIO: **Parte I** – 1. Introduzione. – 2. Gli strumenti autonomi ed eteronomi di risoluzione delle controversie. – 3. La mediazione civile e commerciale nell'ordinamento italiano e la Direttiva 2008/52/CE. – 4. La *litigation explosion* e le origini della mediazione. – 5. I vantaggi della mediazione per le parti in lite. – 6. I vantaggi della mediazione per il nostro Paese. Un diverso ruolo dell'avvocato. **Parte II** – 7. La mediazione cd. obbligatoria ex art. 5, d. lgs. 28/2010: compatibilità con i principi comunitari e costituzionali. – 7.1. La giurisprudenza costituzionale e comunitaria sulla previsione di forme obbligatorie di conciliazione stragiudiziale. – 7.2. La mediazione cd. obbligatoria tra art. 24 Cost. ed eccesso di delega. – 8. Conclusioni

1. Introduzione

Nel difficile periodo di crisi che stiamo attraversando, in cui l'Italia corre il serio rischio di cadere nel baratro a causa dei conflitti interni, la mediazione potrebbe rappresentare un'eccezionale opportunità di crescita per il Paese, sia sotto l'aspetto economico che sotto quello socio-culturale.

Nel breve e medio periodo, infatti, cittadini ed imprese potrebbero avvalersi di uno strumento di risoluzione delle liti rapido ed economico, in grado di contribuire – se applicato efficacemente – al rilancio della nostra economia. Nel lungo periodo, inoltre, lo studio e l'applicazione diffusa delle tecniche di mediazione e negoziazione potrebbero costituire un valido antidoto alla dilagante conflittualità della società italiana, una società iper-burocratizzata e iper-proceduralizzata non avveza ad andare dritta al cuore dei problemi e a risolverli in maniera rapida e autonoma, alla stregua di criteri oggettivi.

Quando si parla di “mediazione”, si allude essenzialmente ad una tecnica di risoluzione di conflitti - fondata sull'ascolto e sul dialogo¹ - tesa alla composizione di interessi contrapposti.

In realtà, essa può essere intesa in vari modi², *i.e.* come forma di protezione delle vittime del reato³; come strumento per la riduzione di forme di bullismo scolastico⁴; come misura

* La stesura del presente *paper* trae origine da una lezione tenuta il 21 marzo 2013 dal Prof. Avv. Giovanni M. Flick e dal Prof. Avv. Francesco P. Luiso nell'ambito del Dottorato di ricerca in “Diritto ed impresa” della LUISS Guido Carli.

** La Parte I del presente lavoro è stata elaborata da Giovanni Fuschino, avvocato e mediatore civile, la Parte II da Claudio Iovieno, praticante avvocato e mediatore civile, entrambi dottorandi di ricerca in “Diritto ed impresa” (LUISS Guido Carli).

⁽¹⁾ J. FOLGER, *La promessa della mediazione. L'approccio trasformativo alla gestione dei conflitti*, Firenze, ed. 2009.

⁽²⁾ V. H.V. FOERSTER, *Observing systems*, Seaside Cal., 1981, trad. it. *Sistemi che osservano*, a cura di M. CENNI e U. TELFNER, Roma, 1987, 207 ss. Questo orientarsi della mediazione verso la inter- e la pluridisciplinarietà ne consente il suo trattamento, sia sul piano definitorio sia sul piano dei suoi contenuti, anche attraverso l'utilizzazione di paradigmi concettuali propri di altre, apparentemente lontane, discipline.

⁽³⁾ G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del Trattato di Lisbona*, in Foro it., 2011, V, 204 ss.

⁽⁴⁾ A. CAGNAZZO, *La mediazione familiare*, Utet, 2011, 68. Nei numerosi studi condotti a livello internazionale, la mediazione scolastica si è dimostrata utile nel risolvere, in particolare, le dispute derivanti da contrasti personali irrisolti quali litigi, aggressioni verbali, minacce, etc. Uno studio empirico condotto in Australia mostra risultati particolarmente positivi: il 74,3% dei partecipanti a una mediazione scolastica volontaria ha provato una sensazione di felicità dopo la chiusura del “procedimento”; e il 93,8% degli insegnanti ha notato un miglioramento nel

giudiziale finalizzata a favorire il superamento della crisi coniugale⁵; come mezzo alternativo di risoluzione delle controversie in materia di diritti disponibili.

Nelle pagine seguenti, si tenta di esaminare la mediazione sotto quest'ultimo profilo. In particolare, vengono illustrati (i) i vantaggi economico-sociali legati ad una sua effettiva attuazione nel nostro ordinamento, (ii) le origini dell'istituto (iii), le scelte effettuate dal legislatore italiano ed, infine, (iv) le recenti posizioni assunte dalla Corte Costituzionale, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dal "Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali" (cd. "saggi") recentemente istituito dal Presidente della Repubblica

2. Gli strumenti autonomi ed eteronomi di risoluzione delle controversie⁶

Con il termine "controversia" (giuridica e non) si suole indicare una situazione nella quale due o più soggetti hanno opinioni diverse intorno ad un *quid*. In questa accezione, il concetto di controversia ha una connotazione "positiva", atteso che la diversità di opinioni consente alla società di progredire in ogni suo settore, ivi compreso quello giuridico.

L'espressione "controversia giuridica" assume, invece, un'accezione "negativa" laddove la diversità di opinioni in ordine ad una determinata regola di diritto riguardi proprio le persone che di tale regola sono destinatarie, con conseguente inevitabile fallimento della normativa che dovrebbe garantire la pacifica convivenza delle stesse.

Per risolvere una controversia giuridica è necessaria l'esistenza di un atto vincolante, capace di individuare le regole di condotta concrete che, con riferimento ad un certo bene della vita, si sostituiscono alle norme generali ed astratte (c.d. effetto sostitutivo).

Tali requisiti sono presenti non solo nella sentenza, ma anche nel contratto di transazione, il quale, al pari della prima, ha un'efficacia vincolante tra le parti⁷ (art. 1372 c.c.), è finalizzato *ex lege* a risolvere una lite (art. 1965 c.c.)⁸, e presenta il predetto effetto sostitutivo⁹ della normativa sostanziale.

Quest'ultimo aspetto è individuabile esaminando il rapporto tra le regole concrete poste in essere dalla transazione e il *ius superveniens* retroattivo. Il mutamento della fonte normativa potenzialmente idonea a regolare i rapporti fra le parti, infatti, non incide su quest'ultimi, essendo essi non più assoggettati alla norma generale ed astratta, bensì alla regola concreta contenuta nell'atto negoziale: tale assunto è chiaramente evincibile nell'esempio riportato in nota¹⁰.

comportamento degli studenti in seguito alla mediazione, cfr. anche ALEXANDER, *Global Trend in Mediation, Second Edition*, Kluwer Law International, 2006.

⁵) In generale, sul tema si rinvia a I. PUPOLIZIO, *La mediazione familiare in Italia*, Torino, 2007.

⁶) Testo di riferimento per la stesura del presente *paper* è il seguente: F.P. LUISO, *La Risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, in *Diritto Processuale civile*, VI Ed., Giuffrè, 3-72.

⁷) Ai sensi dell'art. 1372 del codice civile: "Il contratto ha forza di legge tra le parti". Il contratto ha, quindi, forza di legge, cioè vincola le parti *come se fosse legge*.

⁸) Ex art. 1965 del codice civile: "La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti".

⁹) La *insensibilità* delle regole di condotta concrete contenute nella "sentenza passata in giudicato" nei confronti dello *ius superveniens* costituisce la dimostrazione più evidente dell'effetto sostitutivo che le stesse hanno rispetto alla regole di condotta generali ed astratte proprie della normativa sostanziale. Col passaggio in giudicato della sentenza infatti, i rapporti tra le parti saranno definitivamente disciplinati dalle regole concrete in essa contenute (c.d. effetto della cosa giudicata sostanziale, art. 2909 c.c.), F.P. LUISO, *Op. cit.*, 6.

¹⁰) Esempio: La norma sostanziale x prevede la nullità dei contratti di compravendita di immobili abitativi, sforniti del certificato di abitabilità. Sorta controversia fra Tizio, venditore, e Caio, acquirente, questi raggiungono una transazione, con la quale si pone la seguente regola y: con riferimento al contratto di compravendita stipulato fra Tizio e Caio, la proprietà dell'immobile è di Tizio e non di Caio. Successivamente, una sentenza della Corte costituzionale dichiara la illegittimità della norma x, che quindi assume il seguente contenuto: i contratti di compravendita di immobili sforniti del certificato di abitabilità sono idonei a trasferire la proprietà. Non vi è dubbio che, nei rapporti fra Tizio e

Nessuna diversità sussiste, pertanto, tra la sentenza e la transazione. Sicché correttamente il codice civile francese (art. 2052) attribuisce ed il nostro codice del 1865 (art. 1772) attribuiva alla transazione l'autorità della cosa giudicata¹¹: e solo una malintesa statolatria ha ritenuto, nel secolo scorso, che la sentenza avesse una posizione privilegiata rispetto al contratto, e che la cosa giudicata fosse una prerogativa esclusiva della sentenza.

Sulla scorta di tale premessa, giova operare, all'interno degli strumenti di risoluzione delle controversie, una *summa divisio* tra strumenti autonomi e strumenti eteronomi.

Quest'ultimi si contraddistinguono per il fatto che le concrete regole di condotta vengono determinate da un soggetto terzo (giudice o arbitro) secondo "giustizia", sulla base, cioè, di una ricognizione della realtà sostanziale preesistente, che implichi una valutazione su chi ha ragione e su chi ha torto (*win – lose*): ciò è dovuto al fatto che l'unico piano accessibile al terzo è quello della fondatezza giuridica delle rispettive pretese delle parti in lite.

Strumenti autonomi, invece, sono quelli in cui l'atto individuante le concrete regole di condotta è posto in essere dalle stesse parti destinatarie dei suoi effetti, le quali, prescindendo da qualsiasi considerazione sulla ragione e sul torto, valuteranno in autonomo - e senza intrusione da parte di un terzo - se l'accordo sia idoneo a soddisfare i loro reciproci interessi (*win – win*). Non ha senso, quindi, porsi il problema di una soluzione negoziale "giusta", perché ai fini dell'accordo raggiunto è del tutto irrilevante la conformità dello stesso alla realtà sostanziale preesistente.

Ecco perché la soluzione negoziale della controversia - e quindi la stessa mediazione che, come vedremo, è finalizzata ad "assistere" le parti nella ricerca di un accordo - non costituisce una giustizia alternativa, una giustizia di secondo grado, bensì una vera e propria "alternativa alla giustizia statale", attraverso la quale si può raggiungere un risultato analogo a quello della sentenza. Ciò, peraltro, è stato di recente ribadito da autorevole dottrina¹².

3. La mediazione civile e commerciale nell'ordinamento italiano e la Direttiva 2008/52/CE

La recente sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione, *rectius* della c.d. condizione di procedibilità della mediazione civile e commerciale di cui all'art. 5 del D.Lgs. 4 Marzo 2010, n. 28 (cfr. *amplius infra*).

L'obiettivo dichiarato del legislatore era quello di disincentivare il ricorso al tribunale e di ridurre progressivamente l'arretrato a carico del sistema giustizia, di modo che le parti, piuttosto che affrontare un lungo processo, provassero ad addivenire, in tempi brevi, ad una soluzione della controversia tra loro insorta.

La mediazione, tuttavia, non svolge soltanto una funzione deflattiva del contenzioso civile: già nella Direttiva 2008/52/CE (cui il D.Lgs. 2010, n. 28 ha dato attuazione), infatti, si chiarisce come la *mediation* affondi le proprie radici nel movimento dell'"Access to Justice", il cui fondamento è ben più profondo e nobile, ovvero quello di considerare il ricorso alla giustizia statale come *extrema ratio* per la composizione della lite.

L'intento è quello di attuare il principio della sussidiarietà nell'ambito della giustizia¹³, in base al quale il cittadino deve poter accedere alla giustizia contenziosa (c.d. *litigation*) solo ed

Caio, vale la regola y dettata dalla transazione e non la (nuova) regola x contenuta nella disciplina sostanziale, F.P. LUIO, *Op. cit.*, 9.

(¹¹) In realtà, fin dai tempi del diritto romano, è pacifico che la transazione operi alla stregua della sentenza, F.P. LUIO, *Op. cit.*, 9.

(¹²) G.M. FLICK, *Intervista rilasciata al Tg1 il 29 marzo 2013*: "La mediazione non è una giustizia alternativa, una giustizia di secondo grado, è un' alternativa alla giustizia, che senza nulla levare alla giustizia togata e alla giustizia professionale, può consentire una definizione accelerata di controversie".

(¹³) Naturalmente trattandosi di espressione di un generale *favor* del nostro ordinamento, unitario e pluralistico, per l'assunzione di responsabilità da parte dei privati, parliamo della sussidiarietà orizzontale, che è quella prevista dal

esclusivamente quando ogni altro mezzo “meno” conflittuale sia stato esperito¹⁴: ricorrere al giudice prima di aver constatato che l'accordo non sia possibile sarebbe come ricorrere al chirurgo prima di aver constatato che le cure mediche non hanno avuto effetto!

Il più ridotto spazio che si vuole assegnare alla tutela giurisdizionale non nasce solo dall'esigenza di contenimento dei costi (per risolvere la lite), ma anche da quella di ridurre la conflittualità sociale. Se è vero, infatti, che la sentenza pone termine alla controversia insorta, è altresì vero che essa non è sempre in grado di pacificare gli animi; anzi, essa offre spesso una soluzione che non soddisfa neppure la parte vincitrice, soprattutto quando il binario obbligato del *thema decidendum* della stessa non consente soluzioni articolate e/o creative che permettano di soddisfare in modo durevole gli effettivi interessi coinvolti. Si confronti, sul punto, il sesto considerando della citata Direttiva europea¹⁵.

4. La *litigation explosion* e le origini della mediazione

E' sotto gli occhi di tutti che la giustizia civile italiana è a rischio paralisi. Come si evince dal Rapporto “*Doing Business 2013*”¹⁶ realizzato dalla Banca Mondiale, l'Italia si colloca al 160° posto su 185 economie esaminate per ciò che concerne l'efficienza del processo di risoluzione di una controversia commerciale, costituente uno degli indici di valutazione di un'economia mondiale.

Nel nostro Paese, infatti, occorrono in media tre anni e mezzo (1.210 giorni) per completare una procedura di recupero del credito, con costi procedurali pari al 29,9% del valore della causa, mentre è di circa 7 anni mezzo (2.645 giorni) il tempo medio per ottenere un giudicato definitivo. Con oltre 2,8 milioni di nuove cause in ingresso in primo grado, inoltre, l'Italia si configura come uno dei Paesi più litigiosi d'Europa¹⁷.

L'odierno stato della giustizia civile italiana è, per certi versi, molto simile a quello del sistema giudiziale statunitense degli anni Settanta, allorché emerse la c.d. *litigation explosion*, i.e. l'esponenziale crescita del numero di cause pendenti dinanzi alle corti federali: il carico giudiziario dei tribunali statunitensi in quel periodo crebbe a tal punto (fino a quadruplicarsi) da rendere impossibile la sua definizione mediante il ricorso esclusivo alla giustizia ordinaria.

Da ciò trasse origine, per poi diffondersi in maniera consistente, il c.d. movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*), il cui intento consisteva nel modificare l'andamento dei tribunali attraverso l'individuazione – resasi ormai necessaria - di metodi alternativi di risoluzione delle liti.

A sostegno di tale movimento, si ponevano, inoltre, gli studi dell'Università di Harvard¹⁸, i quali riscontrarono un dato di notevole rilievo, e cioè che in seguito all'instaurazione del giudizio in Tribunale, l'iniziale lite tra i due contendenti, qualora non intervenga entro tempi “ragionevoli” la

quarto comma dell'art. 118 Cost., secondo cui: “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”.

⁽¹⁴⁾ E. LUPO, Primo Presidente della Corte di Cassazione, intervento al convegno del 6 giugno 2012 su “*Il giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione: prima e dopo la Direttiva europea*”, Corte d'Appello di Milano.

⁽¹⁵⁾ Sesto “considerando” della Direttiva 2008/52/CE: “*La mediazione può fornire una soluzione extragiudiziale conveniente e rapida della controversia [...] attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione – si aggiunge – hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti*”.

⁽¹⁶⁾ Rapporto consultabile sul sito della Banca Mondiale “*Doing Business, Measuring Business Regulations*”, www.doingbusiness.org.

⁽¹⁷⁾ Dati statistici tratti dalle seguenti fonti: DOING BUSINESS 2013; RAPPORTO CEPEJ 2010 e 2012; P. SEVERINO, *Relazioni sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011 e 2012*.

⁽¹⁸⁾ Celebre è il discorso pronunciato, a Minneapolis, nel 1976 dal professore dell'Università di Harvard Frank Sander durante la “Conferenza nazionale sulle cause dell'insoddisfazione popolare nei confronti dell'amministrazione della giustizia”, meglio nota come *Pound Conference*. Nel corso della stessa, il prof. Sander introdusse il concetto, ormai divenuto famoso, della *Multi-door courthouse*, ossia del “tribunale a più porte”, che simboleggiano le diverse opzioni di trattamento e definizione delle liti verso cui le parti che entrano in tribunale possono essere indirizzate, FRANK E.A. SANDER, *Varieties of Dispute Processing, The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, West Publishing, St. Paul Minnesota, 1979, 65-86.

pronuncia del Giudice, si trasforma in dissenso - se non opposizione - nei confronti delle stesse istituzioni giuridiche, dei giudici e degli avvocati. Sentimento – si potrebbe dire - non molto lontano da quello avvertito oggi dalla maggioranza dei cittadini italiani. Col trascorrere del tempo, inoltre, la lite insorta viene inevitabilmente subordinata ad esigenze totalmente differenti rispetto a quelle iniziali. La procedura, ma anche le diverse esigenze del giudice, degli avvocati e del personale del tribunale, infatti, trasformano la controversia in un qualcosa di diverso, divenendo il processo, ad esempio, un momento di imposizione fiscale, ovvero un'occasione di lucro per chi lavora e/o collabora a qualsiasi titolo con la giustizia. La presenza di un Tribunale “*affollato*” in un determinato luogo costituisce, infine, una fonte economica per la comunità locale.

Rebus sic stantibus, il processo perde l'originaria funzione di rendere giustizia alle parti, anzi talvolta finisce per cagionare un danno alle stesse, non solo per la sua lungaggine, ma anche perché costringe il magistrato ad un sovraccarico di lavoro che può generare nello stesso reazioni di carattere negativo nei confronti delle parti interessate, o quanto meno non consentirgli di esaminare e/o approfondire in maniera congrua il caso da decidere. E, dato ancor più preoccupante, spesso il cittadino, nel momento in cui conferisce la procura *ad litem* al proprio legale, ignora completamente di andare incontro a quanto testé accennato.

Ebbene, dopo un'esperienza ultratrentennale, si può dire che gli sforzi congiunti del legislatore e della giurisprudenza statunitensi hanno prodotto risultati più che significativi: oggi circa il 95% dei contenziosi statunitensi¹⁹ viene definito con un accordo transattivo o con un lodo arbitrale. La cultura dei metodi ADR, infatti, si è talmente radicata tra i cittadini americani, che essi oramai considerano il tribunale quale ultima opzione, *i.e.* come il luogo ove le dispute vanno “eventualmente” a confluire, una volta sperimentati tutti gli altri sistemi di composizione della lite. Ciò spiega, inoltre, perché taluni autori statunitensi²⁰ preferiscano tradurre l'acronimo ADR con l'espressione “*Appropriate Dispute Resolution*” (anziché “*Alternative Dispute Resolution*”), configurandosi gli strumenti ADR come metodi appropriati di definizione di una lite.

5. I vantaggi della mediazione per le parti in lite

Ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. 4 Marzo 2010, n. 28, la mediazione²¹ è definita come “*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*”²².

Il mediatore, pertanto, non è né un giudice né un arbitro chiamato a stabilire chi ha ragione e chi ha torto: egli è un “*facilitatore*”²³, nel senso che aiuta le parti a raggiungere un accordo idoneo a risolvere la lite tra loro insorta.

⁽¹⁹⁾ G. COSI, M.A. FODDAI, *Lo spazio della mediazione*, Diritto@storia, 2003; STEPHEN B. BURBANK, LINDA J. SILBERMAN, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context 1997, 675-704.

⁽²⁰⁾ K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, *Commercial Dispute Resolution, An ADR practice guide*, London, 1995, 7.

⁽²¹⁾ Giova, al riguardo, distinguere il concetto di mediazione da quello di “*conciliazione*”, identificandosi quest'ultimo nell'“*esito positivo*” di un procedimento di mediazione, F.P. LUI SO, *Op. cit.*, 23.

⁽²²⁾ Gli studi della mediazione derivano da quelli sulla negoziazione. Rispetto alla negoziazione, tuttavia, la mediazione costituisce una *species* del *genus*, caratterizzandosi per la presenza di una controversia giuridica e per la potenziale prospettiva di una soluzione eteronoma della controversia. Ciò produce delle conseguenze non irrilevanti nelle tecniche utilizzate dal mediatore, F.P. LUI SO, *Op. cit.*, 23.

⁽²³⁾ Il mediatore è anche definito “*catalizzatore*”. Un catalizzatore è uno mezzo che interviene in una reazione chimica, aumentandone la velocità o, talvolta, addirittura rendendo possibile una reazione che altrimenti non si verificherebbe. Una delle caratteristiche del catalizzatore è che esso favorisce la reazione di altri elementi, ma non entra a comporre il risultato finale. Analogamente, il mediatore favorisce - senza entrare a farne parte - la conclusione di un accordo che per caratteristiche è uguale a quello che le parti potrebbero raggiungere da sole, F.P. LUI SO, *Op. cit.*, 25. Qualora, poi, si voglia esaminare la figura del mediatore sotto un profilo etico morale, si può pacificamente considerare lo stesso come un vero e proprio “*operatore di pace*”.

Egli ha il compito di utilizzare il suo potere di indagine con il più ampio respiro intellettuale, libero da ogni parzialità e dipendenza, rispettando con rigore la sua piena neutralità e adoperando tutte le sue conoscenze per far emergere i reali interessi e/o bisogni delle parti che si “celano” dietro una diffida o un atto giudiziario: interessi (anche morali, emozionali, etc.) che non troverebbero mai ingresso dinanzi ad un giudice o ad un arbitro. Fatto ciò, il mediatore proverà poi ad indirizzare e a combinare gli interessi - comuni e diversi - delle parti verso un accordo capace di soddisfare le stesse.

Giungere alla risoluzione di una controversia mediante un accordo che soddisfi le parti coinvolte è senza dubbio il principale vantaggio che la conciliazione offre rispetto alla giustizia ordinaria.

Ciò del resto è possibile, in quanto il costante vantaggio della risoluzione (autonoma) negoziale delle controversie risiede nella atipicità del contenuto del contratto rispetto alla tipicità del contenuto della sentenza e del lodo (risoluzione eteronoma). Tale atipicità è ben delineata dal legislatore nell'art. 1965 c.c., co. 2, laddove si prevede che, con le reciproche concessioni, le parti possono creare, modificare o estinguere anche rapporti “diversi” da quello oggetto della controversia. La sentenza o il lodo, invece, non possono decidere di oggetti diversi rispetto a quello controverso.

La risoluzione negoziale della controversie, pertanto, ha un vantaggio costante rispetto a quella eteronoma: può adattarsi alle necessità delle parti (cfr. l'esempio in nota²⁴) modificando il rapporto controverso, estinguendolo e creandone uno nuovo e diverso, finanche coinvolgendo terzi nell'assetto negoziale stabilito dalle parti.

Come si evince dall'esempio citato in nota, l'ordinamento, quando crea un diritto, riconosce e garantisce un bene della vita, ma niente può dire in ordine alla utilizzazione dello stesso da parte del titolare. La scelta di cosa fare delle utilità giuridicamente garantite è lasciata alla sovrana ed insindacabile valutazione del titolare del diritto, e nessuno può sostituirsi a lui in questa valutazione.

La valutazione degli interessi e/o bisogni sottesi alla situazione sostanziale protetta non può essere effettuata da altri che dal titolare del diritto. I bisogni e gli interessi, che possono essere di natura anche non patrimoniale, sono inaccessibili ai terzi, anche a coloro che devono decidere una controversia che abbia ad oggetto quel diritto²⁵.

Si è visto che la funzione del mediatore è dunque quella di aiutare le parti a raggiungere un accordo idoneo a risolvere la controversia. Viene da chiedersi: ma a cosa serve l'intervento di un terzo nella trattativa?

La risposta è la seguente: serve essenzialmente a stabilire una comunicazione tra le parti, laddove le stesse - come di solito accade - non hanno piena fiducia l'una e nell'altra, e quindi non vogliono rivelare alla controparte dati e notizie utili per raggiungere l'accordo, ma che pongono la parte che li rivela in situazione di inferiorità, se la controparte non fa altrettanto.

Tale comunicazione viene facilitata dalla riservatezza e dal carattere essenzialmente informale del procedimento di mediazione²⁶.

(²⁴) Esempio: Tizio e Caio, fratelli, devono dividere l'eredità paterna. Questa è composta di due immobili, ambedue divisibili: la vecchia casa di famiglia, ed un bene che può essere locato ad alto prezzo. Una decisione secondo diritto della controversia porta ad attribuire a ciascuno dei due fratelli metà di ciascun immobile. Ma se Tizio preferisce, per ragioni affettive, la vecchia casa di famiglia mentre Caio, meno sentimentale, preferisce il reddito che gli può dare l'altro immobile, essi possono dividersi negozialmente l'eredità, attribuendosi vicendevolmente il bene che preferiscono, F.P. LUISSO, *Op. cit.*, 19.

(²⁵) Tornando al citato esempio, nessun giudice potrebbe dire: attribuisco a Tizio la casa di famiglia e a Caio l'altro immobile, perché Tizio è un sentimentale e quindi è meglio dargli quel bene, mentre Caio è più attaccato al denaro; perché la risposta potrebbe essere: ma chi ti autorizza a dirmi cosa è meglio per me? Chi ti autorizza a valutare al posto mio cosa voglio fare dell'utilità che mi attribuisce il diritto?, F.P. LUISSO, *Op. cit.*, 20.

(²⁶) Di norma – ma non per regola - la mediazione si apre con la sessione iniziale congiunta. Nel giorno, ora e luogo stabiliti, il mediatore incontra tutte le parti. In quest'occasione, il mediatore dapprima illustra a tutti i partecipanti il proprio ruolo e le regole procedurali; successivamente, ciascuna parte avrà la possibilità di esporre il caso alla presenza della controparte e del mediatore. Qualora durante la sessione congiunta non si riesca a trovare l'accordo, il

Il procedimento di mediazione – che si svolge in tempi rapidi²⁷ e mediante costi contenuti e prevedibili²⁸ - è, infatti, disciplinato da regole (informali) non aventi la funzione propria delle norme procedurali di formazione della decisione del terzo (giudice o arbitro)²⁹, *i.e.* quella di dare rilevanza giuridica al modo con cui tale pronuncia viene a formarsi³⁰.

Le regole disciplinanti la procedura di mediazione non possono inficiare la validità della stessa, ma servono solo a “favorire” la conclusione dell'accordo, nel senso che una loro inosservanza rende (solo) più difficile tale conclusione. Se, infatti, l'accordo viene concluso nonostante la violazione delle regole *de quibus*, esso sarà perfettamente valido, perché le parti, prima di vincolarsi ad esso, hanno avuto comunque la possibilità di valutarne la convenienza.

Quanto alla riservatezza, è importante distinguere tra riservatezza interna ed esterna. La riservatezza “interna” riguarda gli incontri separati: ciò che viene detto in tali incontri non può essere riferito all'altra parte, tranne che vi sia il consenso di chi ha partecipato all'incontro separato. Questo non significa, ovviamente, che il mediatore non possa utilizzare ciò che viene a sapere negli incontri *de quibus*; al contrario, egli sfrutterà proprio queste sessioni contraddistinte dalla massima riservatezza per far emergere i reali interessi e/o bisogni delle parti sottesi alla lite.

La riservatezza “esterna”, invece, concerne tutto ciò che accade nel procedimento di mediazione, che non può essere utilizzato nella successiva, eventuale fase contenziosa; sul contenuto delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione, inoltre, non può essere deferito giuramento decisorio e non è ammessa prova testimoniale, ivi compresa quella del mediatore.

Il fondamento della riservatezza è evidente: le parti debbono essere libere di aprirsi sia al mediatore, soprattutto nel corso degli incontri separati, sia all'altra parte nel corso degli incontri congiunti, senza il timore che ciò che dicono o fanno possa essere utilizzato contro di loro. Se non vi è questa immunità, i bisogni e gli interessi non emergono e la mediazione non riuscirà a raggiungere il suo scopo.

6. I vantaggi della mediazione per il nostro Paese. Un diverso ruolo dell'avvocato

Grazie all'accordo di mediazione, che, a differenza della sentenza giudiziaria e del lodo arbitrale, si contraddistingue, come visto, per un risultato di *win – win*, i rapporti tra i soggetti coinvolti non vengono definitivamente compromessi, anzi molto spesso, essi verranno mantenuti e/o riallacciati, con conseguente riduzione della conflittualità sociale che – nostro malgrado – contraddistingue la società italiana.

E' statisticamente provato, infatti, che molte controversie giuridiche nascono da mere incomprensioni e/o da episodi di mancata o errata comunicazione tra le persone: la riscoperta del dialogo, facilitato dall'intervento di un soggetto competente, terzo ed imparziale, può permettere alle parti di recuperare e a volte rafforzare i rapporti interpersonali (professionali e non).

mediatore può avviare con ciascuna delle parti colloqui riservati (sessioni separate), eventualmente alternati da sessioni congiunte.

⁽²⁷⁾ Ex art. 6 D.Lgs. 2010, n. 28, la procedura di mediazione non può durare più di quattro mesi. Tale termine non è tuttavia perentorio e, dunque, le parti aderenti alla mediazione possono ottenere un rinvio dal giudice per proseguire con le attività conciliative ancora in corso, Tribunale Varese, Ordinanza del 20 giugno 2012.

⁽²⁸⁾ I costi del procedimento di mediazione, infatti, sono di gran lunga inferiori rispetto a quelli da sostenere in caso di arbitrato o di un ordinario processo. Essi sono fissati nel D.M. 18 ottobre 2010, n. 180.

⁽²⁹⁾ Costituisce, ad esempio, un grave fraintendimento ipotizzare l'applicazione al procedimento di mediazione di regole proprie dei processi giurisdizionali ed arbitrali, quali il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, che non hanno senso laddove le parti mantengono - come accade nella mediazione - il controllo pieno dell'esito dello stesso, F.P. LUISS, *Op. cit.*, 27.

⁽³⁰⁾ Negli strumenti eteronomi, infatti, i destinatari sono vincolati a ciò che il terzo decide senza che esse debbano esprimere il loro consenso sul contenuto della decisione, sicché è di fondamentale rilevanza il modo con cui questa decisione si è formata, F.P. LUISS, *Op. cit.*, 26.

La mediazione, inoltre, potrebbe rappresentare un istituto strategico di sviluppo e di miglioramento del sistema Paese Italia, un sistema ancora troppo burocratizzato e proceduralizzato, incapace di superare la revisione imposta dai nuovi bisogni emergenti con la globalizzazione.

Essa, in proposito, potrebbe validamente contribuire allo smaltimento dell'enorme mole di procedimenti civili arretrati (5,4 milioni) – come del resto ha fatto, nonostante tutti i problemi incontrati, negli ultimi due anni di sperimentazione³¹ –, e alla riduzione dell'eccessiva durata dei processi, a causa della quale l'Italia (i) perde un punto percentuale di PIL all'anno (pari a circa sedici miliardi di Euro)³² e (ii) risulta essere sempre meno competitiva e attraente per gli investimenti, soprattutto dall'estero.

Del resto, i risultati fin qui ottenuti non sono così negativi come spesso affermato dall'opinione pubblica. Secondo gli ultimi dati del Ministero della Giustizia (2012), infatti, nel periodo tra marzo 2010 ed ottobre 2012 – *i.e.* fino alla bocciatura da parte della Corte Costituzionale – si sono svolte circa 210 mila mediazioni con un risultato del 48% di accordi raggiunti in caso di adesione di ambo le parti³³.

Ebbene, cosa vuol dire questo dato? Significa che là dove i cittadini si sono congiuntamente presentati innanzi al mediatore, hanno apprezzato i vantaggi ad essa correlati, tant'è che in un caso su due l'accordo è stato trovato, con inevitabili effetti positivi sull'economia e sulla società.

Il problema, tuttavia, è un altro: e cioè che solo nel 31% delle controversie sottoposte a mediazione obbligatoria si è avuta la partecipazione della c.d. parte invitata. Ciò è la prova evidente che la mediazione civile nel nostro Paese sconta ancora oggi un deficit culturale e di adeguata conoscenza e/o pubblicizzazione³⁴, tant'è che in due casi su tre i cittadini preferiscono sostenere gli ingenti costi del processo civile più che cercare di intraprendere in via preventiva un percorso alternativo al giudizio, usufruendo, inoltre, dei rilevanti incentivi fiscali di cui al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180.

Va da sé che inserire la mediazione civile nell'attuale farraginoso ed inefficiente sistema giudiziario italiano potrebbe finire con l'essere controproducente: una buona soluzione negoziale è, infatti, favorita dal buon funzionamento della giurisdizione per la seguente, ovvia ragione.

Si è visto che una controversia si risolve negozialmente se gli interessati reputano conveniente tale risoluzione. Al contrario di quanto accade nella negoziazione per così dire normale - quella, cioè, in cui, se il contratto non è concluso, le parti si salutano ed ognuna se ne va per la propria strada - nella negoziazione di una controversia, sia pure facilitata da un mediatore, il mancato raggiungimento dell'accordo lascia aperta la strada della decisione eteronoma.

Fra gli elementi che le parti prendono in considerazione per valutare la convenienza dell'accordo vi sono quelli relativi ai tempi, ai costi ed al possibile esito della fase contenziosa.

⁽³¹⁾ Dagli ultimi dati (2012) del Ministero della Giustizia, risulta che nel periodo intercorrente da giugno 2009 a giugno 2012, infatti, si è assistito ad una riduzione del numero dei procedimenti civili, sceso da 5,9 milioni agli attuali 5,4 milioni (calo del 3,7%), in controtendenza con ciò che avviene nel settore penale, i cui procedimenti sono invece aumentati del 2,2%. La contrazione è associata, in particolare, all'incremento del contributo unificato in talune materie e - per l'appunto - all'introduzione della mediazione civile obbligatoria.

⁽³²⁾ Stime della Banca d'Italia, anno 2012.

⁽³³⁾ Ministero Giustizia, dati statistici per l'anno 2012.

⁽³⁴⁾ Al riguardo, giova evidenziare quanto affermato il 20 maggio 2013 dal Ministro della Giustizia, A. CANCELLIERI, presso la Commissione Giustizia al Senato: "Lo strumento della mediazione – come dimostrano esperienze europee in sistemi giudiziari simili al nostro e come ha dimostrato anche la sua pur breve sperimentazione attuata nel nostro Paese nelle forme della obbligatorietà – si è rivelato di grande efficacia sotto il profilo dell'abbattimento del contenzioso civile, con un positivo effetto anche sul piano della composizione dei conflitti tra le parti, per circa la metà dei quali è stato raggiunto l'accordo. È uno strumento che evidentemente necessita di una metabolizzazione sul piano culturale; quindi, quanto più si riuscirà a sensibilizzare l'opinione pubblica sui positivi risultati indotti dall'adesione a tale meccanismo, tanto più ne trarrà giovamento la macchina dell'Amministrazione della giustizia civile. Ovviamente, la diffusione di tale strumento dovrà essere accompagnata da regole deontologiche e di incompatibilità serie e rigorose, dal rispetto di un principio di competenza, da una adeguata professionalità dei mediatori".

Ora, se in prospettiva c'è una risposta giurisdizionale lenta ed inefficiente, si crea un fattore "distorsivo" che può portare, alternativamente, o a rifiutare la soluzione negoziale o ad accettare una soluzione negoziale "al ribasso". Chi, infatti, secondo l'ipotesi negoziale dovrebbe assumersi un'obbligazione (ad es. pagare una somma di denaro) può essere indotto a rifiutarla, valutando più conveniente essere condannato a pagare dopo tre anni e mezzo (tempi medi per recuperare un credito in Italia) che dover pagare subito: in fondo, per quei tre anni egli si finanzia al tasso legale a spese della controparte.

Viceversa, chi deve ricevere una prestazione può trovarsi costretto ad accettare una proposta al ribasso, che egli non accetterebbe se sapesse di poter contare su una giustizia rapida ed efficiente. Occorre dunque considerare che, per il buon funzionamento della soluzione negoziale delle controversie, è necessario tener conto dei fattori che possano distorcere la valutazione di convenienza, e cercare di sterilizzarli. Altrimenti un buono strumento rischia di dare un cattivo risultato.

E' evidente, infine, che in questa generale opera di riforma cui andrebbe sottoposto il sistema giudiziario italiano, anche gli avvocati dovrebbero assumere un comportamento più flessibile ed adeguato alle esigenze di un'economia globalizzata.

Per condurre la mediazione al successo, occorre essere esperti delle tecniche di negoziazione in generale, e di mediazione in particolare: ad avviso degli scriventi, un corso di 52 ore, previsto dall'attuale D.Lgs. 2010, n. 28, non risulta essere sufficiente in tal senso, considerato – tra l'altro – che in altri Paesi sono previsti corsi di laurea e/o esami di abilitazione per divenire mediatori civili.

Ma al di là di ciò, è necessario che muti l'approccio che l'avvocato ha col proprio cliente. Sicché la prima domanda che il legale deve porre alla parte richiedente il suo intervento in caso di lite, è quella relativa agli interessi e/o bisogni che questa intende soddisfare con la sua pretesa, e, sulla base degli stessi, orientare la propria strategia, scegliendo la via più idonea allo scopo: pertanto, se vi sono altri strumenti e/o metodi più veloci e appropriati al raggiungimento dello scopo, è ad essi che si dovrà far riferimento.

Solo la statolatria del secolo scorso può aver fatto dimenticare che la finalità dell'intervento del legale è quello di tutelare non i *diritti*, ma gli *interessi* del cliente. Alla tutela dei diritti pensa il giudice: il legale deve pensare alla tutela degli interessi. E questi interessi possono ben essere perseguiti sia attraverso la tutela giurisdizionale dei diritti, sia attraverso altri strumenti.

L'avvocato non è solo un tramite fra la parte e il giudice, in quanto il suo compito è ben più ampio, consistendo - come dicevano gli antichi - in un'attività di *cavere, consulere e agere*.

7. La mediazione cd. obbligatoria ex art. 5, d.lgs. 28/2010: compatibilità con i principi comunitari e costituzionali

Le considerazioni fin qui svolte sull'istituto della mediazione e sui benefici cui questo potrebbe condurre nel nostro sistema giudiziario non possono prescindere peraltro dall'analisi di una delle principali problematiche derivate dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano: la previsione, per talune specifiche controversie, del tentativo obbligatorio di mediazione e la relativa legittimità alla luce della normativa comunitaria e costituzionale.

È d'uopo ricordare che ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 (prima che la disposizione fosse colpita dalla già citata declaratoria di illegittimità costituzionale) chi intendesse esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia nelle materie ivi tassativamente indicate³⁵ era "[...] tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione. [...] L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda

⁽³⁵⁾ Per ragioni di completezza si ricorda che le materie interessate dalla disposizione in parola erano le seguenti: 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.

giudiziale”. Il dettato normativo precisava che, in caso l’attore non avesse rispettato tale condizione, l’improcedibilità era rilevabile sia ad istanza di parte che d’ufficio ed il relativo potere era assoggettato ad un termine decadenziale individuato non oltre la prima udienza. Ove il giudice, alla prima udienza, avesse rilevato che la mediazione non era stata esperita, vi sarebbe stata la possibilità di sanare il vizio di improcedibilità con l’assegnazione alle parti del termine di quindici giorni per presentare la domanda di mediazione e contestuale rinvio dell’udienza a non prima di quattro mesi.

Né la previsione di un tentativo obbligatorio di mediazione né la sua qualificazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale rappresentano un *novum* all’interno del nostro ordinamento. Si possono infatti richiamare numerosi precedenti normativi che emulano un analogo schema, imponendo la fase conciliativa stragiudiziale come obbligatorio e spesso come condizione di procedibilità: su tutti, merita di essere menzionato il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie di lavoro (art. 410 c.p.c., nella precedente formulazione) che, stando al testo della stessa Relazione illustrativa del d.lgs. 28/2010, ha costituito per il legislatore un modello cui ispirarsi³⁶.

Come per i suoi precedenti normativi, anche la previsione di cui all’art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, contestualmente alla sua entrata in vigore, ha destato non poche perplessità circa la sua compatibilità con i principi costituzionali e comunitari, specialmente sotto il profilo della garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva. È noto, peraltro, che il Giudice delle leggi sia già intervenuto sul punto, dichiarando l’incostituzionalità della disposizione citata. Tuttavia, considerato che il parametro di costituzionalità adottato è stato quello dell’art. 66 Cost., si comprenderà allora che le considerazioni che di qui appresso saranno sviluppate ben potranno tornare d’attualità in caso di una prossima (plausibile) reintroduzione di un tentativo obbligatorio di mediazione, sia pur questa volta nel rispetto del dettato costituzionale in materia di delega legislativa.

7.1. La giurisprudenza costituzionale e comunitaria sulla previsione di forme obbligatorie di conciliazione stragiudiziale

Come anticipato, il principale tema di riflessione che da sempre ha accompagnato l’obbligatorietà del ricorso ad una fase stragiudiziale di mediazione quale condizione per l’accesso alla tutela giurisdizionale concerne la sua legittimità costituzionale ed in particolare il rispetto dell’art. 24 Cost., relativamente all’esercizio del diritto di azione e difesa in giudizio, e dell’art. 3 Cost., alla luce del diverso regime che finisce per caratterizzare le materie assoggettate al tentativo obbligatorio e quelle ad esso sottratte.

Nell’affrontare tale problematica, appare opportuno ricordare in via preliminare come da sempre la dottrina dominante³⁷ e la giurisprudenza della Corte Costituzionale³⁸ abbiano ribadito la illegittimità dell’imposizione autoritativa del ricorso all’arbitrato (cd. arbitrato obbligatorio). Il Giudice delle leggi, in particolare, ha costantemente chiarito che può derogarsi alla regola della statualità della giurisdizione soltanto in virtù di una specifica volontà delle parti: in virtù di tale principio, le norme che imponevano il ricorso obbligatorio all’arbitrato sono state giudicate in contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost.

⁽³⁶⁾ Né, peraltro, deve considerarsi una contraddizione la circostanza che il legislatore, poco dopo l’introduzione della normativa in parola, abbia provveduto ad abrogare con la l. 183/2010 l’obbligatorietà della conciliazione in materia di controversie di lavoro: in effetti, essa aveva ed ha caratteristiche diverse dalla mediazione in quanto affidata a soggetti inesperti nelle tecniche di negoziazione; finiva così con l’essere un passaggio inutile verso la giurisdizione o al massimo un giudizio sommario sulla fondatezza delle relative pretese. Così, LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit. pag. 58.

⁽³⁷⁾ LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 26-27; BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2009, pp. 28-29.

⁽³⁸⁾ Con riferimento alla costante giurisprudenza della Consulta, si veda: Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127; Corte cost. 27 dicembre 1991, n. 488; Corte cost. 27 febbraio 1996, n. 54; Corte cost. 11 dicembre 1997, n. 381; Corte cost. 24 luglio 1998, n. 325; Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221; Corte cost. 9 maggio 1996, n. 152.

Tali conclusioni mal si attagliano, e non possono essere quindi riproposte, con riferimento all'istituto della mediazione, ove il relativo esperimento sia imposto dal legislatore: tratto caratterizzante di quest'ultimo è infatti l'assenza (in via di principio) di una funzione aggiudicativa. La previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione, quindi, non sottrae d'imperio la controversia alla cognizione dell'autorità giudiziaria, considerato che le parti saranno comunque libere di non raggiungere alcun accordo e condurre il contenzioso dinanzi al giudice ordinario. La problematicità della conciliazione obbligatoria, quindi, non deve essere valutata alla luce dell'art. 102 Cost., ma solo nell'ottica delle conseguenze che essa può implicare ai fini dell'accessibilità alla giurisdizione, anch'essa garantita costituzionalmente.

A tal proposito, la Corte Costituzionale, investita in più occasioni del quesito, ha costantemente evidenziato come non vi siano ragioni di principio e/o sistematiche ostative al ricorso ad una fase conciliativa come condizione per l'accesso alla giustizia statale, purché la stessa non lo renda difficoltoso e, soprattutto, purché sia finalizzata ad un miglior funzionamento dell'apparato giurisdizionale³⁹. Così il Giudice delle leggi, sin dalle sue prime pronunce in materia⁴⁰, ha precisato che "il rigore con cui è tutelato il diritto di azione, secondo la previsione dell'art. 24 della Costituzione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento": ciò equivale a dire che la legge ben può subordinare l'esercizio del diritto di azione a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri o modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale.

In applicazione di tale principio, la Corte ha ripetutamente confermato la legittimità costituzionale di tentativi obbligatori di conciliazione introdotti dal legislatore: ad es., è stato ritenuto conforme a Costituzione il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203, in materia di contratti agrari (Corte cost. ord. 73/1988), nonché il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c. nelle controversie individuali di lavoro (Corte cost. sent. 276/2000)⁴¹.

Ancora, può essere citata la sentenza della Consulta n. 403/2007: si tratta di una sentenza interpretativa di rigetto, relativa al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 1, comma 11 della l. 249/1997, in materia di telecomunicazioni. Com'è tipico di questa tipologia di sentenza, la Corte Costituzionale giunge ad una pronuncia di infondatezza ma fornisce contemporaneamente una interpretazione della disposizione che vale a salvarla dalla dichiarazione di incostituzionalità. Così, anche in questo caso, la Corte sottolinea che la disposizione in esame, volta ad escludere il ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione, non può essere interpretata nel senso che escluda il rimedio cautelare: ciò in virtù di un più che consolidato indirizzo giurisprudenziale favorevole a sottrarre la tutela cautelare da eventuali tentativi di conciliazione per il suo carattere di "strumentalità". Come più volte sostenuto dal Giudice delle leggi⁴², infatti, la tutela cautelare in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato

⁽³⁹⁾ In altri termini, il legislatore non può condizionare l'accesso alla tutela giurisdizionale allo svolgimento di un'attività che sia finalizzata a raggiungere risultati, magari anche costituzionalmente protetti (come la riscossione dei tributi) ma esterni alla funzione giurisdizionale medesima. In tal senso, si veda Corte cost. 5 ottobre 2001, n. 333, con la quale è stato dichiarato illegittima la disposizione che subordinava la messa in esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato alla dimostrazione, da parte del locatore, della regolarità della propria posizione fiscale quanto al pagamento di alcune specifiche imposte. Tale onere, infatti, imposto al locatore a pena di improcedibilità dell'azione esecutiva, ha fini esclusivamente fiscali e risulta privo di ogni connessione con il processo esecutivo e con gli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, sicché si traduce in una preclusione o in un ostacolo all'esperimento della tutela giurisdizionale, in violazione dell'art. 24 Cost.

⁽⁴⁰⁾ Si veda Corte cost. sentt. 40/1962, 56/1963, 83/1963 e 47/1964.

⁽⁴¹⁾ In tale circostanza, peraltro, la Corte ha precisato che i denunciati aspetti di inefficienza dell'assetto del tentativo obbligatorio di conciliazione non potrebbero, comunque, valere a porre le norme che lo prevedono in contrasto con il parametro costituzionale, dal momento che l'inadeguatezza di questo sistema può risolversi nella violazione della norma fondamentale e non dalle modalità della sua applicazione.

⁽⁴²⁾ Oltre alla già richiamata sentenza 276/2000, si veda anche Corte cost. sentt. 217/2000, 179/2002 e 199/2003.

l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale, anche indipendentemente da una previsione espressa.

La Corte Costituzionale ha quindi sancito la legittimità dell'istituzione di un "filtro" all'accesso alla giurisdizione: il tentativo obbligatorio di conciliazione è interpretato come un "onere legittimo ed utile" in quanto preordinato a soddisfare un interesse generale, contenendo l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario e favorendo la composizione preventiva della lite, connotazione quest'ultima che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguito attraverso il processo. Al contempo, con le sue pronunce, la Consulta ha così chiarito i requisiti che il tentativo obbligatorio di conciliazione deve avere per superare il vaglio di costituzionalità: questo deve avere finalità endogiurisdizionali (ovvero mirare a diminuire il lavoro dell'apparato giurisdizionale favorendo il raggiungimento di una soluzione negoziale della controversia), deve lasciare impregiudicata la tutela cautelare e, soprattutto, non deve risultare eccessivamente onerosa, caratteristica in genere concretizzata nella previsione di un tempo massimo di durata del procedimento, decorso il quale diviene possibile chiedere la tutela giurisdizionale.

Alle stesse conclusioni è giunta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza 18 marzo 2010, n. 317, nei procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08 e C- 320/08. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertevano sull'interpretazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva rispetto ad una normativa nazionale⁴³ che prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale come condizione di procedibilità nei ricorsi giurisdizionali in talune controversie tra operatori ed utilizzatori finali, rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 22/2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

In tale controversia la Corte di Giustizia ha così avuto modo di precisare che né l'art. 34⁴⁴ della direttiva prima richiamata, né i principi di equivalenza⁴⁵ e di effettività⁴⁶ della tutela giurisdizionale, ostano ad una normativa nazionale che imponga per talune controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, "a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per la parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone" (par. 67 sent. cit.).

La Corte di Giustizia, quindi, in parte conferma i requisiti già delineati dalla Corte Costituzionale italiana perché il tentativo obbligatorio di conciliazione sia compatibile con il diritto alla tutela giurisdizionale, in parte ne introduce di ulteriori: è infatti necessario che si tratti di un vero e proprio procedimento di mediazione, nel quale il mediatore sia privo di funzione aggiudicativa (*che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti*), che tale procedimento abbia un termine massimo di durata (*non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale*), che produca gli stessi effetti della domanda giudiziale (*sospenda la prescrizione dei diritti in questione*), che non sia eccessivamente oneroso dal punto di vista economico (*non generi costi, ovvero generi costi non ingenti per le parti*), che le modalità con

⁴³ In particolare, la materia delle comunicazioni elettroniche è disciplinata nel nostro ordinamento dal d.lgs. 259/2003, nonché dalla delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) n. 173/07/CONS, il cui art. 3, comma 1, ha previsto proprio il tentativo di conciliazione obbligatorio *de quo*.

⁴⁴ L'art. 34 della direttiva 22/2002 ha imposto agli Stati Membri l'introduzione di apposite procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie, in cui sono coinvolti i consumatori, relative alle questioni trattate dalla direttiva medesima.

⁴⁵ Si tratta del principio in forza del quale "*le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna*" (par. 48 sent. cit.).

⁴⁶ Si tratta del principio in forza del quale "*le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione*" (par. 48 sent. cit.).

cui si svolge lo rendano di fatto accessibile a tutti gli utenti (*la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione*), che non impedisca la tutela cautelare (*sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone*).

7.2. La mediazione cd. obbligatoria tra art. 24 Cost. ed eccesso di delega

Così delineata la panoramica giurisprudenziale della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, possiamo verificare se il tentativo obbligatorio di mediazione, previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, sia o meno compatibile con i principi costituzionali e comunitari. Può anticiparsi che la risposta, alla luce delle considerazioni premesse, non può che essere affermativa, almeno per quanto attiene al rispetto del diritto di azione (e di difesa) in giudizio e di accesso alla tutela giurisdizionale.

In tale ottica, risulta dirimente la scelta del legislatore di imporre il tentativo di mediazione quale *condizione di procedibilità* della domanda giudiziale e non quale *condizione di proponibilità*. Solo nel primo caso, infatti, si introduce nel processo un presupposto processuale sanabile con efficacia *ex tunc* (senza pregiudizi per il processo viziato, potendosi il vizio emendare con efficacia retroattiva, e la relativa domanda giudiziale produrre i suoi effetti sin dalla data di proposizione della prima domanda)⁴⁷. Sul punto, l'indicazione offerta dal decreto non lascia spazio ad incertezze poiché l'eventuale proposizione della domanda giudiziale in assenza del previo esperimento del tentativo obbligatorio, come si è visto, è suscettibile di sanatoria, che emenda il vizio e consente alla domanda giudiziale di produrre i suoi effetti sin dalla originaria data di proposizione.

Allo stesso tempo, l'art. 5, comma 3, precisa che *“lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale”*; e il comma 6 prevede che *“dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il termine medesimo di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo”*. Risulta così garantita, ai fini della legittimità costituzionale del tentativo, la condizione che alla domanda di mediazione siano riconosciuti i medesimi effetti sostanziali e processuali prodotti sul diritto controverso dalla domanda giudiziale, relativamente a prescrizione e decadenza, all'opponibilità ai terzi e alla irrinunciabilità della tutela cautelare. In contropartita rispetto ai possibili svantaggi, la fase stragiudiziale supera poi il vaglio di costituzionalità quando tra le sue finalità vi è, da un lato, quella di alleggerire il carico di lavoro dei giudici, dall'altro, quella di assicurare il raggiungimento del risultato conciliativo in tempi rapidi⁴⁸.

Nonostante le considerazioni fin qui svolte, è noto che la Corte Costituzionale con la sentenza del 6 dicembre n. 272, anticipata un mese e mezzo prima da un apposito comunicato stampa, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del tentativo obbligatorio di conciliazione, sia pure per violazione degli artt. 76 e 77 Cost.

I giudici *a quibus*, infatti, avevano sollevato il dubbio di un eccesso di delega, non essendo l'obbligatorietà del meccanismo prevista nella legge delega (l'art. 60, comma 3, lett. a, l. 69/2009 si

⁽⁴⁷⁾ La mancata osservanza della condizione di proponibilità vizia invece irreversibilmente il processo, essendo tale vizio o insanabile (con conseguente chiusura in rito) ovvero non sanabile retroattivamente (con il rischio di provocare effetti irreversibili sul diritto sostanziale per il decorso del tempo). In tal senso TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, 2011, pag. 113, nonché MINELLI, *Commento all'art. 5*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE, 2010, p. 137.

⁽⁴⁸⁾ TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, op.cit., pp. 112-113. In tale ottica si veda anche la Relazione illustrativa al d.lgs. 28/2010 che sottolinea come l'estensione ad una vasta serie di materia della condizione di procedibilità punti a *“garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie”*.

limita a stabilire che la mediazione finalizzata alla conciliazione in ogni caso non deve precludere l'accesso alla giustizia), né potendo l'obbligatorietà essere desunta per rinvio alla direttiva comunitaria 2008/52/CE. Pur essendo certo che la direttiva lasci aperta la via alla mediazione obbligatoria⁴⁹, si dubita che la normativa interna sia frutto del recepimento di quella comunitaria (così l'ordinanza).

Parte della dottrina⁵⁰ aveva tentato di confutare l'asserita illegittimità costituzionale per eccesso di delega. In primo luogo, si era ritenuto eccessivo negare che il decreto 28/2010 potesse avere la sua fonte ispiratrice nella direttiva comunitaria, considerato che tale intervento normativo era entrato in vigore solo pochi mesi dopo la scadenza del termine per il recepimento della direttiva. In secondo luogo, si precisava che l'ampiezza della legge delega, tale da non contenere una espressa opzione a favore della mediazione obbligatoria in luogo di quella facoltativa, non potesse essere interpretata come esclusione di tale alternativa. In particolare, la circostanza che nella legge delega (art. 60, comma 3, lett. c) si indica al Governo il compito di "disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al d.lgs. 5/2003" (ovvero la conciliazione *facoltativa* stragiudiziale prevista nell'ambito del rito societario) doveva essere intesa come il conferimento al legislatore di un "potere di scegliere". Tutt'al più, si è sottolineato, proprio l'ampiezza della legge delega avrebbe dovuto essere l'unico oggetto di vaglio costituzionale, in quanto questa, concretandosi in una norma in bianco, non ha dato specifiche indicazioni al legislatore delegato⁵¹.

La Corte Costituzionale ha invece ritenuto di accogliere gli argomenti sollevati dai giudici *a quibus*. Il Giudice delle leggi, *in primis*, ha escluso che l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata possa trovare fondamento nella disciplina comunitaria. Fermo il *favor* dimostrato verso l'istituto della mediazione, in quanto ritenuto idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, infatti, la Consulta ha rilevato che il diritto dell'Unione Europea si mostra del tutto neutrale circa la scelta del modello di mediazione da adottare, restando tale scelta demandata esclusivamente agli Stati Membri, purchè sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. *In secundis*, la Corte ha escluso che dall'interpretazione della legge delega possa desumersi una opzione a favore della mediazione obbligatoria. La detta legge delega, tra i principi e i criteri direttivi di cui all'art. 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione. Si legge nella sentenza che "*sul punto, l'art. 60 della l. 60/2009, che per altri aspetti dell'istituto si rivela abbastanza dettagliato, risulta del tutto silente. Eppure non si può certo ritenere che l'omissione riguardi un aspetto secondario o marginale. Al contrario, la scelta del modello di mediazione costituisce un profilo centrale nella disciplina dell'istituto, come risulta sia dall'ampio dibattito dottrinale svoltosi in proposito, sia dai lavori parlamentari durante i quali il tema dell'obbligatorietà o meno fu più volte discusso*".

8. Conclusioni

In virtù di tale processo ermeneutico della legge delega, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010. La giurisprudenza costituzionale e comunitaria prima analizzata, peraltro, dimostrano come una futura reintroduzione del tentativo obbligatorio di

⁽⁴⁹⁾ Così il considerando n. 24 della direttiva, dove si legge "*la presente direttiva dovrebbe inoltre far salva la legislazione statale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio [...]*".

⁽⁵⁰⁾ Escludono la violazione dell'art. 76 Cost.: BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, in *Il civilista*, 4, 2010, p. 29; CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 28, p. 55; LOMBARDINI, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, 2010, pp. 10-11; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit. p. 147; MINELLI, *Commento all'art. 5*, cit., p. 154.

⁽⁵¹⁾ Così TISCINI, op. ult. cit.

mediazione, nel rispetto dei principi dettati dagli artt. 76 e 77 Cost., sarebbe del tutto idonea a superare il vaglio di costituzionalità.

Il ritorno alla mediazione cd. obbligatoria, ad avviso degli scriventi, sarebbe estremamente auspicabile: anche di recente, la Commissione Europea ha ribadito il legame inscindibile tra efficienza del sistema giustizia e sviluppo economico. Non ha caso l'esecutivo di Bruxelles, nell'ambito del piano "*Justice for Growth*", ha sottolineato come le forme di risoluzione alternativa delle controversie svolgano un ruolo importante per favorire la ripresa economica: l'Italia, in questo campo, era stata indicata dal Parlamento di Strasburgo come possibile *best practice* europea.

La sentenza della Corte Costituzionale, pur censurando solo l'obbligatorietà del tentativo stragiudiziale, ha portato ad un crollo verticale dell'attività di mediazione; tuttavia, sino a quel momento, il numero di procedure avviate e di controversie risolte positivamente era in continua crescita. Un nuovo impulso all'istituto della mediazione, su basi rinnovate, risulta quindi necessario ed urgente. Non a caso la Relazione finale del "Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali" (cd. "saggi") ha indicato il ritorno all'obbligatorietà del tentativo di conciliazione come la prima misura per migliorare la giustizia civile. Al punto 26 del documento consegnato al Presidente della repubblica si legge: "*Per la giustizia civile si propone: a) l'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione (non escluse dalla recente pronuncia della Corte Costituzionale che ha dichiarato illegittima una disposizione del d.lgs. 28/2010 solo per eccesso di delega); questi sistemi dovrebbero essere accompagnati da effettivi incentivi per le parti e da adeguate garanzie di competenza, di imparzialità e di controllo degli organi della mediazione; [...]*".

Quanto espresso dal Gruppo di lavoro consente di riporre buone speranze circa la possibilità che il Governo appena insediatosi solleciti l'approvazione di una legge sulle procedure di *Alternative Dispute Resolution*, il cui fulcro sia rappresentato proprio dalla mediazione civile e commerciale: solo così si potrà presto tornare a svolgere un servizio per il cittadino, servizio che non ha potuto esprimere tutte le sue potenzialità.