

GIULIANO SCARSELLI

L'incostituzionalità della mediazione di cui al d. lgs. 28/10

1. Torno sulla c.d. media-conciliazione di cui al d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28¹ dopo che il Ministero della Giustizia, di concerto con quello dello sviluppo economico, ha adottato il decreto 10 ottobre 2010 n. 180, pubblicato sulla GU del 4 novembre 2010 n. 258, e recante la determinazione dei criteri di modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi ai sensi dell'art. 16 di detto decreto legislativo.

A questo punto, vista la disciplina completa della media-conciliazione, immaginata fin dall'art. 60 della l. 18 giugno 2009 n. 69, ritengo di poter affermare che l'istituto è incostituzionale, e ciò per almeno quattro buone ragioni, che passo ad esporre.

2. Una prima è relativa all'eccesso di delega, che, nel caso di specie, si concretizza addirittura in un contrasto tra la legge delega e il decreto legislativo.

Ed infatti, l'art. 60 l. 69/09 disponeva di "prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione", fosse realizzata "senza precludere l'accesso alla giustizia".

L'art. 5 del d. lgs. 28/10, al contrario, ha reso in molti casi la mediazione una condizione di procedibilità della domanda, e dunque ha disciplinato il fenomeno oltre i limiti fissati dalla legge delega, ed anzi, e più precisamente, in contrasto con la stessa nella parte in cui, appunto, non voleva che la mediazione precludesse l'accesso alla giustizia.

Ne', in senso contrario, può argomentarsi che la mediazione di cui all'art. 5 del d. lgs. 28/10 non preclude l'accesso alla giustizia, poiché attivato il procedimento di mediazione e trascorsi i quattro mesi di cui all'art. 6, l'accesso alla giustizia è possibile, e la condizione di procedibilità della domanda è assolta.

Ed infatti, che *dopo* il procedimento di mediazione la parte possa adire il giudice è circostanza del tutto evidente, e certamente non v'era bisogno che la legge ricordasse una ovvietà del genere, poiché nel nostro sistema è

¹ V. infatti già SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno Foro it.*, 2010, V, 146. Recentemente v. anche CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011.



impensabile che, *dopo* una condizione di procedibilità, non si possa procedere, ovvero non si dia alla parte il diritto della tutela giurisdizionale. Pertanto, se l'art. 60 della l. 69/09 aveva stabilito che la mediazione doveva darsi "senza precludere l'accesso alla giustizia", essa, evidentemente, non faceva riferimento alla possibilità della parte di adire il giudice *dopo* la mediazione, cosa scontata e ovvia, ma faceva riferimento alla necessità che la mediazione non condizionasse il diritto di azione, e quindi non fosse costruita come condizione di procedibilità.

Ne', sempre in senso contrario, può argomentarsi che il problema non sussiste per la brevità del termine di quattro mesi, cosicché la condizione di procedibilità dell'art. 5 sarebbe compensata dal termine breve fissato nell'art. 6.

Ciò, infatti, non può sostenersi perché il termine breve di quattro mesi era già stato fissato dalla legge delega, e precisamente nella lettera q) dell'art. 60, la quale, al tempo stesso, però, voleva che il procedimento di mediazione si desse comunque senza "precludere l'accesso alla giustizia".

Dunque, la legge delega voleva *sia* che il procedimento di mediazione non durasse più di quattro mesi, *sia* che il procedimento di mediazione non precludesse l'accesso alla giustizia.

L'argomento della brevità del termine non può quindi essere utilizzato per escludere l'eccesso di delega, poiché, al contrario, il d. lgs. 28/10, mantenendo il termine già fissato nella lettera q) dell'art. 60 della l. 69/09, non ha però rispettato la medesima disposizione di legge nella parte in cui escludeva che il procedimento potesse costituire condizione di procedibilità della domanda, ovvero fosse in grado di precludere, per tutta la sua durata, l'accesso al giudice.

Nel rispetto dell'art. 60 della legge delega 69/09 l'obbligatorietà del procedimento di mediazione in tutte le ipotesi dell'art. 5 del d. lgs. 28/10 va pertanto soppressa.

Altrimenti, l'art. 5 del d. lgs. 28/10, in contrasto con l'art. 60 della l. 69/09, è incostituzionale per violazione dell'art. 77 Cost.

3. Un secondo aspetto di incostituzionalità discende proprio dal DM 10 ottobre 2010 n. 180, che, con l'art. 16, ha approvato l'allegata tabella A, fissando un costo per l'attività di mediazione, che varia, a secondo del valore della controversia, da un minimo di € 65,00 ad un massimo di € 9.200,00, dovuto da ciascuna parte.

Al di là dei dubbi interpretativi che la norma può far sorgere, è evidente che la mediazione di cui al d. lgs. 28/10 ha un costo, e lo ha anche nelle ipotesi di mediazione obbligatoria, visto che lo stesso art. 16, 4° comma

espressamente prevede che detto costo “deve essere ridotto di un terzo nelle materie di cui all’art. 5, comma 1, del d. lgs.”.

Ora, a me sembra che la mediazione possa essere obbligatoria, oppure onerosa, ma non le due cose insieme, poiché se la mediazione, come nel nostro caso, è tanto obbligatoria quanto onerosa, allora è incostituzionale.

Sembra evidente, infatti, che il legislatore possa prevedere la mediazione come scelta libera e cosciente della parte, e in questi casi, quindi, anche prevedere che, chi la scelga, debba pagare il servizio; oppure il legislatore può subordinare l’esercizio della funzione giurisdizionale ad un previo adempimento², se questo è razionale e funzionale ad un miglioramento del servizio giustizia, ed in questo senso, come è avvenuto con l’art. 410 c.p.c., può anche prevedere un tentativo obbligatorio di conciliazione³, ma senza costi.

Se viceversa il tentativo obbligatorio di conciliazione ha un costo, e questo costo non è meramente simbolico⁴, come avviene con l’art. 16 DM 180/10, allora, nella sostanza, il sistema subordina l’esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro.

E poiché il nostro sistema non può subordinare l’accesso al giudice al pagamento di una somma di denaro, la media-conciliazione sta in contrasto con i nostri valori costituzionali, e in violazione dell’art. 24 Cost.

Ciò è detto anche alla luce degli orientamenti che la Corte costituzionale ha già avuto su questi temi, e mi sembra cosa talmente evidente da non necessitare di particolari commenti.

² Sulla legittimità costituzionale dei previ adempimenti amministrativi per far valere un diritto in giudizio v. infatti già Corte cost. 16 giugno 1964 n. 47; Corte cost., 8 luglio 1969 n. 125; Corte cost. 13 luglio 1970 n. 130.

³ Sulla legittimità costituzionale del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.* v. infatti Corte cost. 13 luglio 2000 n. 276, *Giur. cost.*, 2000, 2148.

⁴ La Corte costituzionale ha già differenziato le pretese economiche relative al funzionamento della giustizia a seconda che queste siano “di modestissima entità” o meno, considerando sempre in linea con i principi costituzionali le prime, e come passibili di illegittimità costituzionale le seconde.

In questo senso v. Corte cost. 8 giugno 1963 n. 83; e poi soprattutto, Corte cost., 8 aprile 2004 n. 114, che ha dichiarato incostituzionale l’art. 204 bis, comma 3 del d. lgs. 30 aprile 1992 n. 285, -anche per “l’entità economica dell’esborso”- nella parte in cui prevedeva che i giudizi avverso i verbali di contestazione d’infrazione alle norme sulle circolazione stradale dovessero esser condizionati, all’atto del deposito del ricorso, al versamento presso la cancelleria del giudice di pace, a pena d’inammissibilità del ricorso, di una somma pari alla metà del massimo edittale della sanzione inflitta dall’organo accertatore.

Sostanzialmente, il legislatore può pretendere denari per la funzione giurisdizionale civile solo se questi sono riconducibili a tributi giudiziari⁵ o a cauzioni volte a garantire l'adempimento dell'obbligazione dedotta in giudizio⁶.

In tutti gli altri casi, e fin da Corte costituzionale 29 novembre 1960 n. 67⁷, lo Stato non può pretendere denari per adempiere al suo primo e fondamentale dovere di rendere giustizia.

E l'imposizione del pagamento di una somma di denaro per l'esercizio di un diritto in sede giurisdizionale, quale oggi si realizza con la media-conciliazione in forza del combinato disposto dell'art. 5 d. lgs. 28/10 e art. 16 DM 180/10, si pone pertanto in contrasto con tutti i parametri di costituzionalità per come già definitivi in precedenti decisioni dalla Corte costituzionale, in quanto:

- a) si tratta di un esborso che non può essere ricondotto ne' al tributo giudiziario, ne' alla cauzione;
- b) si tratta di un esborso che non può considerarsi di modestissima, e nemmeno di modesta, entità;
- c) si tratta di un esborso che non va allo Stato, bensì ad un organismo, che potrebbe addirittura avere natura privata;

⁵ E, si badi, deve trattarsi di tributo giudiziario, e non di tributo *tout court*, sganciato dalla funzione giurisdizionale, poiché in questi casi, anche la pretesa di un tributo al fine dell'esercizio del diritto di azione, è incostituzionale per violazione dell'art. 24 Cost.

In questo senso v. già Corte cost. 5 ottobre 2001 n. 333, *Giur. Cost.*, 2001, 5, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 7 l. 9 dicembre 1998 n. 431, perché poneva quale condizione per la messa in esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato, adibito ad uso abitativo, la dimostrazione, da parte del locatore, della regolarità della propria posizione fiscale quanto al pagamento dell'imposta di registro sul contratto di locazione, dell'ICI e dell'imposta sui redditi relativa ai canoni, in quanto tale onere "ha fini esclusivamente fiscali e risulta privo di qualsivoglia connessione con il processo esecutivo e con gli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, sicché esso si traduce in una preclusione o in un ostacolo all'esperimento della tutela giurisdizionale, in violazione dell'art. 24 Cost." (così la sentenza).

Si veda anche Corte cost. 6 dicembre 2002 n. 522, per la quale "E' illegittima la disposizione che subordina alla registrazione, e quindi, al pagamento della conseguente imposta di registro, il rilascio della copia della sentenza da impiegare nella procedura esecutiva".

⁶ Sulla legittimità costituzionale delle cauzioni, se funzionali ad evitare "che dal comportamento dell'uno o dell'altro contendente possano derivare danni sensibili alla parte che risulti in definitiva avere ragione", v. Corte cost., 3 luglio 1963 n. 113.

In senso analogo Corte cost. 26 aprile 1962 n. 40; Corte cost. 2 dicembre 1970 n. 184; Corte cost. 22 giugno 1976 n. 142.

⁷ In *Giur. Cost.*, 1960, 1195, che dichiarò incostituzionale l'art. 98 c.p.c. sulla *cautio pro expensis*,

d) e si tratta infine di un esborso che nemmeno può considerarsi “razionalmente collegato alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione”⁸, poiché questi esborsi, di nuovo, sono da rinvenire solo nelle cauzioni e nei tributi giudiziari, non in altre cause di pagamento, e perché un esborso che non va allo Stato ma ad un organismo, anche di natura privata, non può mai avere queste caratteristiche.

4. Connesso a questo aspetto v'è ne un altro, più attinente all'art. 3 Cost. che l'art. 24 Cost., poiché la media-conciliazione rompe altresì il trattamento paritario nel processo tra attore e convenuto.

Ciò già avviene con il d. lgs. 28/10, che prevede la condizione di procedibilità *ex art. 5* per la domanda principale e non per la domanda riconvenzionale, ma oggi, più gravemente, avviene con l'art. 16 DM 180/10, concernente i criteri di determinazione delle indennità.

Tale disposizione, infatti, divide le indennità del procedimento di mediazione tra “spese di avvio del procedimento” e “spese di mediazione”.

Le “spese di avvio del procedimento” sono dovute da “ciascuna parte” ma sono versate “dall'istante al momento del deposito della domanda” (2° comma).

Parimenti “le spese di mediazione indicate sono dovute in solido da ciascuna parte che *ha aderito* al procedimento”.

Dunque, il decreto ministeriale espressamente prevede che la parte convenuta possa *non* aderire al procedimento, mentre non è chiaro se stessa facoltà sia riconosciuta alla parte attrice.

Cosicché, a me sembra, ai sensi dell'art. 3 Cost.: a) o si ritiene che anche l'attore possa *non aderire* al procedimento, e quindi possa versare la sola spesa di avvio del procedimento ai fini dell'art. 5 del d. lgs. 28/10 con contestuale dichiarazione di non voler avvalersi del servizio; b) oppure il sistema è in violazione del principio d'eguaglianza, consentendo solo alla parte convenuta di non aderire al procedimento, ma non alla parte attrice, che si vedrebbe *ob torto collo* obbligata al procedimento di mediazione per poter far valere in giudizio un suo diritto.

L'istituto della media-conciliazione, in questi termini, non viola così solo l'art. 24 Cost. (per essere, al tempo stesso, obbligatoria e onerosa), ma viola anche l'art. 3 Cost., perché pone su piani diversi, e tratta diversamente, la parte attrice rispetto a quella convenuta⁹.

⁸ Così, ancora, Corte cost., 6 dicembre 2002 n. 522.

⁹ v. ancora Cost cost. 23 novembre 1960, cit., : “dalla combinazione degli artt. 3 e 24 Cost. Si desume il principio che la facoltà di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.....deve trovare attuazione uguale per tutti”.

Ne', contro questo argomento, si può sostenere che la diversità di trattamento dipende dalla diversità delle pretese, perché è l'attore che vuol adire il giudice, non il convenuto.

Un rilievo del genere può esser fatto solo da chi veda nell'attore un rompiscatole da arginare e non la parte che ha subito un torto e chiede giustizia.

Adire il giudice è un diritto costituzionale, e chi intende farlo non deve subire pregiudizi rispetto alle altre parti processuali, che possono essere proprio quelle che hanno causato l'insorgere della lite per una violazione di legge.

Altrimenti il sistema, oltre ad infrangere il trattamento paritario delle parti in giudizio, rischia altresì di compromettere seriamente l'elementare dovere del rispetto delle obbligazioni, con gravi ripercussioni non solo sul diritto, ma anche sull'economia.

E residuerebbe allora da chiedersi per quale motivo una parte dovrebbe adempiere all'obbligazione, se la controparte che ne ha diritto, per ottenere una simile pretesa, non solo ha l'onere di servirsi di una giustizia che non funziona, ma anche ha l'onere di anteporre a detto giudizio un procedimento di mediazione che deve *solo lui* pagare, e che probabilmente terminerà con una proposta di conciliazione con la quale, in sostanza, gli si chiederà di rinunciare a qualcosa per evitare il giudizio.

Calamandrei, già negli anni venti, esortava a riflettere sulla circostanza di come "nulla contribuirebbe da noi alla ripresa dei traffici e al rinvigorismento del pubblico costume quanto una serie di leggi processuali che colpissero inesorabilmente i debitori inadempienti e che riportassero in onore il principio elementare che i debiti devono essere puntualmente pagati"¹⁰.

La media-conciliazione dei nostri tempi non mi sembra affatto orientata in tal senso.

5. Un quarto aspetto di incostituzionalità attiene all'organizzazione interna degli organismi di conciliazione, anche per come definiti con l'art. 4 del DM 180/10.

Ed infatti, nel momento in cui la procedura di mediazione è resa obbligatoria al fine di far valere in giudizio un diritto, e nel momento in cui le attività del mediatore interferiscono con l'esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto i verbali di conciliazioni costituiscono titolo esecutivo (art. 12, d. lgs. 28/10), le proposte di conciliazione hanno conseguenze sulla liquidazione delle spese del giudizio (art. 13, d. lgs. 28/10), nonché la mancata

¹⁰ CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, in *Opere*, Napoli, 1983, IX, 124.

partecipazione al procedimento di mediazione può rilevare *ex art.* 116, 2° comma c.p.c. (art. 8, d. lgs. 28/10), va da sé che il procedimento ha funzione pubblica, e deve pertanto rispondere ai requisiti di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., soprattutto quando l'organismo è ente pubblico.

Ora, niente di questo si trova nell'art. 4 del DM 180/10, che usa talune espressioni elastiche, e fissa blandi criteri di professionalità dei mediatori, ma niente più, senza prescrivere come doverose le condizioni minime di trasparenza, eguaglianza e imparzialità dovute all'esercizio di una funzione pubblica.

In particolare il decreto ministeriale doveva prevedere criteri oggettivi circa l'assegnazione delle pratiche fra i vari mediatori dell'organismo, nonché criteri oggettivi circa il reclutamento degli aspiranti mediatori presso gli organismi costituiti da enti pubblici.

a) Sul primo aspetto, l'assegnazione della pratica al singolo mediatore all'interno dell'organismo andava fissata con criteri oggettivi, analoghi, seppur in forma semplificata, a quelli che sussistono nei tribunali con il sistema c.d. tabellare, visto che, come detto, l'attività del mediatore interferisce con la giurisdizione.

Il DM 180/10 è rimasto viceversa silente sul punto, lasciando così la questione alla discrezionalità dell'organismo, che la regolerà in base al proprio statuto.

In questo modo si potranno avere statuti che prevedranno l'assegnazione delle pratiche su designazione discrezionale del presidente, oppure di un garante, singolo o collegiale, o di altro soggetto, all'uopo istituito.

E' grave, oltretutto in violazione dell'art. 97 Cost., che il decreto ministeriale non abbia imposto la sussistenza di un meccanismo oggettivo e predeterminato per l'assegnazione delle pratiche tra i vari mediatori dell'organismo quale condizione per iscrivere l'organismo al registro, perché l'assenza di una simile previsione da una parte rischia di compromettere l'indipendenza e la terzietà del mediatore, e dall'altra attribuisce un potere gestionale inammissibile all'organismo, che può così liberamente attribuire le pratiche più importanti (e/o più redditizie) a taluni mediatori, e quelle meno rilevanti (e/o meno redditizie) ad altri mediatori.

b) Sulla seconda questione, niente ancora si trova nel DM 180/10, e tutto, di nuovo, sembra rimesso ai singoli statuti degli organismi.

V'è da evitare che lo statuto di un organismo pubblico possa prevedere che, anche a parità di condizioni, l'ammissione di un professionista tra i mediatori dell'organismo sia rimessa alla delibera discrezionale del consiglio direttivo, o del presidente, o del comitato scientifico, ecc.....



Anche qui è evidente che delle due l'una: ba) o l'organismo istituito da ente pubblico fissa le condizioni di accesso dei professionisti in qualità di mediatore, e dopo di che chi abbia quei requisiti deve poter accedere all'organismo; bb) oppure l'organismo si attribuisce il potere discrezionale di ammettere o meno un professionista, anche a parità di condizioni con un altro, e allora siamo fuori da ogni criterio di trasparenza, eguaglianza e imparzialità tipiche dell'esercizio di una funzione pubblica.

Il DM 180/10 doveva espressamente prevedere che gli organismi costituiti da enti pubblici *devono* consentire l'accesso a domanda a chi ne abbia i requisiti¹¹.

Non aver previsto una cosa del genere, oltre a consentire la gestione degli organismi in modo non trasparente, urta con le regole di cui all'art. 97 Cost.

¹¹ E così come se taluno ha superato gli esami per l'esercizio della professione forense ha diritto all'iscrizione all'albo degli avvocato e la domanda non può essere rigettata se non per motivi oggettivi previsti dalla legge, allo stesso modo se un professionista ha i requisiti previsti dalla legge per svolgere le funzioni di mediatore deve poter accedere all'organismo costituito da ente pubblico.