

Compare l'avv.....per la parte.....il quale eccepisce l'incostituzionalità dell'art. 5 del d. lgs. 28/10, anche in combinato disposto con l'art. 60 della l. 18 giugno 2009 n. 69, nonché con gli artt. 4 e 16 del DM 10 ottobre 2010 n. 180, per violazione degli artt. 77, 24, 3 e 97 Cost., per le ragioni che si passano ad esporre.

Violazione dell'art. 77 Cost.

V'è, in primo luogo, un 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 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 non poteva dunque darsi. L'art. 5 del d. lgs. 28/10, in contrasto con l'art. 60 della l. 69/09, è pertanto incostituzionale per violazione dell'art. 77 Cost.

Violazione dell'art. 24 Cost.

In secondo luogo si deve prendere atto 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 del DM 10 ottobre 2010 n. 180 espressamente prevede che detto costo "deve essere ridotto di un terzo nelle materie di cui all'art. 5, comma 1, del d. lgs."

Si eccepisce, al riguardo, che la mediazione può 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 adempimento, 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 conciliazione, ma senza costi.

Se viceversa il tentativo obbligatorio di conciliazione ha un costo, e questo costo non è meramente simbolico, 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.

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

giudizio.

In tutti gli altri casi, e fin da Corte costituzionale 29 novembre 1960 n. 67, 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 né al tributo giudiziario, né 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;
- 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", 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.

Violazione dell'art. 3 Cost.

In terzo luogo 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.

Cosicché, 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 di cui all'art. 5 del d. lgs. 28/10, in combinato disposto con l'art. 16 DM 180/10, 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 convenuta.

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.

Violazione dell'art. 97 Cost.

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 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.

Soprattutto, sotto il 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.

L'art. 5 d. lgs. 28/10, in combinato disposto con l'art. 4 del DM 180/10, si pone pertanto in contrasto con l'art. 97 Cost., visto che l'assenza di un meccanismo oggettivo e predeterminato per l'assegnazione delle pratiche rischia di compromettere l'indipendenza e la terzietà del mediatore, attribuendo un potere gestionale inammissibile all'organismo.

E' la violazione dell'art. 97 Cost. si evidenzia come fondata ove solo si considera che l'attività del mediatore interferisce come detto con quella giurisdizionale, e quindi ha la necessità di essere esercitata alla luce di detti criteri di trasparenza, indipendenza e imparzialità.

P.Q.M.

si chiede che l'Ill.mo Tribunale Voglia rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d. lgs. 28/10, anche in combinato disposto con l'art. 60 della l. 18 giugno 2009 n. 69, nonché con gli artt. 4 e 16 del DM 10 ottobre 2010 n. 180, per violazione degli artt. 77, 24, 3 e 97 Cost. secondo le ragioni sopra esposte.

Ossequi.