

Mediazione

# La “storia infinita” della mediazione obbligatoria

di **Enrico Minervini**

La mediazione obbligatoria ha percorso, in quest'ultimo anno, un lungo e difficile itinerario, che ha avuto come tappe la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2012, il c.d. Decreto del Fare e la legge di conversione.

## La sentenza della Corte Costituzionale, il c. d. Decreto del Fare, la legge di conversione

È trascorso ormai un anno dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2012 (1), qualificata con un po' di enfasi come «la più nota» tra quelle pronunciate dalla Corte stessa nell'anno 2012, e comunque come una di quelle che ha «nel contempo destato maggiori speranze e timori nell'avvocatura italiana»: desiderata dalla gran parte degli avvocati, critici e scettici nei confronti della mediazione obbligatoria, e nel contempo temuta da coloro che avevano dedicato energia e risorse per diventare mediatore o per costituire un organismo di mediazione (2). La sentenza della Corte Costituzionale è stata oggetto di una valanga di commenti, specie ad opera di studiosi delle A.D.R. (3): e ciò non desta meraviglia, in quanto la sentenza «non è un punto di arrivo, ma di partenza», e «pone assai più questioni di quelle che risolve» (4). Infatti, il punto di partenza non può essere che quello evidenziato sin dai primissimi commenti: «povera mediazione, si potrebbe oggi esclamare (...), sbattuta tra pasticci normativi e qualche particolarismo di troppo» (5); dalla disputa sulla mediazione obbligatoria «esce sconfitto il legislatore delegato, ma esce sconfitta anche la mediazione», che «dalla confusione determinata dal dibattito creato su questo tema avrà sicuramente difficoltà a riemergere senza postumi» (6), in quanto la sentenza segna indubbiamente «una battuta d'arresto nel processo di diffusione della mediazione» (7). Infatti, la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme che disciplinano la mediazione obbligatoria, facendo crollare il numero delle domande di mediazione, ha affossato molti organismi di mediazione, principalmente privati, molti dei quali sono stati costretti a chiudere i battenti, ed a

### Note:

(1) La sentenza è pubblicata tra l'altro in *Guida dir.*, 5 gennaio 2013, 2, 19 ss.; in *Giust. civ.*, 2013, I, 10 ss.; in *Società*, 2013, 71 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, 257 ss.; in questa *Rivista*, 2013, 231 ss.; in *Foro it.*, 2013, I, 1091 ss.; in *Giur. cost.*, 2012, 4282 ss.

(2) G. Finocchiaro, *Osservazioni minime a margine della declaratoria di illegittimità costituzionale della c.d. «mediazione obbligatoria»*, in *Giust. civ.*, 2013, I, 23, del quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette. Cfr. anche G. Pistorio, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giur. cost.*, 2012, 4333, 4336; C. Gamba, *La Corte Costituzionale e la mediazione: un «giudice indifferente al conflitto» o una corte che tace?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 350, 353.

(3) Tra gli altri, piace ricordare i contributi di F.P. Luiso, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Società*, 2013, 76 ss.; I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corr. giur.*, 2013, 262 ss.; C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, in *Giur. it.*, 2013, 605 ss.; E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria, se il contratto o lo statuto la prevedono*, *ibidem*, 894 ss.

(4) G. Finocchiaro, *Sulle questioni legate ai costi dei procedimenti restano inevase le censure di incostituzionalità*, in *Guida dir.*, 5 gennaio 2013, 2, 31. Nel senso che «la sentenza n. 272 del 2012 rappresenti solo una tappa intermedia di un percorso che è ancora ben lungi dall'essere completato» si pronuncia L. Nannipieri, *Incostituzionalità della mediazione civile e commerciale obbligatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, in [www.forum-costituzionale.it](http://www.forum-costituzionale.it).

(5) D. Dalfino, *Povera mediazione*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com). Di «pasticcio» di «portata colossale» parla A. Sirotti Gaudenzi, *Mediazione ed eccesso di delega: il vizio formale non deve affossare l'istituto*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

(6) M. Marinaro, *Mediazione civile: un'illegittimità costituzionale che nasconde la sconfitta del sistema giustizia*, in *Guida dir.*, 3 novembre 2012, 44, 10. L'autore parla anche dell'«effetto boomerang che inevitabilmente deriverà alla mediazione da questa avventura». Di «fallimento» per il legislatore delegato parla F. Russo, *Mediazione civile - i paralipomeni alla batracomiomachia. Proposte per una nuova conciliazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

(7) A. Busacca, *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la mediazione obbligatoria*, in questa *Rivista*, 2013, 251. A. Uzqueda, *La mediazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012. Il ruolo dell'avvocato in mediazione*, in *Foro pad.*, 2013, II, 51, segnala che la sentenza della Corte ha comportato «la paralisi del sistema».

licenziare il personale (8). Ma dalla disputa in parola esce sconfitto l'intero «sistema giustizia», sicché «non vi sono allora vincitori», e «tutti escono sconfitti da questa vicenda» (9).

Sorprendentemente, il Governo è intervenuto per «neutralizzare» gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale con l'art. 84 comma 1 d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. Decreto del Fare), che apporta una serie di modificazioni al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, reintroducendo, tra l'altro, la mediazione obbligatoria. Peraltro, il c.d. Decreto del Fare è stato convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, con profonde modificazioni all'art. 84, comma 1, e con l'inserimento dell'art. 84-bis.

È giunto allora il momento per formulare qualche notazione in punta di penna, che prenda spunto e tragga profitto dagli interventi di tanti autorevoli studiosi, in merito al lungo itinerario - sentenza della Corte Costituzionale; c.d. Decreto del Fare; legge di conversione - percorso in quest'ultimo anno dalla mediazione obbligatoria.

### **L'illegittimità costituzionale per eccesso di delega dell'art. 5 comma 1 d. lgs. n. 28 del 2010**

Com'è noto, nella sentenza n. 272 del 2012 la Corte Costituzionale sostiene che «devono essere esaminate con priorità, per ragioni di ordine logico, le questioni di legittimità costituzionale sollevate, in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost., nei confronti dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010, con particolare riguardo al carattere obbligatorio che detta norma, in asserita violazione della legge delega, attribuisce al preliminare esperimento della procedura di mediazione» (punto 12). A tal fine, la Corte osserva che «sia la legge delega (art. 60, comma 2 e comma 3, lett. c, l. n. 69 del 2009), sia il d.lgs. n. 28 del 2010 (preambolo) si richiamano al rispetto e alla coerenza con la normativa dell'Unione europea», con conseguente necessità di «una ricognizione, sia pure concisa, degli elementi desumibili da tale normativa» (punto 12.1). All'esito, la Corte afferma che «la disciplina dell'U.E. si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie», sicché «l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella citata normativa» (punto 12.2). La Corte procede poi «all'interpretazione della legge delega (art. 60 l. n. 69 del 2009), al fine di verificare il rispetto dei principi

da essa posti in sede di emanazione del d. lgs. n. 28 del 2010 e, in particolare, delle disposizioni oggetto di censure», e rileva che la legge delega, «tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione», e che non «giova il richiamo alla sentenza di questa Corte n. 272 del 2000». La Corte conclude affermando che, «alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010, per violazione degli articoli 76 e 77 Cost.», e che «la declaratoria deve essere estesa all'intero comma 1, perché gli ultimi tre periodi sono strettamente collegati a quelli precedenti (oggetto delle censure), sicché resterebbero privi di significato a seguito della caducazione di questi» (punto 13). La Corte procede poi, «ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e quindi in via consequenziale alla decisione adottata», a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una serie di norme del d.lgs. n. 28 del 2010 (punto 13) - ed in proposito si dirà nei paragrafi che seguono -, e conclude dichiarando che «ogni altro profilo resta assorbito» (punto 14).

La sentenza, nella parte in cui dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 comma 1 d.lgs. n. 28 del 2010 per eccesso di delega, ha incontrato diffusi consensi in dottrina. Così, tra i cultori delle A.D.R., si è sottolineato come «la lacuna testuale della legge delega era evidente» (10), sicché la Corte Costituzionale «non avrebbe potuto fare altrimenti» (11): la sentenza è pertanto «pienamente condivisibile sotto ogni aspetto» (12).

Dal canto loro, gli studiosi della giustizia costituzionale hanno rilevato che «la sentenza n. 272 del

#### **Note:**

(8) N. Soldati, *Due Sezioni per il Registro, Verifica sulle professionalità*, in AA.VV., *La nuova mediazione*, in *Il Sole-24 Ore*, Suppl. 25 settembre 2013, 15; Id., *Ripristino dopo lo stop della Consulta*, *ibidem*, 2. Vedi anche F. Ferraris, *La novellata mediazione nelle controversie civili e commerciali: luci e ombre di un procedimento "revitalizzato"*, in questa *Rivista*, 2013, 954.

(9) M. Marinaro, *Mediazione civile: un'illegittimità costituzionale*, cit., 10 s.

(10) M. Marinaro, *Mediazione civile: un'illegittimità costituzionale*, cit., 11. Vedi anche A. Spadafora, *Il danno da violazione dell'affidamento incolpevole nel corretto esercizio del potere normativo: verso un'applicazione estensiva del modello risarcitorio?*, in *Giust. civ.*, 2013, I, 912 ss., 920 ss., 923 ss.

(11) A. Sirotti Gaudenzi, *Mediazione ed eccesso di delega*, cit.

(12) G. Finocchiaro, *Osservazioni minime*, cit., 24. Peraltro, ad avviso di D. Dalfino, *Povera mediazione*, cit., «l'eccesso di delega (...) non era così evidente come si è da più parti ritenuto», sicché «la strada dell'eccesso di delega non era poi così nitidamente segnata».

2012 si inserisce a pieno titolo nel filone giurisprudenziale sul c.d. eccesso di delega»: anzi, risalta dalla lettura della stessa «una scrupolosa applicazione, da parte della Corte, del procedimento individuato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, a partire dalla seconda parte degli anni '90 del secolo scorso, per sindacare l'eccesso di delega», anche se «la Corte sembra irrigidire ulteriormente la propria giurisprudenza sulla legittimità degli interventi normativi del Governo attuati sulla base di norme di delegazione non esplicitate dalla delega, ma comunque ricomprese nella stessa in via interpretativa» (13). E così, si ipotizza che la sentenza «rappresenti un cambio di prospettiva ed inauguri una nuova stagione della giurisprudenza costituzionale caratterizzata da un severo e rigoroso sindacato sui vizi formali della delega legislativa» (14).

Tuttavia, sembra condivisibile l'atteggiamento, scettico e disincantato, di chi ha affermato che sul merito della decisione vi è poco da dire: «i criteri utilizzati dalla Corte per l'eccesso di delega sono francamente molto sfumati e non sempre omogenei»; pertanto, «dissertare sul punto sembra francamente superfluo», in quanto «la Corte ha dichiarato l'eccesso di delega, e tanto basta» (15).

Pur nella consapevolezza della corretta applicazione, da parte della Corte Costituzionale, del principio dell'assorbimento delle questioni (16), resta poi aperto il problema se la Corte non abbia perso un'occasione per fare chiarezza sulla legittimità della mediazione obbligatoria: a fronte di chi lo nega (17), non manca chi sottolinea, esattamente, come la Corte avrebbe potuto adottare «un'impostazione un po' meno prudente», anche se «rispettosa del metodo adottato nello scrutinio delle questioni di legittimità costituzionale» (18).

### **l'illegittimità costituzionale in via consequenziale: delle norme del d.lgs. n. 28 del 2010 che richiamano espressamente l'art. 5 comma 1 dello stesso d.lgs.**

Come si è accennato in precedenza, la sentenza della Corte Costituzionale non si limita a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 comma 1 d.lgs. n. 28 del 2010 per eccesso di delega, ma procede anche «ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e quindi in via consequenziale alla decisione adottata», a dichiarare «l'illegittimità costituzionale: a) dell'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo ("l'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale") e al sesto

periodo, limitatamente alla frase "se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1"; b) dell'art. 5, comma 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole "fermo quanto previsto dal comma 1"; c) dell'art. 5, comma 4, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole "i commi 1 e"; d) dell'art. 5, comma 5, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole "fermo quanto previsto dal comma 1"; e) dell'art. 6, comma 2, del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase "e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo cinque"; f) dell'art. 7 del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase "e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1"; g) dello stesso art. 7 nella parte in cui usa il verbo "computano", anziché "computa"; h) dell'art. 8, comma 5, del detto decreto legislativo; i) dell'art. 11, comma 1, del detto decreto legislativo, limitatamente al periodo "prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13"; l) dell'intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo "resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile"; m) dell'art. 17, comma 4, lett. d, del detto decreto legislativo; n) dell'art. 17, comma 5, del detto decreto legislativo; o) dell'art. 24 del detto decreto legislativo» (punto 13).

#### **Note:**

(13) L. Nannipieri, *Incostituzionalità della mediazione*, cit. Vedi anche G. Cosmelli, *Ancora in tema di illegittimità della mediazione civile c.d. obbligatoria: sugli effetti dei comunicati-stampa della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, 499 s.

(14) G. Pistorio, *Uso o abuso dell'assorbimento?*, cit., 4338.

(15) Così, F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 77, le cui conclusioni sono condivise da I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 264, testo e nota 7, la quale sottolinea che «sull'eccesso di delega è difficile pronunciarsi, visti gli orientamenti del giudice delle leggi».

(16) G. Finocchiaro, *Per il diritto dell'Unione vale la doppia opzione*, in *Guida dir.*, 5 gennaio 2013, 2, 36; L. Nannipieri, *Incostituzionalità della mediazione*, cit.; G. Pistorio, *Uso o abuso dell'assorbimento?*, cit., 4336. Più cauta la posizione di F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 77, secondo il quale «probabilmente la Corte ha utilizzato il criterio della ragione più liquida».

(17) G. Finocchiaro, *Per il diritto dell'Unione*, cit., 36. Vedi anche C. Gamba, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 363 s.

(18) L. Nannipieri, *Incostituzionalità della mediazione*, cit., secondo cui la Corte avrebbe potuto formulare degli *obiter dicta*, ovvero lanciare un monito al legislatore. Vedi anche G. Pistorio, *Uso o abuso dell'assorbimento?*, cit., 4341, secondo la quale il silenzio sui profili assorbiti preclude alla Corte di assolvere la sua funzione persuasiva nei confronti del legislatore; A. Busacca, *Ratio della riforma*, cit., 251, nota 49, secondo la quale la Corte avrebbe potuto «osare di più». Più cauta la posizione di G. Cosmelli, *Ancora in tema di illegittimità*, cit., 500.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale di ben 13 disposizioni del d.lgs. n. 28 del 2010 ha immediatamente catturato l'attenzione della dottrina: i commenti alla sentenza sono per la gran parte dedicati non alla dichiarazione di illegittimità costituzionale per eccesso di delega dell'art. 5 comma 1 d.lgs., ma alla dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale delle 13 disposizioni del d.lgs.

Naturalmente, non è questa la sede adatta per analizzare ed approfondire la controversa nozione di illegittimità costituzionale in via consequenziale, di cui all'art. 27 l. n. 87 del 1953: qualche considerazione però si impone.

Giova partire da una constatazione elementare: in tema di dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale la sentenza non reca alcuna specifica motivazione (19), sicché compete all'interprete di indagare «su cosa può aver spinto la Corte a dichiarare l'illegittimità consequenziale» (20).

Al riguardo, la dottrina propone di ripartire le 13 disposizioni in due gruppi: per il primo, in cui vengono collocate le norme indicate *sub a), b), c), d), e), f), g), m), n), o* nella sentenza, la «incostituzionalità consequenziale è, per così dire, ovvia e senza particolari conseguenze» (21), sicché al riguardo «vi è poco da dire» (22), e «nulla vi è da obiettare» (23); per il secondo, in cui vengono collocate le norme indicate *sub h), i), l)* nella sentenza, la «incostituzionalità consequenziale è invece meno evidente ma assai più incisiva» (24), è «meno ovvia e (...) proprio per questo ha una portata maggiormente rilevante» (25), sicché qualche «perplexità suscita l'operato della Corte» (26).

Orbene, la illegittimità costituzionale in via consequenziale è evidente per le (sole) disposizioni che richiamano espressamente l'art. 5 comma 1 d.lgs. n. 28 del 2010 (27): si tratta delle norme collocate dalla dottrina nel primo gruppo, con un'unica eccezione, rappresentata dall'art. 4 comma 3 periodo 2 d.lgs., che (non a caso) non richiama l'art. 5, comma 1, d.lgs.

All'art. 4 comma 3 periodo 2 d.lgs., ed alle disposizioni collocate dalla dottrina nel secondo gruppo, e precisamente agli artt. 8 comma 5, 11 comma 1 e 13 d.lgs., è dedicato il paragrafo seguente.

### **(Segue): degli artt. 4 comma 3 proposizione 2; 8 comma 5; 11 comma 1 proposizione 4; 13 d.lgs. n. 28 del 2010**

L'art. 4 comma 3 periodo 2 d.lgs. n. 28 del 2010 statuisce, come si è illustrato in precedenza, che «l'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'espe-

rimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale non soltanto nell'ipotesi contemplata dall'art. 5, comma 1, d.lgs. - di cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega - ma anche nell'ipotesi prevista dall'art. 5 comma 5 d.lgs. (28): ed, infatti, in dottrina si distingue la mediazione obbligatoria per legge dalla mediazione obbligatoria per volontà delle parti (29).

Orbene, la sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della mediazione obbligatoria per legge, e non della mediazione obbligatoria per volontà delle parti, in quanto la Corte costituzionale non è intervenuta sull'art. 5 comma 5 d.lgs. (30)

È evidente, allora, il peccato di distrazione in cui è incorsa la sentenza (31): l'art. 4 comma 3 periodo 2

#### **Note:**

(19) M. Marinaro, *Mediazione civile: una nuova cultura del conflitto per ridare speranza di cambiamento alla giustizia*, in *Guida dir.*, 5 gennaio 2013, 2, 9; G. Triscari, *La mediazione civile e commerciale ieri, oggi: e domani*, in *Giur. merito*, 2013, 845; C. Pardini, *La pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272 e alcune promettenti applicazioni in materia di mediazione delegata*, in *www.judicium.it*. Di «laconica motivazione» preferisce parlare C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 607; di «ristrettezza» della motivazione C. Gamba, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 362.

(20) Così, con riferimento agli articoli 8 comma 5, 11 comma 1, e 13 d.lgs. n. 28 del 2010, I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 267.

(21) F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 78. Cfr. anche I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 264; D. Dalfino, *Osservazioni*, in *Foro it.*, 2013, I, 1112.

(22) I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 264.

(23) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 607.

(24) F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 78.

(25) I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 264. Cfr. anche D. Dalfino, *Osservazioni*, cit., 1112.

(26) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 607.

(27) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 607. L'autrice non si avvede peraltro della circostanza che l'art. 4, comma 3 proposizione 2 d.lgs. non richiama l'art. 5 comma 1 del d.lgs.

(28) Per tutti, cfr. G. Battaglia, *sub Art. 5*, in A. Castagnola-F. Delfini (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010, 108 s.; S. Zorzetto, *Clausole di mediazione o conciliazione ai sensi dell'art. 5, comma 5°, D. Lgs. n. 28/10*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2012, 363.

(29) La mediazione obbligatoria per volontà delle parti è detta anche mediazione concordata o contrattuale: per queste ed altre denominazioni vedi S. Zorzetto, *Clausole di mediazione o conciliazione*, cit., 359.

(30) G. Triscari, *La mediazione*, cit., 843, 853; E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., 895; A. Uzqueda, *La mediazione*, cit., 46 s.

(31) E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., 896, preferisce parlare di «piccola sbavatura».

d.lgs. riguarda non soltanto la mediazione obbligatoria per legge, ma anche la mediazione obbligatoria per volontà delle parti (e non a caso, come si è già rilevato, la norma non richiama l'art. 5, comma 1 d.lgs., ma si riferisce ai casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), sicché la Corte Costituzionale non avrebbe dovuto dichiarare l'illegittimità costituzionale in via consequenziale dell'art. 4 comma 3 periodo 2 d.lgs.

È comunque agevole ipotizzare che, in ipotesi di mediazione obbligatoria per volontà delle parti, l'avvocato sia tenuto, in forza del principio di buona fede oggettiva o correttezza (32), a comunicare all'assistito che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, giusta la clausola di mediazione.

L'art. 8 comma 5 d.lgs. n. 28 del 2010 così recita: «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'art. 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio» (33).

L'art. 8 comma 5 proposizione 1 d.lgs. si applica in tutte le ipotesi di mediazione (34): facoltativa o volontaria, obbligatoria per legge, obbligatoria per volontà delle parti, delegata (oggi trasformata in mediazione disposta dal giudice: ma sul punto si tornerà) (35). Dal canto suo, l'art. 8 comma 5 proposizione 2 d.lgs. trova applicazione in tutti i casi previsti dall'art. 5 d.lgs., e quindi nelle ipotesi di mediazione obbligatoria per legge, obbligatoria per volontà delle parti, delegata: i campi di applicazione delle due proposizioni non coincidono (36).

Orbene, la sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della mediazione obbligatoria per legge, e non della mediazione obbligatoria per volontà delle parti (37), né della mediazione delegata e della mediazione facoltativa o volontaria (38).

Non si comprende, allora, perché la Corte Costituzionale abbia dichiarato la illegittimità costituzionale in via consequenziale dell'art. 8 comma 5 d.lgs. (39). La proposizione 1 non era «inscindibilmente connessa» all'art. 5 comma 1 d.lgs., non essendovi in essa «alcun rimando alla mediazione obbligatoria» per legge (40), sicché di illegittimità costituzionale in via consequenziale non si può parlare (41). La proposizione 2 conteneva «un espresso riferimen-

to all'art. 5, ma non solo al comma 1 e pertanto - venuto meno il comma 1 - avrebbe potuto continuare ad applicarsi ancora ai casi previsti dagli altri commi dell'art. 5» (42). Ma sul punto si dovrà tornare in seguito, dopo aver trattato degli artt. 11 comma 1 e 13 d.lgs.

Piuttosto, giova evidenziare la possibilità di «recuperare» (sia consentito adoperare siffatta espressione atecnica) il disposto dell'art. 8 comma 5 proposizione 1 d.lgs., e cioè il potere del giudice di desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c., per le ipotesi di mediazione delegata e di mediazione obbligatoria per volontà delle parti (ma non di mediazione facoltativa o volontaria). Si pensi da un lato al caso in cui le parti aderiscano all'invito del giudice a procedere alla mediazione, con le conseguenze di cui all'art. 5 comma 2 d.lgs., e poi una di esse non pren-

#### Note:

(32) A questa conclusione perviene E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., 897.

(33) La seconda proposizione dell'art. 8 comma 5 d.lgs. è stata aggiunta dall'art. 2 comma 35-sexies d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modif. in l. 14 settembre 2011, n. 148. Ancora, a tale seconda proposizione l'art. 12 comma 1 lett. b d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 aveva anteposto le parole «con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva di cui all'art. 5, comma 1»: ma in sede di conversione, con modificazioni, in legge 17 febbraio 2012, n. 10, l'intero art. 12 d.l. è stato soppresso.

(34) Per tutti, cfr. A. Santi, sub *Art. 8*, in M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, 243; M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, 760.

(35) La mediazione delegata è detta anche mediazione sollecitata: per queste denominazioni vedi G. Battaglia, sub *Art. 5*, cit.

(36) M. Bove, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *Società*, 2012, 303; M. Vaccari, *Media-conciliazione e funzione conciliativa del giudice*, in *Giur. merito*, 2012, 1117 s.

(37) Cfr. gli autori citati nella nota 30.

(38) G. Finocchiaro, *Osservazioni minime*, cit., 26; Id., *Nessuna contrapposizione tra Adr e processo*, in *Guida dir.*, 5 gennaio 2013, 2, 37; G. Triscari, *La mediazione*, cit., 843, 853; D. Dalfino, *Povera mediazione!*, cit.; A. Uzqueda, *La mediazione*, cit., 46 s.; C. Gamba, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 362.

(39) I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 266, 268. Vedi anche, con particolare riguardo alla mediazione obbligatoria per volontà delle parti, E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., 897.

(40) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 608, della quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette. Vedi anche A. Sirotti Gaudenzi, *Mediazione ed eccesso di delega*, cit.

(41) F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 79 s.

(42) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 608. *Contra*, F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 79 s., secondo il quale «di incostituzionalità consequenziale si può parlare, in senso stretto, solo per la seconda frase dell'art. 8, comma 5».

da parte senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, e dall'altro al caso in cui una parte eccepisca l'inosservanza di una clausola di mediazione o di conciliazione, con le conseguenze di cui all'art. 5 comma 5 d.lgs., e poi la parte stessa non prenda parte senza giustificato motivo al procedimento di mediazione. In ambo i casi, trova applicazione l'art. 116 comma 2 c.p.c., secondo cui il giudice può desumere argomenti di prova dal contegno delle parti nel processo, e cioè dall'adesione all'invito del giudice o dalla proposizione dell'eccezione di inosservanza di una clausola di mediazione seguita dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione (43).

L'art. 11 comma 1 proposizione 4 d.lgs. n. 28 del 2010 così dispone: «prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13». Dal canto suo, l'art. 13 d.lgs. così statuisce: «quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 e 96 c.p.c. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8, comma 4 [comma 1]. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente [comma 2]. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri [comma 3]».

Tanto l'art. 11 comma 1 proposizione 4 quanto l'art. 13 d.lgs., sono applicabili a tutte le forme di mediazione (facoltativa o volontaria, obbligatoria per legge, obbligatoria per volontà delle parti, delegata): il punto è assolutamente pacifico (44). Del pari è pacifico, come si è illustrato in precedenza, che la sentenza ha inciso sulla mediazione obbligatoria per legge, ma non sulla mediazione obbligatoria per vo-

lontà delle parti, sulla mediazione delegata e sulla mediazione facoltativa o volontaria (45).

Pertanto, «il ragionamento seguito dalla Corte» è «tutt'altro che evidente», in quanto «proposta del mediatore e mediazione obbligatoria sono due profili ben distinti» (46). L'art. 11 comma 1 proposizione 4 e l'art. 13 d.lgs. non possono essere considerati «inscindibilmente» connessi all'art. 5 comma 1 d.lgs. (47), sicché di illegittimità costituzionale in via consequenziale non si può parlare (48).

Ma vi è di più. L'art. 60 comma 3 lett. p l. n. 69 del 2009 statuisce che, nell'esercizio della delega, il Governo si attiene, tra gli altri, al seguente principio o criterio direttivo: «prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 c.p.c., e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'art. 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115». Insomma, l'art. 13 d.lgs. riproduce, con qualche variazione, l'art. 60 comma 3 lettera p), della legge n. 69 del 2009 (49), di cui costituisce «diretta trasposizione» (50): lascia quindi a dir poco perplessi che venga dichiarata l'illegittimità costituzionale in via consequenziale di una norma il cui contenuto «era stato espressamente indicato nella legge di delega» (51). Coglie allora nel segno chi afferma che «delle due l'una: o la di-

### Note:

(43) Ampiamente, G. Triscari, *La mediazione*, cit., 848 s. Cfr. anche A. Uzqueda, *La mediazione*, cit., 48 s., nota 3.

(44) Per tutti, G. Triscari, *La mediazione*, cit., 850.

(45) Cfr. gli autori indicati nelle note 30 e 38.

(46) I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 266, della quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette. Cfr. anche, con particolare riferimento alla mediazione obbligatoria per volontà delle parti, E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., 897.

(47) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 608. Vedi anche A. Sirotti Gaudenzi, *Mediazione ed eccesso di delega*, cit.

(48) F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 79 s.

(49) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 608.

(50) G. Triscari, *La mediazione*, cit., 850.

(51) Così, G. Triscari, *La mediazione*, cit., 850.

sposizione dimostra che nell'art. 60 era implicita la scelta per l'obbligatorietà (ma allora l'art. 5, comma 1, non è viziato per eccesso di delega) ovvero la disposizione non è connessa con quella abrogata e non poteva allora la Corte caducarla in via consequenziale» (52).

Non si può poi trascurare che l'art. 60 comma 3 lett. c l. n. 69 del 2009 dispone che, nell'esercizio della delega, il Governo si attiene, tra gli altri, al seguente principio o criterio direttivo: «disciplinare la mediazione (...) anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5»; e che l'art. 40 comma 5 d.lgs. n. 5 del 2003 così recita(va): «la mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. Il giudice, valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui, può escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione, e può anche condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente» (53).

Si dovrà tornare in seguito sulle ragioni che hanno indotto la Corte Costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale in via consequenziale degli artt. 11 comma 1 proposizione 4 e 13 d. lgs. n. 28 del 2010, oltre che dell'art. 8 comma 5 dello stesso d. lgs. Si deve qui segnalare che la proposizione 2 del comma 1 dell'art. 13 d. lgs., secondo cui «resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 e 96 c.p.c.», «è stata salvata dall'intervento chirurgico della Corte Costituzionale» (54). Secondo uno scrittore, si è così mantenuto in vita «un segmento incolore e privo di reale significato» (55). Altri ha cercato, condivisibilmente, di valorizzare il frammento di norma in parola, ed ha proposto di applicare gli artt. 92 e 96 c.p.c. soltanto a comportamenti tenuti dalle parti nel processo (56). Si pensi da un lato all'ipotesi in cui le parti aderiscano all'invito del giudice a procedere alla mediazione, con le conseguenze di cui all'art. 5 comma 2 d.lgs., e poi una di esse non prenda parte senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, e dall'altro all'ipotesi in cui una parte eccepisca l'inosservanza di una clausola di mediazione o di conciliazione, con le conseguenze di cui all'art. 5 comma 5 d.lgs., e poi la parte stessa non prenda parte senza giustificato motivo al procedimento di mediazione. In entrambe le ipotesi, possono trovare applicazione gli artt. 92 e 96 c.p.c.

### **Il modello di mediazione disegnato dalla sentenza della Corte Costituzionale ed il problema dei successivi interventi del legislatore**

Se la dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale dell'art. 4 comma 3 d.lgs. n. 28 del 2010 può essere verosimilmente imputata ad un peccato di distrazione, in cui è incorsa la Corte Costituzionale, diversamente è a dirsi per la dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale degli articoli 8 comma 5, 11 comma 1 proposizione 4, e 13 d. lgs., e cioè di norme che non possono essere considerate connesse all'art. 5 comma 1 d.lgs., tant'è che si è parlato in dottrina di un uso «ampio» (57) e «disinvolto» (58) della dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale da parte della Corte.

Com'è noto, il legislatore, per incentivare e promuovere la mediazione, in un'ottica deflattiva del contenzioso, da un lato prevede(va) la mediazione obbligatoria per un'estesa e variegata gamma di controversie, e dall'altro lato adopera(va) l'antica tecnica del bastone (previsione di «sanzioni») e della carota (previsione di «incentivi»): il bastone è (o era) rappresentato dagli artt. 8 comma 5, 11 comma 1 proposizione 4, e 13 d.lgs. cit., e la carota dagli artt. 5 comma 6, 12 comma 2, 17 comma 3, e 20 d.lgs. cit. Vi è da credere che la Corte Costituzionale abbia inteso restituire la mediazione «al suo ambito naturale» di «strumento negoziale che si fonda su valutazioni di opportunità e di convenienza le quali non devono essere artificialmente distorte dal timore di possibili ripercussioni negative nell'eventuale successivo contenzioso» (59), ed abbia così dichiarato l'illegittimità costituzionale non soltanto della mediazione obbligatoria, ma anche di quelle norme del d.lgs. ispirate alla tecnica del bastone (ma non di

#### **Note:**

(52) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 608.

(53) All'art. 40 comma 5 d.lgs. n. 5 del 2003, ed all'art. 60 comma 3 lett. c l. n. 69 del 2009, si richiamano C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 608; G. Triscari, *La mediazione*, cit., 850.

(54) M.A. Lupoi, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *Foro pad.*, 2012, II, 162.

(55) A. Sirotti Gaudenzi, *Mediazione ed eccesso di delega*, cit.

(56) Ampiamente, G. Triscari, *La mediazione*, cit., 851 s.

(57) F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 76.

(58) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 609.

(59) F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 80. Una posizione differente prende I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 266, testo e nota 14.

quelle ispirate alla tecnica della carota) (60). Insomma, il «tratto unificante» della dichiarazione di incostituzionalità in parola sembra rinvenirsi nella «ritenuta non aderenza ai principi e criteri direttivi della legge delega della forza costringente delle previsioni normative», in quanto incidenti sulla «libertà di scelta delle parti di attivarsi nel far precedere l'azione processuale da un tentativo di mediazione» (art. 5 comma 1 d.lgs.) o sulla «libertà di scelta dell'invitato di partecipare o no al procedimento di mediazione» (art. 8 comma 5 d.lgs.) o sulla «libertà di accettare la proposta formulata dal mediatore» (art. 11 comma 1 proposizione 4, ed art. 13 d.lgs.) (61). Il modello di mediazione disegnato dalla Corte Costituzionale con l'eliminazione della mediazione obbligatoria e delle norme recanti «sanzioni», e con la conservazione delle norme recanti «incentivi», è «certamente diverso da quello originario» (62), ed appare il frutto di una precisa scelta di politica del diritto operata dalla Corte stessa (63), sia pure mascherandola «dietro la motivazione tecnica dell'eccesso di delega» (64) e della illegittimità costituzionale in via consequenziale. Infatti, «la sentenza della Consulta, se poco esprime a livello argomentativo, opera però una profonda trasformazione dell'ordinamento: nella decisione in esame si riscontrano, accanto a demolizioni estese, nuove e significative costruzioni che, di fatto, mettono a punto un sistema innovativo ed alternativo rispetto al precedente» (65).

Tale scelta di politica del diritto ha incontrato numerose adesioni, tant'è che si è parlato della «lieta sorpresa» rappresentata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale degli artt. 8 comma 5, 11 comma 1 proposizione 4, e 13 d.lgs. (66), ovvero di dichiarazioni di illegittimità costituzionale in via consequenziale «sbagliate ma opportune», con riguardo a tali norme (67). Non è mancato peraltro chi si è chiesto «quanto questo modello possa essere considerato attraente e gli incentivi in esso contemplati sufficienti affinché venga scelto dai cittadini» (68).

Nella gran parte dei commenti alla sentenza della Corte Costituzionale si è invece evidenziato ed enfatizzato il carattere «neutrale» della sentenza stessa (69): la Corte «non interviene per dichiarare la mediazione incostituzionale di per sé, ma illegittima in quanto resa vigente da un decreto legislativo che sul punto era privo di delega», sicché non vi è un giudizio «sulla costituzionalità di un sistema obbligatorio preventivo fondato sulla condizione di procedibilità, questione sulla quale più volte si è pronunciata la Consulta (...) ribadendone la legittimità nel conte-

sto del vigente sistema costituzionale» (70). Pertanto, pur sottolineandosi che «il giudice delle leggi non ha mostrato di aver assunto una precisa posizione su quale sarebbe stata la sua decisione se il dettato normativo si fosse formato senza la rilevata violazione degli articoli 76 e 77 Cost.» (71), si ritiene che il legislatore potrebbe intervenire e riproporre la mediazione obbligatoria per legge, ripristinando semmai la disciplina precedente la sentenza del Corte Costituzionale (72).

Questi assunti non possono essere condivisi. Gli studiosi della giustizia costituzionale paventano il rischio che «il Parlamento, nell'erronea convinzione che il solo sindacato sull'eccesso di delega valga a sa-

### Note:

(60) Sul punto, vedi C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 609.

(61) G. Triscari, *La mediazione*, cit., 846, del quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette. Vedi anche M. Marinaro, *Mediazione civile: una nuova cultura del conflitto*, cit., 9 s.; A. Uzqueda, *La mediazione*, cit., 49.

(62) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 609. Vedi anche C. Gamba, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 362, 367 s.

(63) In termini più cauti si esprime E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., 897, secondo cui la Corte Costituzionale avrebbe operato «spinta da valutazioni di opportunità». Contra, M. Marinaro, *Mediazione civile: una nuova cultura del conflitto*, cit., 10, che parla di una scelta «tecnica», che va inquadrata negli schemi della illegittimità consequenziale discrezionale.

(64) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 609. C. Gamba, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 362, sostiene che «attraverso la lettura della parte giustificativa del provvedimento sembrano rimanere celate le ragioni alla base della decisione», sicché vi è l'impressione che la sentenza «possa contenere una decisione assunta sulla base di valutazioni anche differenti da quelle che sono state rassegnate espressamente nella motivazione». Del resto, la studiosa della giustizia costituzionale segnala che «dietro la dichiarazione di illegittimità delle norme per vizio formale [l'eccesso di delega] spesso si cela l'intento di colpire un vizio sostanziale»: così, G. Pistorio, *Uso o abuso dell'assorbimento?*, cit., 4338, ed ivi ulteriori citazioni.

(65) C. Gamba, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 362.

(66) F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 77.

(67) E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., 897.

(68) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 609.

(69) Per questa constatazione vedi C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 609; A. Busacca, *Ratio della riforma*, cit., 246, nota 29.

(70) M. Marinaro, *Mediazione civile: una nuova cultura del conflitto*, cit., 10. Cfr. anche A. Sirotti Gaudenzi, *Mediazione ed eccesso di delega*, cit.; A. Ceccobelli, *Mediazione: finalmente le motivazioni. Più dubbi o certezze?*, in *www.altalex.com*.

(71) E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., p. 895. Vedi anche N. Scripelliti, *Le smanie per la mediazione-conciliazione e per una giustizia senza diritto*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, I, 56.

(72) Sul punto cfr., in vario senso orientati, A. Busacca, *Ratio della riforma*, cit., 251; E. Dalmotto, *Mediazione ancora obbligatoria*, cit., 895; G. Triscari, *La mediazione*, cit., 843.



nare gli altri vizi paventati dai remittenti, riproponga la mediazione obbligatoria ed onerosa per via legislativa, con ciò aggirando i profili connessi all'art. 76 Cost.: in tale eventualità, infatti, sarebbe assai prevedibile l'emersione di una nuova situazione conflittuale, che ben potrebbe nuovamente sfociare in un giudizio di costituzionalità, nel quale la Corte sarebbe tuttavia costretta ad affrontare la questione nei suoi aspetti sostanziali» (73).

Ma vi è di più. La sentenza della Corte Costituzionale, lungi dall'essere «neutrale», reca «una precisa opzione di valore»: essa disegna un modello di mediazione, caratterizzato dall'eliminazione della mediazione obbligatoria e delle norme recanti «sanzioni». E di questo modello «non potrà non tenere conto il legislatore nei suoi futuri, eventuali, interventi» (74). Vi è insomma il sospetto che sia costituzionalmente illegittimo, per la Corte Costituzionale, «l'utilizzo improprio della mediazione a fini deflazionistici della giurisdizione» (75); in altre parole, la Corte Costituzionale «sembra indicare al legislatore la necessità di scegliere e calibrare, in modo adeguato e proporzionale ai fini perseguiti, gli strumenti deflattivi da mettere in campo in materia di giustizia» (76). Da questo punto di vista, coglie nel segno chi afferma che «un'eventuale reintroduzione integrale delle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime sarebbe assolutamente inaccettabile» (77).

**(segue): l'art. 84 del c.d. Decreto del Fare**

Il citato art. 84 comma 1 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, c.d. Decreto del Fare, apporta una serie di modificazioni al d.lgs. n. 28 del 2010 (78). Qui di seguito, si vanno in estrema sintesi ad illustrare le principali modificazioni, ripartendole per comodità espositiva in cinque gruppi (79): «il minimo comune denominatore di questi interventi correttivi è dato per un verso da un significativo restringimento dell'area per materia dell'obbligatorietà (...) bilanciato dalla valorizzazione della mediazione demandata e, per altro verso, dall'abbattimento dei costi della medesima mediazione c.d. necessaria, in uno alla valorizzazione delle garanzie offerte dall'assistenza legale - qualora si voglia conferire a ogni accordo davanti al mediatore forza esecutiva - e della competenza professionale, anche in chiave di composizione stragiudiziale degli interessi, propria degli avvocati» (80). Innanzi tutto, il c.d. Decreto del Fare reintroduce nel corpo del d.lgs. le norme di cui la Corte Costituzionale ha dichiarato nella sentenza n. 272 del 2012 la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega o in via consequenziale (81), in quanto «la declinazio-

ne in termini di condizioni di procedibilità dell'esperimento del procedimento di mediazione non trova ostacoli, in questo arresto, quando, come nel caso, sia ripristinata a mezzo di provvedimento legislativo non delegato» (82). Vengono così reinseriti l'art. 4 comma 3 proposizione 2 (senza variazioni), l'art. 5 comma 1 (con l'unica variazione rappresentata dall'esclusione dal campo di applicazione della norma delle controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (83): e l'interprete si chiede se si sia inteso così prendere atto del «fallimento» della mediazione obbligatoria in materia, dovuta alla più che frequente mancata partecipazione al procedimento delle compagnie di assicurazione (84), o invece dare un «contentino» alla classe forense, per la gran parte accanitamente contraria alla mediazione obbligato-

**Note:**

(73) L. Nannipieri, *Incostituzionalità della mediazione*, cit. Vedi anche G. Pistorio, *Uso o abuso dell'assorbimento?*, cit., 4341.

(74) C. Besso, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 609, della quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette.

(75) Così, F.P. Luiso, *L'eccesso di delega*, cit., 80, il quale aggiunge, peraltro, che l'utilizzo improprio in parola è illegittimo «quantomeno in mancanza di una precisa disposizione in tal senso da parte del legislatore delegante». Diversamente, I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit., 267.

(76) C. Gamba, *La Corte Costituzionale e la mediazione*, cit., 364.

(77) G. Finocchiaro, *Osservazioni minime*, cit., 26. Vedi anche F. Russo, *Mediazione civile*, cit.

(78) La relazione illustrativa al d.l., 1, 90 dichiara che «la cornice di riferimento per il presente provvedimento è costituita dalle raccomandazioni rivolte all'Italia nel quadro del semestre europeo 2013, presentate dalla Commissione europea il 29 maggio 2013», e sottolinea come «molto di recente il Consiglio dell'Unione europea abbia sollecitato fortemente nuovo impulso allo strumento [della mediazione] dopo Corte Cost. n. 272 del 2012 (raccomandazione n. 362 del 2013, considerando 11 e punto 2)». In particolare, viene raccomandata l'adozione di provvedimenti al fine «di abbreviare la durata dei procedimenti civili e ridurre l'alto livello del contenzioso civile, anche promuovendo il ricorso a procedere extragiudiziali di risoluzione delle controversie». Sul punto, vedi, in vario senso orientati, G. Fonderico, *L'ennesimo intervento normativo a costo zero che rischia il flop senza regolamenti e direttive*, in *Guida dir.*, 6 luglio 2013, 28, 51 s.; M. Marinaro, *Un argine alle controversie con il "filtro mediazione"*, *ibidem*, 93 s.; A. Spadafora, *Il danno da violazione*, cit., 926.

(79) Di quattro «linee di intervento» parla invece M. Marinaro, *Un argine alle controversie con il "filtro mediazione"*, cit., 94.

(80) Così, la Relazione illustrativa al d.l., 87 s.

(81) M. Marinaro, *Un argine alle controversie con il "filtro mediazione"*, cit., 94 ss.

(82) Così, la Relazione illustrativa al d.l., 87.

(83) Si badi che l'art. 5 comma 1 d.lgs. si applica peraltro alle controversie in materia di contratti assicurativi.

(84) M. Marinaro, *Un argine alle controversie con il "filtro mediazione"*, cit., 95 s., sulla scia della relazione illustrativa al d.l., 90.

ria) (85), l'art. 8 comma 5 (senza variazioni), l'art. 11 comma 1 proposizione 4 (senza variazioni), e l'art. 13 (senza variazioni). Certamente, «che la mediazione obbligatoria sarebbe ritornata così rapidamente e senza complessi percorsi di concertazione era difficilmente ipotizzabile» (86).

Il c.d. Decreto del Fare incide sull'art. 5 comma 2 d.lgs., e «trasforma» la mediazione delegata in mediazione disposta o ordinata o prescritta dal giudice (e di ricorso alla mediazione ordinato da un organo giurisdizionale, e di procedimento di mediazione ordinato da un organo giurisdizionale, parlano rispettivamente l'art. 2 par. 1 lett. b, e l'art. 3 lett. a della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale) (87).

Il c.d. Decreto del Fare modifica l'art. 6 comma 1 d.lgs., e riduce la durata del procedimento di mediazione da un massimo di quattro mesi ad un massimo di tre mesi (88); modifica altresì l'art. 7.

Il c.d. Decreto del Fare incide sull'art. 8 comma 1 d.lgs., e «trasforma» il primo incontro tra le parti nel primo incontro di programmazione (89); correlativamente, introduce nel corpo del d.lgs. l'art. 17 comma 5-bis, che prevede un'indennità di mediazione ridotta, ove il procedimento di mediazione si concluda con il mancato accordo all'esito del primo incontro di programmazione (90).

Infine, il c.d. Decreto del Fare, mosso da un intento pacificatore della classe forense, nella consapevolezza che questa si sarebbe sollevata alla notizia della reintroduzione della mediazione obbligatoria (91), reca due «contentini» per la classe forense: la modifica dell'art. 12 comma 1 d.lgs., in forza della quale soltanto il verbale di conciliazione sottoscritto dagli avvocati che assistono tutte le parti può essere omologato (92); l'inserimento nel corpo del d.lgs. dell'art. 16 comma 4-bis, in forza del quale gli avvocati iscritti nell'albo sono di diritto mediatori (93).

Tutte le disposizioni portate dall'art. 84 comma 1 c.d. Decreto del Fare si applicano decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione dello stesso d.l.: così statuisce l'art. 84 comma 2 (con buona pace della necessità e dell'urgenza, di cui parla l'art. 77 comma 2 Cost.) (94). Pertanto, le disposizioni stesse non hanno mai trovato applicazione, in quanto sono state sostituite dalle statuizioni dell'art. 84 comma 1 l. 9 agosto 2013 n. 98 di conversione del decreto (95). Non a caso, si sottolinea in dottrina, amaramente, come in materie complesse, quale la mediazione, il decreto legge finisca per diventare una sorta di documento di consultazione, che il Governo

adotta confidando che, una volta posti i temi politici sul tappeto, le storture più evidenti possano essere corrette in sede di conversione (96).

### **(Segue): gli artt. 84 ed 84-bis della legge di conversione**

Si è detto che le disposizioni dell'art. 84 comma 1 c.d. Decreto del Fare sono state profondamente modificate, o meglio sostanzialmente riscritte, dalla l. di conversione, che contempla a fianco dell'art. 84 anche l'art. 84-bis. Si procede qui di seguito a confrontare il testo del decreto legge con il testo della legge di conversione, al fine di evidenziare le principali differenze tra essi correnti.

#### **Note:**

(85) M. Clarich, *Decreto del fare: semplificazioni solo in superficie che manifestano i limiti delle riforme "a costo zero"*, in *Guida dir.*, 29 giugno 2013, 27, 12, sostiene che con l'esclusione delle controversie per danni da circolazione stradale e con l'attribuzione di diritto della qualifica di mediatore a tutti gli avvocati iscritti all'albo il c.d. Decreto del Fare viene incontro ad alcune richieste dell'avvocatura.

(86) Così, M. Marinaro, *Un argine alle controversie con il "filtro mediazione"*, cit., 93. Di «inattesa decisione» del Governo parla A. Spadafora, *Il danno da violazione*, cit., 926.

(87) M. Marinaro, *Tentativo di conciliazione "prescritto" dal giudice*, in *Guida dir.*, 6 luglio 2013, 28, 97 s.; C. Pasini, *La pronuncia della Corte Costituzionale*, cit. Della «creazione di una nuova condizione di procedibilità» parla M. Marinaro, *Un argine alle controversie con il "filtro mediazione"*, cit., 94. La relazione illustrativa al d.l., p. 91, sottolinea che «si è rafforzata la mediazione demandata dal giudice, rendendola da specie di quella volontaria (...) a specie di quella vincolante in questo caso per ordine giudiziale».

(88) M. Marinaro, *Tre mesi per la conclusione del procedimento*, in *Guida dir.*, 6 luglio 2013, 28, 103.

(89) M. Marinaro, *Costi ridotti per l'incontro di programmazione*, in *Guida dir.*, 6 luglio 2013, 28, 101 s.

(90) M. Marinaro, *Costi ridotti per l'incontro di programmazione*, cit., 101 s.

(91) F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 963.

(92) M. Marinaro, *Tre mesi per la conclusione del procedimento*, cit., 103 s. «Si riconosce così la funzione di garanzia dell'assistenza forense laddove emerga il profilo ultimo di coattività in termini, appunto, di esecuzione forzata, ovvero quello, connesso, dell'iscrizione ipotecaria»: così la Relazione illustrativa al d.l., 91.

(93) M. Marinaro, *Tre mesi per la conclusione del procedimento*, cit., 104 s., segnala che gli avvocati iscritti all'albo sono «esonerati dalla frequenza dei corsi base di formazione, ma non da quelli di aggiornamento biennale ivi incluso il tirocinio permanente».

(94) «La scelta del Governo di ricorrere alla decretazione di urgenza ma a "efficacia differita" è sicuramente singolare e risponde a evidenti esigenze politiche che, tuttavia, non appaiono coerenti con la prassi attuativa dell'art. 77 Cost., in base alla quale i decreti legge entrano in vigore il giorno stesso o il giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale»: così, M. Marinaro, *Un argine alle controversie con il "filtro mediazione"*, cit., 96. Vedi anche F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 964.

(95) M. Marinaro, *Organismi pronti a ripartire dal 21 settembre*, in *Guida dir.*, 14 settembre 2013, 37, 88.

(96) G. Fonderico, *Una scrittura delle norme piegata all'emergenza che mette in un "angolo" la certezza del diritto*, in *Guida dir.*, 14 settembre 2013, 37, 55.

Deve premettersi che la legge di conversione reca un testo dalla genesi complessa ed articolata, frutto di numerose e confliggenti opinioni tecniche e politiche, espresse nei diversi contesti parlamentari. Infatti, mentre il c.d. Decreto del Fare è orientato prevalentemente sulla reintroduzione della mediazione obbligatoria, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 272 del 2012, pur apportando anche una serie di variazioni al d.lgs. n. 28 del 2010, la legge di conversione va ben oltre, e provvede a riscrivere alcuni dei punti cardine dell'originario impianto normativo, portato dal d.lgs. n. 28 del 2010, incidendo così, profondamente, sulla mediazione come disegnata da tale d.lgs., di cui propone una nuova versione (97). La legge di conversione, confermando la scelta compiuta dal c.d. Decreto del Fare, provvede a reintrodurre nel corpo del d.lgs. n. 28 del 2010, con qualche innovazione, le norme di cui la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega o in via consequenziale (98). Vengono così reinseriti l'art. 4 comma 3 proposizione 2 (senza variazioni sostanziali); l'art. 5 comma 1-bis (che sostituisce l'art. 5 comma 1; è ribadita l'esclusione dal campo di applicazione della norma delle controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (99), laddove è incluso invece il risarcimento del danno derivante non soltanto da responsabilità medica, ma anche da responsabilità sanitaria (100); si prevede - ma sul punto si tornerà - che la parte debba essere assistita dall'avvocato), peraltro in via sperimentale (la norma ha infatti efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore; al termine di due anni dalla data stessa, viene attivato su iniziativa del Ministero della Giustizia il monitoraggio sugli esiti di tale sperimentazione); l'art. 8 comma 4-bis (che sostituisce l'art. 8 comma 4, senza variazioni); l'art. 11 comma 1 proposizione 4 (senza variazioni); l'art. 13 (senza variazioni sostanziali). A queste norme la legge di conversione affianca una statuizione nuova di zecca, rappresentata dall'art. 5 comma 2-bis d.lgs., ai sensi del quale quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione di procedibilità si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo (101). Alla luce della (re)introduzione, ma soltanto in via sperimentale, dell'art. 5 comma 1-bis d.lgs. (ed il carattere sperimentale appare il frutto di una soluzione di compromesso), si sottolinea in dottrina che il cantiere della mediazione è destinato a rimanere sempre aperto, e

si paventa il dubbio della «sostenibilità» del sistema mediazione, che fatica a consolidarsi (102).

La legge di conversione conferma la trasformazione, operata dal c.d. Decreto del Fare, della mediazione delegata in mediazione disposta o ordinata o prescritta dal giudice (ed in dottrina si parla di una nuova forma di mediazione obbligatoria) (103): l'art. 5 comma 2 d.lgs. subisce peraltro una modifica sostanziale, rappresentata dalla soppressione dell'indicazione dell'organismo di mediazione da parte del giudice (104).

La legge di conversione conferma la riduzione, operata dal d.l., della durata del procedimento di mediazione a tre mesi, di cui all'art. 6 comma 1 d.lgs. (105); conferma altresì la modifica dell'art. 7.

La legge di conversione incide profondamente sul-

#### Note:

(97) M. Marinaro, *Giustizia: resta aperto ancora il "cantiere" per mediazione civile e regole processuali*, in *Guida dir.*, 31 agosto 2013, suppl., 34-35, 9, 11; *Id.*, *Organismi pronti a ripartire dal 21 settembre*, cit., 88 s.

(98) A. Bandini, *Dopo un tormentato iter parlamentare la nuova mediazione prova a spiccare il volo*, in AA.VV., *Mediazione civile e commerciale*, in *Il Sole-24 Ore*, suppl., agosto 2013, 8 s.; A. Santi, *Riflettori sull'obbligatorietà per i primi 4 anni, Avvocati al centro del procedimento conciliativo*, *ibidem*, 14; M. Marinaro, *Organismi pronti a partire*, cit., 89, 92 s.; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 954 s., e *passim*; G. Di Rago, *Cosa cambia nella mediazione*, in AA.VV., *La nuova mediazione obbligatoria, in Italia Oggi, Guida giuridica*, 27 settembre 2013, 19, 5.

(99) A. Bandini, *Dopo un tormentato iter parlamentare*, cit., 8 s.; M. Marinaro, *Organismi pronti a ripartire*, cit., 92; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 956.

(100) A. Bandini, *Dopo un tormentato iter parlamentare*, cit., 9; M. Marinaro, *Giustizia: resta aperto ancora il "cantiere"*, cit., 9; *Id.*, *Organismi pronti a ripartire*, cit., 92; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 956.

(101) N. Milone, *Ecco tutti i costi del procedimento dalle prime battute all'assistenza legale*, in AA.VV., *Mediazione civile e commerciale*, cit., 37 s.; L. Ansaldo, *Parti, difensori e mediatori protagonisti del primo incontro*, *ibidem*, 21; M. Marinaro, *Giustizia: resta aperto ancora il "cantiere"*, cit., 10; *Id.*, *Disponibilità dei litiganti nell'incontro preliminare*, in *Guida dir.*, 14 settembre 2013, 37, 99; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 956.

(102) M. Marinaro, *Giustizia: resta aperto ancora il "cantiere"*, cit., 11.

(103) G. Di Rago, *Cosa cambia nella mediazione*, cit., 5; *Id.*, *Le varie forme di mediazione*, in AA.VV., *La nuova mediazione obbligatoria*, cit., 11.

(104) N. Milone, *Con la "delegata" il giudice può decidere di mandare le parti in mediazione*, in AA.VV., *Mediazione civile e commerciale*, cit., 27 ss.; M. Marinaro, *Tentativo prescritto dal giudice con parti più libere*, in *Guida dir.*, 14 settembre 2013, 37, 94 s.; *Id.*, *Giustizia: resta aperto ancora il "cantiere"*, cit., 10; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 955 s.

(105) Nel senso che la riduzione risponda all'esigenza di evitare dubbi di legittimità costituzionale sulla ragionevolezza del periodo di tempo previsto dal filtro della mediazione, rispetto all'accesso alla giurisdizione, vedi M. Marinaro, *Verbale d'accordo con valore di titolo esecutivo*, in *Guida dir.*, 14 settembre 2013, 37, 101.

l'art. 8 comma 1 d. lgs., e trasforma il primo incontro di programmazione, di cui al c.d. Decreto del Fare, nel primo incontro nel quale il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, ed invita le parti ed i loro avvocati (infatti, le parti debbono partecipare al primo incontro ed a quelli successivi, sino al termine della procedura, con l'assistenza di un avvocato: ma sul punto si tornerà) ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento (106); incide profondamente sull'art. 17 comma 5-ter d.lgs. (che sostituisce l'art. 17 comma 5-bis), e prevede, anziché un'indennità di mediazione ridotta ove il procedimento di mediazione si concluda con il mancato accordo all'esito del primo incontro, che nessun compenso sia dovuto in tale ipotesi all'organismo di mediazione. Insomma, si istituisce una sostanziale gratuità (agli organismi spetta infatti soltanto il rimborso delle spese vive ovvero, secondo altra opinione, il pagamento delle c.dd. spese di avvio), che viene in punto di fatto riversata sugli organismi stessi, ai quali pure si chiede professionalità e qualità (107) (ma ciascuna parte deve pagare il compenso all'avvocato che l'assiste) (108). Sembra che la medesima sostanziale gratuità vada riconosciuta anche nell'ipotesi della mancata partecipazione della parte invitata al procedimento di mediazione (109).

La legge di conversione fa significative concessioni alla categoria degli avvocati (110): non a caso, si parla in dottrina, con qualche enfasi, della rivalutazione del ruolo degli avvocati, dell'egemonia dell'avvocatura sulla mediazione, della rivincita degli avvocati, ecc. (111). E così, ai sensi dell'art. 5 comma 1-bis d.lgs., la parte deve preliminarmente esperire il procedimento di mediazione assistita da un avvocato; ai sensi dell'art. 8 comma 1, le parti devono partecipare al primo incontro ed agli incontri successivi con l'assistenza dell'avvocato (entrambe le statuizioni erano ignote al c.d. Decreto del Fare); ai sensi dell'art. 12 comma 1 d.lgs., ove tutte le parti siano assistite da un avvocato, l'accordo sottoscritto dalle parti e dagli avvocati costituisce titolo esecutivo (e gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico), laddove in tutti gli altri casi l'accordo è omologato con decreto del presidente del Tribunale. L'interprete si chiede allora, a fronte di siffatte norme, che appaiono in contrasto tra loro (112), se l'assistenza dell'avvocato sia necessaria in tutte le ipotesi di mediazione (obbligatoria per legge, obbligatoria per volontà delle parti, prescritta dal giudice, facoltativa), o soltanto in alcune; e qua-

li siano le conseguenze nell'ipotesi in cui l'assistenza dell'avvocato non vi sia, o non vi sia per tutta la durata del procedimento (113). L'interprete si chiede, ancora, perché la parte possa stare in giudizio senza l'assistenza dell'avvocato davanti al giudice di pace

### Note:

(106) L. Ansaldo, *Parti, difensori e mediatori*, cit., 20, 22 s.; M. Marinaro, *Disponibilità dei litiganti nell'incontro preliminare*, cit., 98 s.; Id., *Giustizia: resta aperto ancora il "cantiere"*, cit., 10; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 956 s., 960.

(107) M. Marinaro, *Mediazione civile: la gratuità per il mancato accordo contrasta con la richiesta di qualità e professionalità*, in *Guida dir.*, 21 settembre 2013, 38, 10, che dubita della legittimità costituzionale della norma. Vedi anche Id., *Disponibilità dei litiganti nell'incontro preliminare*, cit., 99; Id., *Giustizia: resta aperto ancora il "cantiere"*, cit., 11; A. Bandini, *Dopo un tormentato iter parlamentare*, cit., 8; L. Ansaldo, *Parti, difensori e mediatori*, cit., 22; N. Soldati, *Non c'è obbligo di compenso per l'incontro di esordio*, in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., 10, che ipotizza che nulla - nemmeno il rimborso delle spese vive - sia dovuto in tale ipotesi agli organismi; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 960, nota 24.

(108) Sottolinea che in maniera un po' contraddittoria la riforma da un lato intende ridurre drasticamente i costi della mediazione, e dall'altro introducendo l'obbligo dell'assistenza legale pone a carico di ciascuna parte la parcella dell'avvocato, M. Marinaro, *Sulla disciplina che ripristina la conciliazione l'ombra di vari profili d'incostituzionalità*, in *Guida dir.*, 21 settembre 2013, 38, 18; Id., *Mediazione civile: la gratuità per il mancato accordo*, cit., 12. Diversamente, N. Milone, *Ecco tutti i costi del procedimento*, cit., 35 ss., secondo la quale la ricaduta pratica dell'obbligo dell'assistenza legale sarà limitata, dato che nel periodo 2011-2012 l'84% dei proponenti e l'86% degli aderenti erano assistiti da un avvocato.

(109) M. Marinaro, *Mediazione civile: la gratuità per il mancato accordo*, cit., 12.

(110) G. Fonderico, *Una scrittura delle norme piegata all'emergenza*, cit., 53. Sulla forte connotazione forense del nuovo modello di mediazione vedi A. Santi, *Riflettori sull'obbligatorietà*, cit., 8. Del trionfo dell'avvocatura parla (con particolare riguardo alla sostanziale gratuità del primo incontro) A. Filice, *Verbale di accordo firmato dagli avvocati delle parti*, in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., 7; delle concessioni, davvero eccessive, effettuate in favore della categoria forense parla G. Di Rago, *Il ruolo dell'avvocato in mediazione*, in AA.VV., *La nuova mediazione obbligatoria*, cit., 32.

(111) E. Perifano, *Con il sì della Camera alle modifiche del D.l. sul "fare" prove di riavvicinamento tra legislatore e avvocati*, in *Guida dir.*, 10 agosto 2013, 33, 12; M. Marinaro, *Verbale d'accordo con valore di titolo esecutivo*, cit., 102; A. Santi, *Riflettori sull'obbligatorietà*, cit., 15; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 960, nota 22; M. Longoni, *La mediazione obbligatoria 2.0*, in AA.VV., *La nuova mediazione obbligatoria*, cit., 4.

(112) N. Soldati, *L'assistenza è obbligatoria se lo è anche la procedura*, in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., 14; G. Di Rago, *Il ruolo dell'avvocato in mediazione*, cit., 32.

(113) Sul primo problema cfr. M. Marinaro, *Sulla disciplina che ripristina la conciliazione*, cit., 17 s.; N. Soldati, *L'assistenza è obbligatoria se lo è anche la procedura*, cit., 14; Id., *La formazione ha un ruolo decisivo*, in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., 14; G. Di Rago, *Cosa cambia nella mediazione*, cit., 5, 8; Id., *Il ruolo dell'avvocato in mediazione*, cit., 36; sul secondo problema vedi A. Bandini, *Ruolo e funzioni dei legali chiamati ad assistere le parti*, in AA.VV., *Mediazione civile e commerciale*, cit., 31; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 962, nota 34.

nelle cause il cui valore non eccede i 1.100 euro, mentre per le mediazioni di identico valore debba essere assistita dall'avvocato (114). Infine, la legge di conversione conferma la qualità di mediatori di diritto degli avvocati iscritti all'albo, di cui all'art. 16 comma 4-bis d.lgs., ma aggiunge che gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione debbono essere adeguatamente formati in materia di mediazione, e mantenere la propria preparazione con appositi percorsi di aggiornamento teorico-pratici: e la dottrina si interroga su come conciliare la qualità di mediatori di diritto con l'esigenza di una adeguata formazione e di un costante aggiornamento (115).

Sin qui, la legge di conversione ripercorre gli itinerari battuti dal c.d. Decreto del Fare, sia pure con significative, profonde variazioni. Si può procedere adesso ad esaminare gli interventi del tutto nuovi ed originali, operati dalla legge di conversione.

Si può trascurare la modifica della definizione di mediazione, di cui all'art. 1 comma 1 lett. a d.lgs., che appare prevalentemente verbale (116). Più rilevanti sono la modifica dell'art. 4 comma 1 d.lgs., con l'introduzione di una disciplina della competenza per territorio per gli organismi di mediazione (è competente l'organismo del luogo del giudice territorialmente competente per la controversia) (117), e la modifica dell'art. 2643 c.c. (portata dall'art. 84-bis della legge di conversione) con l'inserimento, al n. 12-bis), della statuizione secondo la quale debbono essere trascritti gli accordi di mediazione che accertino l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (118).

Tutte le disposizioni portate dall'art. 84 comma 1 del c.d. Decreto del Fare si applicano decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della l. di conversione dello stesso d.l.: così statuisce l'art. 84 comma 2 (119).

### **(segue): un'amara conclusione**

Non è questa la sede adatta per procedere ad un commento analitico delle modificazioni apportate dal c.d. Decreto del Fare prima, e dalla legge di conversione poi, al d.lgs. n. 28 del 2010 (120). Ci si limiterà, invece, a formulare qualche riflessione sulla bontà della scelta, compiuta dal legislatore, di reintrodurre, «con compiaciuta indifferenza» (121), nel corpo del d.lgs. le norme di cui la Corte Costituzionale ha dichiarato nella sentenza n. 272 del 2012 la illegittimità costituzionale, e quindi di ripristinare, sia pure con significativa innovazioni, la disciplina precedente la sentenza, riproponendo così il modello di mediazione - caratterizzato dalla previsione dell'obbligatorietà, e dalla sussistenza delle «sanzio-

ni» - portata dal d.lgs. nella sua formulazione originaria (122). Si impongono al riguardo due ordini di considerazioni.

Innanzitutto, vi è da credere che la Corte Costituzionale, nonostante le significative concessioni alla categoria degli avvocati operate dal legislatore, verrà nuovamente chiamata a pronunciarsi sulle censure di illegittimità costituzionale dichiarate assorbite dalla sentenza.

Orbene, con riferimento alla lamentata violazione del diritto di azione, il legislatore tiene conto dei costi della procedura (attraverso la previsione della so-

---

#### **Note:**

(114) N. Soldati, *L'assistenza è obbligatoria se lo è anche la procedura*, cit., 14.

(115) L. Ansaldi, *Avvocati "mediatori di diritto" ma con obbligo di formazione*, in AA.VV., *Mediazione civile e commerciale*, cit., 24, secondo cui l'art. 16 comma 4-bis d.lgs. non è di immediata e agevole interpretazione; M. Marinaro, *Verbale d'accordo con valore di titolo esecutivo*, cit., 103, secondo cui la norma appare ambigua, sibillina e foriera di molteplici letture.

(116) Diversamente, M. Marinaro, *Organismi pronti a ripartire*, cit., 89, 92, secondo cui la modifica ha quale obiettivo di restituire al modello di mediazione una natura prioritariamente facilitativa, rispetto alla quale la possibilità di una proposta del mediatore diviene subalterna ed eventuale. Vedi anche F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 963.

(117) M. Marinaro, *Giustizia: resta aperto ancora "il cantiere"*, cit., 9; Id., *Verbale d'accordo con valore di titolo esecutivo*, cit., 101 s.; F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 958 s. Secondo A. Filice, *Presentazione della domanda con vincolo territoriale*, in AA.VV., *la nuova mediazione*, cit., 5, la previsione della competenza territoriale per gli organismi di mediazione rappresenta una «rivoluzione copernicana»; secondo G. Di Rago, *Il nuovo criterio della competenza territoriale*, in AA.VV., *La nuova mediazione obbligatoria*, cit., 27, si tratta di una modifica di particolare importanza per il sistema della mediazione.

(118) F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 962; M. Marinaro, *Giustizia: resta aperto ancora "il cantiere"*, cit., 11; Id., *Verbale d'accordo con valore di titolo esecutivo*, cit., 102.

(119) La legge di conversione, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 184 del 20 agosto 2013, è entrata in vigore il 21 agosto 2013 ex art. 1 comma 3 della legge stessa; le disposizioni portate dall'art. 84 comma 1 si applicano allora a decorrere dal 20 settembre 2013 (così, M. Longoni, *La mediazione obbligatoria 2.0*, cit., 4; G. Di Rago, *Cosa cambia nella mediazione*, cit., 5) ovvero, secondo altri, a decorrere dal 21 settembre 2013 (così, M. Marinaro, *Organismi pronti a ripartire dal 21 settembre*, cit., 93). Diversamente è a dirsi per la disposizione portata dall'art. 84-bis, alla quale trova applicazione il solo disposto dell'art. 1 comma 3 della l. di conversione.

(120) M. Marinaro, *Mediazione civile: confronto in Parlamento per uscire dalle "secche" dell'obbligatorietà*, in *Guida dir.*, 27 luglio 2013, 31, 14, segnala come le nuove norme abbiano riacceso il dibattito sopitosi all'esito della sentenza della Corte Costituzionale.

(121) A. Spadafora, *Il danno da violazione*, cit., 926.

(122) Invece, secondo C. Pasini, *La pronuncia della Corte Costituzionale*, cit., il Governo avrebbe riproposto la mediazione obbligatoria «in una veste (...) depurata dai profili di incostituzionalità già colpiti con la sentenza della Consulta».

stanziale gratuità del primo incontro) (123) e della durata della procedura (ridotta da un massimo di quattro mesi ad un massimo di tre mesi) (124). Per quanto concerne, invece, la mancata previsione di una idonea preparazione (specie giuridica) dei mediatori, il legislatore va per così dire in controtendenza (125), ed anziché tentare di elevare tale preparazione statuisce, in maniera sibillina, che gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori, ma che gli stessi debbono essere adeguatamente formati ed aggiornati. Delle altre censure di illegittimità costituzionale, dichiarate assorbite dalla sentenza, il legislatore non tiene conto alcuno.

In secondo luogo, se è vero, come si è illustrato in precedenza, che la sentenza, lungi dall'essere «neutrale», esprime precise opzioni di valore, e disegna un modello di mediazione, frutto di scelte di politica del diritto operate dalla Corte Costituzionale, ben diverso da quello originariamente portato dal d.lgs., e poi reintrodotta, sia pure con significative innovazioni, dal legislatore, vi è il timore che la Corte, nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di siffatto modello, dichiarerà l'illegittimità costituzionale di quelle norme che da un lato prevedono la mediazione obbligatoria, e dall'altro lato recano «sanzioni», e cioè di quelle statuizioni che mirano a coartare la volontà delle parti.

In dottrina, vi è chi, con riferimento alla disciplina portata dal c.d. Decreto del Fare, sostiene che «l'obbligatorietà sembra dunque ripristinata solo a metà perché verrà avviata solo in caso di esito positivo dell'incontro preliminare» (126), e che la previsione del primo incontro «mira a stemperare la cogenza della condizione di procedibilità», ovvero ad «attenuare le conseguenze dell'obbligatorietà» (127). Del pari, con riguardo alla disciplina portata dalla legge di conversione, si afferma che la legge «attenua la rigidità della mediazione obbligatoria» (128) ovvero il «vincolo a tentare la mediazione» (129) ovvero «le conseguenze dell'obbligatorietà» (130), «stemperando la cogenza della condizione di procedibilità» (131), e che «si è inteso calmierare gli effetti della condizione di procedibilità» (132), dato che «il contenuto della condizione di procedibilità appare ridotto in quanto (...) obbligatoria sarà esclusivamente la partecipazione alla prima riunione» (133).

Siffatti assunti, caratterizzati dal massiccio impiego di espressioni atecniche - obbligatorietà ripristinata a metà, stemperata, attenuata, calmierata, ecc. -, non meritano consenso: del resto, è evidente che la mediazione o è obbligatoria o non lo è, e che il ten-

tativo o è condizione di procedibilità o non lo è. Insomma, *tertium non datur*.

Ancora, e senza voler sottovalutare le novità portate dagli artt. 5 comma 2-bis, ed 8 comma 1 d.lgs., non può trascurarsi che nessuno ha mai dubitato, anche prima del c.d. Decreto del Fare e della legge di conversione, della assoluta libertà delle parti di abbandonare in qualsiasi momento il procedimento di mediazione (134). Da questo punto di vista, le novità normative in parola sono più apparenti che reali, e non stemperano né attenuano, se così si può dire, il carattere obbligatorio della mediazione; le stesse, insomma, non incidono sulla obbligatorietà, ma sono funzionali alla sostanziale gratuità del procedimento, ove lo stesso si concluda con il mancato accordo all'esito del primo incontro, ai sensi dell'art. 17 comma 5-ter d.lgs.

Non si può poi trascurare che con la trasformazione della mediazione delegata in mediazione disposta o

### Note:

(123) M. Marinaro, *Costi ridotti per l'incontro di programmazione*, cit., 102; C. Pasini, *La pronuncia della Corte Costituzionale*, cit.

(124) M. Marinaro, *Tre mesi per la conclusione del procedimento*, cit., 103. C. Pasini, *La pronuncia della Corte Costituzionale*, cit.

(125) M. Marinaro, *Tre mesi per la conclusione del procedimento*, cit., 105 parla di «un percorso non coerente che crea altresì non pochi equivoci», e che «solleva dubbi di ragionevolezza e costituzionalità». Vedi anche G. Agozzino, *Mediazione: il D. Lgs. n. 28/2010 aggiornato al Decreto del fare*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com). Entrambi gli autori scrivono con riferimento al c.d. Decreto del Fare.

(126) M. Clarich, *Decreto del fare: semplificazioni solo in superficie*, cit., 12.

(127) M. Marinaro, *Costi ridotti per l'incontro di programmazione*, cit., 102, sulle orme della Relazione illustrativa al d.l., 89, secondo cui «così declinando la disciplina, l'obbligatorietà viene largamente stemperata al pari dell'onerosità».

(128) M. Marinaro, *Giustizia: resta aperto ancora il "cantiere"*, cit., 11. Vedi anche A. Santi, *Riflettori sull'obbligatorietà*, cit., 14.

(129) M. Marinaro, *Disponibilità dei litiganti nell'incontro preliminare*, cit., 99; Id., *Mediazione civile: la gratuità per il mancato accordo*, cit., 12.

(130) M. Marinaro, *Disponibilità dei litiganti nell'incontro preliminare*, cit., 100.

(131) M. Marinaro, *Mediazione civile: la gratuità per il mancato accordo*, cit., 12.

(132) F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 955.

(133) L. Ansaldi, *Parti, difensori e mediatori*, cit., 23.

(134) Per tutti, vedi, tra i commentatori del d.lgs. n. 28 del 2010, G. Minelli, sub *Art. 5*, in M. Bove (a cura di), *La mediazione*, cit., 139; A. Santi, sub *Art. 8*, cit., 245; M. Cicogna, sub *Art. 8*, in A. Bandini-N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2010, 158. Vedi anche, tra gli studiosi della disciplina portata dal c.d. Decreto del Fare e dalla legge di conversione, L. Ansaldi, *Parti, difensori e mediatori*, cit., 20.

ordinata o prescritta dal giudice il legislatore potenzia proprio la mediazione obbligatoria, già oggetto delle censure della Corte Costituzionale (135).

Ed allora, non resta che concludere affermando: povera mediazione! Se la sentenza della Corte Costituzionale ha comportato una battuta d'arresto per la mediazione, il maldestro intervento legislativo, operato dapprima con il c.d. Decreto del Fare, e di poi con la legge di conversione, incentrato sulla riproposizione, sia pure con significative innovazioni, del modello di mediazione, già implicitamente «bocciato» dalla Corte Costituzionale, rischia di provocare conseguenze ben più gravi, dando l'innescio ad un nuovo intervento della Corte Costituzionale, che potrebbe segnare la definitiva irrimediabile sconfitta della mediazione in Italia (136).

Lo studioso è allora preso, per così dire, tra due fuochi: da un lato, confida in un intervento di riforma della disciplina della mediazione portata dalla legge di conversione, che tenga nella debita considerazione gli insegnamenti della sentenza n. 272 del 2012 della Corte Costituzionale (137); dall'altro lato, si preoccupa che un eccessivo, o meglio vorticoso, tur-

nover normativo, con conseguente accorciamento della vita media delle disposizioni, dia vita a fenomeni di incertezza e di sostanziale inconoscibilità del diritto da parte degli operatori, che andrebbero a detrimento della diffusione della cultura della mediazione.

**Note:**

(135) F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 955; N. Milone, *Con la "delegata"*, cit., 30; G. Di Rago, *Cosa cambia nella mediazione*, cit., 5.

(136) Di «futuro crepuscolare», e di «rischio di ricadere in incaute improvvisazioni, perseverando in erronee opzioni normative», parla A. Spadafora, *Il danno da violazione*, cit., 926. Vedi anche F. Ferraris, *La novellata mediazione*, cit., 954 s., 964, il quale ricorda come la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale ammetta la possibilità di sindacare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 77 Cost. con riferimento sia al decreto legge, sia alla legge di conversione.

(137) M. Marinaro, *Un avvocato pronto a nuove strategie difensive per guidare il cliente tra le opzioni giudiziarie*, in *Guida dir.*, 12 ottobre 2013, 41, 16, e R. Menoni, *Contro la deriva economicistica della giustizia l'Unione camere civili presenta le sue proposte*, *ivi*, 19 ottobre 2013, 42, 12, riferiscono sulle proposte di modifica della disciplina della mediazione approvate dal Consiglio dei Ministri il 19 settembre 2013, nell'ambito del piano «Destinazione Italia».

**LIBRI**

**Codice dei contratti pubblici**

a cura di Luca R. Perfetti



L'opera fornisce il **commento** approfondito, **articolo per articolo del Codice dei contratti pubblici** relativi a lavori, servizi e forniture, **alla luce anche del Regolamento di esecuzione ed attuazione** del codice degli appalti.

La materia degli appalti pubblici continua ad essere interessata da importanti novità sia legislative che giurisprudenziali. In particolare numerose modifiche sono state apportate dalle "Manovre Monti" (L. 214/2011, L. 27/2012, L. 35/2012) e dagli ultimi provvedimenti intervenuti: il d.l. n. 83/2012 (c.d. decreto Crescita); il d.l. n. 95/2012 (c.d. spending review);

il d.l. n. 179/2012 (c.d. Crescita-bis); la legge anticorruzione n. 190/2012 e da ultimo il decreto antimafia.

*Ipsoa 2013*, pagg. 2720, € 140,00  
Codice: 129707  
ISBN: 978-88-217-4105-0

**Per informazioni e acquisti**

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **On line: [www.shopwki.it](http://www.shopwki.it)**