

Rivista N°: 4/2014  
DATA PUBBLICAZIONE: 21/11/2014

AUTORE: Giovanni Zampetti\*

## PROBLEMI DI COSTITUZIONALITÀ (E DI CONFORMITÀ AL DIRITTO DELL'UNIONE) DELLA "NUOVA" MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA: DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

1. *La mediazione civile obbligatoria introdotta con il d.lgs. n. 28 del 2010: i dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto dell'Unione.* – 2. *La sentenza n. 272 del 2012 della Corte costituzionale: illegittimità costituzionale per eccesso di delega e assorbimento degli ulteriori profili.* – 3. *La "nuova" mediazione civile obbligatoria inserita nel d.l. n. 69 del 2013 convertito, con modificazioni, in legge n. 98 del 2013.* – 3.1. *Diritto alla tutela giurisdizionale e onerosità della mediazione obbligatoria: problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione.* – 3.2. *Mediazione obbligatoria, principio di proporzionalità e diritto alla tutela giurisdizionale: problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione.* – 4. *Osservazioni conclusive: ordinamento italiano, giurisdizione condizionata e limiti costituzionali alla compressione del diritto alla tutela giurisdizionale.*

### 1. La mediazione civile obbligatoria introdotta con il d.lgs. n. 28 del 2010: i dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto dell'Unione

Con il d.lgs. n. 28 del 2010 ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano la "*mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*"<sup>1</sup>.

Il provvedimento è stato approvato sulla base dell'art. 60 della legge n. 69 del 2009, recante "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché*

---

\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" — [g.zampetti@hotmail.com](mailto:g.zampetti@hotmail.com)

<sup>1</sup> Sui caratteri della mediazione introdotta dal d.lgs. n. 28 del 2010 si vedano, tra gli altri, C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, Giappichelli, 2010; M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, Cedam, 2011; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, Zanichelli, 2011; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, Giappichelli, 2011; A. VECCHIONE, *Note in tema di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in AA. VV., *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 689 ss.

*in materia di processo civile*”, che ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale “*nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria*”.

Sono queste, in sostanza, le modalità con le quali il legislatore nazionale ha inteso dare attuazione alla Direttiva 2008/52/CE relativa a “*determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*”<sup>2</sup>.

Tra i caratteri essenziali della mediazione descritta dalla normativa sovranazionale va innanzitutto evidenziata la finalità posta alla base della richiesta di introduzione dello strumento negli ordinamenti degli Stati membri: quella di “*garantire un migliore accesso alla giustizia*” attraverso un meccanismo di “*risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti*”<sup>3</sup>.

Si evince, pertanto, che nell’ottica dell’Unione europea l’obiettivo perseguito tramite la diffusione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale è il miglioramento del sistema di tutela dei diritti individuali, a prescindere dalle peculiarità organizzative dei diversi apparati giudiziari degli Stati membri e dalla necessità di porre un argine al livello quantitativo del contenzioso giurisdizionale<sup>4</sup>.

È proprio questo, del resto, il generale principio ispiratore dei mezzi di tutela alternativi al processo giurisdizionale, che a partire dal modello delle *Alternative Dispute Resolution* di derivazione statunitense si fondano sui meccanismi cooperativi tipici della c.d. giustizia coesistenziale, i quali a loro volta presuppongono la volontarietà dell’accesso per i soggetti che esercitano liberamente la facoltà di disporre delle controversie di cui sono parti<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Oltre al rinvio operato dalla legge n. 69 del 2009 alla normativa comunitaria, la Direttiva 2008/52/CE viene espressamente richiamata nel preambolo del d.lgs. n. 28 del 2010.

<sup>3</sup> Cfr. i Considerando nn. 5 e 6 della Direttiva 2008/52/CE.

<sup>4</sup> Come rilevato da M. F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss., 369, l’orientamento dell’Unione europea in tema di conciliazione non è quello di “risposta ad un sistema giudiziario inadeguato rispetto alla domanda di giustizia, ma di strumento che completa e diversifica il sistema della tutela dei diritti dei cittadini europei”. Allo stesso obiettivo, ma con specifico riferimento alle controversie avviate dai consumatori, sono diretti i più recenti interventi normativi rappresentati dalla Direttiva 2013/11/UE “*sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*” (c.d. Direttiva sull’ADR per i consumatori) e dal Regolamento UE n. 524/2013 relativo alla “*risoluzione delle controversie online dei consumatori*”, (c.d. regolamento sull’ODR per i consumatori), entrambi approvati il 21 maggio 2013.

<sup>5</sup> Sull’ampia tematica si vedano L.P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 318 ss.; T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. II, Bari, Cacucci, 2012, 1255 ss.; F. DANOVI – F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, Giuffrè, 2013. È noto che tradizionalmente suole distinguersi tra strumenti alternativi di risoluzione delle controversie “autonomi” ed “eteronomi” (sulla distinzione cfr. F. P. LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1201 ss., 1202), dove nei primi campeggia la volontà delle parti nel perseguire il fine di comporre negoziabilmente la lite attraverso il temperamento dei contrapposti interessi; nei secondi - che in questo risultano maggiormente simili alla giurisdizione - è centrale il ruolo svolto da un soggetto terzo cui viene attribuito il potere di adottare una decisione obiettiva e vincolante nel caso concreto. Da questo punto di vista la mediazione, caratterizzata dalla presenza del terzo che si

A fronte di ciò, è apparso sin da subito chiaro che, accanto allo scopo di stimolare un mutamento culturale nella gestione dei conflitti sociali, ciò che ha animato l'introduzione della mediazione da parte del legislatore italiano è stata la volontà di ridurre il numero dei processi civili facendo leva sulla auspicata capacità deflattiva del nuovo strumento<sup>6</sup>.

Ed anzi, che la finalità di deflazione del contenzioso sia stato il vero intento avuto di mira dal legislatore è emerso dalla previsione di una forma di mediazione obbligatoria (accanto a quella facoltativa e a quella disposta su invito del giudice) congegnata quale condizione di procedibilità per la domanda giudiziale, e dunque in chiave limitativa del diritto di azione, rispetto ad un'amplissima gamma di controversie<sup>7</sup>, nella convinzione che potesse essere proprio il meccanismo della obbligatorietà a meglio garantire in via preventiva la contrazione del numero dei processi<sup>8</sup>.

In buona sostanza, è stata colta l'occasione fornita dalla necessità di dare attuazione alla menzionata direttiva europea<sup>9</sup> per innestare l'adozione della mediazione civile sul tronco

---

produce attivamente per la composizione della lite, rappresenta una figura intermedia tra le due categorie: su questo aspetto v. F. DANOVI – F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 16 ss.

<sup>6</sup> Sintomatico in proposito è l'inserimento della delega di cui all'art. 60 della legge n. 69 del 2009 all'interno del capo IV "Giustizia" tra le misure relative al processo civile e, ancor più, il tenore della *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 28 del 2010, dove si legge espressamente, nella parte relativa all'analisi normativa, che "L'obiettivo finale della novità che si introduce nell'ordinamento sta nella capacità deflattiva dell'istituto, sia per la prevenzione di specifiche liti, sia per la prevenzione generale cui è sotteso un cambio nella cultura della gestione dei conflitti sociali".

<sup>7</sup> Cfr. il testo originario dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni".

<sup>8</sup> Cfr. ancora la *Relazione illustrativa* che si esprime in termini di "condizione di procedibilità a largo raggio, in particolare per garantire che tale limitazione del diritto di azione sia realmente efficace in chiave deflattiva" e, ancora nella parte relativa all'analisi normativa, ove attesta che al fine di rafforzare la capacità deflattiva dell'istituto "si prevede che l'esperimento della mediazione sia condizione di procedibilità del processo civile avente il medesimo oggetto, limitatamente ad alcune materie ad elevato tasso di litigiosità o in cui vi è particolare possibilità di rilevare possibili complementarità negli interessi in conflitto".

<sup>9</sup> La direttiva 2008/52/CE si limita a prevedere in tema di obbligatorietà della mediazione che "il procedimento di mediazione può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro" (art. 3, lettera a)) e a disporre che resta "impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo

dei frequenti provvedimenti dettati per la deflazione del contenzioso: con la conseguenza, però, di stravolgere il reale carattere dell'istituto mediante la scelta normativa di una forma anche obbligatoria di tale strumento che ha finito nella sostanza per riprodurre la dimensione strutturale del conflitto<sup>10</sup>.

Quanto alla significativa estensione della forma di giurisdizione condizionata introdotta, va evidenziato come il nostro ordinamento già prevedesse casi di conciliazione obbligatoria, limitati però ad ipotesi specifiche dettate per particolari settori<sup>11</sup>: al contrario, l'adozione della condizione di procedibilità coinvolgente una così ampia serie di controversie in materia civile e commerciale ha quasi ridotto la possibilità di esperire in via diretta l'azione giudiziale a situazione eccezionale rispetto alla generalizzata e necessaria attivazione preventiva del procedimento di mediazione<sup>12</sup>.

Oltre a ciò, la mediazione obbligatoria è stata anche configurata come onerosa<sup>13</sup>, essendo previsto un costo a corresponsione dell'attività espletata dagli organismi di mediazione. Inoltre, l'impianto dell'istituto è stato fortemente connotato da una serie di misure che ne hanno segnato l'interferenza con il successivo ed eventuale giudizio, quali il termine di durata del procedimento di mediazione fino a quattro mesi e la previsione di alcune sanzioni di tipo processuale ed economico per la parte che non avesse partecipato al procedimento di mediazione senza giustificato motivo o per la parte vincitrice in caso di corrispondenza tra il provvedimento conclusivo del giudizio e il contenuto della proposta in precedenza formulata dal mediatore<sup>14</sup>.

---

*l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario" (art. 5, comma 2).*

<sup>10</sup> V. F. DANOVÌ – F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 51, per i quali ragionare di mediazione obbligatoria "ha il sapore di vero e proprio ossimoro".

<sup>11</sup> Per un quadro relativo alle fattispecie normative in materia di conciliazione, obbligatoria e non, v. ancora F. DANOVÌ – F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 31-32, nota 78.

<sup>12</sup> Così A. MAIETTA, *La mediazione negli ordinamenti stranieri*, in A. MAIETTA (a cura di), *La nuova mediazione civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2014, 259 ss., 259-260, per il quale "contrariamente al passato, in cui la conciliazione rivestiva carattere specifico e settoriale, la diretta azionabilità dei diritti in giudizio si è trasformata quasi in regola eccezionale rispetto a quella di più ampia portata che stabilisce il ricorso preventivo alla mediazione".

<sup>13</sup> Cfr. l'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2010 che rimette ad appositi decreti del Ministro della giustizia la determinazione delle indennità spettanti agli organismi di mediazione; il successivo art. 17, comma 4, che stabilisce che con il decreto di cui all'art. 16, comma 2, sono determinate le riduzioni minime delle indennità nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, comma 1; nonché il comma 4 del medesimo art. 17, confermativo della onerosità della mediazione obbligatoria, laddove è prevista l'esenzione dal pagamento dell'indennità per la parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità della domanda. In attuazione della previsione di cui al secondo comma dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 è intervenuto il D.M. n. 180 del 2010, successivamente modificato dal D.M. n. 145 del 2011.

<sup>14</sup> In proposito è stata prevista la possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, del c.p.c. dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, con l'aggiunta da parte dell'art. 2, comma 35-sexies, del d.l. n. 138 del 2011 della condanna per la parte costituita, che nei casi in cui vige la condizione di procedibilità non ha partecipato al procedimento medesimo senza giustificato motivo, al versamento al bilancio dello Stato di una somma pari al contributo unificato dovuto

In questo quadro la dottrina ha evidenziato sin da subito una serie di significativi dubbi di costituzionalità relativamente alle previsioni normative introdotte<sup>15</sup>, segnalando in particolare la problematicità di una mediazione al contempo obbligatoria e onerosa in riferimento all'art. 24 della Costituzione<sup>16</sup> e, prima ancora, il vizio di eccesso di delega in cui era incorsa l'introduzione stessa della obbligatorietà della mediazione, non essendo presente nell'art. 60 della legge n. 69 del 2009 alcuna indicazione in tal senso<sup>17</sup>. Non senza evidenziare i problemi di ragionevolezza e proporzionalità comunque posti dalla previsione generalizzata dell'obbligatorietà del meccanismo di conciliazione, anche in rapporto alla natura, altamente eterogenea, delle materie interessate dall'istituto<sup>18</sup>.

---

per il giudizio (art. 8); l'esclusione da parte del giudice della ripetizione delle somme sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta nel caso in cui il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente alla stessa, per il periodo successivo alla sua formulazione, nonché la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo e al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto (art. 13).

<sup>15</sup> Sui diversi vizi di legittimità costituzionale prospettati e, più in generale, sui vari aspetti problematici che hanno caratterizzato la mediazione obbligatoria di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, quali ad esempio il ravvisato eccesso di delega, il regime dei costi, la mancanza di professionalità specifica richiesta al mediatore e la disparità di trattamento tra attore e convenuto si vedano, tra gli altri, R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in *Judicium.it*, 1 aprile 2011; L. P. COMOGLIO, *Mediazione e accesso alla giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 288 ss.; G. D'ELIA, *Profili di illegittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria "purchessia"*, in *Federalismi.it*, 30 novembre 2011; A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ.*, 2011, 326 ss.; G. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in *Judicium.it*, 29 aprile 2010; L. NANNIPIERI, *Profili di illegittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in *Consulta Online.it*, 15 ottobre 2012; I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale dopo l'ordinanza del TAR Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. giur.*, 2011, 1001 ss.; G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, 54 ss.; G. SERGES, *La «mediazione civile» e la Costituzione (riflessioni a margine dell'ordinanza Tar Lazio, sezione prima, n. 3202 del 2011)*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico – B. Randazzo, Milano, Giuffrè, 2011, 1815 ss.; M. SCUDIERO, *La mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale: problemi di costituzionalità (in margine al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. I, Napoli, Jovene, 2013, 1347 ss.; V. TALLINI, *I nuovi procedimenti di mediazione "civile" e "tributaria": le limitazioni al diritto di azione tra norme costituzionali e dell'U.E.*, in *Forumcostituzionale.it*, luglio 2012; I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Judicium.it*, 19 aprile 2011.

<sup>16</sup> Per tutti G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., 55.

<sup>17</sup> In via esemplificativa v. G. SERGES, *La «mediazione civile» e la Costituzione (riflessioni a margine dell'ordinanza Tar Lazio, sezione prima, n. 3202 del 2011)*, cit., in particolare 1833 ss.

<sup>18</sup> Secondo G. D'ELIA, *Profili di illegittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria "purchessia"*, cit., 5, "si tratta, allora, di verificare se il catalogo dei rapporti sottoposti al regime obbligatorio della mediazione civile sia doverosamente assistito da un interesse pubblicistico di tono costituzionale. Il che evidentemente non è. Anzi, il catalogo dei rapporti sottoposti alla mediazione obbligatoria è stato da più parti contestato come disegnato in modo occasionale e confuso, senza che sia ispirato ad alcun criterio e, quindi, tantomeno, al criterio della soddisfazione di interessi pubblicistici di tono costituzionale. Ciò che espone, altresì, questo catalogo a censure con riguardo anche al principio di ragionevolezza delle leggi, ex art. 3 della Costituzione". Aveva messo in luce il potenziale contrasto della disciplina in tema di mediazione obbligatoria con il principio di ragionevolezza anche M. SCUDIERO, *La mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale: problemi di costituzionalità (in margine al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, cit., 1351, osservando che il parametro di cui all'art. 3 Cost. "richiede, come è noto, che la disciplina della legge sia congruente, adeguata e necessaria rispetto al fine perseguito, alla *ratio legis*; mentre comporta un giudizio di irragionevolezza, quando non vi sia rispondenza tra gli interessi tutelati dalla legge e i valori ricavabili dalla tavola costituzionale, e non si attui un appropriato bilanciamento tra gli stessi".

Agli interventi della dottrina sono seguite numerose ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, che hanno appunto sollevato, tra le altre, le questioni di legittimità costituzionale delle norme relative alla onerosità della mediazione obbligatoria e, alla radice, della previsione della stessa condizione di procedibilità per vizio di eccesso di delega<sup>19</sup>.

Parallelamente, anche due rinvii pregiudiziali sono stati formulati all'indirizzo della Corte di giustizia UE, aventi ad oggetto la questione della compatibilità con il quadro normativo del diritto dell'Unione delle disposizioni in tema di costi, competenza dei mediatori e sanzioni processuali caratterizzanti l'impianto della mediazione obbligatoria<sup>20</sup>.

## **2. La sentenza n. 272 del 2012 della Corte costituzionale: illegittimità costituzionale per eccesso di delega e assorbimento degli ulteriori profili.**

Con la sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010<sup>21</sup>. La pronuncia ha

---

<sup>19</sup> In totale sono state otto le ordinanze che hanno sollevato le diverse questioni di legittimità costituzionale successivamente esaminate dalla Corte: Tar Lazio 12 aprile 2011; Giudice di pace di Parma 1 agosto 2011; Giudice di pace di Catanzaro 1 settembre 2011 e 3 novembre 2011; Giudice di pace di Recco 5 dicembre 2011; Giudice di pace di Salerno 19 novembre 2011; Tribunale di Torino 24 gennaio 2012; Tribunale di Genova 18 novembre 2011.

<sup>20</sup> Ord. del Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria, del 16 agosto 2011 e ord. del Giudice di pace di Mercato San Severino del 21 settembre 2011. Sui rinvii pregiudiziali in oggetto v. G. SPINA, *Le questioni interpretative sottoposte dall'Italia alla Corte di giustizia U.E. in materia di mediazione civile (gennaio-settembre 2011)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 643 ss. La prima ordinanza aveva richiamato in particolare i profili problematici relativi alla competenza del mediatore, ai criteri di competenza territoriale degli organismi di mediazione e alla possibilità per il mediatore di formulare in ogni caso una proposta di mediazione a fronte del mancato accordo amichevole e spontaneo tra le parti. La seconda aveva sollevato dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione in relazione alla previsione in tema di argomenti di prova desumibili dal giudice a carico della parte che avesse mancato di partecipare alla procedura; alla esclusione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che avesse rifiutato la proposta di conciliazione e alla condanna della stessa al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente a quella già versata a titolo di contributo unificato ove la sentenza emessa a definizione del giudizio corrispondesse interamente al contenuto della proposta stessa; alla formulazione della proposta di conciliazione da parte del mediatore anche in mancanza di accordo delle parti ed anche in caso di mancata partecipazione delle parti alla procedura; al termine di conclusione del tentativo di mediazione previsto fino a quattro mesi; al costo della procedura di mediazione obbligatoria ritenuto "almeno due volte più elevato di quello del processo giurisdizionale che la procedura di mediazione mira a scongiurare" e capace di aumentare esponenzialmente e in modo sproporzionato "con l'aumentare del valore della controversia (fino a far diventare il costo della mediazione anche più del sestuplo rispetto al costo del processo giurisdizionale) o con l'aumentare della sua complessità (in tale ultimo caso rivelandosi necessaria la nomina di un esperto, da retribuirsi dalle parti della procedura, che aiuti il Mediatore in controversie che richiedono specifiche competenze tecniche senza che la relazione tecnica stilata dall'esperto o le informazioni da lui acquisite possano essere utilizzate nel successivo giudizio)".

<sup>21</sup> Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in *Giur. cost.*, 2012, 4282 ss. con commento di G. PISTORIO, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giur. cost.*, 2012, 4333 ss.. Sulla decisione si vedano anche A. BUSACCA, *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la "mediazione obbligatoria"*, in *I contratti*, 2013, 241 ss.; F. P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le Società*, 2013, 76 ss.; L. NANNIPIERI, *Incostituzionalità della*

eliminato alla radice l'obbligatorietà della mediazione civile in quanto ha ritenuto che il Governo avesse ecceduto i limiti della delega conferitagli dal legislatore delegante, ritenendo assorbito ogni altro profilo nella ravvisata violazione, logicamente prioritaria, dell'art. 76 Cost.<sup>22</sup>.

In via consequenziale la Corte ha inoltre dichiarato l'illegittimità di tutte le disposizioni comunque collegate alla condizione di procedibilità non prevista dalla delega<sup>23</sup>.

Al fine di verificare la sussistenza o meno dell'eccesso di delega, nella decisione la Corte ha dapprima esaminato i profili concernenti il rispetto del diritto dell'Unione, non potendo ignorarsi il richiamo operato dalla stessa legge di delega al rispetto della normativa sovranazionale vigente in materia e il riferimento espresso alla Direttiva 2008/52/CE contenuto nel d.lgs. n. 28 del 2010<sup>24</sup>.

---

*mediazione civile e commerciale obbligatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, in *Forumcostituzionale.it*, 24 febbraio 2013; 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.; R. TISCINI, *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*, in *Riv. arb.*, 2013, 105 ss.

<sup>22</sup> Individua la sentenza n. 272 del 2012 quale caso paradigmatico di assorbimento c.d. improprio, "caratterizzato dalla totale mancanza di un qualsivoglia rapporto di interdipendenza e dunque di connessione fra le censure prospettate che consenta di ritenere la decisione di una di esse inclusiva della decisione delle altre", A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, Jovene, 2013, 27 ss. Sul tema dell'assorbimento con riguardo alla pronuncia in oggetto v. G. PISTORIO, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, cit., 4339-4341.

<sup>23</sup> E successivamente Corte cost. 21 giugno 2013, n. 156 ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli articoli 5, comma 1, 8, comma 5, 13 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 sollevate dalle ordinanze del Giudice di pace di Parma del 24 novembre 2011; del Tar Lazio del 2 maggio 2012; del Tribunale di Firenze, in composizione monocratica, dell'11 maggio 2012; del Tribunale di Latina del 19 aprile 2012 e del 6, 19, 8, 6 e 21 giugno 2012; del Tribunale di Tivoli del 27 giugno 2012 e del 30 e 2 maggio 2012. Va anche rilevato che la sentenza n. 272 del 2012 della Corte costituzionale ha fatto venir meno la necessità del coinvolgimento nella vicenda della Corte di giustizia UE. Difatti, nella causa C-464/11, il Tribunale di Palermo – sezione distaccata di Bagheria – ha ritirato il proprio rinvio pregiudiziale e la Corte, con ordinanza del Presidente della terza sezione dell'8 febbraio 2013, ha cancellato la causa dal ruolo; con riferimento al rinvio pregiudiziale operato dal Giudice di pace di Mercato San Severino, invece, Corte giust. 27 giugno 2013, C-492/11, *Di Donna* ha pronunciato il non luogo a rispondere per carenza di oggetto e difetto di rilevanza in considerazione dell'intervento della Corte costituzionale. Per un inquadramento della vicenda in oggetto nel più ampio fenomeno della c.d. doppia pregiudizialità v. L. CAPPUCCIO, *I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio ed E. Lamarque, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 81 ss., in particolare 124 ss., secondo la quale nonostante pendessero alcune questioni pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia UE "la Corte costituzionale non ha aspettato l'intervento di Lussemburgo, ma ha deciso di decidere", in controtendenza rispetto all'orientamento maturato sino ad allora e di fatto sminuendo il precedente della Corte di giustizia richiamato.

<sup>24</sup> In questo modo è evidente la scelta autonoma del legislatore italiano, che ha deciso di modellare l'intera disciplina della materia sulla scorta del diritto dell'Unione anche per le situazioni puramente interne, nonostante la Direttiva del 2008 avesse riguardo in primo luogo alle controversie civili e commerciali a carattere transfrontaliero. Sul punto v. L. D'ANTILIO – M. DI FILIPPO, *Mediazione obbligatoria e diritto alla tutela giurisdizionale: contrasti (reali e apparenti) tra la normativa italiana e il diritto UE*, in *Giur. it.*, 2012, 660 ss. Quanto alla verifica del rispetto dei principi dettati dalle norme dell'Unione nell'ambito del sindacato sull'eccesso di delega va ricordato quanto la Corte ha ancora da ultimo affermato nella sentenza n. 184 del 9 luglio 2013, e cioè che " *Nel caso poi di*

All'esito dell'analisi dei riferimenti normativi e giurisprudenziali offerti dal diritto dell'Unione la Corte è giunta alla conclusione che il *favor* da quest'ultimo dimostrato per l'istituto della mediazione "*non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio*". Con la conseguenza che "*la disciplina del diritto dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie*". In altri termini, "*l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento*" nella disciplina di diritto dell'Unione"<sup>25</sup>.

Il ragionamento della Corte si è incentrato sul richiamo a due risoluzioni del Parlamento europeo, del 25 ottobre 2011 e del 13 settembre 2011<sup>26</sup>, prive di efficacia vincolante ma particolarmente significative dell'ispirazione europea in tema di mediazione, e sulla interpretazione della sentenza della Corte di giustizia UE che ha nello specifico affrontato, a seguito di rinvio pregiudiziale operato da un giudice italiano, la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione del procedimento di conciliazione obbligatorio innanzi ai Comitati regionali in materia di comunicazioni elettroniche<sup>27</sup>.

Quanto in particolare alle risoluzioni del Parlamento europeo, il giudice costituzionale ha inteso evidenziare come sia sentita a livello dell'Unione europea l'esigenza che i metodi alternativi di risoluzione delle controversie mantengano un carattere essenzialmente facoltativo e come l'attivazione dei medesimi debba essere rimessa alla libera scelta delle parti: e ciò anche con specifico riferimento al caso della mediazione italiana<sup>28</sup>. In relazione alla sen-

---

*delega per l'attuazione di una direttiva comunitaria, i principi che quest'ultima esprime si aggiungono a quelli dettati dal legislatore nazionale e assumono valore di parametro interposto, potendo autonomamente giustificare l'intervento del legislatore delegato ([sentenza n. 32 del 2005](#))*".

<sup>25</sup> Punto 12.2. del Considerato in diritto.

<sup>26</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI) e Risoluzione del 13 settembre 2011 (2011/2026-INI).

<sup>27</sup> Corte giust. 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini*, in *Foro it.*, 2010, IV, 361 ss. con nota di G. ARMONE – P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, 372 ss., i quali sinteticamente evidenziano come la Corte abbia nell'occasione evocato il necessario rispetto di sei condizioni da parte della normativa nazionale: che la procedura non conduca a una decisione vincolante; che non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; che sospenda la prescrizione dei diritti in questione; che non generi costi per le parti o non ne generi di ingenti; che non sia accessibile esclusivamente per via elettronica; che consenta l'adozione di provvedimenti provvisori nei casi eccezionali imposti dall'urgenza della situazione.

<sup>28</sup> Cfr. la Risoluzione del 25 ottobre 2011, in cui si afferma che "*l'ADR deve avere un carattere facoltativo, fondato sul rispetto della libera scelta delle parti durante l'intero arco del processo, che lasci loro la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia dinanzi ad un tribunale, e che esso non deve essere in alcun caso una prima tappa obbligatoria preliminare all'azione in giudizio*" e la Risoluzione del 13 settembre 2011 in cui si osserva che "*nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione dei tribunali*", ma che ciononostante "*la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria*".



tenza della Corte di giustizia richiamata, invece, la Corte costituzionale ha voluto affermare con chiarezza che il riferimento nella specie operato dal giudice dell'Unione alla maggiore efficacia dello strumento della obbligatorietà per la realizzazione degli obiettivi comunitari non potesse che intendersi quale mero *obiter dictum*, in quanto il caso affrontato nella pronuncia pregiudiziale concerneva una procedura di conciliazione relativa a un "*tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi)*", non assimilabile alla mediazione di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, "*anche per le differenze strutturali*" che caratterizzano le due procedure, laddove quest'ultima riguarda "*un rilevante numero di vertenze*"<sup>29</sup>.

Esclusa la rilevanza della normativa dell'Unione al fine di sciogliere il dubbio di costituzionalità, la Corte ha dunque esaminato il tenore della legge di delega, per concludere non soltanto che dalla stessa non potesse ricavarsi alcun elemento nel senso dell'opzione della obbligatorietà<sup>30</sup>, ma che anzi fossero presenti nel dato normativo indicazioni ad essa espressamente contrarie<sup>31</sup>.

Ancora, la Corte ha operato una precisa distinzione tra il caso sottoposto alla sua attenzione e quello oggetto della precedente decisione n. 276 del 2000, con la quale era stata dichiarata non fondata, anche con riferimento al profilo dell'eccesso di delega, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 410, 410-bis e 412-bis c.p.c. che prevedevano il tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro<sup>32</sup>: e ciò, in particolare, in quanto in quell'occasione a far propendere per l'assenza di violazione della delega si era rivelato determinante il "*contesto della riforma attuata, senza dubbio di ampio respiro ma circoscritta alle controversie nel settore del diritto del lavoro*", a differenza della procedura di cui al d.lgs. n. 28 del 2010 che "*delinea un istituto a carattere generale, destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali, però, alla stregua delle considera-*

---

<sup>29</sup> Punto 12.2. del Considerato in diritto.

<sup>30</sup> Nello specifico la Corte ha voluto sottolineare come l'omissione di ogni riferimento alla obbligatorietà fosse estremamente significativa in quanto relativa ad un elemento centrale nella definizione della struttura dell'istituto "*come risulta sia dall'ampio dibattito dottrinale svoltosi in proposito, sia dai lavori parlamentari durante i quali il tema dell'obbligatorietà o meno della mediazione fu più volte discusso*".

<sup>31</sup> Cfr. il punto 13 del Considerato in diritto, dove la Corte afferma che il vizio di eccesso di delega "*non potrebbe essere superato considerando la norma introdotta dal legislatore delegato come un coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante, perché – come sopra messo in rilievo – in realtà con il censurato art. 5, comma 1, si è posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri della delega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata*. Come indici espressi nel senso della contrarietà alla previsione di una mediazione di tipo obbligatorio la Corte ha citato il rinvio contenuto nell'art. 60 della legge n. 69 del 2009 alla conciliazione in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia di cui agli artt. 38-40 del d.lgs. n. 5 del 2003, abrogati dallo stesso d.lgs. n. 28 del 2010, i quali prevedevano un procedimento di conciliazione a carattere volontario, e il richiamo operato al dovere dell'avvocato di informare il proprio assistito sulla "possibilità" della conciliazione, indipendentemente dalla tipologia della procedura.

<sup>32</sup> Com'è noto, il tentativo di conciliazione in questione è stato reso facoltativo ad opera della legge n. 183 del 4 novembre 2010, c.d. "collegato lavoro".

zioni sopra svolte, il carattere dell'obbligatorietà per la mediazione non trova alcun ancoraggio nella legge delega"<sup>33</sup>.

In collegamento a quest'ultimo punto la Corte ha anche aggiunto che a sostegno del rispetto della delega nemmeno "varrebbe addurre che l'ordinamento conosce varie procedure obbligatorie di conciliazione, trattandosi di procedimenti specifici, per singoli settori, in relazione ai quali nessun rapporto di derivazione è configurabile in riferimento all'istituto in esame". Ed in conclusione, subito prima della declaratoria di illegittimità costituzionale, ha voluto affermare che "quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell'esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia".

Dal quadro riportato, e dall'impianto argomentativo della decisione della Corte, si evince allora che, se è vero che non sono state direttamente affrontate nella pronuncia le questioni sostanziali sollevate dalle ordinanze di rimessione, con la valutazione sul profilo relativo all'art. 76 Cost. sembra non soltanto che la Corte sia stata mossa ad un'interpretazione rigorosa della delega conferita al Governo dalla stessa conformazione della mediazione quale obbligatoria e generale, anche in relazione ai principi espressi a livello di diritto dell'Unione, ma che gli stessi connotati dell'istituto siano stati quasi implicitamente stigmatizzati dal tenore delle affermazioni del giudice costituzionale.

### **3. La "nuova" mediazione civile obbligatoria inserita nel d.l. n. 69 del 2013 convertito, con modificazioni, in legge n. 98 del 2013.**

All'indomani della declaratoria di incostituzionalità il legislatore si è rivelato piuttosto solerte nel reintrodurre il meccanismo della obbligatorietà nel sistema della mediazione rimasto orfano della condizione di procedibilità, evidentemente sulla scorta della considerazione secondo la quale la Corte si era limitata ad assorbire tutti i dubbi di merito avanzati dai giudici comuni decidendo sul solo vizio formale dell'eccesso di delega.

Stavolta lo strumento utilizzato è stato il decreto-legge n. 69 del 21 giugno 2013, recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*" (c.d. decreto del fare) convertito, con

---

<sup>33</sup> Al punto 13 del Considerato in diritto la Corte ha inoltre ricordato, con riguardo alla fattispecie oggetto della pronuncia del 2000, che pur a fronte della non espressa menzione della obbligatorietà vi era nella legge n. 59 del 1997 uno specifico criterio direttivo che abilitava il Governo a introdurre misure generali per porre argine al sovraccarico del contenzioso, anche con procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato. Inoltre, dato il contesto specifico della disciplina, ben poteva ritenersi che nel disporre tali misure a carattere generale il legislatore delegato potesse regolare diversamente il sistema vigente introducendo l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, anche in coerente sviluppo e completamento di un principio già esistente nel settore per le controversie di pubblico impiego privatizzato.

modificazioni, in legge n. 98 del 9 agosto 2013, che all'art. 84 ha reinserto la condizione di procedibilità all'interno del d.lgs. n. 28 del 2010 con decorrenza a partire dal termine di trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione.

Ora, tralasciando in questa sede l'esame della problematica dei decreti-legge che contengono disposizioni ad efficacia differita<sup>34</sup>, nonché quella ancor più ampia dei decreti-legge incidenti in via duratura su materie centrali per il funzionamento dell'ordinamento<sup>35</sup>, ciò che qui interessa è l'analisi del contenuto di alcune tra le nuove disposizioni introdotte al fine di comprendere quanto dell'impianto della precedente mediazione obbligatoria è stato conservato e quali elementi, al contrario, sono stati oggetto di modifica normativa ad opera del decreto-legge e della legge di conversione<sup>36</sup>.

Innanzitutto, come emerge dal preambolo del d.l. e dal titolo in cui sono inserite le disposizioni relative alla mediazione civile (*"Misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso"*), si evince ancora una volta l'intento di deflazione del contenzioso perseguito con il nuovo intervento normativo, che si propone di incidere sul funzionamen-

---

<sup>34</sup> Mette conto di ricordare che conformemente all'art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988 i decreti-legge *"devono contenere misure di immediata applicazione [...]"*. Sulla prassi dell'adozione di decreti-legge contenenti disposizioni ad efficacia differita v. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Padova, Cedam, 1997, 436 ss.. In tema cfr. anche L. DE BERNARDIN, *Il problematico vizio di illegittimità dei decreti-legge ad efficacia differita*, in *Giur. cost.*, 2002, 264 ss. Richiamano la valenza politica che gli interpreti normalmente riconnettono ai limiti di cui all'art. 15, commi 2 e 3, della legge del 1988, pur se questi paiono connessi alle previsioni costituzionali, F. SORRENTINO, G. CAPORALI, voce *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, 120 ss., 122.

<sup>35</sup> Rispetto al tema delle modifiche ordinamentali realizzate con lo strumento della decretazione d'urgenza va menzionato quanto di recente affermato da Corte cost. 19 luglio 2013, n. 220 in tema di riforma delle province, e cioè che *"I decreti-legge traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari e sono destinati ad operare immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità. Per questo motivo, il legislatore ordinario, con una norma di portata generale, ha previsto che il decreto-legge debba contenere «misure di immediata applicazione» (art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri»). La norma citata, pur non avendo, sul piano formale, rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa del decreto-legge (sentenza n. 22 del 2012), che entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo, in quanto recanti, come nel caso di specie, discipline mirate alla costruzione di nuove strutture istituzionali [...]"*. Con la conseguenza che non è *"utilizzabile un atto normativo, come il decreto-legge, per introdurre nuovi assetti ordinamentali che superino i limiti di misure meramente organizzative"*. In argomento v. di recente R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivista AIC*, 2/2014, in particolare 18 ss.; D. FIUMICELLI, *Dalla "urgenza nel provvedere" alla "opportunità/convenienza del provvedimento": la decretazione di urgenza tra origine storica, crisi economica e Corti costituzionali. Un confronto tra i casi di Italia e Spagna*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2014, spec. 38 ss.

<sup>36</sup> Sulla "nuova" mediazione obbligatoria v. V. VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in G. FALCO e G. SPINA (a cura di), *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)*, Milano, Giuffrè, 2013, 185 ss.; A. D. DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo civile*, in A. MAIETTA (a cura di), *La nuova mediazione civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2014, 175 ss.

to della giustizia civile andando a diminuire il numero dei contenziosi giurisdizionali in entrata.

Inoltre, la legge di conversione del decreto ha previsto che la disposizione sulla condizione di procedibilità sia da considerarsi efficace per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore e che decorsi due anni competa al Ministero della giustizia di attivare il monitoraggio degli esiti della sperimentazione.

Dalle materie oggetto della reintroduzione della obbligatorietà è stata esclusa quella del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, mentre tra le stesse è stata inserita in sede di conversione quella delle controversie relative alla responsabilità medica e sanitaria (art. 5, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 28 del 2010).

La durata del procedimento è stata fissata in tre mesi rispetto ai quattro previsti dalle disposizioni originarie (art. 6, comma 1, del d.lgs. modificato).

È stata prevista una forma incisiva di mediazione c.d. delegata da parte del giudice, il quale, anche in sede di giudizio di appello, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione che diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 5, comma 2).

È stata reintrodotta la sanzione processuale della possibilità che il giudice desuma argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, con la condanna per la parte costituita, che nei casi in cui vige la condizione di procedibilità non ha partecipato al procedimento medesimo senza giustificato motivo, al versamento al bilancio dello Stato di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio (art. 8, comma 4-*bis*). Allo stesso modo sono state reintrodotte le sanzioni relative alle spese processuali già oggetto di previsione da parte del d.lgs. n. 28 del 2010 (art. 13).

È stato previsto un "primo incontro" nel quale il mediatore debba chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, con la previsione che l'eventuale conclusione dello stesso senza che le parti pervengano all'accordo permetta di considerare avverata la condizione di procedibilità nei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione deve necessariamente precedere l'instaurazione del giudizio (art. 5, comma 2-*bis*).

In proposito viene chiarito che, in caso di mancato accordo, al termine di questo primo incontro nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione (art. 17, comma 5-*ter*).

Quanto ai costi, viene riproposto l'impianto oneroso previgente del procedimento di mediazione obbligatorio, con la previsione che il decreto ministeriale di cui all'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2010 disciplini le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità o è disposta per ordine del giudice (art. 17, comma 4) e che vi sia l'esenzione dal pagamento dell'indennità per i soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato (art. 17, comma 5-*bis*). In aggiunta, circostanza che inevitabilmente rappresenta un ulteriore costo da computare, è stata prescritta l'assistenza dell'avvocato nel corso del procedimento di mediazione obbligatoria.

Emerge in particolare dal quadro delle nuove disposizioni che la mediazione obbligatoria è stata nuovamente concepita come onerosa<sup>37</sup>, e che la stessa è stata ancora una volta prevista a livello generale per una serie davvero cospicua ed eterogenea di materie afferenti al contenzioso civile e commerciale.

Quel che è oggetto di specifica analisi in questa sede è a questo punto la verifica della compatibilità di un procedimento di mediazione obbligatorio e oneroso con la garanzia costituzionale del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, nonché il rapporto di una condizione di procedibilità così estesa e generalizzata con i principi costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità.

Si pongono infatti nuovamente varie questioni relativamente alla struttura della mediazione reintrodotta nell'ordinamento italiano, delle quali alcune già prospettate con riguardo alle norme introdotte con il d.lgs. del 2010, che impongono all'interprete di valutare se la reintroduzione della mediazione obbligatoria sia avvenuta conformemente ai principi e ai diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Vanno pertanto analizzati partitamente i due profili indicati, distinti ma collegati, alla luce della giurisprudenza costituzionale nonché rispetto ai principi generali del diritto dell'Unione.

---

<sup>37</sup> Tale conclusione non è scalfita dalla gratuità del primo incontro conclusosi con il mancato accordo: in primo luogo perché la previsione non incide sull'impianto oneroso dell'intero procedimento di mediazione obbligatoria (dovendosi peraltro considerare che il mancato accordo possa verificarsi a seguito degli incontri successivi pur a fronte di una iniziale volontà di comporre amichevolmente la controversia), ed in secondo luogo perché non può parlarsi di totale gratuità nemmeno con riferimento al primo incontro in quanto le parti devono comunque corrispondere all'organismo di mediazione le spese di avvio del procedimento fissate originariamente dal D.M. n. 180 del 2010 in euro 40,00 (cfr. su quest'ultimo aspetto la circolare 27 novembre 2013 del Ministero della giustizia). Sul punto è intervenuto espressamente il recente D.M. 4 agosto 2014, n. 139, pubblicato in G.U. n. 221 del 23 settembre 2014 ed in vigore dal 24 settembre 2014, recante "*Regolamento recante modifica al decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010*", il quale ha previsto che: a) le spese di avvio sono dovute dalle parti per lo svolgimento del primo incontro; b) insieme alle spese di avvio sono dovute anche le spese vive documentate; c) l'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo. Inoltre, il D.M. ha aumentato l'importo delle spese di avvio in euro 80,00 per le liti di valore superiore a 250.000 euro. La versione attuale dell'art. 16, comma 2, del D.M. n. 180 del 2010 dispone pertanto che "*Per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte per lo svolgimento del primo incontro un importo di euro 40,00 per le liti di valore fino a 250.000,00 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate che è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento. L'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo*". Alla conclusione della non totale gratuità del primo incontro poteva già giungersi, del resto, attraverso l'interpretazione sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 28 del 2010 e del D.M. n. 180 del 2010, da cui si desume la distinzione tra il compenso, che rappresenta il pagamento delle spese di mediazione, e l'indennità che è comprensiva tanto del compenso quanto delle spese di avvio (così l'art. 16, comma 1, del D.M.): del resto è significativo che conformemente all'art. 17 del d.lgs. n. 28 del 2010 la totale gratuità si abbia soltanto in caso di soddisfacimento delle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio, ove non è dovuto il pagamento di alcuna indennità, a differenza della previsione relativa alla esclusione del solo compenso per il mediatore nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro.

### **3.1. Diritto alla tutela giurisdizionale e onerosità della mediazione obbligatoria: problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione**

Viene in primo luogo in rilievo il problema della costituzionalità degli oneri economici connessi all'instaurazione del giudizio in riferimento all'art. 24 della Costituzione<sup>38</sup>. Del resto il tema era stato oggetto delle riflessioni della dottrina e delle ordinanze di rimessione che hanno portato alla sentenza n. 272 del 2012 della Corte costituzionale.

L'indagine non può che prendere le mosse dalla giurisprudenza costituzionale consolidata in materia.

Secondo la Corte il problema della compatibilità tra il principio costituzionale di cui all'art. 24 Cost., che garantisce a ciascun individuo la tutela giurisdizionale dei propri diritti, e le disposizioni che impongono specifici oneri, anche di natura economica, in capo ai soggetti richiedenti la tutela medesima va *“risolto alla luce della distinzione fra gli oneri che sono «razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione», da ritenere evidentemente consentiti, e quelli che tendono, invece, «alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette», i quali - conducendo al risultato «di precludere o ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale» - incorrono «nella sanzione dell'incostituzionalità» (cfr. sentenze n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001)*<sup>39</sup>.

Nessun dubbio vi può essere in proposito: l'unico limite costituzionalmente ammesso rispetto al pieno dispiegarsi del diritto di agire in giudizio è l'onere economico, ragionevole e proporzionato, che sia immediatamente ricollegato alla pretesa dedotta in giudizio e alla funzione di questo (come una cauzione diretta o un tributo), a nulla rilevando sotto questo profilo il perseguimento di finalità generali quali la riduzione del carico di lavoro gravante sugli uffici giudiziari pur se attinente in senso ampio ad un interesse proprio della funzione giurisdizionale<sup>40</sup>. Diversamente, nessun costo economico, di qualsivoglia entità, può ritenersi costituzionalmente ammesso, anche ove lo stesso costituisca un onere meramente simbolico.

---

<sup>38</sup> La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza costituzionale sin dagli anni '60 del secolo scorso. In argomento già L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, Cedam, 1970, 249 ss.

<sup>39</sup> Corte cost. 8 aprile 2004, n. 114, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1009 ss., con nota di G. MANFREDI, *Giurisdizione condizionata e limiti al diritto di azione*, 1012 ss., punto 5.2. del Considerato in diritto.

<sup>40</sup> In questo senso cfr. R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, cit., 5-6. Si veda anche quanto affermato da A. BUSACCA, *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la “mediazione obbligatoria”*, cit., 250, per la quale *“nel caso della mediazione non può certo ravvisarsi la natura di tributo giudizio o cauzione, pur nella considerazione del collegamento funzionale con la risoluzione della controversia, ma piuttosto quella di controprestazione per l'erogazione di un servizio nell'ambito del contratto per l'amministrazione della procedura. L'obbligo al pagamento delle spese, dunque, si inserisce nell'ambito di un rapporto privato, quale appunto il contratto tra i soggetti che richiedono la procedura e l'organismo deputato allo svolgimento e determina, in capo a quest'ultimo, il sorgere di un diritto di credito al soddisfacimento del quale può essere sottoposto il rilascio del verbale”*. Di diverso avviso G. ARMONE – P. PORRECA, *Costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*, in *Foro it.*, 2011, V, 205 ss., 206.

Se così è, è evidente che nessun collegamento diretto vi può essere tra funzione del processo e onere finanziario imposto con il procedimento di mediazione, essendo il costo da sopportare per definizione del tutto sganciato dal giudizio ed anzi concepito, unitamente alla condizione di procedibilità, in modo da poterne scongiurare la celebrazione.

Ne consegue che, conformemente alla dottrina che si era espressa in precedenza sulla incostituzionalità di una mediazione obbligatoria e onerosa al tempo stesso<sup>41</sup>, gli stessi dubbi accompagnano la rinnovata previsione di tale forma di risoluzione delle controversie diversa dal processo che comporta un costo per i singoli costretti ad accedervi.

Significativo è anche il quadro offerto dal diritto dell'Unione, dal momento che - come già si è detto - la Corte di giustizia ha avuto modo di esprimersi sul collegamento esistente tra obbligatorietà e onerosità nei procedimenti di conciliazione preventivi di composizione delle liti.

Nella sentenza del 2010, avente ad oggetto il ben più circoscritto ambito del procedimento obbligatorio di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche, la Corte ha messo in luce il rilievo che nell'ordinamento dell'Unione è riservato al principio della tutela giurisdizionale effettiva, che *“costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, oltre ad essere stato ribadito anche dall'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”*. Ebbene, rilevando che in ogni caso i diritti fondamentali possono essere soggetti a restrizioni, *“a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti”*, la Corte ha ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione il procedimento di conciliazione obbligatoria innanzi al Corecom, in quanto non manifestamente sproporzionato, anche sulla base della circostanza che i costi derivanti da tale procedura erano da considerarsi *“inesistenti”*<sup>42</sup>.

Può dunque osservarsi come, tenendo conto del diverso impianto del procedimento di conciliazione – non a carattere tendenzialmente generale – preso in esame nella specie dalla Corte di giustizia, anche rispetto al diritto dell'Unione possa ugualmente e ragionevolmente porsi il problema di compatibilità tra costi della mediazione obbligatoria e diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Vedi G. SERGES, *La «mediazione civile» e la Costituzione (riflessioni a margine dell'ordinanza Tar Lazio, sezione prima, n. 3202 del 2011)*, cit., 1835 ss.; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, cit., 3 ss.; G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., 56; M. SCUDIERO, *La mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale: problemi di costituzionalità (in margine al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, cit., 1349-1350.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 43.

<sup>43</sup> Evidenzia M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 43, che per la Corte di giustizia *“istituti come la mediazione o simili possono essere obbligatori od onerosi, non entrambe le cose assieme”*. Sul punto v. anche L. D'ANTILIO – M. DI FILIPPO, *Mediazione obbligatoria e diritto alla tutela giurisdizionale: contrasti (reali e apparenti) tra la normativa italiana e il diritto UE*, cit., 665-666 in relazione al rinvio pregiudiziale che era stato operato dai giudici italiani. E si badi che nelle proprie osservazioni scritte depositate nella causa C-

In ogni caso, ove si ritenesse che i dubbi di legittimità dell'istituto siano meno consistenti sul versante del diritto dell'Unione (considerato anche il fatto che la Corte di giustizia potrebbe presumibilmente riservare al giudice del rinvio l'accertamento in ordine all'entità e alla proporzione dei costi da sopportare per il necessario esperimento del tentativo preliminare di conciliazione<sup>44</sup>), va comunque evidenziato che il problema qui posto rientra in un'area - quella dei diritti fondamentali - che potrebbe portare ad esiti diversi rispetto ai bilanciamenti con altri interessi generali nei distinti ordinamenti. Con la conseguenza che la Corte costituzionale, a fronte della stabilità della propria giurisprudenza formatasi sul punto e sensibile alle esigenze di garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale<sup>45</sup>, potrebbe a ragione esercitare direttamente il controllo di costituzionalità, specialmente ove chiamata in causa prima della Corte di giustizia, e ravvisare che la disciplina della mediazione obbligatoria onerosa si pone in contrasto con i principi costituzionali in materia di limiti al diritto di azione da essa stessa elaborati<sup>46</sup>.

Fermo l'autonomo profilo appena esaminato, va ora verificata più in generale la costituzionalità di un sistema che impone in via generalizzata una condizione di procedibilità rispetto al successivo giudizio quale quella configurata nell'ordinamento italiano: problema sul quale non ha sinora avuto occasione di pronunciarsi compiutamente la giurisprudenza costituzionale espressasi in materia di giurisdizione condizionata.

---

492/11, *Di Donna*, la Commissione europea aveva ritenuto di dubitare "che una mediazione obbligatoria che sia anche onerosa, sia una misura non manifestamente sproporzionata rispetto all'obiettivo di giungere ad una risoluzione più economica delle controversie", affermando che "In realtà, la previsione di un costo per la mediazione sembra piuttosto destinata a realizzare l'obiettivo del decongestionamento dei tribunali che, pur legittimo in sé, non può tuttavia esser disgiunto dall'obiettivo della risoluzione più economica delle controversie che è quello fissato nell'interesse delle parti".

<sup>44</sup> Questa l'opinione della Commissione ancora nelle citate osservazioni scritte, in cui dopo aver affermato che "la direttiva 2008/52/CE, letta alla luce dell'art. 47 CDFUE, deve essere interpretata nel senso che osta, in linea di principio, ad una normativa come quella oggetto della presente causa che prevede una mediazione obbligatoria onerosa" ha concluso nel senso che "Tuttavia, spetta al giudice nazionale stabilire caso per caso se i costi di una mediazione obbligatoria sono tali da rendere la misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di una composizione più economica delle controversie".

<sup>45</sup> Sul diritto alla tutela giurisdizionale quale principio supremo dell'ordinamento cfr. Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232; Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18.

<sup>46</sup> In proposito si veda quanto affermato da M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 9, in relazione al fondamento del principio della tutela effettiva nella giurisdizione, e cioè che "postularne un radicamento costituzionale piuttosto che eurounitario o convenzionale implica - a tacer d'altro - la conseguenza che il principio potrebbe essere inserito tra quelli ("fondamentali" o "supremi") che caratterizzano la nostra forma di Stato in modo così profondo da sottrarsi alla revisione costituzionale, il che è logicamente impossibile nell'ipotesi in cui si preferisca la sua fondazione extracostituzionale. Non è innocente neppure la scelta fra i trattati UE o la CEDU, almeno se si continua a ritenere (come sarebbe doveroso, per rispettare l'art. 11 Cost.) che i rapporti fra ordinamento eurounitario e ordinamento nazionale siano retti ancora dal principio di competenza e non da quello gerarchico (in chiaro: appoggiandosi ai primi, il raggio di applicazione del principio si accorcia, essendo ridotto al pur ampio spazio delimitato dalle competenze dell'Unione".



### **3.2. Mediazione obbligatoria, principio di proporzionalità e diritto alla tutela giurisdizionale: problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione**

Innanzitutto è noto che per giurisprudenza costante della Corte deve ritenersi in linea di principio compatibile con la Costituzione l'introduzione di condizioni di procedibilità della domanda giudiziale, in quanto è sempre possibile subordinare l'esercizio del diritto di azione a controlli o condizioni: ciò a patto che non siano imposti oneri o modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale e che una simile limitazione sia volta al soddisfacimento di interessi generali di primario rilievo e tesa al più idoneo soddisfacimento delle situazioni giuridiche sostanziali. Quel che l'art. 24 Cost. non ammette è invece la circostanza che oltre al differimento del momento in cui è possibile presentare la domanda giudiziale sia prevista una vera e propria condizione di proponibilità, che – ove non soddisfatta - comporti irrimediabilmente la perdita del diritto di azione.

Su tale questione, che ha interessato in particolare l'ampio tema dell'ammissibilità dei rimedi amministrativi da esperire obbligatoriamente in via preventiva<sup>47</sup>, la Corte ha avuto di recente occasione di fare ulteriore chiarezza, richiamando compiutamente la propria pregressa giurisprudenza nella recente n. 98 del 2014, con la quale ha da un lato ritenuto infondata la questione di costituzionalità sollevata in relazione alla obbligatorietà per il contribuente del reclamo tributario di cui all'art. 17-bis, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, introdotto dal d.l. n. 98 del 2011; dall'altro ha censurato per violazione dell'art. 24 Cost. la sola disposizione del successivo comma 2 che nella sua formulazione originaria aveva previsto tale strumento come condizione di proponibilità della domanda giudiziale (lo stesso legislatore ha peraltro nel frattempo sostituito la stessa condizione di proponibilità della domanda con la previsione della condizione di procedibilità mediante apposita disposizione contenuta nella legge n. 147 del 27 dicembre 2013)<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> In argomento v. di recente R(ICC). CHIEPPA, *Sulla legittimità costituzionale di previi ricorsi o rimedi o procedimenti precontenziosi per poter adire un giudice e sugli effetti della inosservanza delle relative previsioni*, in *Giur. cost.*, 2013, 5083 ss..

<sup>48</sup> Corte cost. 16 aprile 2014, n. 98. Il giudice costituzionale ha premesso che *“la consolidata giurisprudenza di questa Corte esclude che la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale implichi necessariamente una relazione di immediatezza tra il sorgere del diritto (o dell'interesse legittimo) e tale tutela (sentenze n. 154 e n. 82 del 1992, n. 130 del 1970, n. 64 del 1964), essendo consentito al legislatore di imporre l'adempimento di oneri – in particolare, il previo esperimento di un rimedio amministrativo – che, condizionando la proponibilità dell'azione, ne comportino il differimento, purché gli stessi siano giustificati da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia (sentenze n. 132, n. 81 e n. 62 del 1998, n. 233 del 1996, n. 56 del 1995, n. 255 del 1994, n. 406 del 1993, n. 154 del 1992; in termini simili, sentenze n. 403 del 2007, n. 251 del 2003, n. 276 del 2000, n. 113 del 1997, n. 82 del 1992, n. 130 del 1970)”* e ha di seguito affermato che *“È questo il caso del reclamo e della mediazione tributari, i quali, col favorire la definizione delle controversie (che rientrino nel menzionato ambito di applicazione dei due istituti) nella fase pregiudizionale introdotta con il reclamo, tendono a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice aspetto: da un lato, assicurando un più pronto e meno dispendioso (rispetto alla durata e ai costi della procedura giurisdizionale) soddisfacimento delle situazioni sostanziali oggetto di dette controversie, con vantaggio sia per il contribuente che per l'amministrazione finanziaria; dall'altro, riducendo il*

Sotto un primo profilo va però evidenziato che anche nell'ambito della condizione di procedibilità l'interesse pubblicistico sembrerebbe quantomeno dover rivestire un rilievo costituzionale e dovrebbe essere in ogni caso ricollegato in via immediata al processo<sup>49</sup>. Ciò che non potrebbe dirsi, anche per quanto evidenziato in precedenza, con riferimento alla finalità di deflazione del contenzioso, e che per questo, unitamente alla irragionevole previsione di un vasto ed eterogeneo numero di materie rispetto alle quali non può cogliersi con esattezza la pretesa efficacia della mediazione<sup>50</sup>, potrebbe far sorgere alcuni sospetti di incostituzionalità della disciplina oggetto di esame.

Ad ogni modo, prendendo in esame il fine deflattivo che ha dichiaratamente animato il legislatore nell'introduzione della mediazione obbligatoria tanto nel 2010 quanto nuovamente nel 2013, può procedersi alla verifica della ragionevolezza e proporzionalità della previsione a carattere pressoché generale della condizione di procedibilità in relazione alla compressione del diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale.

A ben vedere, lo spunto per la riflessione che qui si conduce è offerto anche dalle stesse parole della Corte costituzionale enunciate in coda alla motivazione della sentenza n. 272 del 2012, laddove questa ha precisato – lo si ricorda ancora - che *“quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell'esigenza di individuare misure alternative per la*

---

*numero dei processi di cui sono investite le commissioni tributarie e, conseguentemente, assicurando il contenimento dei tempi e un più attento esame di quelli residui (che, nell'ambito di quelli promossi nei confronti dell'Agenzia delle entrate, comportano le più rilevanti conseguenze finanziarie per le parti).* Quanto alla configurazione del reclamo come condizione di ammissibilità, invece, la Corte ha ricordato che nell'affermare *“la legittimità di forme di accesso alla giurisdizione condizionate al previo adempimento di oneri quando questi siano finalizzati al perseguimento di interessi generali”* essa stessa abbia *“tuttavia precisato che, anche là dove ricorra tale circostanza, il legislatore «è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa» (sentenza n. 154 del 1992; in termini analoghi, sentenze n. 360 del 1994, n. 406 del 1993, n. 530 del 1989), «deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile» (sentenze n. 233 del 1996 e n. 56 del 1995), deve operare un «congruo bilanciamento» tra l'esigenza di assicurare la tutela dei diritti e le altre esigenze che il differimento dell'accesso alla stessa intende perseguire (sentenza n. 113 del 1997).* In linea con tale prospettiva, questa Corte ha più volte dichiarato l'illegittimità, per violazione dell'art. 24 Cost., di disposizioni che comminavano la sanzione della decadenza dall'azione giudiziaria in conseguenza del mancato previo esperimento di rimedi di carattere amministrativo (*sentenze n. 296 del 2008, n. 360 del 1994, n. 406 e n. 40 del 1993, n. 15 del 1991, n. 93 del 1979*). Più di recente, richiamando la pronuncia appena citata, riassume le condizioni che rendono legittime forme di accesso alla giurisdizione, subordinate al previo adempimento di oneri finalizzati al perseguimento di interessi generali, anche Corte cost. 28 ottobre 2014, n. 243 in tema di accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445-bis c.p.c.

<sup>49</sup> Sulla scorta di tali considerazioni ad esempio V. DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 116 ss., 124, aveva categoricamente affermato che “non basta, quindi, dire che l'esercizio del diritto di azione deve essere ‘incondizionato’, poiché, come si è visto, sono possibili oneri o ‘condizioni’ interni al processo, e giustificati dal fine del miglior funzionamento degli istituti processuali: essenziale è l'esclusione di qualsiasi ‘condizionÈ esterna al giudizio, perché nessun interesse pubblico diverso da quello proprio della funzione giurisdizionale può ‘giustificarÈ limitazioni all'esercizio dell'azione. Si deve quindi concludere, contro l'orientamento emerso nelle recenti pronunce della Corte, che il legislatore ordinario non può ‘condizionarÈ ad alcun ‘altro’ pubblico interesse il diritto riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione”.

<sup>50</sup> Sul punto cfr. G. D'ELIA, *Profili di illegittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria “purchessia”*, cit., 4-6.

*definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia.*

Ebbene, un simile argomento non può che richiamare alcuni dei canoni tipici del principio di proporzionalità, che nella giurisprudenza della Corte costituzionale è da sempre intimamente legato a quello di ragionevolezza<sup>51</sup>.

L'elaborazione del principio di proporzionalità è in particolare figlia della dottrina e della giurisprudenza costituzionale tedesche, che hanno tradizionalmente impostato il controllo della *Verhältnismäßigkeit* della legge sulla base di una struttura trifasica, concentrata sui tre gradi di scrutinio costituiti dal nesso di astratta idoneità del mezzo rispetto al fine (*Geeignetheit* o *Tauglichkeit*); dalla necessità dello strumento previsto dalla legge (*Notwendigkeit* o *Erforderlichkeit*), anche nota come regola del mezzo più mite a fronte di una pluralità di alternative possibili; infine dalla ponderazione tra contrapposti diritti e interessi (*Abwägung* o *Proportionalität*) che si risolve in un giudizio di bilanciamento vero e proprio<sup>52</sup>.

Parimenti, è noto che dall'ordinamento tedesco il principio ha fatto breccia nell'ordinamento dell'Unione per poi confluire nuovamente ed essere adottato in via autonoma negli altri ordinamenti dei singoli Stati membri: tanto che può affermarsi con la Corte costituzionale che “ *il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legitt-*

---

<sup>51</sup> Per tutte Corte cost. 22 dicembre 1988, n. 1130, per la quale “*il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*”.

<sup>52</sup> Si veda, per tutti, G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2000, 270 ss. Sul principio di proporzionalità, ed anche per gli aspetti concernenti l'ordinamento tedesco, v. A. A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 55 ss., 81 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. soc.*, 1993, 307 ss.; N. VICECONTE, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, in AA. VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino, Giappichelli, 2007, 189 ss. In generale, sui principi costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità, si vedano, tra gli altri, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 12 novembre 2013; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. XIV, Roma, 2006, 20-21; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, 341 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, 185 ss.; ID., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 191 ss.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, Giappichelli, 1996, 83 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit.; ID., *Ragionevolezza delle leggi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, Milano, 2006, V, 4805 ss.

*timità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi*<sup>53</sup>.

Va a questo proposito segnalato che proprio di recente si rinvengono nella giurisprudenza della Corte costituzionale alcune incisive applicazioni del canone di proporzionalità in rapporto al bilanciamento tra principi e diritti fondamentali<sup>54</sup>, laddove è stato affermato che il relativo *“punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”*<sup>55</sup> e che *“nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di un interesse di pari rango”*<sup>56</sup>.

Venendo al rapporto tra mediazione obbligatoria, principio di proporzionalità e diritto alla tutela giurisdizionale può in prima battuta evidentemente ritenersi che lo strumento superiore il vaglio di mera idoneità astratta al perseguimento del fine della deflazione del contenzioso.

Quel che è fortemente dubbio, invece, è che lo stesso sia in grado di soddisfare il criterio del minimo mezzo anche avuto riguardo al bilanciamento da operare con il diritto fondamentale di azione.

Gli ultimi due elementi che connotano la struttura applicativa del principio di proporzionalità tendono infatti a questo punto a fondersi e, dal momento che possono ravvisarsi altri mezzi ugualmente idonei al perseguimento dell'obiettivo di alleggerire il sovraccarico degli apparati giudiziari, va osservato che rispetto al meccanismo coercitivo il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale subirebbe una pura e semplice *deminutio*, ancor più ingiustificata perché non capace di favorire, di rimando, un significativo incremento di efficacia per l'interesse contrapposto alla deflazione del contenzioso giudiziario. Tale ultima finalità, infatti, può essere già adeguatamente garantita attraverso altri strumenti, da prevedere o già presenti nell'ordinamento come ad esempio la stessa mediazione di tipo facoltativo (gli altri moduli procedimentali, facoltativi o disposti dal giudice, cui ha fatto riferimento la Corte nella pronuncia n. 272 del 2012), non soltanto ritenuti pacificamente e parimenti adeguati allo scopo deflattivo, ma meno pervasivi e con ciò rispondenti alla vera natura dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile.

---

<sup>53</sup> Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1, punto 3.1. del Considerato in diritto.

<sup>54</sup> Vedi ad esempio la stessa Corte cost. n. 1 del 2014, con la quale attraverso l'applicazione del *test* di proporzionalità è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle norme relative al sistema elettorale.

<sup>55</sup> Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 sul noto caso ILVA, in tema di conflitto tra diritti alla salute e all'ambiente da una parte e diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica dall'altra.

<sup>56</sup> Corte cost. 20 giugno 2013, n. 143, in tema di conflitto tra diritti dei detenuti sottoposti al “carcere duro” e l'interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini.

Insomma, come ormai più volte anticipato, sembra quasi esser stata la stessa Corte a tracciare la strada per una simile conclusione, laddove nella sentenza n. 272 del 2012 ha incidentalmente ma non troppo implicitamente affermato, senza anche includere nel ragionamento – non essendone richiesta l'indagine – il diritto inviolabile di azione, che difficilmente un sistema di mediazione obbligatorio conformato alla stregua di quello vigente nell'ordinamento italiano potrebbe giustificarsi in termini di necessità. Senza considerare in aggiunta l'elemento dell'onerosità, di per sé potenziale oggetto di una pronuncia di incostituzionalità, il meccanismo delle sanzioni processuali e la dilazione temporale fino a tre mesi per la proposizione della domanda giudiziale.

Non sembra allora essere un caso, alla luce di quanto si va osservando, che nella decisione di incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega la Corte abbia altresì segnato la differenza tra l'estensione dello strumento in parola e la settorialità, pur comprendente un vasto numero di controversie, del tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro oggetto della nota decisione n. 276 del 2000: differenza che varrebbe, seguendo ancora il ragionamento della Corte, più in generale con riguardo a tutti i *“procedimenti specifici, per singoli settori, in relazione ai quali nessun rapporto di derivazione è configurabile in riferimento all'istituto in esame”*.

In linea con tale ricostruzione appaiono altresì significative le ulteriori affermazioni svolte dalla Corte nella sentenza n. 98 del 2014 in tema di “mediazione” tributaria prevista dall'art. 17-bis del d.lgs. n. 546 del 1992, proposta all'interno del reclamo o d'ufficio dall'amministrazione, con le quali è stato giudicato ragionevole e proporzionato un simile strumento di tutela amministrativa anche deflattivo del contenzioso, opportunamente marcandone la differenza ontologica rispetto alla mediazione obbligatoria vigente in materia civile e commerciale<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Si legge nella pronuncia (punto 7 del Considerato in diritto) che *“Va anzitutto precisato che la mediazione disciplinata dall'art. 17-bis, sia che venga proposta nel reclamo (comma 7) sia che venga proposta d'ufficio (comma 8), si svolge solo tra il contribuente e l'Agenzia delle entrate, cioè tra le parti del rapporto d'imposta, senza l'intervento di alcun terzo nel ruolo di mediatore”*. Ancora, *“Tale mancanza di un soggetto terzo che, come avviene per la mediazione delle controversie civili e commerciali disciplinata dal d.lgs. n. 28 del 2010 (art. 1, comma 1, lettere a e b), svolga la mediazione, se comporta l'impossibilità di ricondurre la mediazione tributaria al modello di quella civilistica - e induce a dubitare della stessa riconducibilità dell'istituto all'ambito mediatorio propriamente inteso - non determina, tuttavia, alcuna violazione degli invocati parametri costituzionali. In primo luogo, non è conferente il richiamo alla direttiva n. 2008/52/CE sul quale la Commissione tributaria rimettente basa, pressoché esclusivamente, le proprie argomentazioni. Tale atto comunitario, infatti, si applica «nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale», con l'espressa esclusione della «materia fiscale, doganale e amministrativa» (art. 1, comma 2), cioè proprio della materia che viene qui in rilievo.*

*Più in generale, va osservato che la mediazione tributaria introdotta dall'impugnato art. 17-bis costituisce una forma di composizione pregiudizionale delle controversie basata sull'intesa raggiunta, fuori e prima del processo, dalle stesse parti (senza l'ausilio di terzi), che agiscono, quindi, su un piano di parità. Deve dunque escludersi che un tale procedimento conciliativo preprozessuale, il cui esito positivo è rimesso anche al consenso dello stesso contribuente, possa violare il suo diritto di difesa o il principio di ragionevolezza o, tanto meno, il diritto a non essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge”. In tale contesto va rilevato che la già citata Corte cost. n. 243 del 2014 ha ritenuto, rispetto all'accertamento tecnico preventivo obbligatorio di cui all'art. 445-bis c.p.c., che “il legislatore ha effettuato un congruo bilanciamento tra gli interessi generali di cui sopra [alla ridu-*

Dal punto di vista del diritto dell'Unione, del resto, il raggio di azione del principio di proporzionalità<sup>58</sup> abbraccia non soltanto il sindacato giurisdizionale degli atti posti in essere dalle istituzioni sovranazionali, ma ha ad oggetto nello specifico anche le misure adottate dagli Stati membri in senso limitativo delle libertà fondamentali sancite dal Trattato e dei diritti individuali riconosciuti anche dall'ordinamento dell'Unione, quale ad esempio il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, per le vertenze che rientrano nel campo di applicazione di questo, e, alla stessa stregua, i provvedimenti adottati in attuazione del diritto dell'Unione.

Con riferimento alla vicenda della mediazione obbligatoria si è già avuto modo di precisare come la Corte di giustizia abbia nella sostanza ritenuto non manifestamente sproporzionata la disciplina dettata dal legislatore italiano sul tentativo di conciliazione obbligatorio – settoriale - da esperire dinnanzi al Corecom, non potendosi non rilevare che ad una diversa conclusione il giudice dell'Unione potrebbe forse giungere in ordine alla compatibilità di un sistema generalizzato di previsione obbligatoria come quello previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010: per di più oneroso e accompagnato da una serie di sanzioni di tipo processuale applicabili nell'ambito del successivo giudizio<sup>59</sup>.

Del resto, come già evidenziato, è stata proprio la Corte costituzionale a voler significare che se anche il giudice dell'Unione ha incidentalmente affermato che *“l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituirebbe uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione degli obiettivi perseguiti”*, di altro non si tratterebbe appunto se non di un *“obiter dictum”*, essenzialmente in quanto la sentenza del 2010 è intervenuta *“su una procedura conciliativa concernente un tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi), là dove la mediazione di cui qui si discute riguarda un rilevante numero di vertenze, che rende non comparabili le due procedure anche per le differenze strutturali che le caratterizzano”*.

---

zione del contenzioso assistenziale e previdenziale; al contenimento della durata dei relativi processi; al conseguimento della certezza giuridica in ordine all'accertamento del requisito medico-sanitario] e *l'interesse della parte a far valere il suo diritto di assistenza o previdenza, basato sullo stato di invalidità, nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità che compete al medesimo legislatore*” (p. 3 del Considerato in diritto): ciò, peraltro, dopo aver precisato che *“Nel caso di specie non si tratta di previo adempimento di oneri, nel senso di previo esperimento di rimedi amministrativi, ma di un procedimento giurisdizionale sommario, sul modello di quelli d'istruzione preventiva, a carattere contenzioso; in particolare, il legislatore ha previsto un procedimento sommario, avente ad oggetto la verifica delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa che s'intende far valere in giudizio, cui fa seguito un (eventuale) giudizio di merito a cognizione piena”*.

<sup>58</sup> Sul principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione si vedano D.-U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 110 ss. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo*, vol. II., *L'esercizio delle competenze*, Milano, Giuffrè, 2006, 225 ss. M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999; G. TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

<sup>59</sup> Si consideri, del resto, che ai sensi del Considerando n. 27 della Direttiva 2008/52/CE la stessa normativa in questione *“cerca di promuovere i diritti fondamentali e tiene conto dei principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”*.

Anche l'interrogativo in ordine alla compatibilità tra disciplina italiana della mediazione obbligatoria e principio europeo di proporzionalità rimane pertanto aperto, così come non può nemmeno del tutto scongiurarsi il rischio che le due Corti, ove interpellate in tal senso, possano giungere ad esiti diversi nei rispettivi bilanciamenti in una materia così delicata che interessa il rispetto dei diritti fondamentali<sup>60</sup>.

#### **4. Osservazioni conclusive: ordinamento italiano, giurisdizione condizionata e limiti costituzionali alla compressione del diritto alla tutela giurisdizionale**

L'indagine che precede ha inteso mostrare i problemi di costituzionalità che ancora interessano la mediazione obbligatoria congegnata dal legislatore italiano.

Sul presupposto che le tecniche *ADR* sono intrinsecamente fondate sulla volontarietà dell'accesso per le parti e sulla rapidità della definizione delle controversie, è emerso innanzitutto che la mediazione introdotta nell'ordinamento interno quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale si propone al contrario di rispondere all'esigenza di deflazione del contenzioso civile pendente. Tale finalità caratterizza del resto sempre più di frequente i provvedimenti che vengono adottati in materia processuale, anche attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza, con i quali si tende a porre rimedio ai cronici problemi che affliggono la giustizia italiana in un'ottica prevalentemente esterna al processo<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Sul problema dei possibili bilanciamenti dei diritti di segno diverso in ambito nazionale ed europeo con riferimento al principio di proporzionalità v. N. VICECONTE, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, cit., 225.

<sup>61</sup> Si veda in proposito quanto aveva con nettezza affermato il C.S.M. nel Parere emesso sullo schema del d.lgs. n. 28 del 2010: *"Non si tratta di scegliere e promuovere la mediazione perché il sistema processuale dei singoli paesi incontra difficoltà sempre maggiori a trattare in modo rapido ed efficiente le cause. Al contrario, la mediazione ha caratteristiche positive in sé e, se mai, richiede un sistema giudiziario efficiente come migliore incentivo per il suo sviluppo"*. E in questo senso si consideri anche il recente decreto-legge n. 132 del 12 settembre 2014, convertito, con modificazioni, in legge n. 162 del 10 novembre 2014, recante *"Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"*. Del resto, l'evidenziata tendenza alla dissuasione dall'esperimento del ricorso al giudice si coglie anche in alcuni provvedimenti riguardanti direttamente il processo: sintomatica è in questo senso l'ordinanza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento n. 23 del 29 gennaio 2014 che ha sottoposto alla Corte di giustizia la questione della compatibilità con il quadro normativo di diritto dell'Unione delle disposizioni nazionali che hanno disposto elevati importi di contributo unificato per l'accesso alla giustizia amministrativa nel settore dei contratti pubblici. Argomentando proprio in base al principio di proporzionalità il giudice amministrativo ha affermato che *"l'aumento continuo e progressivo del contributo unificato, via via attuato con i diversi interventi normativi citati sopra, sembra in contrasto anche con i principi comunitari di proporzionalità e di divieto di discriminazione, nonché, soprattutto, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che è centrale nella logica della stessa direttiva 89/665 e che costituisce un principio generale non solo dell'ordinamento interno, ma anche e viepiù del diritto dell'Unione (v. ancora, in tal senso, Corte giustizia Unione Europea, sent. 13/3/2007, causa C-432/05, e giurisprudenza ivi citata; cfr. anche, ibidem: sent. n. 145 del 6/5/2010; sent. n. 406 del 28/1/2010; sent. n. 584 del 18/7/2013; n. 93 del 27/6/2013; n. 393 del 30/4/2009; Grande sezione, 3/9/2008, n. 402; Grande sezione, 13/3/2007, n. 432)*. Sotto ulteriore profilo, la normativa interna sul contributo unificato comporta, ad avviso del Collegio, altresì la violazione del principio di proporzionalità, che, com'è noto, costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario ed esige che la normativa nazionale non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento

In disparte la circostanza, tutta da dimostrare, della pretesa maggiore efficacia pratica di deflazione del contenzioso civile offerta dagli strumenti obbligatori di risoluzione alternativa delle controversie, ciò che preme evidenziare è la necessità che ne venga verificata la compatibilità strutturale rispetto ai limiti costituzionali posti a presidio del diritto alla tutela giurisdizionale come anche riflessi negli orientamenti del giudice costituzionale<sup>62</sup>.

Il problema è stato in questa sede impostato sotto il duplice profilo della contrarietà all'ordinamento costituzionale di un sistema preventivo di composizione delle liti contemporaneamente obbligatorio e oneroso da un lato, e dei dubbi di costituzionalità che possono avanzarsi in ordine alla previsione generalizzata – e per questo potenzialmente sproporzionata – di una forma di giurisdizione condizionata di così vasta portata<sup>63</sup>. In proposito qualche indicazione nel senso del necessario rispetto del principio di proporzionalità può evincersi dal tenore delle argomentazioni che hanno condotto il giudice costituzionale a sancire una prima volta l'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega e dalla distinzione segnata dalla stessa Corte tra la mediazione civile obbligatoria ed altri tipi di condizioni di procedibilità rinvenibili nell'ordinamento (quale ad esempio quella relativa al reclamo e alla c.d. "mediazione" tributaria). E forse da questo punto di vista può ricavarsi in materia un *test*

---

*mento degli scopi pur legittimamente perseguiti da ciascuno Stato. Alla stregua di tale principio, infatti, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e penalizzante, in modo che gli inconvenienti causati dalle stesse misure non siano sproporzionati rispetto ai fini da raggiungere (cfr., ad es.: sent. Corte di giustizia UE 12.7.2001, causa C-189/01; id., 12/9/2013, n. 660; 8/5/2013, n. 197; 13/12/2012, n. 395; Grande sezione, 27/11/2012, n. 566; Grande sezione, 21/12/2011, n. 28)".* Nutre seri dubbi di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24 e 97 Cost., delle norme che prevedono tali livelli elevati di contributo unificato M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 49 ss., il quale auspica che la Corte costituzionale venga correttamente adita e possa pronunciarsi sui costi della giustizia.

<sup>62</sup> Sul punto cfr. L. P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, cit., 371, che con riferimento alla tendenza verso le *alternative dispute resolution* invita ad una cautela particolare e ad "un attento esame dei valori costituzionali coinvolti", che se nella sostanza sacrificati comporterebbero, pur a fronte degli innegabili vantaggi apportati dalle tecniche *adr*, "un prezzo globale troppo alto da pagare, in termini di civiltà e giustizia". E non si trascuri nemmeno quanto messo in luce da M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, cit., 378-379, la quale invita a "essere consapevoli del fatto che fare a meno del processo non solo significa privarsi di provvedimenti che con la loro idoneità al giudicato contribuiscono a fisare la certezza del diritto, ma significa anche privarsi di quell'opera selettiva e creativa rimessa ai giudici ed alla loro funzione interpretativa delle norme".

<sup>63</sup> Allo stesso modo, *mutatis mutandis*, dubbi di compatibilità costituzionale potrebbero ravvisarsi sin d'ora rispetto al sistema della "Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato" configurata dal citato d.l. n. 132 del 2014 convertito, con modificazioni, in legge n. 162 del 2014 quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (cfr. art. 3, comma 1, in forza del quale "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro"). Da un lato, infatti, il necessario coinvolgimento dell'avvocato ne permette di individuare il carattere inevitabilmente oneroso (come dimostra anche la previsione dell'art. 3, comma 6, sulla non debenza del compenso per la parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio); dall'altro la previsione si riferisce ad un numero particolarmente vasto di controversie.



abbastanza solido per lo scrutinio di costituzionalità, relativamente al criterio del mezzo meno invasivo nel contemperamento della contrapposta finalità deflattiva del contenzioso con il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale, pur nella necessaria prudenza che deve accompagnare l'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Si rammentino in proposito le affermazioni di A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 561 ss., 575, volte a mettere in guardia il giudice costituzionale dall'ingerirsi nelle scelte politiche del legislatore, in quanto "Il metro per definire la linea di demarcazione tra contraddizione e discriminazione consentita, tra misure pertinenti e impertinenti, adeguate e inadeguate, è estremamente difficile da operare, e va impiegato con straordinaria prudenza".