Leggi qui l'ordinanza del 16 agosto 2011 con la quale il Tribunale di Palermo, Sezione staccata di Bagheria, ha proposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea tre quesiti pregiudiziali riguardo alla interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2008/52/CE. Si vuol verificare, da parte del giudice palermitano, la compatibilità della normativa italiana sulla c.d. "mediaconciliazione" obbligatoria rispetto a detta direttiva in ordine alle competenze giuridiche del mediatore e alla sua designazione da parte dell'Organismo di mediazione, in ordine alla competenza territoriale degli organismi di mediazione e in ordine alla possibilità per il mediatore di formulare una proposta di mediazione salvo che le parti, volendo chiudere il procedimento di mediazione, gli chiedano di non farlo. In particolare il Tribunale di Palermo chiede alla Corte di Giustizia:

"*1) se gli artt. 3 e 4 della direttiva 2008/52/CE sull'efficacia e competenza del mediatore possano interpretarsi nel senso di richiedere che il mediatore sia dotato anche di competenze in campo giuridico e che la scelta del mediatore da parte del responsabile dell'organismo debba avvenire in considerazione delle specifiche conoscenze ed esperienze professionali in relazione alla materia oggetto di controversia;*

2) se l'art. 1 della direttiva 2008/52/CE possa interpretarsi nel senso di richiedere criteri di competenza territoriale degli organismi di mediazione che mirino a facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie ed a promuovere la composizione amichevole delle medesime;

3) se l'art. 1 della direttiva 2008/52/CE sull equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario, l'art. 3 lett. a), il considerando 10 ed il considerando 13 della direttiva 2008/52/CE sull'assoluta centralità della volontà delle parti nella gestione del procedimento di mediazione e nella decisione relativa alla sua conclusione possano interpretarsi nel senso che, quando l'accordo amichevole e spontaneo , il mediatore possa formulare una proposta di conciliazione salvo che le parti non gli chiedano congiuntamente di non farlo (poiché ritengono di dover porre fine al procedimento di mediazione)".

LEGGI DI SEGUITO IL TESTO DELL'INTERA ORDINANZA DEL 16 AGOSTO 2011 CON LA QUALE IL TRIBUNALE DI PALERMO, SEZIONE DI BAGHERIA, HA PROPOSTO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA TRE QUESITI PREGIUDIZIALI IN TEMA DI MEDIA-CONCILIAZIONE ...

TRIBUNALE DI PALERMO
SEZIONE DISTACCATA DI BAGHERIA

Il Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria, nella persona del Giudice unico, dott. Michele Ruvolo, sciogliendo la riserva assunta alla scadenza (in data 29.7.2011) dei termini concessi alle parti per note, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento iscritto al n. 199 del registro generale degli affari civili contenziosi dell'anno 2011 promosso da ... Paola, nata a Bagheria il …, elettivamente domiciliata in Palermo, via ..., presso lo studio dell'avvocato E... G... del Foro di Palermo, dal quale è rappresentato e difeso - ricorrente -

CONTRO

... Maria, nata a Collesano il …, e ... Maria Piera, nata a Palermo il ..., elettivamente domiciliate in Palermo, …, presso lo studio degli avv.ti G... e F.... L.V . del Foro di Palermo, dai quali sono rappresentati e difesi
... Fabio, nato a Palermo il …, elettivamente domiciliato in Bagheria, via …, presso lo studio dell'avv. B... B... del Foro di Palermo, dalla quale è rappresentato e difeso - resistenti -
oggetto: rilascio immobile e pagamento somme di denaro

PREMESSE

1. I fatti della causa e lo svolgimento del processo.

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. (procedimento sommario di cognizione) depositato il 21.3.2011 la sig.ra ... Paola chiedeva condannarsi ... Fabio, ... Maria e ... Maria Piera sia al rilascio in suo favore dell'immobile sito in Bagheria, via Palagonia 143-147, in quanto da questi occupato senza titolo, sia al pagamento della somma di € 11.844,78 come indennità per occupazione senza titolo per il periodo dal 24.4.2002 al 30.6.2008 e di € 17.180,89 per il periodo dal 1.7.2008 al 28.2.2011, oltre € 597,95 per ogni successivo mese di occupazione, con interessi e rivalutazione.

Deduceva la ricorrente: 1) che in data 27.9.2011 era stata stipulata tra lei e ... Fabio una transazione per porre fine a sei procedimenti di sfratto per morosità pendenti contro il padre di ... Fabio (... Antonio, deceduto nel corso dei procedimenti di convalida di sfratto) e relativi ai locali, concessi in locazione dalla ..., siti in Bagheria, via Palagonia 143-147; 2) che ... Fabio si era obbligato, con la itata transazione, a corrispondere lire 800.000 a titolo di parziale rimborso spese dei giudizi promossi contro suo padre-conduttore (... Antonio), nonché a stipulare un nuovo contratto di locazione ad uso deposito ed a corrispondere il nuovo canone, convenuto in lire 1.000.000 mensili (oltre aggiornamento ISTAT), dal giorno 1.1.2002;3) che, dopo essere entrato in possesso dei locali, ... Fabio si era rifiutato di sottoscrivere il nuovo contratto di locazione; 4) che nei confronti di ... Fabio era stato ottenuto decreto ingiuntivo, poi divenuto definitivamente esecutivo per mancata opposizione, per la somma di € 13.501,56 a titolo di indennità per occupazione senza titolo; 5) che era poi emerso che i locali di via Palagonia 143-147 erano stati occupati fin dal 24.4.2002 non solo da ... Fabio, ma anche dalla società di fatto costituita da quest'ultimo e dagli altri eredi di ... Antonio (la moglie ... Maria e la figlia ... Maria Piera); 6) che tale circostanza era documentata dall'attestazione del Comune di Bagheria del 15.6.2010, nella quale si dava atto – giusta comunicazione di subingresso alla ditta ... Antonio del 24.4.2002 – che "nell"immobile con sede in via Palagonia n. 147 risulta autorizzato un esercizio commerciale per il commercio al dettaglio di mobili a nome di ... Fabio rappresentante legale della società ... Antonino eredi"; 7) che l'attività commerciale di vendita di mobili prima esercitata da ... Antonino (deceduto il 25.8.2011) era ora esercitata da ... Maria, ... Maria Piera e ... Fabio, che si erano costituiti nella società di fatto "... Antonino eredi", società che nella comunicazione al Comune di Bagheria del 24.4.2002 aveva dichiarato di esercitare la propria attività per subingresso alla ditta ... Antonino; 8) che ... Maria, ... Maria Piera e ... Fabio erano, quindi, occupanti senza titolo e dovevano corrispondere l'indennità per occupazione senza titolo.

In data 16.5.2011 si costituivano ... Maria e ... Maria Piera, le quali chiedevano il rigetto delle domande formulate dalla ricorrente e la sua condanna per lite temeraria ex art. 96 c.p.c.

A tal fine evidenziavano la loro carenza di legittimazione passiva in quanto:

1) inizialmente il rapporto locativo (relativo ai locali di via Palagonia) era intercorso tra la ricorrente ... Paola e ... Antonino (marito della ... e padre della ...), il quale aveva esercitato in quei locali l'attività commerciale di vendita di mobili e arredi per la casa; 2) che dopo la morte di ... Antonino (verificatasi nell'agosto del 2001) nell'attività in questione era subentrato solo ... Fabio, figlio di Antonino, che aveva il consenso della madre e della sorella al trasferimento in suo favore dell'attività; 3) che, di fatto, solo ... Fabio aveva curato e proseguito tale attività; 4) che ... Fabio non era, come invece sostenuto dalla ricorrente, "entrato in possesso dei locali", ma ne aveva mantenuto il possesso proseguendo nel rapporto locativo (peraltro ... Fabio già lavorava con il padre), tanto è vero che l'accordo del 27.9.2001 era intercorso tra la ... e ... Fabio; 5) che tale accordo costituiva una novazione soggettiva del rapporto locatizio, con definitiva ed esclusiva legittimazione di ... Fabio; 6) che mai nessun rapporto era intercorso tra ... Paola, da un lato, e ... Maria e ... Maria Piera dall'altro; 7) che non ricorrevano nel caso di specie i tre presupposti richiesti dalla giurisprudenza per la configurabilità di una società di fatto; 8) che la dichiarazione fatta da ... Fabio al Comune di Bagheria era una semplice autocertificazione i cui effetti non potevano estendersi a soggetti diversi dal dichiarante; 9) che l'azione della ricorrente era temeraria e sostenuta da mala fede; 10) che, comunque, si era prescritto il diritto fatto valere dalla ricorrente.
Si costituiva anche ... Fabio, il quale osservava: 1) che ... Maria Piera e ... Maria non potevano ritenersi soggetti occupanti l'immobile solo in forza di una dichiarazione da lui effettuata al fine di continuare, senza soluzione di continuità, l'attività commerciale del padre; 2) che unico gestore del rapporto contrattuale con la ... era stato lui (e non anche sua madre e sua sorella), tanto è vero che solo lui aveva sottoscritto la scrittura privata del 27.9.2011; 3) che lui aveva già la disponibilità del bene anche prima di tale scrittura, non avendo interrotto, anche dopo la morte di suo padre, l'attività commerciale; 4) che gli sfratti intimati non erano stati convalidati, con la conseguenza che non si era ancora risolto il contratto di locazione stipulato dalla ricorrente con ... Antonio (né alcuna volontà di risoluzione era stata espressa nella scrittura del 27.9.2001); 5) che, volendo lui costituire una nuova società o una nuova ditta, aveva invitato la ... a stipulare un nuovo contratto di locazione, ma ad uso commerciale (essendo questo l'uso effettivo dei locali già dal 1972); 6) che solo per un breve periodo egli era rimasto inadempiente, visto che a metà del 2008 aveva comunicato che non voleva stipulare un contratto di locazione ad uso commerciale e non aveva effettuato lavori sulle vetrine di esposizione; 7) che nessuna maggiore somma era dovuta poiché il maggior canone di lire 1.000.000 non spettava, essendo collegato alla mai effettuata stipulazione del contratto di locazione ad uso commerciale a decorrere dal giorno 1.1.2002; 8) che aveva subito ingenti danni patrimoniali a causa del mancato ottenimento delle autorizzazioni necessarie e della mancata conclusione del contratto di locazione ad uso commerciale per colpa della ...; 9) che in buona fede aveva versato il canone nella maggiore misura collegata al nuovo contratto non stipulato; 10) che la ... aveva quindi ricevuto somme non dovute; 11) che il diritto di credito della ricorrente si era prescritto.
... Fabio quindi chiedeva: 1) di estromettere dal giudizio ... Maria Piera e ... Maria, in quanto estranee ai fatti di causa; 2) di rigettare le domande formulate dalla ricorrente; 3) in via riconvenzionale di dichiarare che il contratto di locazione ad uso commerciale di cui alla scrittura privata del 27.9.2001 non era stato stipulato per fatto e colpa di ... Paola, inadempiente in relazione alle obbligazioni scaturenti dalla detta scrittura; 4) di condannare ... Paola al pagamento della somma di € 30.000,00 a titolo di danno patrimoniale subito a causa della condotta della ricorrente; 5) di dichiarare che i canoni di locazione da lui versati nella misura mensile di € 413,00 eccedevano di € 139,28 mensili la misura effettivamente dovuta,

condannando ... Paola alla restituzione di quanto da lui versato in eccedenza.
Alla prima udienza del giorno 1.6.2011 il Giudice sollecitava “il contraddittorio tra le parti in merito alla questione della riconducibilità del presente procedimento tra quelli rientranti nella c.d. mediazione obbligatoria (ratione temporis e in relazione alla natura del procedimento ed alla materia trattata)”. Veniva assegnato un termine alle parti per note su tale questione.
Anche in aderenza a quanto consigliato nella nota 2009/C 297/01 della Corte di giustizia dell’Unione europea (nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, che invita, tra le altre cose, il giudice nazionale a sollecitare il contraddittorio sulla questione pregiudiziale), all’udienza del 20.7.2011 veniva poi sollecitato il contraddittorio (assegnando un temine per note) sulla questione relativa ai rapporti tra normativa nazionale in tema di mediazione (d.lgs. 28/2010), norme costituzionali e norme europee.

2. L’applicabilità o meno al caso di specie della normativa in tema di mediazione obbligatoria.

Fatta questa premessa sui fatti di causa e sullo svolgimento del processo, deve ora osservarsi che dal 21.3.2011 è entrata in vigore in Italia la c.d. mediazione obbligatoria.
Già erano vigenti (dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 28/2010) la mediazione facoltativa, ossia quella liberamente scelta dalle parti, e quella giudizialmente sollecitata, ossia quella in cui è il giudice ad invitare (con ordinanza emessa prima della precisazione delle conclusioni o prima della discussione della causa) le parti ad intraprendere un percorso di mediazione.
Il terzo tipo di mediazione previsto dal d.lgs. 28/2010 (e per il quale si è prevista l'entrata in vigore a partire dal 20.3.2011, e quindi, essendo il 20.3.2011 una domenica, a partire dal 21.3.2011) è quello della mediazione obbligatoria.
In quest’ultima il procedimento di mediazione deve essere esperito a pena d’improcedibilità della domanda giudiziale (da eccepire ad opera del convenuto oppure da rilevare d’ufficio da parte del giudice non oltre la prima udienza).
È stato introdotto un caso di giurisdizione c.d. condizionata, poiché chi vuole fare ricorso al Giudice deve prima sperimentare un preliminare ricorso ad un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale. Si tratta di un meccanismo attraverso il quale il legislatore pensa di poter fornire una reale spinta deflattiva (assegnando all’autorità giudiziaria solo le controversie non componibili) e di consentire una rapida definizione delle liti.
La mediazione obbligatoria riguarda, in base all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/10, le controversie relative alle seguenti materie: condominio (solo, però, a partire dal 21.3.2012, essendo stata prevista per questa materia una proroga di un anno dall'art. 2, comma 16 decies della legge di conversione n. 10/2011 del d.l. 225/2010 c.d. "milleproroghe"); diritti reali; divisione; successioni ereditarie; patti di famiglia; locazione; comodato; affitto di azienda; risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (solo, però, anche questa volta, a partire dal 21.3.2012); risarcimento del danno derivante da responsabilità medica; risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità; contratti assicurativi, bancari e finanziari).

Riferimento normativo nazionale *- Art. 5 Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*

1. 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.

2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

3. Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

4. I commi 1 e 2 non si applicano:

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;

b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;

c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;

d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;

e) nei procedimenti in camera di consiglio;

f) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

5. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione

della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.
6. Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo.

Orbene, il presente giudizio riguarda una controversia in materia di locazione. Deve infatti accertarsi se uno dei resistenti sia subentrato nell'originario contratto di locazione stipulato da ... Paola con ... Antonino ovvero se il detto contratto di locazione sia venuto meno. Deve poi verificarsi quale sia l'importo del canone effettivamente dovuto e se siano state versate somme in eccesso, nonché se sia effettivamente imputabile alla ... la mancata stipulazione del contratto di locazione ad uso commerciale a decorrere dal giorno 1.1.2002.
Il presente giudizio attiene, quindi, ad una controversia in materia di locazione.
In proposito va osservato che il citato art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/10 prevede la mediazione obbligatoria e, quindi, la condizione di procedibilità ogni qual volta si voglia far valere in giudizio una pretesa afferente ad una certa materia (compresa quella delle locazioni). La formula impiegata è quella dell'esperimento giudiziale di "un'azione relativa a una controversia in materia di...".
Tale formula è identica a quella impiegata dall'art. 447 bis c.p.c. per il rinvio a talune disposizioni del rito lavoro in relazione alle "controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani e di affitto di aziende".
Ora, è pacifico in giurisprudenza che la formula "controversie in materia di" è più ampia della formula "controversie di". Una controversia in materia di locazione può riguardare anche liti non strettamente dipendenti dal contratto di locazione, ma in qualche modo collegate allo stesso. Ecco che, ad esempio, è una "controversia in materia di locazione" anche quella (ex art. 2932 c.c.) relativa al preliminare di locazione o alla responsabilità precontrattuale connessa alla stipula di un contratto di locazione.
Per la Suprema Corte "tra le controversie "in materia di locazione", attribuite dagli artt. 21 e 447-bis c.p.c. alla competenza territoriale inderogabile del giudice in cui si trova l'immobile, devono ritenersi comprese, data l'ampiezza della nozione di "materia", tutte le controversie comunque collegate alla materia della locazione, e quindi anche quelle nelle quali si controverte in ordine ad un rapporto ancora da costituire, ma di cui si invoca la costituzione ai sensi dell'art. 2932 c.c. sulla base di un contratto preliminare" (Cass., sez. I, ord. 16 gennaio 2003, n. 581; v., analogamente, Cass., sez. III, ord. 7 marzo 2005, n. 4873, in materia di domanda volta a "far dichiarare l'opponibilità, all'aggiudicatario di un immobile destinato ad albergo, del contratto d'affitto di azienda stipulato tra il proprietario originario ed un precedente dante causa dell'attuale affittuario"; v. anche Cass., sez. III, ord. 4 luglio 2007, n. 15110).

Sembrano quindi rientrare nell'ambito della mediazione obbligatoria anche, ad esempio, tutte quelle domande volte ad ottenere l'indennità di occupazione per l'ipotesi di rapporto locatizio privo della forma scritta richiesta dalla legge 431/98.
Seppure si tratti di un caso rientrante sia nella materia delle locazioni sia in quella del risarcimento del danno, tuttavia può agevolmente credersi che si tratti di danni connessi ad un contratto di locazione nullo. Pare quindi che si debba ritenere che la relativa azione sia "un'azione relativa ad una controversia in materia di locazione".
Conseguentemente, l'esperimento del procedimento di mediazione costituisce in questo caso condizione di procedibilità della domanda giudiziale.
È comunque ora opportuno osservare che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo (v. Cass. 967/04).
Tuttavia, ritenere che sia una controversia in materia di locazione quella in cui (come nel presente giudizio) deve valutarsi se vi sia stato un subingresso in un contratto di locazione o se un contratto di locazione sia venuto meno o quale sia il canone vigente o a chi sia imputabile la mancata stipulazione di un nuovo contratto di locazione non è certo operare un'interpretazione estensiva della locuzione "controversia in materia di locazione".
Ora, poiché il giudizio che ci occupa è stato introdotto con ricorso depositato proprio il primo giorno di entrata in vigore della normativa sulla mediazione obbligatoria (21.3.2011), questo giudice dovrebbe rilevare l'improcedibilità, allo stato, delle domande avanzate da parte ricorrente ed assegnare alle parti un termine per instaurare il procedimento di mediazione, rinviando ad un'udienza successiva alla scadenza del termine massimo di 4 mesi per la durata della mediazione.
Infatti, in base al d.lgs. 28/10, quando il giudice verifica che non è stato esperito il tentativo di conciliazione, assegna alle parti il termine di 15 giorni per depositare la domanda di mediazione, fissando già l'udienza successiva dopo la scadenza del termine massimo di quattro mesi (oltre i 15 giorni concessi per il deposito della domanda).

Riferimento normativo nazionale
Stabilisce il primo comma dell'art. 5 d.lgs. 28/10 che "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".

In altri termini, se il giudice rileva – su eccezione di parte o d'ufficio entro la prima udienza – che la mediazione non è stata tentata o che non è decorso il termine massimo per il suo completamento, fissa una nuova udienza dopo la scadenza del termine massimo per la mediazione, onde consentirne lo svolgimento.
Se poi la mediazione non è ancora iniziata, il giudice deve altresì assegnare un termine per la presentazione della domanda ad un organismo iscritto.
Tutto ciò viene effettuato dal giudice tramite ordinanza.

Né può dirsi che il presente procedimento sommario di cognizione sarebbe escluso dalla mediazione obbligatoria invocando il principio per cui per i procedimenti urgenti e cautelari non occorre la condizione di procedibilità del previo esperimento del procedimento di mediazione. Infatti, il processo sommario di cognizione (art. 702 bis c.p.c.) è, secondo l'impostazione preferibile, un processo a cognizione piena che non ha natura urgente o cautelare. Inoltre, se esso fosse stato escluso dall'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 5 d.lgs. 28/2010 sarebbe stato facile eludere il procedimento di mediazione obbligatorio instaurando processualmente la controversia con il sommario di cognizione.

3. Le questioni di legittimità costituzionale.

Deve ora rilevarsi che nel presente giudizio, proprio perché dovrebbe applicarsi la normativa sulla mediazione obbligatoria, ... Maria e ... Maria Piera hanno (con memoria depositata il 15.6.2011) sollecitato il giudice a sollevare a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d.lgs. 28/2010 (in combinato disposto con l'art. 60 L. 69/09 e con gli artt. 4 e 16 D.M. 180/2010) per violazione degli artt. 3, 24, 76 e 97 Cost.

Con la successiva memoria depositata il 29.7.2011 è stata pure evidenziata la possibile violazione degli artt. 11, 25, 27, 101 e 102 Cost.

Orbene, va innanzitutto premesso che, se guardate sotto la lente della Carta fondamentale, le norme del d.lgs. 28/2010 possono presentare diversi risvolti problematici. Tuttavia, è necessario non farsi travolgere in una critica demolitoria complessiva, anche perché ciò sarebbe contrario a quell'interpretazione costituzionalmente orientata che il giudice delle leggi esige da ogni interprete.

Per la Corte costituzionale va dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal rimettente quando questi trascuri di sperimentare la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione costituzionalmente orientata e di spiegare le ragioni che impediscono di pervenire ad un risultato idoneo a superare i dubbi di costituzionalità (cfr. per tutte Corte cost. 230/2010; 192/2010; 190/2010; 189/2010; 154/2010; 110/2010).

3.1 L'art. 76 Cost. Un primo dubbio di legittimità costituzionale della disciplina normativa sulla mediazione obbligatoria è stato posto, dalla difesa di ... Maria e ... Maria Piera, con riferimento all'art. 76 Cost.

Si tratta del problema della legittimità costituzionale per eccesso di delega (e quindi per violazione dell'art. 76 Cost.) della norma (l'art. 5, c. 1, d.lgs. 28/10) che ha introdotto la mediazione obbligatoria e la relativa condizione di procedibiltà. Tale questione sorge dal fatto che nessuna previsione relativamente all'obbligatorietà della mediazione o alla possibilità di prevederla è contenuta nell'art. 60, c. 3, della legge delega 69/2009. Quest'ultima previsione, che si limita a disporre che la mediazione non deve precludere l'accesso alla giustizia, non configura come obbligatoria la mediazione né consente al legislatore delegato di introdurre l'istituto (è poi nel senso della facoltatività la disciplina della conciliazione societaria richiamata dalla legge delega).

La mediazione obbligatoria si rinviene per la prima volta nel provvedimento delegato.
Inoltre, si legge nella memoria di ... Maria e ... Maria Piera depositata il 15.6.2011 con la quale sono stati profilati dubbi di legittimità costituzionale che l'art. 60 L 69/2009 disponeva che la mediazione "fosse realizzata „ senza precludere l‟accesso alla giustizia‟. L‟art. 5 del d.lgs. 28/2010, al contrario, ha reso la mediazione condizione di procedibilità della domanda e dunque ha disciplinato il fenomeno andando oltre i limiti fissati dalla legge delega; più precisamente ponendosi in palese contrasto con la stessa nella parte in cui, appunto, non voleva che la mediazione precludesse l‟accesso alla giustizia".
Orbene, va esclusa la violazione dell'art. 76 Cost. innanzitutto in quanto la previsione relativa alla possibile introduzione della mediazione obbligatoria è contenuta nella legge delega nel punto in cui questa (all'art. 60, c. 3) impone il «rispetto della normativa comunitaria». La legge delega (legge 69/09) ha previsto (all'art. 60) che anche per le controversie tra cittadini italiani (oltre che per quelle transfrontaliere disciplinate dalla direttiva) la norma di attuazione dovesse essere elaborata "nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria" e che uno dei princìpi e criteri direttivi per il Governo era quello di "disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria", normativa che, quindi, costituiva un importante punto di riferimento nelle scelte che doveva compiere il legislatore delegato (che pure ha richiamato la direttiva nel preambolo - dove si legge, tra le altre cose, "vista la direttiva 2008/52/CE" - ed ha fatto espresso riferimento alle controversie transfrontaliere all'art. 12 ed ha quindi recepito la direttiva anche in relazione alle controversie nazionali).
Ora, il quattordicesimo considerando della direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE, e gli art. 3, lett. a), e 5, comma 2, della stessa non impongono l'obbligatorietà della mediazione, ma ne prevedono la facoltativa istituzione ed è di questa facoltà che si è avvalso il legislatore, "in coerenza con la normativa comunitaria", così come prescriveva la legge delega.
Non vi è un silenzio del legislatore delegante in tema di obbligatorietà della mediazione. In sede di legge delega si è previsto che il decreto legislativo venisse emanato coerentemente con la normativa comunitaria, che consente, a certe condizioni (che sembrano rispettate, per quanto in seguito si dirà), l'istituzione della mediazione obbligatoria.

Riferimenti normativi

Considerando n. 14 della direttiva. 2008/52/CE.
La presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva.
Art. 3 della direttiva. 2008/52/CE
Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni:

a) per "mediazione" si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro.
Articolo 5, comma 2, della direttiva. 2008/52/CE
La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

Art. 60 legge delega 69/09
1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.
2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai princìpi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti…
3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti princìpi e criteri direttivi:
…c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro.

Né può ritenersi che il fatto che la direttiva "lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio" (art. 5, comma 2) debba intendersi come una mera tolleranza solo verso discipline già contemplanti la mediazione obbligatoria senza autorizzare futuri innesti di tale natura. Infatti, è la stessa definizione di mediazione prevista dalla direttiva (all'art. 3) che contempla (per il passato e per il futuro) che una delle possibili forme di mediazione sia quella "prescritta dal diritto di uno Stato membro".
Ma vi è, poi, anche un'altra ragione che porta a ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale.
Devono, infatti, tenersi in considerazione i criteri interpretativi individuati dalla Corte Costituzionale in merito al sindacato di costituzionalità sulle discordanze della norma delegata rispetto a quella delegante.
Lo scrutinio di conformità della norma delegata a quella delegante, come anche più di recente

ribadito dalla sentenza n. 293 del 2010, involge “un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli. Il primo riguarda le norme che determinano l'oggetto, i princìpi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione. Il secondo riguarda le norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i princìpi ed i criteri direttivi della delega (ex plurimis, sentenze n. 230 del 2010, n. 98 del 2008, n. 54 del 2007, n. 280 del 2004, n. 199 del 2003)”.
Nella valutazione della conformità della norma delegata rispetto a quella delegante deve verificarsi, anche in caso di silenzio della delega su uno specifico tema, se le scelte del legislatore delegato si pongano o meno in contrasto con gli indirizzi generali dettati dal legislatore delegante.
Tale verifica va condotta tenendo conto sia della lettera e della ratio della legge delega, sia della possibilità, insita nello strumento della delega, di introdurre norme, da parte del legislatore delegato, che siano un coerente sviluppo, al limite anche un completamento, dei princìpi fissati dal legislatore delegante, “poiché deve escludersi che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo; dunque, nell"attuazione della delega è possibile valutare le situazioni giuridiche da regolamentare ed effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi” (sentenza n. 98 del 2008).
E’ il generico paradigma dei “principi e criteri direttivi” di cui all’art. 76 Cost. che giustifica ed impone il ricorso a strumenti ermeneutici fortemente valutativi (legittimando l’identificazione del contenuto della delega attraverso i criteri del “complessivo contesto normativo”, delle “finalità” e della ratio della delega) e rende necessario fare svolgere un’attività di riempimento al legislatore delegato, che finisce con l’essere munito di una discrezionalità nell’emanazione di norme che “rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante”.
L’attività del legislatore delegato, che peraltro viene posta in essere nell’esercizio di una competenza “legislativa”, risulta così avere confini assai estesi ed incerti.
Non essendosi il legislatore delegante specificamente pronunziato sulla mediazione obbligatoria, pur avendo (come detto) imposto la coerenza del decreto legislativo rispetto alla direttiva europea, deve assolutamente farsi riferimento, per comprendere se sussista o meno eccesso di delega, agli indirizzi generali della delega o alle finalità, anche se vaghe ed inespresse, ad essa riconducibili.
Ecco che è del tutto evidente che l’art. 60 legge 69/09 è ispirato, come in genere quasi tutte le norme processuali contenute nella legge 69/09, anche al principio della riduzione dei tempi processuali e del contenzioso giudiziario.
Ed è altrettanto evidente che in un sistema, quale quello italiano, in cui la giustizia statale civile non riesce a fornire risposte in tempi ragionevoli, l'introduzione di una mediazione non obbligatoria avrebbe comportato un irrilevante sfoltimento dei ruoli giudiziari ed una irrisoria diminuzione del numero complessivo delle liti da definire in sede contenziosa.
E' vero che una mediazione congegnata come costrizione potrà in diversi casi (soprattutto quando la strada della mediazione è stata già percorsa dalle parti o dai loro avvocati o quando la conciliazione è assolutamente irraggiungibile in considerazione dei rapporti tra i litiganti) degenerare in una vana formalità, tuttavia è anche vero che solo una mediazione obbligatoria poteva sortire in Italia il sospirato effetto deflattivo e contribuire a far crescere nell'animo litigioso degli italiani una “cultura” della conciliazione.

Peraltro, un'altra finalità del legislatore delegante era quella di introdurre una forma di tutela extragiudiziaria più rapida e meno costosa di quella giudiziaria, in questo modo aumentando le misure di salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini. Ecco che se il legislatore delegato ha non solo introdotto la misura extragiudiziaria in questione, ma ha pure reso obbligatorio il ricorso alla stessa, non ha pregiudicato l'attuazione della finalità perseguita dal legislatore delegante, ma ne ha anzi reso maggiormente possibile il conseguimento (per un ragionamento analogo, in ambito europeo, v. Corte giustizia 18.3.2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08).
La mediazione obbligatoria è quindi perfettamente in linea con gli indirizzi generali della delega e con le finalità ad essa riconducibili.
Ed è anche facendo riferimento agli indirizzi generali della delega ed alle sue finalità che la Corte Costituzionale ha ritenuto, con la sentenza n. 276 del 2000, che la natura obbligatoria attribuita dal Governo, nell'esercizio della delega, al tentativo di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c., era conforme alla stessa, benché la lettera della delega del 1997 - riferendosi a "procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato" - non menzionasse il predicato dell'obbligatorietà.
Il giudice delle leggi ha ritenuto, nella sentenza n. 276 del 2000, immune dal vizio di eccesso di delega il tentativo di conciliazione obbligatoriamente prodromico alle controversie di lavoro affermando, tra le altre cose: "Secondo i criteri fissati da questa Corte (sentenza n.15 del 1999; ed anche sentenze nn. 126 e 163 del 2000), l‟esame della legge di delega - al fine di valutare la conformità ad essa della normativa delegata - deve essere condotto procedendo anzitutto all'interpretazione delle norme della legge di delegazione che determinano i principi e i criteri direttivi, da ricostruire tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega. Successivamente si procede all'interpretazione delle disposizioni emanate in attuazione della delega, tenendo presente che i principi stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio per la loro interpretazione, in quanto esse vanno lette, finché possibile, nel significato compatibile con i principi della legge di delega".
Sotto il profilo della possibile violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 pare quindi manifestamente infondata.

3.2. L'art. 3 Cost.

In relazione al parametro costituzionale dell'art. 3 Cost. si legge nella memoria di ... Maria e ... Maria Piera depositata il 15.6.2011 con la quale si profilano dubbi di legittimità costituzionale che "la conciliazione così come formulata determina una disparità di trattamento nel processo tra la posizione rivestita dall‟attore e quella rivestita dal convenuto. L‟art. 16 D.M. 180/2010, concernente i criteri di determinazione delle indennità, infatti, divide le indennità del procedimento di mediazione tra „spese di avvio‟ e „spese di mediazione‟. Le spese di avvio del procedimento sono dovute da ciascuna parte e sono versate dall‟istante al momento del deposito della domanda (art. 16 comma 2), le spese di mediazione, invece, sono dovute da ciascuna parte che ha aderito al procedimento di mediazione. Nella possibilità quindi che parte convenuta possa anche non prendere parte al procedimento di mediazione, a differenza di

parte attrice, la quale è obbligata a rivolgersi al mediatore, si determina una palese violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), consentendo solo alla parte convenuta di non aderire al procedimento ed obbligando, invece, parte attrice a partecipare al procedimento di mediazione per poter fare valere in giudizio un diritto".
In altri termini, vi sarebbe una lesione dell'art. 3 Cost. per rottura del trattamento paritario nel processo tra attore e convenuto. Il decreto ministeriale 180/2010 - che ha, tra le altre cose, fissato i criteri di determinazione dell'indennità (comprendente le spese di avvio del procedimento e quelle di mediazione) nonché le modalità del correlativo versamento - ha previsto (all'art. 16) che solo chi è chiamato alla mediazione può non aderire al procedimento, mentre non chiarisce se identica facoltà sia riconosciuta all'istante, il che comporterebbe il pericolo di un trattamento diversificato, sotto il profilo del pagamento delle spese della mediazione, tra istante e chiamato.

Riferimenti normativi
Art. 16 D.M. 180/2010
(Criteri di determinazione dell'indennità)
1. L'indennità comprende le spese di avvio del procedimento e le spese di mediazione.
2. Per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte un importo di euro 40,00 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.
3. Per le spese di mediazione è dovuto da ciascuna parte l'importo indicato nella tabella A allegata al presente decreto.
9. Le spese di mediazione sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà.
11. Le spese di mediazione indicate sono dovute in solido da ciascuna parte che ha aderito al procedimento.

Tuttavia, in un sistema in cui il previo esperimento del procedimento di mediazione viene configurato quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, non possono imporsi costi anche a carico di chi non ha interesse a munire la domanda giudiziale della condizione di procedibilità (peraltro, anche nel giudizio civile ordinario il contributo unificato è pagato dal solo attore).

D'altro canto, deve invece richiedersi, affinché si formi una valida condizione di procedibilità, che l'istante si presenti agli incontri di mediazione.
Altrimenti, verrebbe vanificata la ratio delle norme che introducono meccanismi di mediazione obbligatoria, ossia quella di fare sì che si tenti effettivamente di raggiungere un accordo conciliativo e che venga fornita una tutela rapida alle situazioni giuridiche soggettive dei litiganti.
Non pare quindi irragionevole (e contrario all'art. 3 Cost.) un sistema che non preveda un pagamento dei costi della mediazione anche da parte del chiamato in mediazione che non compaia davanti al mediatore, pure considerato che la mancata comparizione del chiamato può

già comportare l'effetto sfavorevole della formazione di argomenti di prova a lui contrari ex art. 8, comma 5, d.lgs. 28/2010 (né pare irragionevole un sistema che richiede, per la formazione di una valida condizione di procedibilità, che l'istante si presenti davanti al mediatore).
Anzi, ci si dovrebbe interrogare sulla compatibilità con la direttiva europea (che "ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario") di un sistema normativo nazionale che preveda il pagamento delle spese di mediazione anche da parte del chiamato in mediazione che sieda al tavolo delle trattative.
Quest'ultimo è, al pari del convenuto nel giudizio civile, un soggetto che, scomodato dall'attore, ha spesso già una naturale repulsione a venire incontro alle richieste dell'attore. Egli è tentato di limitarsi a denunciare l'infondatezza delle richieste avversarie, almeno fino a quando non è costretto a fare diversamente. Un tale soggetto non è certo indotto a presentarsi al tavolo della mediazione se questa attività gli comporta un esborso di denari, esborso che, peraltro, verrebbe effettuato senza la garanzia di un risultato certo (cioè quello della conciliazione).
È difficile ritenere che la previsione normativa nazionale del pagamento di somme di denaro da parte del chiamato in mediazione abbia (come invece richiedeva la direttiva europea sulla mediazione nelle controversie transfrontaliere e che nel nostro sistema è stato impiegato come criterio-guida imposto dall'art. 60 della legge delega 69/09 anche per le controversie squisitamente nazionali) realmente "facilitato l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie" ed abbia "promosso la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione" (art. 1 direttiva).
Anche sotto il profilo dell'art. 3 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 (in combinato disposto con l'art. 16 D.M. 180/2010) sembra manifestamente infondata.

3.3. L'art. 24 Cost.
Un altro dubbio di legittimità costituzionale della disciplina normativa sulla mediazione obbligatoria è stato posto, dalla difesa di ... Maria e ... Maria Piera, con riferimento all'art. 24 Cost.
Ciò in forza della considerazione per cui sarebbe lesiva del diritto di difesa una mediazione non solo obbligatoria, ma anche costosa.
Orbene, sotto il profilo dell'art. 24 Cost. deve innanzitutto osservarsi che la Consulta ha avuto modo di affermare che un sistema di giurisdizione condizionata è ammissibile solo ove l'eccezione al principio dell'accesso immediato alla giurisdizione si presenti come ragionevole (cfr. Corte cost. n. 296/2008).
Per la Corte Costituzionale l'accesso immediato alla giustizia può essere limitato in presenza di un interesse generale.
A ciò si aggiunga che per la Consulta il legislatore "può imporre condizioni all'esercizio del diritto di azione se queste, oltre a salvaguardare interessi generali, costituiscono, anche dal punto di vista temporale, una limitata remora all'esercizio del diritto stesso" (v. Corte cost. 355/07; 436/06 e 276/00).
L'art. 24 Cost. non impone che la tutela giurisdizionale venga fornita sempre allo stesso modo e

con i medesimi effetti. Conseguentemente, non impedisce che tale tutela si possa subordinare legislativamente a talune condizioni, purché non vengano imposti oneri tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile il far valere le proprie ragioni in sede giudiziale.
La scelta legislativa del tentativo obbligatorio di conciliazione è stata più volte avallata dalla Corte costituzionale quando il “sacrificio” imposto alla parte ricorrente era modesto e convergente nei fini ultimi con la giurisdizione; quando, cioè, non vi era una compressione eccessiva dell'accesso alla giurisdizione, ma si postergava solo tale accesso imponendo alle parti oneri obiettivamente non gravosi
e finalizzati ad esaudirne le pretese in termini più celeri e meno dispendiosi.
Per la Consulta i tentativi obbligatori di conciliazione non violano il diritto di azione quando il filtro alla tutela giurisdizionale in cui si risolvono sia davvero utile a soddisfare con maggiore speditezza le situazioni sostanziali e/o non finisca per imporre oneri o modalità spropositati.
Deve quindi valutarsi la misura del condizionamento della giurisdizione.

Giurisprudenza rilevante

Si riportano i passaggi della sentenza della Consulta n. 276/00 che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale del tentativo di conciliazione obbligatorio nel rito del lavoro per asserito contrasto con l'art. 24 Cost.:

"Secondo l’ordinanza citata, l’istituzione del tentativo obbligatorio di conciliazione lederebbe l’art. 24 della Costituzione anche sotto un diverso profilo e precisamente perché ritarderebbe l’esercizio dell’azione e farebbe sorgere questioni processuali inutili e contrarie alla finalità perseguita, come quelle concernenti l’improcedibilità della domanda in difetto dell’atti-vazione del tentativo e l’estinzione del giudizio per mancata riassunzione nei termini stabiliti, una volta rilevata l’improcedibilità.

3.4. - Anche queste censure sono infondate.

In ordine al ritardo, la giurisprudenza consolidata di questa Corte ritiene che l’art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l’assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare <<interessi generali>>, con le dilazioni conseguenti.

E’ appunto questo il caso in esame, in quanto il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l’interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l’aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell’apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall’altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo.

3.5. - La normativa denunciata è, d’altronde, modulata secondo linee che rendono intrinsecamente ragionevole il limite all’immediatezza della tutela giurisdizionale.

L’espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione deve avvenire nel termine di sessanta giorni, trascorso il quale esso si considera comunque esperito e cessa l’impedimento all’esercizio dell’azione (art.410-bis, primo e secondo comma, in relazione all’art. 412-bis, primo comma).

Il tempo di sessanta giorni durante il quale perdura l’impedimento è obbiettivamente limitato e non irragionevole, anche considerando: a) che la richiesta del tentativo obbligatorio di

conciliazione produce sostanzialmente gli effetti della domanda giudiziale, comportando la sospensione del decorso di ogni termine di prescrizione e di decadenza, per i sessanta giorni nei quali deve avvenire l'espletamento del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, cioè per un tempo sufficiente ad instaurare la lite; b) che il giudice adìto prima dell'esperimento del tentativo, o in pendenza del termine di cui sopra, si limita a sospendere il processo ed a fissare il termine perentorio di sessanta giorni per promuovere il tentativo, dopo di che il processo deve essere riassunto entro centottanta giorni, pena l'estinzione (art.412-bis, terzo, quarto e quinto comma); c) che, prima dell'espletamento del tentativo di conciliazione e durante il termine per il suo espletamento, la situazione sostanziale è comunque tutelabile in via cautelare, onde è posta al riparo da eventuali pregiudizi derivanti dalla durata del processo a cognizione piena (art. 412-bis, ultimo comma). Il complesso delle garanzie adottate dalle norme in esame le rende perciò immuni dai dubbi già suscitati dal tentativo di conciliazione di cui all'art. 5 della legge 11 maggio 1990, n. 108 (Norme sui licenziamenti individuali), che - non prevedendo un termine per l'espletamento del tentativo - era stato da questa Corte interpretato (sentenza n. 82 del 1992) nel senso che la mera richiesta del tentativo bastasse per il soddisfacimento dell'onere".

Ora, nel caso del d.lgs. 28/2010 pare ragionevole sostenere che sussista sia un interesse generale all'introduzione di meccanismi di mediazione obbligatoria all'interno di un sistema il cui principale problema è quello dei tempi processuali eccessivamente lunghi e della sostanziale inadeguatezza della risposta giudiziale alle domande di giustizia. I sistemi di mediazione obbligatoria possono produrre due effetti virtuosi: 1) consentire alle parti di ottenere tutela in tempi brevi e sostenendo costi contenuti; 2) ridurre il contenzioso giudiziario riducendo i tempi per la definizione delle controversie in relazione alle quali non si è trovata una soluzione conciliativa. La riduzione quantitativa del contenzioso è funzionale a rendere più rapida la definizione di ciò che comunque è oggetto di giudizio e, quindi, indirettamente a migliorare il servizio offerto ed a meglio realizzare il diritto di azione ex art. 24 Cost.
Inoltre, da un punto di vista temporale, è stato pure previsto che il procedimento di mediazione non debba durare più di quattro mesi (art. 6 d.lgs. 28/10). Tale previsione rende non eccessivamente limitato il diritto di accesso alla giustizia, di cui peraltro si occupa, giustamente, anche la normativa europea.
A tal ultimo proposito si consideri che la direttiva 2008/52/CE consente che la legislazione nazionale che preveda il ricorso alla mediazione come obbligatorio "purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario".
In presenza di un interesse generale (necessaria deflazione del contenzioso giudiziario e possibile tutela rapida di situazioni giuridiche soggettive) e della previsione normativa di una ridotta espandibilità temporale del procedimento di mediazione (che, ex art. 6 d.lgs. 28/10, può al più durare quattro mesi) e, pertanto, di un contenuto limite all'accesso immediato alla giustizia ordinaria, il diritto di accesso al sistema giudiziario non pare, quindi, sotto questo profilo, compromesso.
Ancora, nell'impianto del d.lgs. 28/2010 non soggiace alla mediazione obbligatoria la tutela cautelare e vi è un'equivalenza, rispetto alla domanda giudiziale, degli effetti prodotti dalla comunicazione della richiesta di mediazione sulla prescrizione, nonché sull'impedimento della decadenza per una sola volta alla stessa richiesta riconducibile. Il mancato espletamento del

procedimento di mediazione prima del giudizio non comporta, poi, la sospensione del processo, ma solo un mero differimento della trattazione della causa. Viene effettuato un mero rinvio. E' il giudice a fissare già l'udienza di prosecuzione del giudizio In tal modo si sono evitati i tempi, spesso lunghi, collegati alla redazione ed al deposito del ricorso in riassunzione, alla fissazione dell'udienza ed alla notificazione del provvedimento di fissazione dell'udienza. E' pure possibile la trascrizione della domanda giudiziale prima dell'espletamento della mediazione. Infine, l'espletamento del procedimento di mediazione non è stato configurato come condizione di proponibilità della domanda (con conseguente necessità di una sentenza dichiarativa di improponibilità della domanda in caso di mancato previo tentativo di conciliazione), ma come mera condizione di procedibilità (integrabile, quindi, anche a giudizio in corso).
Il procedimento congegnato nel d.lgs. 28/2010 sembra quindi attagliarsi ai principi più volte enunciati dalla Corte Costituzionale in tema di diritto di difesa. Peraltro, anche la Corte di giustizia ha (per simili ragioni) ritenuto (con la sentenza 18.3.2010, causa C-317/08) conforme alla normativa europea il nostro tentativo obbligatorio di conciliazione sulle controversie tra imprese di telecomunicazioni ed utenti.
Sembra realizzato quel punto di equilibrio tra diritto d'azione ex art. 24 Cost. ed interessi generali alla sollecita amministrazione della giustizia.
Tuttavia, deve effettuarsi qualche ulteriore accertamento per vedere se, anche sotto altri profili, il d.lgs. 28/10 non abbia imposto oneri tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile il far valere le proprie ragioni in sede giudiziale.
Occorre ulteriormente verificare la questione della compatibilità o meno con il principio costituzionale di cui all'art. 24 Cost. (a tutela del diritto di azione e di difesa) di un sistema che preveda, insieme, una mediazione obbligatoria, (a) senza (all'apparenza) garanzie di competenza e professionalità del mediatore potenzialmente nominabile, (b) con costi non indifferenti, (c) senza (anche in questo caso all'apparenza) criteri di competenza territoriale, (d) con una coercizione indiretta a conciliare dovuta alla possibile formulazione della proposta contro la volontà delle parti ed al regime delle spese di lite potenzialmente conseguente al rifiuto della proposta del mediatore.
Nonostante quello che sopra si è detto sul fatto che tutti gli elementi prima considerati sembrano far ritenere limitato in modo ragionevole il diritto all'immediato accesso alla tutela giurisdizionale, imponendo all'attore o al ricorrente un sacrificio modesto, tuttavia deve ancora indagarsi in merito alla possibile introduzione a carico delle parti, in relazione agli aspetti appena indicati, di oneri obiettivamente gravosi.

a) la competenza e professionalità del mediatore.
E' bene ora verificare se effettivamente non vi siano **garanzie di competenza e professionalità del mediatore** nel sistema di mediazione obbligatoria introdotto dal d.lgs. 28/2010.
Probabilmente un'interpretazione conforme alla direttiva europea 2008/52/CE potrebbe portare a ritenere esistenti tali garanzie nel nostro attuale sistema. Se così fosse, si otterrebbe un'interpretazione costituzionalmente orientata, idonea ad escludere la illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 per contrasto con l'art. 24 Cost.

a.1) Cenni sull'interpretazione conforme al diritto europeo.
Sulla necessità per il giudice nazionale di interpretare una normativa interna (che verta su materia anche di competenza del diritto dell'Unione europea) in conformità alle disposizioni europee si noti che il mezzo di efficacia indiretta del diritto europeo costituito dall'interpretazione conforme comporta che quando il giudice (o la P.A.) deve applicare disposizioni nazionali egli è tenuto ad interpretarle, ove possibile, in conformità con il diritto eurounitario, pure se questo non è direttamente efficace. Tutto ciò per garantire il risultato perseguito dalla norma europea. In base al principio dell'interpretazione conforme il giudice interno e l'organo amministrativo devono interpretare le disposizioni nazionali nel senso maggiormente vicino a quello del diritto eurounitario primario o derivato, in modo che «fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va[da] prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità» *(vedi nota 1).* Sul piano dell'interpretazione del diritto interno non si possono quindi adottare soluzioni che portino a risultati confliggenti con quelli perseguiti dalla direttiva. Il principio che spesso si rinviene nelle pronunce della Corte di giustizia è in particolare quello per cui «nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima», conformandosi pertanto all'art. 249 tr. *(vedi nota 2)*.
Il fondamento di tale principio risiede nel fatto che l'obbligo di leale cooperazione previsto dall'art. 10 (ex art. 5) tr. – e quindi il dovere per gli Stati di adottare tutte le misure, di carattere generale e particolare, atte ad assicurare

(nota 1): Corte Cost. 8-6-1984 n. 170.
(nota 2): V. Corte eur. giust. 13-11-1990 C-106/89, Racc., I-4135, punto 8; Corte eur. giust. 14.7.1994 C-91/92, punto 26. V. anche le sentenze sui casi Carbonari, Centrosteel ed Océano. V. pure Corte eur. giust. 10-4-1984 C-79/83, Racc., 1984, 1921 s., punto 26; Corte eur. giust. 10-4-1984 C-14/83, Racc., 1891, punto 26; Corte eur. giust. 15-5-1986 C-222/84, Racc., 1986, 1651; Corte eur. giust. 8-10-1987 C-80/86, Racc., 3969; Corte eur. giust. 7-11-1989 C-125/88, Racc., 3533; Corte eur. giust. 16-12-1993 C-334/92, Racc., 1993, I-691 s., punto 20; Corte eur. giust. 7-12-1995 C-472/93, Racc., I-4321, punti 17-18; Corte eur. giust. 17-9-1997 C-54/96, Racc., I-4961; Corte eur. giust. 24-9-1998 C-76/97; Corte eur. giust. 24-9-1998 C-111/97; Corte eur. giust. 23-2-1999 C-63/97, Racc., I-905, punti 22-24; Corte eur. giust. 27-2-2003 C-327/00, Racc., I-1877, punto 63; Corte eur. giust. 15-5-2003 C-160/01,Racc., I-4791, punto 36; Corte eur. giust. 16.6.2005 C-105/03; Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix-hackl 27-10-2005 C-131/04 e C-257/04; Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott 27-10-2005 C-212/04.

l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato o determinati dagli atti delle istituzioni comunitarie e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato – vale anche per i giudici nazionali, che devono dunque «adottare tutti i provvedimenti […] particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo» *(vedi nota 3)*.
Spesso la Corte di giustizia ha ribadito, nel confermare il principio dell'interpretazione conforme

(vedi nota 4)
, l'obbligo (fondato sugli artt. 10 e 249 tr. CE) degli Stati membri e di tutti gli organi statali, compreso quello giudiziario, di conseguire il risultato contemplato da una direttiva
(vedi nota 5)
.
Sempre in ordine al fondamento dell'interpretazione conforme si noti anche che per il caso di errata trasposizione di una direttiva il principio dell'interpretazione conforme risulta pure in linea con la presunzione per cui in sede di recepimento il legislatore nazionale non ha inteso violare il diritto comunitario, ma conformarsi in toto ad esso *(vedi nota 6)*, presunzione di conformità alle norme da recepire applicata nel nostro ordinamento anche per garantire la preminenza delle norme internazionali pattizie recepite attraverso ordine di esecuzione
(vedi nota 7)
. Il canone dell'interpretazione conforme è stato infatti applicato dalla giurisprudenza italiana per risolvere alcuni conflitti tra norme interne ed impegni internazionali dello Stato, considerando che la norma interna deve essere interpretata in maniera da darle un significato conforme alla norma internazionale, presumendosi che il legislatore non abbia inteso violare gli impegni internazionali dello Stato
(vedi nota 8)
.
Certo, il principio della "presunzione di conformità" alla direttiva nell'attività di recepimento non pare applicabile per il caso di mancato recepimento della direttiva, ipotesi nella quale l'interpretazione conforme del diritto interno già esistente si fonda, comunque, sul principio di leale cooperazione

(nota 3) V. Corte eur. giust. 10-4-1984 C-14/83, punto 26. In proposito vedi anche Corte eur. giust. 15-5-1986 C-222/84, punto 53; Corte eur. giust. 8-10-1987 C-80/86, punto 12; Corte eur. giust. 7-11-1989 C-125/88, punto 6; Corte eur. giust. 13-11-1990 C-106/89, punto 8; Corte eur. giust. 16-12-1993 C-334/92, punto 20; Corte eur. giust. 14-7-1994 C-91/92, punto 26; Corte eur. giust. 5-10-2004 da C-397/01 bis a C-403/01, Racc., I-8835, punto 1105; Corte eur. giust. 2-6-2005 C-15/04, punto 33; le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott 27-10-2005 C-212/04, punto 49.
(nota 4) Basti ricordare quanto scritto nella sentenza Carbonari (Corte eur. giust. 25-2-1999 C-131/97, Racc., I-1103), pronuncia con la quale la Corte ha chiarito che quando i precetti comunitari non possono considerarsi incondizionati, spetta comunqueal giudice nazionale, in sede di applicazione delle disposizioni di diritto nazionale "precedenti" o "successive" ad una direttiva, di interpretare il diritto interno in modo quanto più possibile conforme alla lettera ed allo spirito della direttiva stessa. E ciò perché «(...) nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare le disposizioni di una legge che sono state introdotte specificamente al fine di garantire la trasposizione di una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, del Trattato CE (...)».
(nota 5) V., in particolare, Corte eur. giust. 14-7-1994 C-91/92, punto 26; Corte eur. giust. 18-12-1997 C-129/96, Racc., I-7411, punto 40; Corte eur. giust. 25-2-1999 C-131/97, punto 48.

(nota 6) V. Corte eur. giust.13-11-1990 C-106/89, punto 8; Corte eur. giust. 16-12-1993 C-334/92, punto 20 e quanto affermato nella sentenza sul caso Pfeiffer.
(nota 7) V. Corte cost. 8-6-1984 n. 170.
(nota 8) V. Cass. s.u. 23-3-1972 n. 867; Cass. 17-4-1972 n. 1196; Cass. 8-6-1972 n. 1773.

oltre che, indirettamente, sul primato del diritto comunitario e sul principio dell'effetto utile del diritto comunitario.

a.2) i requisiti normativi
Tenuto conto della necessità per il giudice di tentare un'interpretazione della normativa interna conforme (oltre che al dato Costituzionale) anche alla normativa europea (e nel nostro caso l'interpretazione conforme alla direttiva 2008/52/CE potrebbe far realizzare un'interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa dell'art. 24 Cost.), bisogna ora verificare i requisiti normativamente richiesti, a livello nazionale ed europeo, sotto il profilo della c**ompetenza e professionalità del mediatore.**

Riferimenti normativi interni
Art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. 28/10
Disciplina applicabile e forma degli atti
1. Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti.
2. Il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Art. 4 D.M. 180/2010
(Criteri per l'iscrizione nel registro)
1. Nel registro sono iscritti, a domanda, gli organismi di mediazione costituiti da enti pubblici e privati.
2. Il responsabile verifica la professionalità e l'efficienza dei richiedenti e, in particolare:
a) …
3. Il responsabile verifica altresì:
a) i requisiti di qualificazione dei mediatori, i quali devono possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale;
b) il possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'articolo 18.

Riferimenti normativi europei

Considerando 16 direttiva 2008/52/CE

Al fine di garantire la fiducia reciproca necessaria in relazione alla riservatezza, all'effetto sui termini di decadenza e prescrizione nonché al riconoscimento e all'esecuzione degli accordi risultanti dalla mediazione, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare, in qualsiasi modo essi ritengano appropriato, la formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione.

Considerando 17 direttiva 2008/52/CE

Gli Stati membri dovrebbero definire tali meccanismi, che possono includere il ricorso a soluzioni basate sul mercato, e non dovrebbero essere tenuti a fornire alcun finanziamento al riguardo. I meccanismi dovrebbero essere volti a preservare la flessibilità del procedimento di mediazione e l'autonomia delle parti e a garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, imparziale e competente. I mediatori dovrebbero essere a conoscenza dell'esistenza del codice europeo di condotta dei mediatori, che dovrebbe anche essere disponibile su Internet per il pubblico.

Considerando 18 direttiva 2008/52/CE

Nell'ambito della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una raccomandazione [3] che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti. Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti. Allo scopo di agevolare la diffusione delle informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione.

Articolo 3 direttiva 2008/52/CE

Definizioni

Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni:

… b) per "mediatore" si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione.

Articolo 4 direttiva 2008/52/CE
Qualità della mediazione
1. Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione.
2. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti.

Nel sistema italiano, quindi, basta la laurea triennale o l'iscrizione ad un ordine o collegio professionale (art. 4, comma 3, lett. a, D.M. 180/10).
L'art. 3 del d.lgs. 28/2010 prevede, però, come visto, che il regolamento del singolo organismo garantisca "modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico".
Per riempire di contenuto questa "idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico" si deve avere riguardo alle previsioni della direttiva europea ed al sistema complessivo delineato dal d.lgs. 28/2010.
La direttiva richiede "efficacia" e "competenza" del mediatore, nonché che venga fornito un servizio che garantisca qualità.
D'altronde, affinché si possa realmente raggiungere sia la finalità (propria del legislatore europeo) di realizzazione di un'effettiva tutela stragiudiziale delle situazioni giuridiche soggettive, sia la finalità (avuta molto di mira dal legislatore nazionale) di deflazione del contenzioso giudiziario, è necessario che il procedimento di mediazione possa portare ad un risultato utile ed accettabile nel maggior numero dei casi possibile.
Risulta quindi indispensabile garantire la sussistenza di requisiti di elevata competenza e formazione del mediatore.
In quest'ottica, la "idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico" di cui all'art. 3 del d.lgs. 28/2010 potrebbe essere interpretata, tenendo conto dei parametri europei ed alla luce di un'interpretazione sistematica del d.lgs. 28/2010, nel senso di richiedere che il mediatore sia dotato anche di competenze in campo giuridico e ciò per almeno nove motivi:

1) occorre che il mediatore sappia interloquire con i due (o più) possibili avvocati quando per la conciliazione non basta avvicinare le posizioni e le pretese delle parti ma anche eliminare qualche pretesa palesemente infondata che è di ostacolo al raggiungimento di un accordo. Il mediatore deve sapere individuare le richieste (o le parti di richieste) che vanno tolte dal tavolo della mediazione (senza, spesso, particolari problemi, essendo noto anche alla parte ciò che è stato chiesto senza particolare fondamento) e deve sapere distinguere queste ultime ben valutando le argomentazioni giuridiche addotte dagli avvocati delle parti. Una conoscenza giuridica è spesso essenziale, soprattutto in relazione a controversie relative a materie di natura

tecnica (es. divisioni ereditarie), per potere comprendere a quale punto può collocarsi una buona conciliazione, che sia “proponibile” agli avvocati e “digeribile” dalle parti;

2) occorre che il mediatore sappia interloquire bene con l'avvocato di una parte quando l'altra parte è priva di difensore ed ha quindi bisogno, affinché si raggiunga una soluzione tendenzialmente equa, che un soggetto competente riesca a comprendere la bontà, l'equità e la convenienza, anche alla luce del quadro giuridico di riferimento della lite, della proposta della parte difesa da un legale o sappia trovare il giusto punto di intesa, tenuto conto delle questioni giuridiche sottese alla controversia. Solo un mediatore competente sotto un profilo tecnicogiuridico può risultare un vero organo di garanzia per la parte che si è presentata al procedimento di mediazione priva di difesa tecnica. In proposito si consideri che in uno dei "considerando" della Raccomandazione 98/257/CE della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo si afferma "che, per accrescere l'efficacia e l'equità della procedura, è opportuno attribuire all'organo competente un ruolo attivo che gli consenta di prendere in considerazione tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia; che questo ruolo attivo risulta ancora più importante per il fatto che, nel quadro delle procedure extragiudiziali, le parti agiscono spesso senza godere dell'assistenza di un consulente giuridico";

3) occorre che il mediatore sappia comprendere i provvedimenti cautelari o possessori eventualmente già emessi dal giudice o quelli, sempre emessi dall’autorità giudiziaria, ex art. 665 c.p.c. (ordinanza provvisoria di rilascio o rigetto della stessa) o ex artt. 648-649 c.p.c. (concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo), provvedimenti che già tracciano la strada del possibile esito del giudizio di merito (e che gli avvocati delle parti sicuramente terranno nella debita considerazione);

4) il verbale di conciliazione può essere omologato dal Presidente del Tribunale (e quindi costituire titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale) se non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative (art. 12 d.lgs. 28/10). L'art. 14 d.lgs. 28/10 prevede, poi, che il mediatore debba formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative. E' quindi necessario che il mediatore abbia le competenze necessarie per formulare una proposta e redigere un verbale di conciliazione con allegato accordo (e fare conseguentemente concludere alle parti un contratto) rispettosi dei citati limiti;

5) diverse materie tra quelle rientranti nella mediazione obbligatoria richiedono cognizioni tecnico-giuridiche anche per la redazione del verbale di conciliazione. E così, ad esempio, un verbale di conciliazione relativa ad una causa di divisione ereditaria può richiedere conoscenze in merito alla spettanza delle quote ereditarie, alla disciplina dei miglioramenti tra coeredi, all'incidenza della regolarità urbanistica sullo scioglimento della comunione ordinaria ed ereditaria secondo la giurisprudenza di legittimità, al regime delle fruttificazioni, alla collazione, all'esistenza di servitù, ecc.;

6) la proposta formulata dal mediatore ex art. 11 d.lgs. 28/10 può richiedere, se è già chiaro che è del tutto da escludere la conciliazione della lite, una capacità (tecnico-giuridica) di anticipazione del possibile futuro contenuto della decisione conclusiva dell'eventuale giudizio di merito e ciò anche per non vanificare le conseguenze che la proposta del mediatore comporta, ex art. 13 d.lgs. 28/10, sul regime delle spese di lite;

7) la Raccomandazione 98/257/CE della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi

applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (che ha riguardo alle controversie in materia di consumo, ma che, in realtà, contiene, principi che possono ritenersi estesi, in generale, ai procedimenti di ADR) prevede che la persona designata debba possedere "la capacita, l'esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni";
8) il mediatore deve avere gli strumenti per comprendere se siano stati chiamati tutti i litisconsorti necessari e ciò per evitare che, accertata poi nel giudizio civile l'esistenza di un litisconsorte pretermesso, si debba tornare in mediazione, con duplicazione di costi e possibile responsabilità del mediatore e dell'organismo di mediazione;
9) il mediatore deve sapere capire se sia stata fatta alle parti chiamate in mediazione una idonea comunicazione della domanda di mediazione e della fissazione del primo incontro e ciò per evitare che, costituitosi nel successivo giudizio civile il chiamato rimato contumace in mediazione facendo valere di non aver ricevuto alcuna comunicazione e verificata dal giudice la non idoneità della comunicazione della domanda di mediazione, si debba tornare in mediazione, facendo sostenere alle parti nuovi costi.
Non vi è dubbio, quindi, che occorre piena conoscenza degli strumenti tecnici della procedura di mediazione e dei criteri relativi alla valida applicazione dei medesimi, oltre che delle questioni giuridiche che attengono alla controversia.
E' quindi necessario, secondo la normativa europea ed alla luce di un'interpretazione sistematica del d.lgs. 28/2010, che i mediatori siano anche soggetti giuridicamente qualificati.
Persone munite solo di conoscenze tecniche di natura non giuridica possono essere impiegate soltanto (così come anche previsto dall'art. 8 del d.lgs. 28/10) come esperti ausiliari.
Mediatori dotati di cognizioni tecnico-giuridiche possono meglio garantire verbali di conciliazione omologabili, trascrivibili, accettabili dai procuratori e tendenzialmente equi anche per la parte priva di difensore.
Non deve dimenticarsi che è importante fornire le condizioni per arrivare ad una soluzione positiva ed accettabile nel maggior numero di casi.
Bisogna assicurare ai fruitori del servizio di mediazione le migliori condizioni per potere pervenire ad un accordo.
Un'interpretazione che si muova in quest'ottica risulterebbe in linea con l'art. 24 Cost. e con la direttiva europea.
Sempre in quest'ottica occorre poi verificare quali siano i **criteri di scelta del mediatore i**n relazione al singolo procedimento di mediazione.
Ora, come è noto, il passaggio successivo al deposito della domanda è la designazione, ad opera del responsabile dell'organismo, della persona che dovrà esercitare il ruolo di mediatore e la contestuale fissazione del primo incontro tra le parti (non oltre quindi giorni dal deposito della domanda).

Riferimenti normativi interni
Art. 8 Procedimento
1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte ist.

a sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo.
3. Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia.

1, ultim
avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

Non vengono però precisati (né dal d.gs. 28/2010 né dal D.M. 180/2010) i criteri di scelta del mediatore (l'unico riferimento è contenuto all'art. 7 del D.M. 180/2010, dove si prevede che le parti possono concordemente richiedere la nomina di un certo mediatore, nonostante tale indicazione non sia vincolante per il responsabile dell'organismo, che, comunque, è da credere, difficilmente non accontenterà una legittima richiesta dei destinatari del servizio).
Non risulta, poi, ancora pubblicato ed entrato in vigore il decreto correttivo del D.M. 180/2010, con il quale si prescrive agli organismi di mediazione di fissare nei propri regolamenti di procedura "criteri inderogabili per l'"assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta" (così sarebbe formulata la nuova lettera e) dell'art. 7, comma 5 del D.M. 180/2010).
Anche in questo caso occorre procedere ad un'interpretazione dell'art. 3 del d.lgs. 28/2010 (che prevede che il regolamento,

oltre all'imparzialità, anche "l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico") che sia conforme alla direttiva 2008/52/CE che richiede, come detto, "efficacia" e "competenza" del mediatore, nonché che venga fornito un servizio che garantisca qualità.
Ecco che il detto art. 3 d. lgs. 28/2010 va interpretato nel senso di richiedere che la scelta da parte del responsabile dell'organismo di mediazione venga compiuta in considerazione delle specifiche conoscenze ed esperienze professionali sulla materia oggetto di controversia. In tal modo il mediatore potrà riscuotere maggiore fiducia dalle parti, l'organismo di mediazione potrà costruirsi un'immagine conseguente al particolare pregio delle prestazioni professionali rese in favore delle parti in lite ed aumenterà il grado di efficacia dell'istitutomediazione.
In sintesi, un'interpretazione dell'art. 3 d.lgs. 28/2010 in senso conforme alla direttiva 2008/52/CE nel senso di richiedere che il mediatore sia dotato anche di competenze in campo giuridico e che la scelta del mediatore da parte del responsabile dell'organismo avvenga in considerazione delle specifiche conoscenze ed esperienze professionali sulla materia oggetto

di controversia, risulta anche un'interpretazione costituzionalmente orientata, mettendo certamente in linea con l'art. 24 Cost. la disciplina interna sulla mediazione obbligatoria.

b) i costi della procedura

In relazione al parametro costituzionale dell'art. 24 Cost. si legge nella memoria di ... Maria e ... Maria Piera depositata il 15.6.2011 con la quale si sollecita il giudice a sollevare questione di legittimità costituzionale che "l'accesso al procedimento di mediazione, lungi dall'essere gratuito per le parti, ha un costo (e non indifferente). Si osserva, al riguardo, che la mediazione può essere obbligatoria, ma non onerosa; ovvero onerosa, ma non obbligatoria: non entrambe le cose insieme. Appare evidente, infatti, che il legislatore possa prevedere lo strumento della mediazione quale libera e cosciente scelta della parte, la quale ricorrendovi – in tale ipotesi – dovrà pagare l'accesso al procedimento di mediazione; oppure il legislatore – così come previsto per l'art. 410 c.p.c. – può prevedere un tentativo obbligatorio di conciliazione, ma senza costi aggiuntivi per le parti che sono „costrette" a farvi ricorso".

Effettivamente, può sembrare fare attrito con la tutela garantita al diritto di azione e di difesa dall'art. 24 Cost. la previsione normativa di un procedimento di mediazione non gratuito configurato quale condizione di procedibilità della domanda. In altri termini, può sembrare non rispettosa dell'art. 24 Cost. quella disciplina legislativa che condizioni l'accesso al giudice al pagamento di una (ulteriore) somma di denaro.

Tuttavia, deve ritenersi che la previsione di un costo da parte del legislatore nazionale è collegata al fatto che nelle ambizioni del legislatore nazionale la mediazione dovrebbe essere (in linea con la direttiva europea) altamente qualificata.

Una mediazione obbligatoria ed onerosa si giustifica in quanto condotta da soggetti particolarmente competenti e qualificati, muniti di conoscenze e professionalità tali da giustificare il pagamento di una somma di denaro in assenza di una libera scelta delle parti di rivolgersi al mediatore.

In questa logica l'interpretazione dell'art. 3 d.lgs. 28/2010 conforme al diritto europeo sopra proposta con riferimento alle competenze giuridiche del mediatore ed ai criteri di scelta dello stesso secondo la specifica professionalità richiesta rendono la disciplina sulla mediazione obbligatoria conforme all'art. 24 Cost. anche sotto il profilo dei costi della procedura.

Peraltro, si tenga conto che l'istituto della mediazione obbligatoria dovrebbe restituire efficienza al sistema processuale civile, con la conseguenza che il compenso per gli organismi di mediazione andrebbe considerato «razionalmente collegato alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione» (così C. cost. n. 522 del 2002).

Ancora, si osservi che i costi previsti per la mediazione sono di ammontare contenuto sia in valori assoluti sia se paragonati a quelli che vanno sostenuti per instaurare e concludere quel giudizio civile che la mediazione tende ad evitare.

Infine, va evidenziato che l'art. 20 d.lgs. 28/2010 riconosce (a ciascuna delle parti che hanno versato all'organismo di mediazione la dovuta indennità) un credito d'imposta. Quest'ultimo può arrivare fino ad € 500 se è stata raggiunta la conciliazione, mentre è ridotto della metà se il tentativo di conciliazione è fallito (e ciò anche per evitare che il procedimento di mediazione si possa ridurre ad una formalità utile solo a lucrare il credito d'imposta).

c) i criteri di competenza territoriale.

Il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. potrebbe considerarsi leso da un sistema di mediazione obbligatoria privo di criteri di competenza territoriale.

Probabilmente, però, anche sotto questo profilo, un'interpretazione del sistema normativo nazionale alla luce della lettera e della ratio della direttiva 2008/52/CE (come detto costituente pure criterio guida imposto dall'art. 60 della legge delega 69/09) può consentire una lettura delle norme interne conforme all'art. 24 Cost.

Sull'assenza di criteri di competenza territoriale nel d.lgs. 28/10 si legge nella relazione illustrativa del d.lgs. 28/2010: "Deliberatamente, non si stabilisce un criterio di competenza in senso proprio, così da evitare una impropria giurisdizionalizzazione della sequenza che avrebbe alimentato contrasti e imposto criteri per la risoluzione dei conflitti. Le parti saranno così libere di investire, concordemente o singolarmente, l"organismo ritenuto maggiormente affidabile".

Deve però considerarsi che la direttiva "ha l"obiettivo di facilitare l"accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un"equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario" (art. 1 direttiva).

Senza criteri di competenza territoriale (e con la possibilità che, ad esempio, per una causa relativa ad un immobile sito a Palermo una delle parti, che magari si è trasferita a Bologna, adisca un organismo di mediazione di quest'ultima città nella quale quasi certamente non si recherà l'altra parte palermitana senza la certezza di una conciliazione ma con la certezza di dovere pagare la propria parte di spese) è difficile ritenere che la normativa interna di cui al d.lgs. 28/10 abbia realmente, come invece richiede la direttiva, "facilitato l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie" ed abbia "promosso la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione".

Dalla mancata previsione di criteri di competenza possono derivare pregiudizi alle parti meno attrezzate (a quelle c.d. deboli), nonché utilizzi distorti dell'istituto della mediazione e minore efficacia dello stesso, che ha tante più probabilità di successo quanto più si agevola la partecipazione dei litiganti, e ciò pure sotto il profilo della vicinanza dell'organismo di mediazione al luogo di residenza delle parti o, almeno, di quella debole. Laddove si consente la scelta di una sede della mediazione lontana per la controparte si favorisce l'insuccesso della procedura.

Tuttavia, il giudice deve tentare di effettuare un'interpretazione conforme alla direttiva dell'art. 4 del d.lgs. 28/2010 (Accesso alla mediazione 1. "La .

Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione").

Allora, poiché la direttiva sembra richiedere un sistema che preveda criteri di competenza territoriale (mirando a facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e a promuovere la composizione amichevole delle medesime), il detto art. 4 d.lgs. 28/2010 andrebbe interpretato, conformemente alla direttiva 2008/52/CE, nel senso di richiedere che la

domanda di mediazione venga formulata davanti ad un organismo di mediazione sito nel luogo dove si trova il giudice competente per l'eventuale causa di merito. Si può quindi impiegare il criterio che già vale per la competenza per territorio nei procedimenti cautelari ante causam (art. 669 ter c.p.c.).
Questa soluzione interpretativa consentirebbe anche di non considerare travolto il principio, ormai pacifico, del foro territoriale esclusivo del consumatore, principio che non troverebbe applicazione se una banca che ha sede a Milano e filiali in tutta Italia potesse proporre domande di mediazione (per controversie bancarie, rientranti nella mediazione obbligatoria ex art. 5 d.lgs. 28/10) nei confronti di tutte le persone fisiche d'Italia qualificabili come clienti-consumatori presso un organismo di mediazione milanese. Queste mediazioni non avrebbero utilità pratica, poiché molto spesso il chiamato in mediazione non si presenterebbe al tavolo del negoziato. Verrebbe vanificata l'esigenza di tutela del soggetto debole.
Certo, però, se non sono applicabili (come da molte parti si ritiene, anche alla luce del carattere non giurisdizionale del procedimento in quesione) alla mediazione obbligatoria disciplinata dal d.lgs. 28/2010 i criteri di competenza del processo civile, ciò dovrebbe valere anche per il caso del consumatore.
Anche quest'ultimo resterebbe quindi esposto al rischio di subire una proposta da parte del mediatore nella sua contumacia (art. 7, comma 2, lett. b, D.M. 180/2010) e di vedersi poi applicata la rigida disciplina delle spese di cui all'art. 13 d.lgs. 28/10 o di vedersi valutata come argomento di prova la sua mancata partecipazione (art. 8, comma 5, d.lgs. 28/2010).
Tuttavia, la raccomandazione 98/257/CE (Principi comunitari in materia di mediazione e conciliazione) inserisce, nel ventre del "Principio di legalità", una regola che indubbiamente costituisce un referente nel percorso inteso a ricercare un segnale ermeneutico che confermi la necessità di una competenza territoriale nel rispetto del foro inderogabile. La regola è la seguente: "La decisione dell'organo non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l'organo è stabilito". Ebbene, consentire al professionista di radicare la mediazione presso un foro mediativo diverso da quello inderogabile per il consumatore, di fatto sfocia in una decisione dell'Organismo che priva l'avente diritto di una forma cogente di protezione giuridica, proprio in violazione del principio di legalità enunciato dalla raccomandazione a livello europeo.
E se si considera che la mediazione può essere obbligatoria, in quei casi, in concreto, la violazione del foro di favore per il soggetto debole ha come effetto quello di dissuaderlo dalla tutela giurisdizione, in quanto l'incremento dei costi e delle difficoltà per accedere al sistema pubblico di Giustizia comprimono la sua libertà di autodeterminazione verso la lite giudiziale rendendolo facilmente alla mercé della parte forte.

d) la coercizione indiretta a conciliare dovuta alla possibile formulazione della proposta contro la volontà delle parti ed al regime delle spese di lite potenzialmente conseguente al rifiuto della proposta del mediatore.
Vari possono essere i possibili esiti del procedimento di mediazione.

Riferimenti normativi
Art. 11 d.lgs. 28/2010:

, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento.
Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.
2. La proposta di .

Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.

'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento.
4. Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale ,

il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.

copia alle parti che lo richiedono".

L’esito maggiormente auspicabile del procedimento di mediazione è evidentemente costituito

dal raggiungimento di un accordo amichevole per effetto dell'attività agevolatrice del mediatore. In questo caso la conciliazione ha fatto seguito alla cosiddetta "mediazione facilitativa", ossia a quell'attività di mediazione che non vede il mediatore impegnato in alcuna attività valutativa o propositiva.
Nell'ipotesi in cui, invece, l'accordo non venga raggiunto spontaneamente dalle parti, il mediatore può – previa informazione fornita alle parti circa le possibili conseguenze di cui all'articolo 13 in merito al regime delle spese del futuro giudizio – formulare una proposta di conciliazione (proposta che il mediatore deve comunque avanzare, se le parti gliene fanno concorde richiesta, in qualunque momento del procedimento).

Riferimenti normativi
Art. 13 del d.lgs. 28/10 (rubricato "spese processuali")
1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio de

92 e 96 del codice di procedura
civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano alt

'in
corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.
2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionа dimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.
3. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.

Anche nell'ipotesi di accordo successivo alla proposta l'accordo raggiunto costituisce il nuovo regolamento dei rapporti sostanziali tra le parti ed è sempre qualificabile come un contratto.

Nel testo normativo la proposta del mediatore è stata prevista, fatta eccezione per il caso di specifica istanza delle parti, come meramente facoltativa. È il mediatore

che valuta, alla luce delle informazioni acquisite nel corso del procedimento, se formulare o meno la proposta. La proposta di conciliazione è comunicata per iscritto alle parti, le quali fanno pervenire al mediatore, sempre per iscritto ed entro sette giorni, la loro accettazione o il loro rifiuto. Chiaramente, la mancata risposta entro il termine di sette giorni (da considerare come decorrente dalla comunicazione della proposta) equivale a rifiuto della stessa. Nel caso in cui il regolamento dell'organismo preveda la possibilità di una proposta in caso di contumacia di una o più parti (art. 7 D.M. 180/2010), evidentemente la proposta va comunicata per iscritto anche al contumace.

Riferimenti normativi

Art. 7 D.M. 280/2010
(Regolamento di procedura)
1. Il regolamento contiene l'indicazione del luogo dove si svolge il procedimento, che è derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo.
2. L'organismo può prevedere nel regolamento:
a) che il mediatore deve in ogni caso convocare personalmente le parti;
b) che, in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione…

Molte critiche sono state avanzate alla previsione di una "proposta" che il mediatore "può" formulare anche in assenza di richiesta concorde delle parti, proposta destinata potenzialmente a incidere, in caso di fallimento della mediazione ed in base a quanto previsto dall'art. 13 del decreto legislativo, sul regime delle spese del successivo processo.
Ciò che va ora verificato è se sia compatibile con l'art. 24 Cost. un procedimento obbligatorio di mediazione in cui le parti non sono libere di decidere quando chiudere la procedura e possono pure essere esposte, contro la loro volontà, a conseguenze processuali negative sotto il profilo delle spese dell'eventuale successivo giudizio, in questo modo risultando in qualche modo indirettamente "costrette", o quantomeno indotte, a conciliare.
La compatibilità con l'art. 24 Cost. sembra sussistere, anche in questo caso, di seguito ad un'interpretazione della normativa nazionale in conformità alla direttiva europea 2008/52/CE. La direttiva europea valorizza fortemente l'aspetto volontaristico posto alla base della mediazione.

Riferimenti normativi europei

L'art. 3, lettera a, della direttiva configura la "mediazione" come "un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore".
Il considerando n. 10 della direttiva prevede, poi, che la normativa europea in questione dovrebbe applicarsi "ai procedimenti in cui due o più parti di una controversia transfrontaliera tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con l'assistenza di un mediatore".
Per il considerando n. 13 della direttiva "la mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento".

Ora, non sembra in linea con l'impostazione della direttiva europea – che fa ruotare il procedimento di mediazione sull'assoluta centralità della volontà delle parti, che gestiscono il procedimento e decidono quando concluderlo (pur quando questo è imposto dalla legge: si può imporre alle parti di tentare la mediazione, ma non di accordarsi necessariamente) – la previsione, per il caso di accordo amichevole non raggiunto, di un'appendice del procedimento di mediazione (che le parti, a questo punto, non gestiscono più e che si sottrae al principio dispositivo), fondata sulla proposta del mediatore e finalizzata a "forzare" l'accordo anche con l'informazione alle parti circa le possibili conseguenze sul piano delle spese processuali della mancata accettazione della proposta (è bene infatti ricordare che secondo l'art. 11, comma 1, ultimo periodo, "prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13").
Le sopra citate previsioni della direttiva europea (art. 3, lettera a, considerando n. 10 e considerando n. 13) potrebbero portare, quindi, ad interpretare l'art. 11, comma 1, d.lgs. 28/2010 ("q

raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento") nel senso che quando l'accordo amichevole e spontaneo ,

il mediatore può formulare una proposta di conciliazione salvo che le parti non gli chiedano congiuntamente di non farlo (poiché ritengono di dover porre fine al procedimento di mediazione).
Una diversa interpretazione del dato normativo interno rischia di concedere eccessivi poteri al mediatore, la cui proposta (contro la volontà delle parti) può avere rilevanza in sede di disciplina delle spese giudiziali, con la conseguenza che le parti possono non essere spinte a trovare una comune soluzione ma, al contrario, a rendere evidente la giustezza delle proprie ragioni, per

indurre il mediatore ad accogliere il più possibile le proprie richieste in sede di (eventuale) formulazione della proposta.
Le parti non devono essere spinte a perorare la propria causa in ogni modo, entrando ulteriormente in contrasto fra di esse per determinare nella misura massima possibile una determinazione favorevole alla propria posizione, in considerazione dell'influenza che avrà, per il prosieguo, la proposta formulata dal mediatore. I litiganti devono potere sapere che sono in grado di escludere qualunque incidenza della mediazione sulle spese di lite e che sono liberi di evidenziare al mediatore i loro interessi più che i loro torti e le loro ragioni.
Con l'interpretazione conforme alla direttiva sopra proposta la normativa interna risulterebbe pure compatibile con il principio europeo della "equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario" (art. 1 della direttiva). Tale equilibrata relazione sarebbe difficilmente configurabile in un sistema che preveda tutta una serie di conseguenze negative, a livello di spese processuali (art. 13 d.lgs. 28/10), per il caso di mancata accettazione della proposta avanzata dal mediatore nonostante le parti gli avessero chiesto di non formularla.

3.4. L'art. 97 Cost.

In relazione al parametro costituzionale dell'art. 97 Cost. si legge nella memoria di ... Maria e ... Maria Piera depositata il 15.6.2011 con la quale sono stati sollevati dubbi sulla legittimità costituzionale del sistema di mediazione obbligatoria vigente in Italia dal 21.3.2011: "L'ultimo aspetto di incostituzionalità attiene all'organizzazione interna degli organismi di conciliazione, anche per come definiti con l'art. 4 del DM 180/2010. Ed infatti, nel momento in cui la procedura di mediazione è reso atto prodromico obbligatorio per far valere successivamente in giudizio un diritto e nel momento in cui le attività di mediatore interferiscono con l'esercizio della funzione giurisdizionale (basti pensare che i verbali dei mediatori costituiscono titolo esecutivo "art. 12"; che le proposte di conciliazione hanno conseguenze sulla liquidazione delle spese del giudizio "art. 13"; che la mancata partecipazione al procedimento di mediazione può rilevare ai sensi dell'art. 116 c.p.c.) va da sé che il procedimento di mediazione ha funzione pubblica e deve pertanto rispondere ai requisiti di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., soprattutto quando l'organismo è un ente pubblico. Orbene, nulla di tutto ciò è disciplinato nell'art. 4 DM 180/2010, che usa talune espressioni generiche e fissa blandi criteri di professionalità e preparazione per i mediatori; senza tuttavia prescrivere le benché minime condizioni di trasparenza, eguaglianza ed imparzialità, conseguenti all'esercizio di una funzione pubblica. In particolare il decreto ministeriale doveva prevedere criteri oggettivi circa l'assegnazione delle pratiche fra i vari mediatori dell'organismo, nonché criteri oggettivi circa il reclutamento degli aspiranti mediatori presso gli organismi costituiti dagli enti pubblici. Il DM 180/2010, invece, è rimasto silente sul punto, demandando la questione alla discrezionalità dell'organismo di mediazione, che la regolerà sulla base del proprio statuto. L'art. 5 D.lgs. 28/2010 in combinato disposto con l'art. 4 DM 180/2010 si pone quindi in contrasto anche con l'art. 97 Cost., vista l'assenza di un meccanismo oggettivo e predeterminato per l'assegnazione delle pratiche, che rischia di compromettere l'imparzialità e la terzietà del mediatore".
Orbene, la questione pare manifestamente infondata. Infatti, l'imparzialità del mediatore non presuppone l'esistenza di criteri di scelta oggettivi e predeterminati. Né il buon esito delle mediazioni richiede la previsione di tali criteri. Un organismo di mediazione può risultare

efficiente ed avere mediatori imparziali anche senza criteri di scelta oggettivi e predeterminati, che possono comunque essere utili in un'ottica di trasparenza dell'operato dello stesso organismo (e che vengono previsti nel provvedimento normativo che è stato predisposto dal Governo in vista di una modifica del D.M. 180/2010).

3.5 Gli artt. 11, 25, 27, 101 e 102 Cost.

Nella memoria depositata da ... Maria e ... Maria Piera in data 29.7.2011 si evidenzia, inoltre, la possibile violazione, nel d.lgs. 28/2010, dei principi del giudice naturale ex art. 25 cost. e del giusto processo ai sensi dell'art. 101 della Carta Fondamentale. Inoltre, si ritengono violati anche gli artt. 24 e 102 cost., "potendo inquadrarsi il mediatore italiano, nelle previsioni del d.lgs. n.28/2010, come un vero e proprio giudice speciale estraneo all'ordinamento giudiziario". In realtà questi profili sembrano manifestamente infondati non potendosi configurare il mediatore quale organo giurisdizionale. Peraltro, lo stesso art. 1 d.lgs. 28/2010 mette in luce l'assenza di potere decisionale in capo al mediatore.
Manifestamente infondato è, poi, il profilo relativo all'art. 27 Cost. (nella citata memoria si legge al riguardo: "la condanna della parte che ha rifiutato la
proposta di conciliazione al pagamento della somma in favore dell'erario, assume natura di vera e propria sanzione, in palese violazione con l'art. 27 cost."), considerato che non viene in questo caso in questione alcuna responsabilità penale.
Nella memoria ...-... si afferma infine che il d.lgs. 28/2010 violerebbe anche l'articolo 11 Cost. "per contrasto con la normativa comunitaria". Nessuna violazione della Costituzione (neppure in relazione all'art. 117 Cost. sui vincoli derivanti dall'Unione europea) è però configurabile se si adotta la proposta interpretazione della normativa interna in senso conforme alla direttiva 2008/52/CE.
****
Alla luce di tutto quanto sopra esposto è opportuno richiedere l'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea per verificare la possibilità di effettuare l'interpretazione conforme sopra proposta.

****** RILEVANZA

1. L'intervento della Corte di giustizia si rende quanto mai opportuno poiché la praticabilità dell'interpretazione conforme sopra proposta consentirebbe di fugare ogni dubbio (pure sotto il profilo dell'art. 24 Cost.) sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del sistema di mediazione obbligatoria introdotto dal d.lgs. 28/2010.

Un'eventuale questione di legittimità costituzionale andrebbe da questo giudice sollevata evidentemente prima di assegnare alle parti il termine per instaurare un procedimento di mediazione obbligatoria che potrebbe essere incostituzionale.

Le interpretazioni eurounitariamente conformi sopra proposte porterebbero ad affermare con certezza che il d.lgs. 28/10 non ha imposto oneri tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile il far valere le proprie ragioni in sede giudiziale. In altri termini, si potrebbe affermare in maniera inequivocabile che è stato imposto, con oneri obiettivamente non gravosi, un sacrificio modesto al diritto all'accesso immediato al giudice e che è stato trovato e realizzato quel punto di equilibrio tra diritto d'azione ex art. 24 Cost. ed interessi generali alla sollecita amministrazione della giustizia.

Se la Corte di giustizia dovesse ritenere percorribili le vie interpretative indicate, tutti gli organi esercenti un pubblico servizio (e, quindi, anche tutti gli organismi di mediazione, pur se di natura privata) sarebbero tenuti a interpretare le diposizioni interne conformemente alle previsioni della direttiva. Anche in relazione alla vicenda oggetto del presente giudizio, quindi, verrebbe posto in essere un procedimento di mediazione conforme alle norme europee.
2. Inoltre, inviare le parti in mediazione fissando loro un termine per instaurare il relativo procedimento (come questo giudice dovrebbe fare in considerazione della materia oggetto del giudizio e della data di instaurazione del giudizio) secondo la disciplina normativa interna attuale (non interpretata in senso conforme alla direttiva) significherebbe esporre le parti ad un procedimento che potrebbe essere instaurato e portato avanti, sotto diversi profili, in modo contrario alla disciplina europea e molto meno utile alla definizione stragiudiziale della controversia di quello disegnato dalla direttiva 2008/52/CE. Mandare le parti in mediazione senza prima avere verificato la possibile interpretazione delle norme interne in maniera eurounitariamente conforme potrebbe significare destinare ad un insuccesso la mediazione relativa ai fatti di cui al presente giudizio.
Ancora, si osservi che la rilevanza allo stato attuale (cioè prima che questo giudice debba inviare le parti davanti al mediatore) delle questioni che saranno poste con la presente ordinanza si giustifica anche alla luce del fatto che il mediatore non è qualificabile come organo giurisdizionale e non può, quindi, sollevare questione pregiudiziale.
E così, ad esempio, se nel presente giudizio (in cui la stipulazione del contratto di locazione è stata effettuata a Bagheria, luogo, peraltro, dove andavano eseguite le prestazioni e dove risiedono le parti) una delle parti chiamerà le altre in mediazione, ad esempio, a Milano, il mediatore non potrà sollevare la questione del mancato rispetto della direttiva 2008/52/CE da parte della normativa italiana relativamente alla mancata previsione di criteri di competenza territoriale.
Lo stesso dicasi con riferimento alla questione della possibile violazione dei criteri europei di competenza e professionalità del mediatore qualora venga nominato, ad esempio, un medico come mediatore della lite tra le odierne parti in tema di locazione.
Né può dirsi che la questione del possibile contrato del d.lgs. 28/2010 con la direttiva 2008/52/CE con riferimento, ad esempio, alla competenza territoriale ed alla professionalità ed efficienza del mediatore diventerebbe rilevante solo nella fase processuale successiva all'espletamento della mediazione nel caso di accertata violazione di tali parametri. Così ritenendo, infatti, il giudice dovrebbe chiedere alla Corte se vi è incompatibilità tra normativa interna e normativa europea e, in caso di risposta positiva, accertare che è stato già espletato un procedimento di mediazione in contrasto con la direttiva. Conseguentemente, dovrebbe (con

molta probabilità) nuovamente mandare le parti davanti ad un (altro) mediatore, con inutile dispendio di tempo e denaro. Oppure dovrebbe accontentarsi, come
condizione di procedibilità, di un procedimento di mediazione illegittimamente (secondo i criteri europei) espletato.
Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene esistente una rilevanza attuale della questione pregiudiziale.
3. E' fin troppo evidente, poi, la rilevanza della questione pregiudiziale anche con riferimento ad una controversia strettamente nazionale (quale è quella di cui al presente giudizio) e non transfrontaliera.
Sul punto occorre svolgere qualche breve considerazione.
Secondo l'art. 1 della direttiva l'obiettivo della stessa è di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.
Per il legislatore eurounitario il principio dell'accesso alla giustizia è fondamentale (v. il considerando n. 2 della direttiva) e l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia (come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia) dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie (v. il considerando n. 5 della direttiva).
L'attenzione a livello del diritto dell'Unione europea al tema della mediazione deriva dalla considerazione per cui la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Inoltre si è tenuto conto del fatto che gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti (v. il considerando n. 6 della direttiva).
Si tratta di un importante punto di riferimento per garantire l'uniformazione delle legislazioni statali in materia di mediazione, il cui termine di recepimento era il 21 maggio 2011.
La direttiva 2008/52/CE si applica, però, alle sole controversie transfrontaliere, ossia alle controversie in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte.
Essa però consentiva di applicare le sue disposizioni anche alle controversie nazionali.

Riferimento normativo europeo
Considerando 8 direttiva 2008/52/CE
Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.

Approfittando di tale possibilità la legge delega (legge 69/09) ha previsto (all'art. 60) che anche

per le controversie tra cittadini italiani la norma di attuazione dovesse essere elaborata “nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria" e che uno dei princìpi e criteri direttivi per il Governo era quello di "disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria”. Ed il d.lgs. 28/2010 ha poi recepito la direttiva europea, richiamata pure nel preambolo.
Sebbene, quindi, la direttiva si applichi alle sole controversie transfrontaliere, è da ritenere che sia rilevante anche in relazione alle controversie nazionali (come quella di cui al presente giudizio) l’interpretazione delle norme della direttiva da parte della Corte di giustizia poiché il nostro diritto nazionale ha (all'art. 60 della legge delega 60/09 e con il d.lgs. 28/2010) richiamato e recepito la direttiva anche per le controversie tra soli cittadini italiani e considerato che, quindi, l’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia si estenderebbe anche alle controversie nazionali.
In proposito si ricordi che la competenza della Corte di giustizia "si estende, in linea di principio, alle questioni pregiudiziali aventi ad oggetto disposizioni comunitarie, in situazioni in cui i fatti oggetto della causa principale sono estranei al campo di applicazione del diritto comunitario, ma ove le dette disposizioni comunitarie sono state rese applicabili dal diritto nazionale" (v. Corte giust. 22.12.2008, causa C-48/07, Les Vergers du Vieux Tauves, punto 21; v. anche sentenze 17 luglio 1997, causa C-28/95, Leur-Bloem, Racc. pag. I-4161, punto 27; 17 luglio 1997, causa C-130/95, Giloy, Racc. pag. I-4291, punto 23; 3 dicembre 1998, causa C-247/97, Schoonbroodt, Racc. pag. I-8095, punto 14, nonché 17 marzo 2005, causa C-170/03, Feron, Racc. pag. I-2299, punto 11).
La Corte di giustizia ha "giudicato in maniera costante che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze d‟interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un‟interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate" (v. Corte giust. 11 dicembre 2007, causa C-280/06, ETI e a., punto 21; v., in tal senso, anche sentenze 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, Dzodzi, Racc. pag. I-3763, punto 37; 17 luglio 1997, causa C-28/95, Leur-Bloem, Racc. pag. I-4161, punto 32; 11 gennaio 2001, causa C-1/99, Kofisa Italia, Racc. pag. I-207, punto 32; 29 aprile 2004, causa C-222/01, British American Tobacco, Racc. pag. I-4683, punto 40; 16 marzo 2006, causa C-3/04, Poseidon Chartering, Racc. pag. I-2505, punto 16; 14 dicembre 2006, causa C-217/05, punto 20, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio).
Va a questo punto ribadito che la legge delega n. 69/09 ha imposto (all’art. 60, c. 3) che tutta la riforma varata dal Governo (quindi, anche e soprattutto in relazione alle controversie di carattere nazionale e non transfontaliero) venisse congegnata nel «rispetto della normativa comunitaria» ed ha previsto (all'art. 60) che anche per le controversie tra cittadini italiani (oltre che per quelle transfrontaliere disciplinate dalla direttiva) la norma di attuazione dovesse essere elaborata “nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria" e che uno dei princìpi e criteri direttivi per il Governo era quello di "disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria”, normativa che, quindi, costituiva un determinante punto di riferimento nelle scelte che doveva compiere il legislatore delegato (che pure ha richiamato la direttiva nel preambolo - dove si legge, tra le altre cose, "vista la direttiva 2008/52/CE" - ed ha fatto espresso riferimento alle controversie transfrontaliere all'art. 12 ed ha quindi recepito la direttiva anche in relazione alle controversie nazionali).

*** **QUESITI**

I quesiti vertono, pertanto, sull'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2008/52/CE e sono i seguenti:

1) se gli artt. 3 e 4 della direttiva 2008/52/CE sull'efficacia e competenza del mediatore possano interpretarsi nel senso di richiedere che il mediatore sia dotato anche di competenze in campo giuridico e che la scelta del mediatore da parte del responsabile dell'organismo debba avvenire in considerazione delle specifiche conoscenze ed esperienze professionali in relazione alla materia oggetto di controversia;

2) se l'art. 1 della direttiva 2008/52/CE possa interpretarsi nel senso di richiedere criteri di competenza territoriale degli organismi di mediazione che mirino a facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie ed a promuovere la composizione amichevole delle medesime;

3) se l'art. 1 della direttiva 2008/52/CE sull"equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario, l'art. 3 lett. a), il considerando 10 ed il considerando 13 della direttiva 2008/52/CE sull'assoluta centralità della volontà delle parti nella gestione del procedimento di mediazione e nella decisione relativa alla sua conclusione possano interpretarsi nel senso che, quando l'accordo amichevole e spontaneo , il mediatore possa formulare una proposta di conciliazione salvo che le parti non gli chiedano congiuntamente di non farlo (poiché ritengono di dover porre fine al procedimento di mediazione);

P.Q.M.

Visto l'art. 267 TFUE,

dispone la remissione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea delle questioni di interpretazione indicate in motivazione.

Sospende il processo sino alla pronunzia della Corte di Giustizia.

Manda alla Cancelleria per i conseguenti incombenti.

Si comunichi.

Bagheria, 16.8.2011

Il Giudice

(dott. Michele Ruvolo)