

LORENZO NANNIPIERI**PROFILI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE**

SOMMARIO: 1. *Mediazione e Costituzione: origine di un contrasto.* – 2. *Mediazione e processo tra garanzie e diritti di difesa ed azione.* – 2.1. *La condizione di procedibilità ed il diritto di azione.* – 2.2. *I requisiti soggettivi del mediatore, tra professionalità/indipendenza e serietà/efficienza.*— 3., *Profili di compatibilità costituzionale in riferimento alla legge delega* — 4. *Alcune considerazioni conclusive.*

1. MEDIAZIONE E COSTITUZIONE: ORIGINE DI UN CONTRASTO.

L'introduzione della c.d. mediazione civile e commerciale [d'ora in avanti anche solo *mediazione*] nell'ordinamento italiano non ha avuto, come noto, vita facile.

Questo scritto si inserisce nel dibattito in ordine ai sospettati profili di incostituzionalità che accompagnano l'istituto sin dalla sua introduzione nell'ordinamento (e cioè da ormai due anni) e che potrebbero essere a breve sciolti dall'attesa decisione della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla fondatezza delle numerose questioni di legittimità costituzionale poste da otto distinti giudici *a quibus*.

Sulle interrelazioni tra il procedimento di mediazione ed il vigente sistema processual-civilistico si è scritto davvero molto¹. Quantitativamente inferiore, al contrario, è stato il contributo della dottrina sui problematici profili di legittimità costituzionale che investono la regolamentazione dell'istituto².

Come noto, la mediazione trova fondamento in due distinti interventi normativi relativi agli ordinamenti comunitario e nazionale: da un lato, infatti, deve darsi atto della previgenza - rispetto al d.lgs. n. 28/2010 - della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; dall'altro lato la l. 18 giugno 2009, n. 69, ha introdotto nell'ordinamento alcune disposizioni di delega (si tratta, in particolare, dell'art. 60) che sono state poi attuate dal Governo con il d.lgs. n. 28 del 2010.

¹ Per una trattazione completa dell'istituto si rinvia a R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale: composizione della lite e processo nel d.lgs n. 28/2010 e D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, Giappichelli, 2011, ma si vedano anche M. L. CENNI, *Manuale della mediazione civile e commerciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012 e C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, Giappichelli, 2010. Il dibattito tra gli studiosi del processo civile, ad ogni modo, è alimentato da fondamentali ed autorevoli contributi, tra i quali si ricordano F. LUISO, *Il modello italiano di mediazione. Il "giusto" procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. It.*, Gennaio 2012, 213-217, ma anche R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, 354; A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 143; I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti, Introduzione*, in *Le Società*, 2010, 619, 622; F. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 325 ss.

² Tra i principali commenti che prendono in considerazione i profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale, si rammentano G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, in *Foro It.*, anno 2011, parte V, col. 54; G. SERGES, *La mediazione civile e la Costituzione, appunti a margine dell'Ordinanza Tar Lazio, Sez. I, n. 3202 del 2011*, in M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1815 ss; G. D'ELIA, *Profili di legittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria "purchessia"*, in *Federalismi.it*, n. 23/2011; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, <http://www.judicium.it/admin/saggi/175/Caponi.pdf>

A livello definitorio, l'art. 3, lett. a), della direttiva 2008/52/CE inquadra 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. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro .*

La direttiva, peraltro, pur regolamentando la mediazione per le sole controversie transfrontaliere (art. 1, comma 2), considera che *nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni (“considerando” n. 8).* Tant'è che, all'art. 5, comma 2, il legislatore comunitario lascia *expressis verbis* *“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”.*

A fronte di questo primo corpus normativo, il legislatore nazionale ne ha rafforzato le prescrizioni con una serie di disposizioni contenute all'art. 60 della eterogenea legge n. 69/2009, laddove è stata introdotta, come noto, una delega al governo *ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale, seguendo una copiosa serie di principi e criteri direttivi (ai quali verrà fatto preciso riferimento più avanti).*

La delega è stata poi attuata con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che - tenendo in espressa considerazione la direttiva 2008/52/CE³ - ha definito la mediazione come *“l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”* (art. 1, lett. a).

In estrema e rapida sintesi, il legislatore ha introdotto e disciplinato una mediazione relativa a controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili, che nelle ipotesi di cui all'art. 5 diviene obbligatoria in quanto condizione di procedibilità; che risulta onerosa salvi i casi in cui la parte rientri nei parametri reddituali per avvalersi del gratuito patrocinio; che viene affidata ad organismi, anche privati, istituiti *ad hoc*.

Le origini della mediazione, com'è reso evidente dalla lettura del frastagliato materiale normativo vigente, è stata frutto di un processo non scevro di contraddizioni ed ambiguità ermeneutiche, che hanno dato sin da subito origine a pesanti critiche, poi tradottesi in questioni di legittimità costituzionale promosse innanzi al Giudice delle leggi.

Pesa, sull'intera evoluzione dell'istituto, uno *“storico equivoco”* tra dottrina e legislatore. Infatti, laddove in periodi antecedenti all'attuazione della mediazione, alcuni autorevoli

³ In realtà, la relazione tra il d.lgs. n. 28/2010 e la direttiva 2008/52/CE non è chiara. Infatti, mentre il preambolo del decreto dà espressamente atto della presa visione della direttiva comunitaria, in nessuna parte del decreto è formalmente specificato che lo stesso costituisca attuazione della direttiva. Si tratta, invero, di un'ambiguità che sta dando luogo a non pochi problemi interpretativi. Parzialmente risolutiva, sul punto, è stata la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011, con la quale è stato rilevato che *“nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali; ciononostante sottolinea che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria”* (punto n.10). Ciò è effettivamente avvalorato, sul piano delle fonti comunitarie, da quanto prevede l'art. 12, comma 2, della direttiva, a mente del quale *“quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri”.* E' vero che le premesse del decreto delegato richiamano la direttiva comunitaria; tuttavia, sia le disposizioni di delega che il decreto delegato avrebbero potuto meglio specificare la propria (ulteriore) natura di disposizioni attuative della direttiva 2008/52/CE.

commentatori⁴ avevano visto di buon occhio un possibile cammino di svolta culturale che conducesse, nel corso del tempo, all'introduzione di meccanismi di mediazione facilitativa (sulla scorta delle cc.dd. *Alternative dispute resolutions* ben sperimentate negli ordinamenti di common law), il legislatore ha provveduto ad introdurre assai bruscamente un meccanismo di mediazione non tanto in alternativa al processo quanto, piuttosto, come snodo essenziale per raggiungere (eventualmente) il processo, inserendosi così quella che può definirsi una pregiudizialità mediatoria.

In altri termini, laddove si auspicava un percorso che conducesse l'utenza della giustizia a valutare l'opportunità di tutelare la propria sfera soggettiva al di fuori del processo ed in generale al di fuori della logica conflittuale, si è preferito introdurre sin da subito un istituto che sembrerebbe assumere ontologicamente i tratti di un segmento procedimentale immediatamente antecedente al processo, il quale finirebbe per essere inteso come altra e successiva frazione di un unico macro-procedimento, che prende avvio con il deposito dell'istanza di mediazione e culmina (eventualmente) con la sentenza del Giudice.

Quanto appena considerato sembra ben apprezzabile sol che si valutino le due distinte *rationes* che presiedono ai due "filoni normativi" prodromici all'introduzione della mediazione nel nostro ordinamento (ovverosia alla direttiva 2008/52/CE nonché alle norme interne ricomprese nella l. n. 69/2009 e nelle disposizioni delegate).

Se, infatti, la direttiva 2008/52/CE si pone 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, co. 1), la finalità precipua delle fonti interne è apprezzabile per lo più in un'ottica di drastica riduzione del carico pendente presso gli Uffici giudiziari civili della Repubblica⁵.

Dopo ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010, peraltro, sembra che la mediazione stia lentamente acquistando un certo rilievo statistico. L'aumento del ricorso all'istituto, infatti, è stato lento ma costante⁶: dalle 5.070 iscrizioni del marzo 2011 si è passati a 12.175 iscrizioni nel marzo 2012, dopo l'entrata in vigore del tentativo obbligatorio di mediazione anche in materia condominiale e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

Chiaramente, pesa sul dato statistico la circostanza per cui la mediazione sia tutt'altro che volontaria: nel 77% dei casi di mediazione discussi al 31 marzo 2012, infatti, si trattava di mediazione obbligatoria. Le parti in conflitto, assistite da un avvocato nell'85% dei casi, hanno cioè dovuto sperimentare la mediazione quale condizione di procedibilità onde poter esperire l'azione davanti all'A.G.O.

Il dato, peraltro, potrebbe risentire anche degli effetti derivanti dall'art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010, laddove è stato previsto che "*dalla mancata partecipazione senza giustificato*

⁴ Si veda, esemplificativamente, R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR* ("*Alternative Dispute Resolution*"), in *Foro It.*, 2003, parte V, col. 165 che parlando delle varie tipologie di conciliazione scriveva che "*la differenza tra i due modelli aumenta se si riflette che la conciliazione facilitativa si attaglia ad esprimere il valore aggiunto dei metodi di ADR ed è infatti ritenuta da molti preferibile, poiché consentirebbe risultati più duraturi, essendo essi avvertiti dalle parti come frutto esclusivo della loro disponibilità a trovare un accordo, e non di interventi esterni. Viceversa la conciliazione valutativa potrebbe compiutamente realizzare la funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale, se il legislatore avesse il coraggio di accogliere la proposta riferita alla fine del paragrafo precedente. A quel punto le due forme di conciliazione avrebbero poco in comune, ma l'ordinamento italiano si sarebbe arricchito di due strumenti parimenti utili, sempre che si sviluppi un'adeguata cultura della conciliazione, a dare un contributo per migliorare la giustizia civile*".

⁵ Il decreto delegato, sul punto, tace. Tuttavia, a titolo di esempio, si rammenta che l'Analisi Tecnico Normativa sullo Schema di decreto delegato precisa che *l'obiettivo finale della novità che così si introduce nell'ordinamento [la mediazione] sta nella capacità deflattiva dell'istituto, sia per la prevenzione di specifiche liti, sia per la prevenzione generale cui è sotteso un cambio nella cultura della gestione dei conflitti sociali*".

⁶ I dati sono forniti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi, con rapporto del 31 marzo 2012. Il rapporto è liberamente fruibile alla pagina www.giustizia.it.

motivo al procedimento di mediazione il giudice” possa “*desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile*”. L'inciso non cela un'innata connotazione sanzionatoria nei confronti della parte disertrice. Tuttavia, la natura di “strumento di contorno⁷” propria dell'argomento di prova nel processo civile, sembrerebbe ridimensionare le conseguenze dell'ingiustificata partecipazione al procedimento di alcuno dei soggetti coinvolti, anche se la giurisprudenza spesso fa un utilizzo della categoria delineata dall'art. 116 c. c. assai elastico e spesso ambiguo⁸.

Ad ogni modo, nel 48% dei casi le parti sono riuscite a trovare un accordo: questo significa, tornando alla reale *ratio* sottesa al d.lgs. n. 28/2010, che una parte virtualmente cospicua del contenzioso giurisdizionale si è arrestata a causa del raggiungimento di un accordo prima che le parti spiegassero l'azione innanzi al Giudice.

In altri termini, l'introduzione di un ulteriore segmento procedimentale, demandato anche a soggetti privati, ha ridotto il flusso di contenzioso in entrata degli Uffici giudiziari italiani.

La mediazione disegnata dal Legislatore del 2010, tuttavia, non è stata ben accolta da molti, ivi comprendendo - oltre a numerose associazioni di avvocati⁹ - anche una parte davvero cospicua della dottrina¹⁰ e della giurisprudenza¹¹.

Parte della dottrina, senza risparmiare acuti rimproveri al legislatore, vede nell'attuale fase una smodata liberalizzazione e privatizzazione della giustizia¹², attendendo con enfasi una pronuncia della Corte costituzionale che suoni la “fine della ricreazione”¹³.

Il d.lgs. n. 28/2010, nella sua attuale configurazione, presenta vari profili di dubbia costituzionalità, analiticamente evidenziati dalle numerose ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, che meritano in questa sede di essere ricomposti e valutati, anche alla luce

⁷ Così F. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6a ed., Milano, Giuffrè, 2011, II, 79 ss.

⁸ Ivi, l'a. opina che “è importante tener presente che la giurisprudenza in materia è – per usare un eufemismo – molto elastica, e fa di ogni erba un fascio, mescolando insieme indizi, argomenti di prova, prove atipiche, prove atipicamente assunte, e così via. La Cassazione, in particolare, avalla ogni conclusione cui giunge il giudice di merito in ordine alla *quaestio facti*, purché non sia proprio assurda”. Se così fosse, ogni determinazione assunta dalle parti durante il procedimento di mediazione potrebbe divenire, benché quale *probatio inferior*, dirimente anche per la soluzione della successiva controversia in sede giurisdizionale.

⁹ Tra tutte spicca il ruolo assunto dall'O.U.A. (*Organismo Unitario dell'Avvocatura italiana*) che si è da subito opposto all'introduzione della mediazione obbligatoria nell'ordinamento nazionale. Ancora prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010, peraltro, l'Organismo aveva definito la mediazione obbligatoria come “mezzo improprio e coercitivo che non risolve alcun problema di deflazione del carico giudiziario in quanto le parti non compaiono e lasciano trascorrere il termine fissato dalla legge” (comunicato dell'8 febbraio 2010).

¹⁰ V. *supra* la nota n.2.

¹¹ La reazione dubbiosa della giurisprudenza è resa eloquente dal rilevante numero di questioni di legittimità costituzionale promosse da giudici, anche non appartenenti all'A.G.O. Circostanza, questa, che sembra costituire il riflesso della notevole attenzione critica riversata da tutti gli operatori del diritto, anche estranei al processo civile, intorno ai profili di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 28/2010. Attualmente sono otto le questioni di legittimità costituzionale pendenti di fronte al Giudice delle Leggi, per le quali è già stata fissata, a seconda dei casi, la data dell'udienza pubblica o della camera di consiglio. Si tratta, in particolare, delle ordinanze di rimessione del [Giudice di Pace di Parma](#) (ord. n. 254 del 2011, in *G.U.* del 7/12/2011 n.51); del [T.A.R. Lazio](#) (ord. n. 268 del 2011, in *G.U.* del 28/12/2011, n. 54); del [Giudice di Pace di Catanzaro](#) (ord. n. 2 del 2012, in *G.U.* del 1/2/2012 n.5 nonché ord. n. 19 del 2012, in *G.U.* dell'11/4/2012, n.15); del [Giudice di Pace di Recco](#) (ord. n. 33 del 2012, in *G.U.* del 14/3/2012, n. 11); del [Tribunale di Torino](#) (ord. n. 99 del 2012, in *G.U.* del 30/5/2012, n. 22); del [Tribunale di Genova](#) (ord. n. 108 del 2012, in *G.U.* del 6/6/2012 n. 23); del [Giudice di Pace di Salerno](#) (ord. n. 51 del 2012, in *G.U.* dell'11/4/2012, n. 15). Risultano ancora non calendarizzate le discussioni su altre due ordinanze di altrettanti Giudici *a quibus*, pubblicate in *G.U.* nell'estate del 2012 ([Giudice di Pace di Parma, ord. n. 112 del 2012](#), in *G.U.* del 13/6/2012, n. 33; [T.A.R. Lazio, ord. n. 149 del 2012](#), in *G.U.* del 22/8/2012, n. 33).

¹² Di “*fuga dal diritto*”, intesa come “prezzo di cui occorre avere consapevolezza” nel momento si introduce la mediazione nell'ordinamento parla M. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 371, riferendosi ovviamente ad un discorso generale ed astratto sull'utilità dell'istituto della mediazione, ancora prima che lo stesso entrasse definitivamente in vigore nell'ordinamento italiano.

¹³ Così R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, cit., 2.

dell'impatto ordinamentale che potrebbe avere - variamente modulato - l'ormai imminente intervento del Giudice delle leggi (l'udienza pubblica è fissata per il giorno 23 ottobre 2012).

Giova, a tal proposito, suddividere in due autonomi filoni gli aspetti critici che riveste il d.lgs. n. 28/2010.

Il primo filone involge direttamente l'istituto della mediazione, e propone numerosi interrogativi in ordine alla sua natura ed al suo rapporto con il processo.

Si tratta, in altri termini, di censure che ruotano attorno ad un parametro, l'art. 24 Cost., che racchiude in sé innumerevoli garanzie il cui rispetto risulta indefettibile anche per il legislatore. Tali profili, invero, si intrecciano anche con possibili coinvolgimenti di altri parametri, quali gli artt. 3, 101, 102 e 111 Cost.

Il secondo filone, che raccoglie alcuni profili di dubbia legittimità costituzionale del decreto con riferimento agli artt. 76 e 77 Cost., indaga sul *modus operandi* seguito dal legislatore delegato, sul quale insistono sospetti di avere agito con eccesso di delega.

Con i paragrafi che seguono si intende porre in evidenza le principali questioni di compatibilità costituzionale che pone il d.lgs. n. 28/2010. Maggior risalto è dato ai profili estranei all'eccesso di delega, su cui peraltro risulta quantitativamente prevalente l'interesse dei commentatori.

2. MEDIAZIONE E PROCESSO TRA GARANZIE E DIRITTI DI DIFESA ED AZIONE

2.1 *La condizione di procedibilità ed il diritto di azione*

La disposizione più criticata del d.lgs. n. 28/2010 è contenuta nel suo art. 5, laddove si prevede che, in relazione a determinate materie (che rappresentano una cospicua porzione del contenzioso civile su diritti disponibili), *“l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale”* (art. 5, comma 1, ultimo alinea).

Si tratta, in buona sostanza, dell'attribuzione alla mediazione di un carattere di tendenziale obbligatorietà, il cui mancato rispetto non produce peraltro immediati effetti in ordine alla inammissibilità della domanda, posto che in caso di proposizione di domanda giudiziale senza il previo esperimento del tentativo di mediazione, *il Giudice assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione* (art. 5, comma 2).

Sulla legittimità costituzionale di una simile previsione la dottrina risulta divisa.

Il suindicato art. 5, infatti, pone due distinti problemi di compatibilità costituzionale. In primo luogo vi sarebbe un profilo di eccesso di delega, per non avere la legge di delega previsto alcuna possibilità, per il Governo, di introdurre casi di mediazione obbligatoria (sul punto, più analiticamente, v. *infra*, n. 3).

In secondo luogo, ed è ciò che qui interessa, tutti i giudici rimettenti lamentano una presunta violazione dell'art. 24 Cost.

Diviene pertanto imprescindibile dare atto dello stato attuale di avanzamento della giurisprudenza costituzionale in punto di c.d. giurisdizione condizionata¹⁴, che si ha quando il legislatore non inibisce alle parti di rivolgersi al giudice, ma stabilisce che, prima che ciò accada, le parti debbano svolgere una certa attività¹⁵. Una delle possibilità è rappresentata dall'obbligo di esperire un previo tentativo di mediazione.

Si tratta, invero, di capire se ed entro quali limiti una simile ipotesi possa ritenersi conforme all'art. 24 Cost.

Sul punto, la giurisprudenza della Corte sembra ritenere moderatamente ammissibili nell'ordinamento ipotesi di giurisdizione c.d. condizionata, nella misura in cui *“ritiene che l'art.*

¹⁴ Per una disamina approfondita dei profili di legittimità costituzionale della c.d. giurisdizione condizionata si vedano L. VIOLA, *Giurisdizione condizionata e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione: le incertezze della Corte costituzionale*, in *Giust. amm.*, 2008, fasc. 3, 21, nonché G. MANFREDI, *Giurisdizione condizionata e limiti al diritto di azione (Nota a Corte cost., 8 aprile 2004, n. 114)*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1012.

¹⁵ Con queste parole F. LUISO, *Diritto processuale civile*, quarta edizione, Milano, Giuffrè, 2009, 27.

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"¹⁶. Vale la pena, sul punto, evidenziare anche che la Corte costituzionale, allorché si è trovata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro, ha avuto modo di affermare che lo stesso "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"¹⁷, e ciò a patto che la limitazione dell'immediatezza della tutela giurisdizionale assuma un carattere ragionevole. La sussistenza di una condizione di procedibilità della domanda, peraltro, rappresenterebbe "la misura con la quale l'ordinamento assicura effettività all'osservanza dell'onere"¹⁸.

L'impostazione seguita dalla Corte nella [sentenza n. 276 del 2000](#) non sembrerebbe pertanto preludere ad una declaratoria di incostituzionalità *tout court* dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2000 sotto lo specifico profilo della legittimità dell'apposizione di una condizione di procedibilità nelle materie ivi indicate. Ma i profili di sospetta illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 28/2010 con riferimento all'art. 24 Cost. involgono anche altri aspetti dello stesso.

Uno di questi è senza dubbio rappresentato dal carattere oneroso della mediazione obbligatoria.

La circostanza per cui la mediazione debba avere un costo è desumibile dalla lettura dell'art. 17 del decreto, laddove, al comma 4 lett a), il legislatore delegato demanda al regolamento di attuazione la determinazione degli importi minimi e massimi delle indennità dovute dalle parti all'organismo di mediazione coinvolto nel procedimento¹⁹. La suddetta disposizione è stata poi attuata con l'art. 16 del d.m. n. 180/2010, a mezzo del quale sono stati predisposti scaglioni di importi che variano da un minimo di € 65,00 ad un massimo di € 9.200,00 in relazione al valore della controversia, fatta salva la possibilità di ottenere l'esenzione nei casi in cui la parte rientri nei limiti reddituali per accedere al patrocinio a spese dello Stato.

Dalla lettura dell'art. 17 del d.lgs. n. 28/2010, peraltro, sono ben evidenti due circostanze:

a) gli importi non sono relativi a tributi versati allo Stato, bensì a "compensi" che possono essere destinati anche, a seconda dei casi, ad organismi di mediazione privati, a meno che la parte non rientri nei limiti reddituali per l'ottenimento del patrocinio a spese dello Stato: in tal caso il compenso non è dovuto (art. 17, comma 5);

b) l'entità di tale compenso, al netto di ogni altra considerazione di merito, non può considerarsi certamente di lieve entità, specie quando raggiunge l'ordine di diverse migliaia di euro.

¹⁶ [Corte cost., sentenza n. 276 del 2000](#), punto n. 3 del *considerato in diritto*. Si tratta, in particolare, della sentenza che decise in ordine alla legittimità costituzionale del c.d. tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 410 c. c. (poi abrogato ed infine nuovamente istituito) per le controversie in materia di lavoro.

¹⁷ *Ivi*.

¹⁸ *Ivi*.

¹⁹ A dire il vero anche le disposizioni di delega (in particolare l'art. 60, comma 3 lett. m) della l. n. 96/2009) fanno riferimento all'*indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti*. Non va però dimenticato che il legislatore delegante non sembrerebbe orientato ad introdurre una mediazione obbligatoria. Del resto, nulla osterebbe a prevedere un compenso per il mediatore "privato" che operi in una mediazione meramente facoltativa. Sul punto, G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione*, cit., 2, ricorda che il legislatore ben potrebbe "prevedere la mediazione come scelta libera e cosciente della parte, e in questi casi, quindi, anche prevedere che, chi la scelga, debba pagare il servizio; oppure il legislatore può subordinare l'esercizio della funzione giurisdizionale ad un previo adempimento, se questo è razionale e funzionale ad un miglioramento del servizio giustizia, ed in questo senso, come è avvenuto con l'art. 410 c. c., può anche prevedere un tentativo obbligatorio di conciliazione, ma senza costi".

Ciò premesso, occorre dare atto che la Corte costituzionale, sin da epoca assai risalente²⁰ ha ritenuto e ritiene non lesive dell'art. 24 Cost. quelle previsioni normative che dispongono il versamento di somme (non riconducibili a tributi erariali), a condizione che si tratti di depositi di "tenuissima entità"²¹ che siano riconducibili non tanto ad una altrui finalità lucrativa, quanto piuttosto ad un simbolico "ammonimento" al ricorrente/istante con finalità di responsabilizzazione dello stesso.

Il d.lgs. n. 28/2010 sembra partire da presupposti ontologicamente difforni dalle "linee guida" fornite dalla giurisprudenza costituzionale, laddove accompagna all'obbligatorietà della mediazione anche una connotazione di indiscutibile onerosità, peraltro finalizzata al profitto dell'organismo di mediazione adito.

Ponendo tali premesse, alcuni autorevoli commentatori²² lamentano la sussistenza di uno stridente ed intollerabile contrasto tra il carattere obbligatorio ed oneroso della mediazione, da un lato, e le garanzie imposte dall'art. 24 Cost., dall'altro.

La soluzione della questione non sembra poter prescindere dal sentiero ermeneutico che si intraprenda in ordine alla natura dell'istituto della mediazione.

Infatti, in base ad una prima opzione interpretativa potrebbe assolutizzarsi l'inciso, contenuto nell'art. 60, comma 3, lett. a) della legge delega, laddove si afferma che la mediazione debba essere attuata senza precludere l'accesso alla giustizia. In tal caso, la mediazione potrebbe essere inquadrata come istituto del tutto alieno rispetto alla tutela dei diritti, e pertanto anche alla costellazione di garanzie imposte dall'art. 24 Cost.

Così ragionando, perderebbe pertinenza anche il richiamo ai principi costantemente espressi dalla giurisprudenza costituzionale, ed il decreto potrebbe non presentare il denunciato profilo di illegittimità costituzionale.

Ma si tratterebbe, ad avviso dello scrivente, di una soluzione poco appagante.

Invero, come ricordato al n. 1, sembra che l'obbligatorietà della mediazione comporti, quale necessario corollario, un forzoso incastonamento della stessa quale fase iniziale di un unico macro-procedimento finalizzato alla tutela dei diritti (disponibili), che prende avvio con il deposito dell'istanza di mediazione, per poi proseguire (eventualmente) con il processo e culminare con un provvedimento giurisdizionale.

Sulla natura paragiurisdizionale del procedimento di mediazione, peraltro, la Corte sembra essersi già espressa con un *obiter dictum* in una pronuncia relativa all'impugnazione di una legge regionale veneta, laddove ha affermato che *"il procedimento conciliativo disciplinato dalla legge statale (...omissis...) rientra nell'esercizio della funzione giudiziaria e nella sfera del diritto civile, giacché, con riferimento al caso di specie, condiziona l'esercizio del diritto di azione finalizzato al risarcimento dei danni da responsabilità civile e prevede ricadute negative per chi irragionevolmente abbia voluto instaurare un contenzioso davanti al giudice, nonostante fosse stata formulata una proposta conciliativa rivelatasi successivamente"*

²⁰ [Sentenza n. 83 del 1963](#). Sulla stessa linea, anche la precedente [sentenza n. 56 del 1963](#) aveva stabilito che *"è di interesse pubblico il richiamare la parte ad una sua responsabilità nell'apprezzamento delle proprie ragioni, in modo che del diritto di azione non abusi e, abusandone, rechi intralcio alla amministrazione della giustizia"*. Oneri distinti da tributi o da depositi di tenuissima entità con finalità di "pedagogia processuale", pertanto, non sembrerebbero incontrare il *favor* della giurisprudenza costituzionale, neppure in quella più risalente.

²¹ V. ancora [sentenza n. 83 del 1963](#), *considerato in diritto*, quinto capoverso.

²² Si vedano le osservazioni di G. SERGES, *La mediazione civile e la Costituzione, appunti a margine dell'Ordinanza Tar Lazio, Sez. I, n. 3202 del 2011*, cit., 15 che parla di *"impossibile compatibilità di una simile imposizione con la giurisprudenza costituzionale in tema di oneri o esborsi"*. Sullo stesso punto, R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, cit., 7, l'obiettivo deflattivo del legislatore delegato, *"in quanto generale e non specifico dell'attore concreto, sorregge la costituzionalità della condizione di procedibilità, solo se non è accompagnata dal pagamento di una somma di denaro"*. Secondo G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., 2, *"se il tentativo obbligatorio di conciliazione ha un costo, e questo costo non è meramente simbolico, come avviene con l'art. 16 d.m. 180/10, allora, nella sostanza, il sistema subordina l'esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro"*.

satisfattiva delle proprie ragioni”²³. Il che sembrerebbe rendere ancora più difficoltosa ed ardua un’interpretazione del d.lgs. n. 28/2010 aliena rispetto ai meccanismi di tutela dei diritti, e dunque libera dai vincoli imposti dall’art. 24 Cost.

Giova peraltro ricordare che la Corte non potrebbe dichiarare *tout court* costituzionalmente illegittime le tariffe di mediazione, per il semplice motivo che le stesse sono state introdotte nell’ordinamento da una fonte secondaria (il d.m. n. 180/2010), che per ragioni ben note non può essere sindacata dal Giudice delle leggi²⁴.

Semberebbero residuare, tuttavia, spazi interpretativi per fornire una lettura a rime obbligate dell’art. 17, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 28/2010, laddove non specifica che gli importi dovuti a titolo di mediazione debbano avere un carattere simbolico. Poiché questa sembrerebbe l’unica lettura possibile della disposizione, il Giudice delle leggi potrebbe ricalcarsi spazi per intervenire con un dispositivo a carattere manipolativo.

Ma i dubbi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto l’art. 5 del decreto si estendono anche ad una possibile incompatibilità dello stesso con il principio di ragionevolezza, nella parte in cui, al comma 1, individua le materie da assoggettare alla condizione di procedibilità relativa all’obbligatorio espletamento del procedimento di mediazione²⁵.

L’individuazione delle materie, in particolare, è stata censurata in quanto non sarebbe possibile individuare un criterio che possa giustificare la contestuale esclusione di altre materie, pure aventi ad oggetto diritti disponibili, dall’ambito di applicabilità del decreto²⁶.

La questione, tuttavia, non sembra cogliersi appieno considerando la ragionevolezza alla stregua di uno strumento per valutare una possibile violazione del principio dell’eguaglianza formale, che esige che situazioni uguali debbano essere trattate in modo eguale, così da giustificare, ad opera della Corte, l’estensione di una determinata disciplina ad oggetti irragionevolmente non ricondotti ad essa dal legislatore.

Si tratta, piuttosto, di una censura che indaga sulla razionalità delle scelte adottate dal legislatore, laddove il *tertium comparationis* (rappresentato, in questo caso, da alcune materie escluse dall’ambito di applicabilità del d.lgs. n. 28/2010) non serve ad estendere la portata

²³ [Sentenza n. 178 del 2010](#), rel. Silvestri; *considerato in diritto*, 3.1.

²⁴ Sulla (in)sindacabilità dei regolamenti governativi, si veda E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 106, nonché A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 95 ss. Si veda inoltre il contributo di M. MASSA, *Giurisdizione di costituzionalità e potere regolamentare. Notizie dal confine*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, TANZARELLA (a cura di) *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e Giudici, atti del convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Università degli Studi di Milano Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Torino, Giappichelli, 2011, 344 ss., il quale rileva che “nella larga maggioranza dei casi in cui oggetto della questione di costituzionalità è solo, o anche, una norma regolamentare, l’inammissibilità, per origine della norma censurata, è dichiarata senza esitazioni, con la concisione normalmente riservata alle affermazioni scontate”.

²⁵ Si tratta delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili 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.

²⁶ [L’ordinanza di remissione \(n. 108/2011\) del Tribunale di Genova alla Corte costituzionale](#) rammenta alcuni casi in cui controversie aventi ad oggetto diritti disponibili sarebbero state irragionevolmente escluse dalla scelta del legislatore, il che costituirebbe una spia dell’arbitrarietà con la quale il governo ha provveduto alla scelta delle materie da inserire all’art. 5. Tra queste, non rientrerebbero incomprensibilmente la “*mediazione immobiliare, sottratta alle materie per le quali è prevista la mediazione obbligatoria o, con riferimento al caso di specie, alla domanda volta a dichiarare la nullità o pronunciare l’annullamento di un contratto costitutivo di servitù. Tale domanda, non rientrando in alcuno dei blocchi di materie di cui all’art. 5, potrebbe essere direttamente azionata in giudizio, attenendo ad un contratto per il quale non è prevista la mediazione obbligatoria (questa infatti è prevista solo per i contratti assicurativi, bancari e finanziari); al contrario la domanda di accertamento o declaratoria di servitù, involgendo direttamente diritti reali, rientrerebbe appieno nell’ambito delle materie soggette a mediazione obbligatoria. Tale differenziazione, non è giustificata da alcuna ragionevole scelta di politica legislativa e si pone quindi nuovamente in contrasto con l’art. 3 Cost nell’accezione sopra indicata*” (punto n. 4).

applicativa di un istituto ritenuto “monco”, quanto piuttosto a scardinare *tout court* le opzioni espresse dal legislatore.

Così intesa, la ragionevolezza sembra confondersi più propriamente con la più generale esigenza di coerenza dell’ordinamento giuridico²⁷, che risulterebbe menomata nel caso in cui il legislatore adottasse scelte contrastanti, in sostanza, con lo “*spirito complessivo della Carta costituzionale*”²⁸.

Il sindacato di ragionevolezza sull’art. 5, comma 1, del decreto, appare pertanto ancorato alla *ratio legis*, che consente alla Corte di esplicitare il suo giudizio mantenendosi nei limiti predisposti dall’ordinamento, senza sovrapporsi al legislatore²⁹.

Come noto, il parametro della ragionevolezza è abitualmente adottato dalla Corte costituzionale per esercitare il suo sindacato sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge, tanto da poter essere definito una *pietra miliare* dell’attività della Corte stessa³⁰.

Nel caso di specie, il legislatore delegato ha provato, con la relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010 ad dimostrare la sussistenza di una matrice unitaria nella compilazione del catalogo di materie di cui all’art. 5, comma 1, del decreto delegato.

In particolare, il Governo ha evidenziato che “*nella scelta delle materie rispetto alle quali la mediazione è condizione di procedibilità, tre sono stati i criteri-guida seguiti. In primo luogo, si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia*” (condominio, locazione, comodato, affitto d’azienda, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patto di famiglia) . “*In secondo luogo, si sono prescelte alcune controversie in materia di risarcimento del danno, che traggono origine da rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale*”. (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa, risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti). “*In terzo luogo, si sono individuate alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari e finanziari) che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti e dunque necessità analoghe a quelle appena illustrate, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso*” considerando anche che “*il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria, che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto*”.

La giustificazione offerta dal legislatore delegato, tuttavia, si appalesa poco convincente, perché non sembra giustificare adeguatamente le ragioni per cui alcune materie siano rimaste fuori, ed anche perché non pare trovare un’adeguata copertura l’inserimento nel catalogo di materie che sembrano tra loro effettivamente assai lontane³¹.

Che la complessità dell’elenco predisposto dal legislatore delegato non convinca più di tanto ne è dimostrazione anche il parere reso dal C.S.M. al Ministro della Giustizia sullo schema del decreto, laddove l’organo di Autogoverno della Magistratura ebbe a sottolineare che “*l’indicazione di cui al primo comma dell’art. 5 è di tale ampiezza da riguardare la maggior parte del contenzioso civile, così ricomprendendo tipologie di controversie non assimilabili, con caratteristiche ontologiche e difficoltà di gestione del tutto peculiari*”.

²⁷ Così A. MORRONE, *Corte Costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, 239 – 286.

²⁸ Con questi termini si esprime [Trib. Genova, ord. n. 108 del 2012](#).

²⁹ Così E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 312.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Si prenda, ad esempio, il caso delle servitù e quella della responsabilità da circolazione di veicoli e natanti. Si tratta, con tutta evidenza, di settori dell’ordinamento assai lontani tra loro: ebbene, mentre per l’azione dichiarativa di servitù (diritti reali) e per l’ottenimento del risarcimento del danno da circolazione stradale è obbligatorio il tentativo di mediazione, per l’annullamento di una servitù sembrerebbe possibile adire direttamente l’autorità giudiziaria.

Ed ancora, “*le indicazioni fornite nella relazione illustrativa non appaiono utili a giustificare la scelta compiuta dal legislatore delegato, il quale ha previsto la mediazione obbligatoria per controversie di tale complessità anche istruttoria - come possono essere quelle in materia ereditaria ovvero dirette all’accertamento della responsabilità medica - che difficilmente si prestano ad una rapida soluzione in sede conciliativa*”.

Effettivamente, sembra mancare nell’elenco delle materie da assoggettare alla mediazione obbligatoria quel *quid* comune che, distinguendo le stesse dalle materie non contemplate dal legislatore delegato, consentirebbe di ricondurre la scelta del legislatore ad una precisa matrice.

Certo, è difficile ipotizzare quali potrebbero essere, nel caso di specie, i margini di intervento della Corte costituzionale, considerando che una dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 5, comma 1, del decreto avrebbe quale conseguenza diretta la paralisi dell’intero istituto, una “sanzione” che sembrerebbe troppo dura per la gravità del vizio denunciato.

Un possibile suggerimento potrebbe essere tratto dalla previsione dell’art. 60, comma 3, lett. a) della legge delega, laddove è previsto che la mediazione debba avere ad oggetto “*diritti disponibili*”.

Sembrerebbe possibile, dunque, un intervento manipolativo che, ponendosi in armonia con le determinazioni assunte in relazione alle altre parti del decreto, elimini del tutto il riferimento all’elenco di materie, lasciando impregiudicata la possibilità di esperire la mediazione per tutti i diritti disponibili, ponendosi al contempo in armonia con le linee guida espresse dalle disposizioni di delega.

2.2. I requisiti soggettivi del mediatore, tra professionalità/indipendenza e serietà/efficienza

Un altro profilo assai delicato del d.lgs. n. 28/2010 afferisce alle garanzie presentate dagli organismi cui è demandato l’espletamento del servizio di mediazione, nonché delle figure professionali cui viene affidata la gestione dei singoli casi.

Si tratta di un aspetto che guarda ancora una volta alle garanzie espresse dall’art. 24 Cost., e non trascura riferimenti – specie tra le ordinanze di rimessione, ma talvolta anche in dottrina – anche ad altri parametri costituzionali, ovverosia agli artt. 97³², 101³³, 102 e 111³⁴.

La problematica si snoda lungo la direttrice decrescente delle fonti nazionali che regolano la mediazione: nella progressiva stesura delle tre fonti succitate, si assiste ad un curioso processo di sfibramento linguistico che apparentemente degrada le caratteristiche che l’organismo di mediazione (e dunque anche il singolo mediatore) deve presentare per perfezionare l’iscrizione nell’apposito registro.

³² La violazione dell’art. 97, di cui v’è traccia nell’[ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale emessa dal G.d. di Catanzaro in data 1.9.2011](#), è fortemente sostenuta da G. SCARSELLI, *L’incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., 2, nonché da R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, cit., 4.

³³ La violazione degli artt. 101 e 102 è stato prospettata dal [Tribunale di Torino, nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 24/1/2012](#), laddove afferma che “*il ricorso al procedimento obbligatorio di media-conciliazione, da un canto, grava, come si è sopra osservato, con irragionevoli intralci, sul potere-dovere del giudice soggetto solo alla legge, di conduzione e di decisione della causa, ma pone gli stessi utenti della giustizia su un piano di diversità perché la scelta delle materie, in cui è obbligatoria la media-conciliazione, appare del tutto irragionevole rispetto agli interessi meritevoli della tutela giurisdizionale*”. Si tratta, tuttavia, di una ricostruzione poco convincente ad avviso di chi scrive. Invero, il principio dell’obbligatorietà della mediazione deriva direttamente da un atto avente forza di legge, donde la soggezione del giudice rispetto ad esso. Anche il profilo di ragionevolezza, peraltro, non sembra utilizzabile dalla Corte per sindacare sulla scelta delle singole materie da assoggettare a mediazione obbligatoria, vertendosi in un area in cui il legislatore ha ampia discrezionalità.

³⁴ La violazione dell’art. 111 Cost., sotto il profilo della ragionevole durata del processo, è fatta valere dal [Giudice di Pace di Recco nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 5/12/2011](#). La mediazione, infatti, allungherebbe irragionevolmente i tempi del processo, determinando una indebita compressione dell’art. 111 Cost. Si vedano altresì le considerazioni di I. ZINGALES, *La mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in [www.judicium.it](#), 19.4.2011, 8 ss.

Infatti, laddove l'art. 60 della l.69/09 prevede – quali requisiti necessari al funzionamento di un organismo di conciliazione – quelli della *professionalità ed indipendenza* (art. 60, comma 3, lett. b), il decreto delegato parla di *serietà ed efficienza* (art. 16, comma 1).

Il significato dei due termini, a prescindere da considerazioni in punto di eccesso (o forse sviamento) di delega, potrebbe essere di non poco momento.

Infatti, stando alla previsione dell'art. 16 del decreto delegato, l'organismo di mediazione (ed il mediatore stesso) parrebbe in questo modo “liberarsi” da pesanti connotati che dovrebbero necessariamente ricalcare le garanzie predisposte a livello costituzionale per i giudici (artt. 101 e 102 Cost.) ed alcuni corollari di questi principi.

Ciò favorirebbe, da un lato, una flessibile gestione delle operazioni di smistamento del carico pendente presso i vari organismi di mediazione, senza alcun riferimento al c.d. sistema tabellare, in vigore per l'assegnazione dei procedimenti giurisdizionali presso gli Uffici giudiziari della Repubblica.

Inoltre, i requisiti di *serietà ed efficienza* dell'organismo, appartenendo a categorie linguistiche piuttosto sfuggenti, ben potrebbero ripercuotersi sulle garanzie poste in capo al singolo mediatore, individuate dal decreto delegato come *imparzialità ed idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico*.

Conseguenza pratica di queste previsioni (dettate, si badi bene, da fonti primarie, e dunque sindacabili dalla Corte costituzionale) è che il regolamento di attuazione del decreto delegato (art. 4 d.m. n. 180/2010), nel dettare i requisiti per l'iscrizione al registro dei mediatori, ha ritenuto sufficiente la frequentazione con esito positivo di un corso di cinquanta ore erogato da enti (pubblici o privati) formatori, nonché il possesso di un diploma di laurea o comunque l'iscrizione in un albo o collegio professionale³⁵.

Nel silenzio del decreto delegato, non v'è traccia tra le fonti primarie (di delega o delegate) di disposizioni che impongano al mediatore il possesso di specifiche competenze in campo processuale o quanto meno giuridico³⁶.

La previsione del decreto sembrerebbe di dubbia costituzionalità con riferimento agli artt. 24 e 97 Cost.

³⁵ Sul punto, in modo sarcastico, si veda R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento*, cit., 1 che scrive: “*sembra che ci siamo sbagliati: quello che mancava era solo l'introduzione su larga scala della mediazione amministrata obbligatoria, dietro la corresponsione di un corrispettivo che tiene in piedi tutto il meccanismo, preceduta e accompagnata da corsi di formazione che costano molti soldi, ma hanno il pregio di trasformare in sole cinquanta ore i partecipanti in mediatori provetti, in grado di andare alla ricerca degli interessi delle parti, al di là della antiquata e litigiosa formulazione di una pretesa in termini giuridici*”.

³⁶ Questo profilo è stato peraltro ripreso dal [G.d. di Parma nel testo dell'ordinanza di rimessione del 1 agosto 2011](#), laddove si legge che *l'art. 16 de quo ha delineato gli organismi di conciliazione con riferimento a qualità nell'ottica della mera funzionalità degli stessi, omettendo qualsiasi riferimento a criteri di qualificazione tecnica o professionale (...) in buona sostanza, in difetto di un'adeguata definizione della figura del mediatore, le norme in discorso esse potrebbero essere fonte di pregiudizi a danno dei privati, i quali in sede giudiziale potrebbero usufruire di elementi di valutazione diversi da quelli a loro offerti nella fase preliminare del procedimento di mediazione*. Di diverso avviso sembra essere il [Tribunale di Genova, che nel testo dell'ordinanza di rimessione del 18.12.2011](#) respinge la specifica eccezione di costituzionalità di parte formulata in relazione Decreto Ministeriale, rilevando che “*non e' condivisibile (...) la censura relativa alla contrarietà dell'art. 4 DM 180/2010 rispetto all'art. 97 della Costituzione, volta ad evidenziare la mancanza di condizioni minime di trasparenza, eguaglianza ed imparzialità dovute nell'esercizio di una funzione pubblica, quale quella esercitata dai mediatori, attesa la formulazione ampia ed elastica dell'art. 4, che fisserebbe «blandi criteri di professionalità dei mediatori» senza prevederne appunto i requisiti minimi di professionalità, trasparenza, eguaglianza. La censura (...) non e' fondata, atteso che e' stata garantita la previsione, demandata al regolamento di «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 posseduta», nonché con la modifica apportata all'art. 4, co. 3, lett. b), del D.M. 180/2010, viene ora richiesta, oltre ad una specifica formazione ed aggiornamento almeno biennale del mediatore, anche la partecipazione del medesimo, in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso gli Organismi iscritti al registro tenuto presso il Ministero di giustizia*”.

La valutazione in punto di legittimità (od illegittimità) costituzionale delle suindicate disposizioni, anche in questo caso, non può prescindere dalla natura ordinamentale del procedimento di mediazione.

Ed invero, sembra condivisibile l'assunto per cui i connotati che il legislatore delegato ha fornito all'istituto della mediazione conferiscano alla stessa una innegabile funzione pubblica³⁷, con ciò implicando il necessario rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento imposti dall'art. 97 Cost., anche laddove l'organismo di mediazione abbia una natura privata.

Sul punto, non sembra che le garanzie imposte ad un organismo di mediazione debbano differire da quelle richieste, per esempio, ad un collegio arbitrale. Si consideri, infatti, il triplice legame tra giurisdizione, arbitrato e mediazione. Si tratta di funzioni certamente diverse tra loro, che hanno tuttavia elementi in comune, trattandosi di funzioni pubbliche (esercitate da organi pubblici o privati) finalizzate alla soluzione (necessaria od opzionale) di una controversia.

Certamente, elemento estraneo alla mediazione (ed invece comune a giurisdizione ed arbitrato) è quello di dirimere una controversia tramite una *decisione* che sia frutto di un'attività di ricerca ed interpretazione delle norme applicabili al caso concreto³⁸.

L'elemento della *decisione* non esiste nella mediazione per la sua stessa natura di procedimento finalizzato alla ricerca di una soluzione condivisa e non etero imposta alle parti.

Tuttavia, le altre garanzie che hanno in comune arbitrato e giurisdizione (terzietà, indipendenza ed imparzialità dell'organo cui è affidato l'esercizio della funzione; principio del contraddittorio; diritto di difesa) sono ben estendibili anche al procedimento di mediazione, tenendo in debita considerazione le sue peculiarità³⁹.

Pur essendo evidenti le differenze tra il mediatore (che non decide ma invita le parti alla conciliazione) e l'arbitro (che decide sulla base di un compromesso o di una clausola compromissoria) non sembrerebbe doversi distinguere, da un punto di vista delle garanzie prestate dall'organo alle parti, tra il procedimento arbitrale ed il procedimento di mediazione.

L'interferenza della mediazione con l'esercizio della funzione giurisdizionale, più volte prospettata da chi vede nella mediazione una fase pre-processuale attivata dai privati che intendano far valere un proprio diritto⁴⁰, potrebbe comportare un ulteriore profilo di

³⁷ Si veda, sul punto, G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., 2

³⁸ Si veda E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 94, laddove si dà atto che la giurisprudenza costituzionale, ormai da oltre un decennio ([sentenza n. 376 del 2001](#)) riconosce la legittimazione degli arbitri a promuovere questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte. Da tale impostazione si ricava, induttivamente, che non assume alcun pregio, quanto a garanzie dell'organo che amministra una funzione (giurisdizionale od arbitrale), la distinzione tra natura pubblica o privata di chi sia chiamato a definire una controversia.

³⁹ Così, la possibilità per il mediatore di sentire separatamente le parti sembrerebbe comunque rispettosa del principio del contraddittorio, perché finalizzata alla ricerca di una soluzione condivisa tra le stesse. Del resto, una simile previsione è utilizzata dall'art. 708 c. c., laddove viene disciplinato il tentativo di conciliazione nella fase presidenziale del procedimento per la separazione personale dei coniugi. Al comma 1, in particolare, è previsto che "all'udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente poi congiuntamente, tentandone la conciliazione".

⁴⁰ Su tutti, si veda l'[ordinanza di rimessione del TAR Lazio, laddove al punto n.11, par. 16](#), è scritto che il decreto delegato "ha configurato, per le materie ivi previste, l'attività da questi posta in essere come insopprimibile fase pre-processuale, cui altre norme del decreto assicurano effetti rinforzati, ed, in quanto tale, suscettibile, in ogni suo possibile sviluppo, o di conformare definitivamente i diritti soggettivi da essa coinvolti, o di incidervi, comunque, anche laddove ne residui la giustiziabilità nelle sedi istituzionali e si intenda adire la tutela giudiziale". Ancora: "in particolare, le disposizioni di cui sopra risultano in contrasto con l'art. 24 Cost. nella misura in cui determinano, nelle considerate materie, una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce. Ciò in quanto esse non garantiscono, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio" (punto n. 15.1).

illegittimità costituzionale del decreto delegato *in parte qua*, laddove non richiede espressamente la presenza di precisi requisiti di trasparenza, indipendenza, imparzialità e professionalità degli organismi di mediazione e dei singoli mediatori, che passerebbero necessariamente per l'adozione, da un lato, di sistemi analoghi al c.d. sistema tabellare per lo smistamento degli incarichi e, dall'altro, per la previsione di stringenti requisiti di accesso (attraverso il possesso di competenze anche tecnico-giuridiche, verificabili con il superamento di una prova di esame istituita dallo Stato) al registro dei mediatori⁴¹.

Un ulteriore e correlato profilo di dubbia costituzionalità del decreto attiene alla compatibilità dello stesso con i principi espressi dall'art. 25 Cost.

Infatti, considerando che il procedimento di mediazione rientra nell'esercizio della funzione giudiziaria ([Corte cost., sentenza n. 274 del 2010](#)⁴²), sembrerebbe importante prevedere dei criteri di competenza territoriale per *preconstituire* o quanto meno orientare la scelta dell'organismo di mediazione da interpellare.

Ma niente di tutto questo compare nel decreto, che prevede, all'art. 4, comma 1, che "la domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo".

La previsione normativa sembrerebbe lasciare ampio spazio al fenomeno del c.d. *forum shopping*, che ricorre quando la parte che agisce in giudizio possa liberamente scegliersi il giudice da adire sulla base della personale convenienza, sfruttando zone franche dell'ordinamento che nulla prevedono in punto della competenza per territorio di un determinato organo.

Il problema del *forum shopping*, peraltro, non si pone solo per i procedimenti giurisdizionali propriamente intesi, ma ben può essere esteso (ed anzi deve essere combattuto) anche per i procedimenti para-giurisdizionali, quali la mediazione obbligatoria.

Il legislatore non sembrerebbe, peraltro, essere all'oscuro della problematica, sol che si consideri che proprio nel 2010 (anno di attuazione sulla delega in materia di mediazione civile e commerciale) ha emendato l'art. 410 c. c. in tema di conciliazione stragiudiziale per le controversie di lavoro.

Con tale novella, oltre ad eliminare la condizione di procedibilità, il legislatore ha inserito all'art. 410, comma 1, c. c., un rinvio formale che aggancia la competenza territoriale delle commissioni conciliative ai criteri per la determinazione del Foro competente dettati dall'art. 413 c. c.

Si tratta di una soluzione assai lodevole⁴³, che senza una ragione plausibile è stata ignorata dal d.lgs. n. 28/2010.

3. PROFILI DI COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE IN RIFERIMENTO ALLA LEGGE DELEGA.

⁴¹ Che vi sia un potenziale *vulnus* in ordine alle garanzie prestate dall'organismo di mediazione e dal singolo mediatore, è reso ancor più evidente raffrontando le previsioni del d.lgs. n. 28/2010 con il novellato art. 410 c. c., che regola la conciliazione stragiudiziale nelle controversie concernenti rapporti di lavoro. In tal caso, infatti, "la composizione della commissione è composta, ex lege, dal direttore dell'ufficio stesso o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo, in qualità di presidente, da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei lavoratori, designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale" (comma 3). In tal caso, la natura pubblica dell'Ufficio che gestisce la fase conciliativa fortifica ulteriormente le garanzie da esso prestate, e la competenza dell'Ufficio è determinata secondo precisi criteri territoriali (art. 413 c. c.). Il tutto, peraltro, in un contesto in cui il tentativo di conciliazione assume carattere obbligatorio solo in relazione ai cc.dd. contratti certificati.

⁴² V. note nn. 26 e 60.

⁴³ Con il c.d. collegato lavoro (l. n. 183/2010), a dire il vero, si è proceduto ad un evidente depotenziamento della conciliazione stragiudiziale. Lo si nota, in primo luogo, dalla circostanza per cui il tentativo di conciliazione, prima obbligatorio, è diventato meramente facoltativo. In secondo luogo, dall'obbligo per le parti di presentare memorie anche nella fase conciliativa (art. 410, comma 3 c. c.), che con tutta evidenza anticipano la strategia difensiva, disincentivando ulteriormente le parti dal ricorso alla procedura conciliativa.

Il secondo filone di censure di incostituzionalità del decreto delegato attiene a profili formali. Si tratta, in particolare, di un lamentato vizio in cui sarebbe incorso il governo nell'attuazione della delega di cui all'art. 60 della legge. n. 59/2009.

La problematica dell'eccesso di delega è la principale argomentazione avanzata da coloro i quali dubitano sulla legittimità costituzionale della mediazione *ex d.lgs. n. 28/2010*. Ciononostante, per mera scelta argomentativa, con questo scritto l'analisi è stata "rovesciata", avendo preso inizio con alcune considerazioni relative alla possibile violazione diretta di parametri costituzionali, lasciando solo successivamente un breve spazio a brevi considerazioni intorno al possibile eccesso di delega, che costituisce – come noto – un vizio di costituzionalità indiretto, da far valere mediante la c.d. tecnica della norma interposta.

In altri termini, è parso in questa sede utile verificare se sia l'essenza stessa dell'istituto configurato dal legislatore delegato del 2010 ad essere intrinsecamente configgente con alcuni principi costituzionali, e ciò in un contesto in cui si confermano scontri e tensioni tra i disegni riformatori e le esigenze costituzionali⁴⁴.

Ciò premesso, il possibile eccesso di delega incide ancora una volta sull'art. 5 del decreto delegato, laddove è previsto che il tentativo di mediazione, nelle materie ivi indicate, costituisca condizione di procedibilità onde poter spiegare l'azione civile presso i competenti Uffici giudiziari della Repubblica. Così facendo, l'art. 5 introduce nell'ordinamento un'ipotesi di giurisdizione necessariamente condizionata: il mancato espletamento del tentativo di mediazione rappresenta una circostanza idonea ad ingenerare un vizio di improcedibilità nella corrispondente domanda giudiziale.

Come noto, una delle tecniche utilizzate per valutare la conformità costituzionale di disposizioni delegate sta nel verificare se le stesse siano munite di un'idonea copertura da parte delle disposizioni di delega.

Diversamente, l'atto legislativo del governo risulta viziato da un eccesso di delega, sindacabile dal Giudice delle leggi quale violazione di norma interposta rispetto all'art. 76 Cost.

Le disposizioni di delega in base alle quali è stato emanato l'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 sono tutte contenute nell'art. 60 della l. 69/09, che tace in punto di obbligatorietà della mediazione. Anzi, le stesse sembrerebbero volere indicare al governo un percorso del tutto differente rispetto all'introduzione di una nuova condizione di procedibilità, laddove prevedono che la mediazione non possa *precludere l'accesso alla giustizia* (art. 60, comma 3, lett. a) l. n. 69/2009).

L'attenzione, inevitabilmente, ricade sul senso da attribuire all'inciso sopra riportato; in altri termini, si tratta di verificare se l'art. 60 della legge di delega, pur non prevedendo nulla in punto di obbligatorietà della mediazione, possa quantomeno "tollerarla".

Ma sia la gran parte dei commentatori che tutti i giudici che hanno promosso q.l.c. davanti alla Corte costituzionale non sembrano nutrire dubbi, su quello che sembrerebbe essere il vero "tallone d'Achille" della disciplina dettata dal legislatore delegato.

Rileva il TAR Lazio che *"il silenzio del legislatore delegante (...) non ha, né può avere, alla luce della doverosa interpretazione della delega in conformità agli artt. 24 e 77 Cost., il significato di assentire la meccanica introduzione nell'ordinamento statale delle opzioni comunitarie che, rispetto al diritto di difesa come scolpito dall'art. 24 Cost., appaiono le più estreme, ovvero la "prescrizione di diritto" per talune materie dell'obbligatorietà del ricorso*

⁴⁴ Con queste parole G. SERGES, *Costituzione e modelli processuali*, in G. SERGES (a cura di), *I modelli processuali nella giurisprudenza costituzionale*, atti del seminario del Gruppo di Pisa svoltosi a Roma il 12 novembre 2009, Torino, Giappichelli, 2010, IX il quale successivamente considera che è evidente (...) che interventi legislativi il più delle volte improntati ad improvvisazione, e comunque caratterizzati dalla settorialità delle scelte, da una concezione prevalentemente ispirata a meccanismi di correzione limitata ad alcuni circoscritti profili, risultino, proprio per tale ragione, esposti ad un difficile innesto nell'alveo del diritto processuale preesistente. Da qui il rischio, ancora più forte, di un prodotto legislativo censurabile sotto il profilo della ragionevolezza e della coerenza con il precedente complessivo assetto del processo.

alla mediazione, e la predisposizione della massima “sanzione” per il suo eventuale inadempimento, quale è l'improcedibilità rilevabile anche d'ufficio, come, al contempo, ha fatto l'art. 5 del decreto delegato”⁴⁵. La questione, di natura eminentemente procedurale, attiene alla definizione dei limiti entro i quali confinare e quantificare il margine di discrezionalità attribuito al governo nell'esercizio della delega, uno dei punti più delicati della dinamica dei rapporti tra potere delegante e potere delegato⁴⁶.

Nel caso di specie, si tratta di capire se l'inciso “senza precludere l'accesso alla giustizia” contenuto nelle disposizioni di delega sia idoneo a coprire semanticamente anche l'introduzione di una condizione di procedibilità “a tempo determinato”: ciò perché, lo si ricorda, è la stessa legge delega a “prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi” (art. 60, comma 3, lett. q) l. n. 69/2009).

Orbene, è costante insegnamento della Corte che una legge o un atto avente forza di legge si dichiarano incostituzionali non perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali⁴⁷.

Si tratta del principio del doveroso espletamento della interpretazione conforme che il giudice *a quo*, prima di procedere alla rimessione della q.l.c. alla Corte costituzionale, deve sperimentare, con riferimento non solo ai principi espressi direttamente dalla Carta costituzionale, ma anche a quelli espressi dalle *guidelines* della legge delega e del complessivo contesto normativo in cui si inseriscono le disposizioni di delega ed i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità ordinali che ispirano le scelte del legislatore delegato nel silenzio del legislatore delegante⁴⁸. Solo in caso di esito infruttuoso (laddove, cioè, l'interpretazione non possa spingersi sino a conciliare le disposizioni sospettate di incostituzionalità con i parametri di riferimento) il decreto delegato potrà ritenersi viziato da incostituzionalità.

Ma non sembra questo il caso del d.lgs. n. 28/2010.

A ben vedere, infatti, mentre sembra certamente *possibile* dare al decreto interpretazioni incostituzionali, sembrerebbe altrettanto possibile darne interpretazioni compatibili con l'art. 76 Cost.

Il decreto, infatti, non pare *escludere* l'accesso alla giustizia; piuttosto, ne subordina l'accesso all'assolvimento di una condizione di procedibilità. Diverso sarebbe stato il caso in

⁴⁵ [TAR Lazio, ordinanza del 13/4/2011](#), punto n. 13.2.

⁴⁶ Così T. GIOVANNETTI, *La decretazione delegata*, in M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCCILLI, *La delega legislativa*, quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio - Roma, Palazzo della Consulta, 24/10/2008, par. 9.

⁴⁷ V. [Corte costituzionale, sent. n. 356 del 1996](#).

⁴⁸ Si vedano, sul punto, le osservazioni di CARNEVALE, *La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230 del 2010*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3611 ss, il quale raccomanda alla Corte “un atteggiamento di molta cautela nell'utilizzo del canone del dato ordinamentale esistente”.

cui, ipoteticamente⁴⁹, l'accesso alla giurisdizione fosse stato escluso *tout court* da una disposizione del decreto, ma così non è⁵⁰.

Anzi, la Corte ha in più occasioni riconosciuto una relazione di proporzionalità diretta tra ampiezza della legge delega e discrezionalità del governo⁵¹: quanto più elastiche sono le formule utilizzate dal legislatore delegante, tanto più spazio avrà il governo nell'esercizio della delega stessa, a condizione il legislatore delegato, che si muove entro spazi vincolati, eserciti la propria potestà normativa entro i confini dettati dalle disposizioni di delega, e nel rispetto della sua *ratio ispiratrice*⁵².

Anche volendo rinvenire un possibile contrasto tra il decreto e le disposizioni di delega, l'interpretazione conforme potrebbe essere comunque assicurata dalla presunta volontà del Governo di dare attuazione, con l'esercizio della propria normativa, anche alle disposizioni di cui alla direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, fonte espressamente richiamata nel preambolo del decreto delegato.

La direttiva, per ciò che in questa sede interessa, prevede in primo luogo che *“il principio dell'accesso alla giustizia è fondamentale e, al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia, il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative (considerando n. 2)”*. In secondo luogo, il quattordicesimo considerando dispone che *“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”*. La previsione di una mediazione obbligatoria per migliorare l'accesso alla giustizia sembrerebbe dunque ricevere l'avallo del diritto comunitario, di cui il decreto sembrerebbe costituire attuazione.

⁴⁹ Sul punto v. G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10, cit.*, 1, il quale rileva che *“dopo il procedimento di mediazione la parte possa adire il giudice è circostanza del tutto evidente, e certamente non v'era bisogno che la legge ricordasse una ovvietà del genere, poiché nel nostro sistema è impensabile che, dopo una condizione di procedibilità non si possa procedere, ovvero non si dia alla parte il diritto di tutela giurisdizionale”*. Deve tuttavia ricordarsi che, come attesta la sintesi dei lavori parlamentari, pubblicata dalla Camera dei Deputati in data 8 marzo 2001, disponibile sul sito web istituzionale della Camera, *“nel corso del dibattito parlamentare alla Camera si è in particolare approfondito il tema della mediazione obbligatoria. È stata posta la questione della conformità di tale disciplina alla norma di delega (e, in particolare, al criterio di delega secondo il quale la mediazione non deve precludere l'accesso alla giustizia); sul punto, il relatore, nell'escludere l'eccesso di delega, ha anche richiamato il considerando n. 14 della direttiva 2008/52/CE, che fa 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. Il parere del Senato conteneva un'osservazione, non recepita, nel senso di escludere l'obbligatorietà del procedimento di mediazione”*.

⁵⁰ Certamente, l'introduzione di una condizione di procedibilità, pur non escludendo il diritto alla difesa, lo rende meno effettivo. Si tratta tuttavia, di un'argomentazione che non attiene strettamente al profilo dell'eccesso di delega e che, peraltro, potrebbe essere tollerata dall'ordinamento seguendo la giurisprudenza della Corte in tema di c.d. giurisdizione condizionata (v. 2.1).

⁵¹ Si vedano Corte cost., sentenze [nn. 250 e 259 del 1991](#); [355 e 237 del 1993](#); [126 e 163 del 2000](#).

⁵² Sul c.d. potere di riempimento della delega si esprime in modo cauto E. FRONTONI, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, TANZARELLA (a cura di) *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e Giudici, atti del convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”*, Università degli Studi di Milano Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, 58 s., che evidenzia come la Corte, già con la [sentenza n. 340 del 2007](#), abbia richiamato *“da un lato, la natura vincolata del potere conferito all'esecutivo, che anche in virtù di questo aspetto è stato, dalla più attenta dottrina, qualificato come nuovo e diverso da quello legislativo e, dall'altro, il carattere derogatorio dell'art. 76 rispetto alla previsione contenuta nell'art. 70 Cost. che pure rafforza siffatta alterità. La Corte afferma in termini netti che il potere delegato al governo non è in tutto fungibile con il potere legislativo, in quanto nasce come non libero nel fine. Quella delegata è infatti, per definizione, una legislazione vincolata e quindi non libera di disporre di quei principi e criteri direttivi che dovrebbero orientarla”*.

Pur ritenendo infausta e piuttosto pericolosa la scelta di *drafting* normativo adottato dal governo, che richiama una direttiva comunitaria ancora non formalmente attuata per costituirne esso stesso (forse?) attuazione⁵³, sembrerebbe che il decreto – anche nell’ipotesi in cui non dovesse ritenersi perfettamente in linea con le disposizioni di delega⁵⁴ – possa trovare copertura nelle fonti comunitarie.

Da questo punto di vista, come si vedrà in seguito, una eventuale dichiarazione di incostituzionalità del decreto delegato potrebbe avere come conseguenza una situazione di sopravvenuto inadempimento, da parte dello Stato, di obblighi derivanti dal diritto comunitario.

Il problema dell’eccesso di delega, pertanto, sembra difficile da percorrere e pieno di insidie.

Piuttosto, il nodo sembra venire al pettine nel momento in cui lo scrutinio di costituzionalità del decreto assume come parametri di riferimento, al contempo, l’art. 76 e l’art. 24 Cost⁵⁵.

4. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Il quadro davanti al quale si trova la Corte costituzionale, nell’imminenza del giudizio⁵⁶, si appalesa assai critico.

Invero, in primo luogo, non sembra possibile, a chi scrive, superare le censure in punto di possibile violazione dell’art. 24 Cost.

Infatti, considerando la mediazione, nelle materie indicate all’art. 5 del decreto, come un sub-procedimento reso intrinsecamente paragiurisdizionale dal suo carattere di obbligatorietà⁵⁷, risulterebbe davvero difficile, *rebus sic stantibus*, trovarne una lettura conforme non solo all’art. 24 Cost., ma anche all’art. 97 Cost., per via della suindicata funzione pubblica che la stessa intende assolvere.

⁵³ Sul punto si veda il contributo di R. ZACCARIA ed E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio - Roma, Palazzo della Consulta, 24/10/2008, disponibile anche su www.giurcost.it, par. 2.2., i quali ricordano che “*a fronte, infatti, di un sistema di produzione normativa, quale quello comunitario, prevalentemente dominato dal ruolo degli Esecutivi, appare indispensabile che il Parlamento italiano «elabori effettivamente i principi sostanziali della delega di attuazione del diritto comunitario». Non solo: la tecnica del rinvio condurrebbe inevitabilmente la Corte a fondare il proprio eventuale sindacato sul decreto legislativo su un parametro «doppiamente» interposto (costituito dalla sequenza «art. 76 Cost. - legge di delega – norme comunitarie») che finirebbe però in tal modo per tramutarsi in un sindacato sulla compatibilità della normativa interna con la normativa comunitaria, «perde[ndo] completamente lo scopo di difendere le prerogative del Parlamento nella funzione legislativa delegata»*. Si veda altresì CARNEVALE, *La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230 del 2010*, cit., 3167, il quale criticamente rileva, ad opera della Corte, una “*immagine di una legge di delega assai permeabile, direi quasi porosa, in gradi di essere integrata da principi direttivi tratti aliunde, se ed in quanto ad essi siano riconducibili scelte compiute dal legislatore delegato. Quelli serbati dalla legge di delega si configurano così come silenzi eloquenti ed accoglienti, perché interpretati come altrettanti varchi per l’ingresso di scelte di indirizzo non esplicitamente effettuate dal legislatore parlamentare e pur tuttavia destinate ad entrare nel novero di quelle espressamente compiute*”.

⁵⁴ Questa ricostruzione sembrerebbe confermata anche dal testo del parere sullo schema di d.lgs., trasmesso dal CSM alle Ministro della Giustizia, nel quale si legge che: “*l’aver configurato l’esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda giudiziale consente il superamento delle obiezioni – già sollevate in dottrina – concernenti il mancato rispetto della legge delega, laddove prevede che la mediazione non precluda “l’accesso alla giustizia”*. Infatti, la verifica dell’omesso espletamento del tentativo di conciliazione impone al giudice non la declaratoria di improcedibilità della domanda ma soltanto il rinvio dell’udienza ad una data successiva rispetto alla scadenza del termine fissato dall’art. 6 per la durata della mediazione, senza ulteriori conseguenze sul processo”.

⁵⁵ Come ricorda T. GIOVANNETTI, *La decretazione delegata*, cit., par. 10, “*la compenetrazione che spesso si realizza tra oggetto e principi (...) è, talvolta, ulteriormente complicata dall’interferenza con le questioni più strettamente inerenti al rispetto della legislazione vigente, delle norme comunitarie e internazionali cui la delega faccia (esplicito o implicito) riferimento, o di altre disposizioni costituzionali*”.

⁵⁶ Il giudizio davanti alla Corte è fissato, a seconda delle ordinanze di rimessione, per l’udienza pubblica del 23 ottobre 2012 nonché per la camera di consiglio del successivo 24 ottobre.

⁵⁷ Sulla natura paragiurisdizionale del procedimento di mediazione, peraltro, la Corte sembra essersi già espressa con un *obiter dictum* inserito nella [sentenza n. 178 del 2010](#)).

La funzione pubblica da attribuire al procedimento di mediazione permane anche laddove l'organo che gestisca il servizio abbia natura privata. Anche nel caso dell'arbitrato, infatti, gli artt. 809 ss. c. c. istituiscono una serie di rigidi requisiti finalizzati a garantire l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del collegio arbitrale, o quanto meno del suo presidente. Queste garanzie, *mutatis mutandis*, dovrebbero essere espressamente previste dal diritto positivo anche con riferimento alla mediazione, ma così non è.

Il carattere obbligatorio della mediazione civile e commerciale, in sé, potrebbe anche ritenersi ammissibile, a condizione – richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale – che l'accesso alla via giurisdizionale non sia impedito o reso particolarmente difficoltoso⁵⁸.

Tuttavia, l'accostamento all'obbligatorietà di un carattere di onerosità parrebbe configurare un ostacolo volto proprio ad impedire, o quantomeno a rendere difficoltoso, l'accesso alla giurisdizione.

Il problema, si badi bene, non è legato alla ipotetica previsione di oneri posti a carico di privati che non sarebbero in grado di sobbarcarsi le spese del procedimento. Su questo punto, il decreto avrebbe trovato una soluzione relativamente appagante laddove, all'art. 17, comma 5, prevede che ove la mediazione sia condizione di procedibilità, all'organismo non spetti alcuna indennità se la parte privata rientri nelle condizioni reddituali per usufruire del patrocinio a spese dello Stato.

La questione, tuttavia, sembra comunque sussistere, dal momento in cui l'*indennità* prevista dal decreto delegato e regolamentata dal d.m. 180/2010, non sarebbe in alcun modo riconducibile ad un tributo che lo Stato può chiedere per l'espletamento di una funzione pubblica, quanto piuttosto ad un compenso per lo svolgimento di un'attività professionale privata.

Il compenso, talvolta di entità tutt'altro che modesta, non potrebbe neppure vagamente essere ricondotto a quei *depositi* la cui legittimità costituzionale è stata costantemente avallata dalla Corte, che li ha sempre ricondotti ad una funzione quasi pedagogica di responsabilizzazione del privato in ordine alle proprie scelte, a condizione che gli stessi siano di tenue entità.

Insomma, la mediazione *ex* d.lgs. n. 28/2010 sembrerebbe viziata da illegittimità costituzionale in ordine ad una sua caratteristica originaria, difficilmente idonea a conciliarsi con un plesso di parametri costituzionali che tollerano deroghe entro gli angusti spazi definiti dalla giurisprudenza costituzionale.

Ora, posto che l'illegittimità costituzionale sembrerebbe annidarsi nella *compresenza* dei caratteri di obbligatorietà ed onerosità, ne deriverebbe che il venir meno di uno di questi due caratteri potrebbe porre nuovamente la mediazione in linea con i vincoli imposti dall'art. 24 Cost.

Se così fosse, la Corte potrebbe decidere di rimuovere uno dei due connotati, evitando così di cancellare dall'ordinamento l'intero istituto.

Una prima soluzione potrebbe condurre all'eliminazione del requisito dell'obbligatorietà della mediazione. Questo connotato potrebbe essere rimosso con un dispositivo di accoglimento parziale delle questioni di legittimità costituzionale prospettate, su questo punto, da tutti i remittenti, che espunga dall'ordinamento i commi 1 e 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, e che comporti, quale corollario, una dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale delle disposizioni ad questi strettamente correlate.

Si tratterebbe, a ben vedere, di una soluzione assai drastica, che incontrerebbe tuttavia i favori di larga parte della dottrina, specie processualciviltistica, che da anni auspica un svolta per ricercare e dare effettività a strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo (A.D.R.). L'auspicato cambiamento, tuttavia, è ben visto solo se spontaneo e prodromico ad una mediazione facoltativa, e non se eteroimposto da una legge dello Stato, per di più con un carattere di obbligatorietà.

⁵⁸ V. [Corte cost., sentenza n. 276 del 2000.](#)

In tale evenienza, la mediazione diverrebbe in ogni caso facoltativa, oltre a mantenere il suo carattere di onerosità, ma il possibile profilo di incostituzionalità di quest'ultima caratteristica risulterebbe tuttavia sterilizzato dal venir meno dell'obbligatorietà.

Una seconda soluzione potrebbe essere quella di eliminare il carattere di onerosità che accompagna, ad oggi, l'istituto della mediazione.

Sul punto, la Corte potrebbe intervenire con la tecnica delle pronunce cc.dd. manipolative, andando a "salvare" il decreto, incidendo sull'art. 17, comma 4, lett. a) e b) e sfruttando due possibili soluzioni ermeneutiche.

Una modalità di intervento potrebbe essere quella di garantire la gratuità (*rectius*, la tenuità dei costi) del procedimento con riferimento almeno agli organismi pubblici che gestiscono ed amministrano il servizio. Così facendo, la Corte potrebbe dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 17, comma 4, lett. a) del decreto nella parte in cui non prevede che la determinazione delle indennità debba essere effettuata con riferimento ad importi di particolare tenuità, o comunque modesti.

Un secondo *modus operandi*, più drastico del precedente, sarebbe quello di procedere con lo stesso dispositivo additivo anche nei confronti dell'art. 17, comma 4, lett. b) che demanda al regolamento di attuazione la determinazione dei criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati.

Indipendentemente dall'opzione prescelta, parrebbe auspicabile anche un intervento manipolativo sull'art. 5, comma 1, del decreto, laddove sono indicate, in modo assai confuso, le materie per le quali è prevista la condizione di procedibilità.

Tale intervento, tuttavia, dovrebbe inserirsi in modo armonico con le opzioni interpretative prescelte in punto di obbligatorietà e gratuità della mediazione.

Infatti, nel caso in cui dovesse ritenersi incostituzionale l'elemento della *obbligatorietà* della mediazione, anche l'elenco di materie risulterebbe consequenzialmente travolto ai sensi dell'art. 27 l. 87/1953.

Agendo invece sul carattere di *onerosità*, la Corte potrebbe intervenire sull'art. 5, primo comma, del decreto con una pronuncia manipolativa, allargando la condizione di procedibilità a tutte le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, onde poter ottenere un perfetto allineamento, sul punto, del decreto con le corrispondenti previsioni di delega (art. 60, comma 3, lett. a), l. n. 69/09).

Ulteriore e distinto profilo, sempre collegato all'art. 24 Cost., attiene, come già visto, alle garanzie richieste agli Organismi di mediazione nonché ai singoli mediatori, che parrebbero allo stato attuali non compatibili con le esigenze imposte non solo dai precetti costituzionali, ma anche dalla legge delega.

Soprattutto per quanto riguarda le competenze tecniche dei mediatori e le modalità di smistamento degli incarichi, la normativa pare assai "leggera"⁵⁹. Tuttavia, in questo caso, la regolamentazione sembra troppo dettagliata per adattarsi ad un dispositivo manipolativo. La Corte potrebbe così, in ipotesi, rivolgere un monito al legislatore per integrare la disciplina, prevedendo requisiti di accesso al registro assai più stringenti di quelli attualmente indicati dal decreto delegato.

⁵⁹ Il decreto, sul punto, sembrerebbe aver ignorato le istanze provenienti dal la Camera dei Deputati, chiamata a pronunciarsi sullo schema presentato dal Governo in data 9 novembre 2009. Nella relazione di istruttoria presentata dal Servizio studi della Camera, infatti, si legge che "*all'art. 8, rispetto alle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, occorre un chiarimento sulla previsione della nomina di uno o più mediatori ausiliari, piuttosto che direttamente del mediatore con le competenze richieste*". Dello stesso avviso sembrerebbe essere il CSM, che nel parere sullo schema di decreto trasmesso al Ministero della Giustizia scrive che: "*al fine, poi, di garantire che il procedimento in oggetto si svolga sotto la direzione di professionisti dotati di sufficiente preparazione tecnica, sembra indispensabile prevedere accuratamente i requisiti richiesti per svolgere l'attività di mediatore, differenziandoli a seconda dell'oggetto della controversia, in modo tale da poter poi ricollegare alla mancanza di essi l'obbligo di astensione in capo al mediatore*".

Un peso più modesto sembrerebbero avere, invece, alcune delle censure da varie parti prospettate, che per ragioni di spazio non sono state trattate nel presente contributo.

Così, l'assenza di un obbligo di assistenza di un difensore non parrebbe configurare un vizio di costituzionalità del decreto, dal momento in cui, peraltro, esistono nell'ordinamento alcuni procedimenti di carattere pacificamente giurisdizionale che non prevedono l'assistenza tecnica (procedimenti davanti al Giudice di Pace ed in controversie relative a rapporti di lavoro, entro determinati limiti di valore).

Il carattere conciliativo a cui tende teleologicamente la mediazione (art. 1, comma 1, lett. a) del decreto) sembrerebbe escludere la necessità di una difesa tecnica, pur restando chiaramente salva la possibilità, per le parti, di farsi assistere da un soggetto da queste nominato, sia esso o meno un avvocato.

Resterebbe da chiarire se l'art. 17 del decreto delegato, nell'escludere la debenza di alcuna somma a titolo di indennità di mediazione per i soggetti che rientrano nei limiti reddituali per poter fruire del patrocinio a spese dello Stato, copra anche le spese di difesa. Non risulta, allo stato attuale, che al decreto sia comunemente data una lettura estensiva, che sarebbe certamente auspicabile⁶⁰ e forse anche necessaria per scongiurare un ulteriore possibile vizio di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost.

Altra questione è quella dell'irragionevolezza della previsione di un tentativo obbligatorio di mediazione per le cause che rientrano nella competenza del Giudice di Pace, il quale, nonostante le varie riforme, mantiene anche la funzione di "conciliatore" giudiziale (art. 320, primo comma, c. c.) e stragiudiziale (art. 68 disp. att. c. c.).

Una simile duplicazione (se così si può definire), tuttavia, non sembrerebbe a chi scrive rappresentare di per sé un autonomo vizio di incostituzionalità. Giova, ad esempio, ricordare che anche nel vecchio rito del lavoro (sino al 2010) il Giudice aveva comunque l'obbligo di tentare giudizialmente una conciliazione tra le parti in sede di prima udienza (art. 420, primo comma, c. c.) nonostante il fatto che il tentativo di conciliazione stragiudiziale fosse obbligatorio per legge.

Come detto, nell'ottica di una globale valutazione di costituzionalità del decreto delegato, peraltro, sembra imprescindibile procedere ad uno sforzo di divisione dei possibili profili sostanziali di incostituzionalità (che ruotano intorno all'art. 24 Cost.) dai profili procedurali (che gravitano, al contrario, intorno al profilo dell'eccesso di delega).

Da questo secondo punto di vista, valutando cioè esclusivamente l'aspetto formale della conformità del d.lgs. n. 28/2010 alle corrispondenti disposizioni di delega, anche alla luce dei sopra richiamati orientamenti della giurisprudenza costituzionale, sembrerebbe possibile sperimentare fruttuosamente un'interpretazione del decreto delegato conforme ai principi e criteri direttivi espressi dalla legge delega.

Infatti, la questione sulla compatibilità del decreto con l'art. 76 Cost. potrebbe essere positivamente risolta ricomprendendo, nell'alveo delle disposizioni di delega *ex art. 60 l. 69/2009*, anche la possibilità per il legislatore delegato di prevedere una mediazione obbligatoria.

Nell'ambiguità della legge delega, comunque, la mediazione obbligatoria parrebbe ricevere un avallo anche dall'ordinamento comunitario, che con la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio si esprime favorevolmente all'introduzione di ipotesi di mediazione obbligatoria negli Stati membri.

⁶⁰ V. F. LUISO, *Il modello italiano di mediazione. Il "giusto" procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, cit. 215, per il quale "si può rilevare la necessità che il patrocinio a spese dello Stato sia esteso anche alla mediazione, laddove questa sia obbligatoria *ex art. 5 d.lgs. n. 28/2010*. Gli artt. 119 e segg. del D. R. n. 115/2002 sulle spese di giustizia non escludono dal patrocinio le spese antecedenti all'instaurazione del giudizio, ove esse siano – come sono indubbiamente nel caso di mediazione obbligatoria – a esso necessariamente correlate".

Una eventuale lettura del carattere dell'obbligatorietà compatibile con i principi espressi a livello costituzionale e comunitario (richiamati, come noto, dall'art. 117, comma 1, Cost.) comporterebbe allo stesso tempo la possibilità di "salvare" l'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 da entrambi i fronti dell'eccesso di delega, da un lato, e della violazione dell'art. 24 Cost., dall'altro.

Per ragioni di sistematicità, dunque, la strada più percorribile sembrerebbe quella di incidere, nei modi testé indicati, sul carattere oneroso della mediazione, pur dovendosi rilevare altresì l'impatto economico di una simile scelta, che tuttavia non può in alcun modo orientare in un senso o nell'altro le scelte ermeneutiche intraprese dall'interprete⁶¹.

Residua, peraltro, l'amara constatazione di un'incerta tecnica legislativa, laddove non è francamente dato comprendere se il decreto delegato costituisca o meno attuazione della direttiva 2008/52/CE, dal momento che la stessa risulta richiamata nel preambolo pur senza essere espressamente menzionata nel *corpus* normativo del decreto. Il legislatore delegato, che avrebbe ben potuto agganciare più saldamente la disciplina della mediazione ai canoni espressi dalla direttiva, sembra aver perso un'utile occasione per dare all'Istituto una regolamentazione organica.

Ora, se è vero che il d.lgs. n. 28/2010 costituisce attuazione della direttiva 2008/52/CE, la Corte potrebbe trovarsi di fronte ad un altro difficile nodo da sciogliere, attinente all'impatto delle proprie decisioni sui rapporti tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento comunitario.

In altri termini, se il decreto costituisce l'unica (per ora) fonte attuativa della direttiva, è evidente che una sua espunzione dall'ordinamento per effetto di una dichiarazione di incostituzionalità avrebbe quale immediata conseguenza la "sopravvenuta inattuazione", da parte dell'Italia, di obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario.

A ben vedere, tuttavia, diverrebbe dirimente la distinzione tra un vizio della direttiva ed un vizio della fonte che la traspone nell'ordinamento interno.

Così, mentre la Corte ben difficilmente potrebbe sindacare la compatibilità costituzionale delle disposizioni della direttiva (e per farlo dovrebbe utilizzare la complessa teoria dei controlimiti), non sembra sussistere, almeno formalmente, un'analoga questione laddove il Giudice delle leggi fosse chiamato a valutare la legittimità costituzionale di una fonte primaria interna attuativa di prescrizioni comunitarie.

In questo caso, infatti, il sindacato della Corte non dovrebbe estendersi all'essenza della fonte comunitaria, quanto piuttosto al suo modo di essere nell'ordinamento interno. Il che, evidentemente, non amplierebbe affatto il sindacato della Corte in aree del diritto estranee alla propria giurisdizione.

La compatibilità ordinamentale di una eventuale pronuncia di incostituzionalità del decreto, tuttavia, esporrebbe certamente l'Italia a serie ripercussioni in ambito comunitario, considerando che l'ordinamento interno verrebbe privato di una fonte attuativa di prescrizioni comunitarie ben oltre lo spirare del termine ultimo concesso dalla direttiva ai legislatori nazionali per il suo recepimento (fissato al 12 maggio 2011 dall'art. 12, comma 1, direttiva 2008/52/CE).

La questione sembrerebbe da ricomprendersi nella generale problematica del possibile impatto pregiudizievole delle decisioni della Corte costituzionale.

Ed allora, forse, l'*impasse* potrebbe essere risolta sulla scorta delle scelte da intraprendersi per l'adozione delle cc.dd. "decisioni di spesa"⁶².

⁶¹ Una scelta di questo tipo sembrerebbe peraltro in linea con gli orientamenti degli organi comunitari. Nella citata risoluzione del 13 settembre 2011 il Parlamento europeo, pur riconoscendo l'impegno dell'Italia nell'attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento e del Consiglio, ha sottolineato "*che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria*" (punto n. 10).

⁶² Di "decisioni di spesa" parla, tra gli altri, R. DI MARIA, *Aspettando la costituzionalizzazione del principio del "pareggio di bilancio": brevi considerazioni sulla natura giuridico-economica del medesimo e rilievo di alcune*

Si tratta, come noto, di quelle pronunce (normalmente si tratta di sentenze di accoglimento) della Corte che hanno, quale effetto mediato, ripercussioni sul bilancio erariale; decisioni, ad esempio, che per consentire l'effettiva tutela di un diritto (si veda, ad esempio, la giurisprudenza costituzionale in punto di avanzamento dei diritti sociali⁶³), o per l'eliminazione di un onere tributario, hanno la conseguenza di introdurre nuovi esborsi o di ridurre le entrate per lo Stato.

In tal caso, si è suggerito alla Corte di fare un (ancora) maggiore utilizzo del parametro della ragionevolezza, intesa come esigenza di operare un bilanciamento tra valori eterogenei ma egualmente meritevoli di tutela, che includa una previa valutazione, da parte della stessa, delle possibili conseguenze dannose delle proprie pronunce.

Così, la Corte potrebbe arrivare anche ad assumere "decisioni di spesa", laddove il complessivo giudizio di ragionevolezza le rendesse opportune. In caso contrario, l'opportunità di adottare simili pronunce potrebbe rendersi recessiva, rispetto alla soluzione opposta, dalla complessiva valutazione operata dal Giudice delle leggi.

Un simile approccio, *mutatis mutandis*, potrebbe adattarsi anche al sindacato sul d.lgs. n. 28/2010. Un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità *tout court* del decreto, che eliminerebbe finanche un *minimum* di attuazione della direttiva, potrebbe indurre la Corte ad assumere un atteggiamento prudente.

questioni (ancora) aperte sulla sua potenziale ricaduta, a livello sia interno sia sovranazionale, in *forum dei quaderni costituzionali*, 2011, 5 ss.

⁶³ Per una rapida panoramica sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale si veda S. SCAGLIARINI, [*Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*](#), in [*Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*](#), 13 ss.