

POVERA MEDIAZIONE!

di Domenico Dalfino
24 dicembre 2012

Il 24 ottobre 2012 l'Ufficio Stampa della Corte costituzionale rendeva noto, attraverso un comunicato stampa, che «La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimit  costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione». Il testo della sentenza (la n. 272)   stato depositato soltanto il 6 dicembre.

Ci si potrebbe domandare, innanzi tutto, come mai si sia sentita l'esigenza di divulgare, in modo davvero insolito se non unico, il decisum «in anteprima» e poi si sia atteso cos  tanto tempo per la pubblicazione della pronuncia (la ragione potrebbe risiedere nell'avvenuta diffusione, sul web, di notizie non veritiere sulla decisione della Corte, che si   vista costretta ad emanare il comunicato stampa per metterle a tacere). E' quasi superfluo osservare che ci  ha lasciato i soggetti a vario titolo interessati (Organismi di mediazione e mediatori, principalmente) in uno stato di snervante incertezza sull'esatta portata della declaratoria (sebbene questa, evidentemente, non avrebbe potuto che riguardare l'art. 5, 1  comma, d.lgs. 28/2010, che prevedeva, appunto, il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilit  della azione giudiziale per una serie di poco omogenee ipotesi, nonch , in virt  del principio della illegittimit  consequenziale, le disposizioni da tale norma «dipendenti»; e, infatti, cos    stato). Senza contare che, a complicare il quadro complessivo, alla notizia in parola si   aggiunta quella della recente approvazione (20 novembre) in via definitiva da parte del Senato della riforma della disciplina del condominio, che, nell'introdurre il nuovo art. 71 quater disp. att. c.c., richiama, del tutto improvvidamente, l'art. 5, 1  comma, costringendo gli interpreti sin da ora ad interrogarsi circa la natura, formale o materiale, di tale rinvio.

L'importanza della pronuncia meriterebbe ben altro approfondimento; tuttavia, in questa sede pare opportuno svolgere tre brevi notazioni.

La prima   di carattere generale.

Il ravvisato eccesso di delega si presta a soddisfare pienamente i detrattori della mediazione, i quali, finalmente, vedono cos  soccombere, almeno per il momento, l'intrusa usurpatrice che per qualche tempo ha osato presentarsi come metodo alternativo di «accesso alla giustizia». Allo stesso tempo, per , non lascia completamente scontenti i suoi fautori, i quali portano a casa il risultato (che per molti, invero, pu  apparire soltanto una magra consolazione) di non aver visto dichiarare l'incostituzionalit  per violazione degli art. 3 e 24 Cost.

La posizione dei primi non   da condividere, se non altro perch  l'UE ha preso gi  da tempo le distanze da essa. In ogni caso, da tale posizione va tenuta ben distinta quella di coloro che, pur non essendo affatto contrari all'istituto in s , hanno saputo mettere in evidenza i profili di grave criticit  sul piano sistematico delle improbabili scelte effettuate del legislatore circa l'impostazione del rapporto tra mediazione e processo.

Per i secondi il percorso   tutto in salita, poich  sembra che la soppressione della obbligatoriet  abbia comportato anche il venir meno di quel minimo di appeal che la mediation all'italiana aveva cominciato a conquistare con fatica. A questo proposito, sino ad ora si sono rivelati vani (anche perch  quasi tutti piuttosto goffi e affrettati) i tentativi di «sanare» l'eccesso di delega, e cos  di recuperare il meccanismo della condizione di procedibilit , attraverso la presentazione di emendamenti proposti tanto in sede di conversione in legge del d.l. 179/2012 (il c.d. decreto Sviluppo bis), in base ad una prassi, a sua volta, al limite della incostituzionalit  per violazione dell'art. 77 Cost; quanto di approvazione della c.d. legge di stabilit  2013. Si pu  immaginare che, coloro che con solida genuinit  si affaticavano gi  da tempo non sospetto (cio  ben prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 28) per affermare quella idea in cui ormai le istituzioni europee credono fermamente, e cio  che la mediazione   spesso in grado di rappresentare una forma di tutela «migliore», sul piano qualitativo, rispetto alla via giurisdizionale (v. considerando 5 della Direttiva 2008/52/CE), continueranno a scommettere sulle potenzialit  di questo prezioso strumento di «composizione delle controversie». E' appena il caso di precisare, infatti, che la declaratoria di incostituzionalit  non ha eliminato la possibilit  di accedere

volontariamente alla mediazione, se del caso "obbligandosi" alla scelta attraverso la stipula di apposite clausole contrattuali, e che "tuttora in piedi e pronta ad un effettivo debutto la c.d. mediazione delegata o "sollecitata dal giudice" (anche se, per restituire l'appel perduto, si potrebbe e si dovrebbe puntare pure con serietà sull'efficienza del processo, perché, come ormai da molti riconosciuto, la prospettiva di una tutela giurisdizionale efficiente tende a scoraggiare strategie ostruzionistiche nell'attuazione del rapporto sostanziale e ad incoraggiare soluzioni stragiudiziali della lite consensualmente definite).

La seconda notazione attiene al merito della decisione.

L'eccesso di delega per violazione degli art. 76 e 77 Cost. non era così evidente come si "da pi" parti ritenuto. Invero, anche a voler ammettere la neutralità della disciplina dell'Unione Europea in ordine alla scelta del modello da adottare (v. punto 12.2. della motivazione), non sembra che elementi decisivi potessero effettivamente ricavarsi dalla lett. c) dell'art. 60, 3° comma, l. 69/2009, poiché il richiamo delle disposizioni di cui al d.lgs. 5/2003, contenenti la disciplina della conciliazione in materia societaria, di fonte volontaria, non necessariamente escludeva la previsione dell'obbligatorietà del nuovo istituto. A ben vedere, neanche l'argomento apparentemente "forte", rappresentato dalla lett. n) della norma di delega, sul "dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione", avrebbe senz'altro imposto di addivenire alla declaratoria di incostituzionalità, in quanto di per sé indebolito dallo specifico contesto (l'attività informativa dell'avvocato) in cui il criterio direttivo era collocato. Insomma, indipendentemente da ogni valutazione in ordine alla compatibilità della obbligatorietà con la vocazione tradizionalmente volontaria della mediazione (in ogni caso, non sarebbe l'obbligatorietà in sé a rappresentare il vero problema, ma tutt'al più il suo abbinamento con la previsione di oneri economici anche elevati a carico di chi ad essa "costretto a far ricorso) la strada dell'eccesso di delega non era poi così nitidamente segnata.

La terza notazione si muove sul piano concreto.

Piaccia o non piaccia la mediazione di cui al d.lgs. 28/2010, il crollo del considerevole, per proporzioni, edificio costruito attorno ad essa "destinato a mietere vittime non soltanto tra coloro che, fiutando un business sin troppo facile, hanno fatto prevalere se non esclusivo affidamento sull'obbligatorietà per affermarsi, anche in maniera improbabile, sul mercato, a scapito della qualità del servizio, ma anche su coloro che, del tutto in buona fede, hanno intrapreso con sacrifici non indifferenti e una buona dose di coraggio e intraprendenza, una nuova e affascinante avventura.

"Povera mediazione!", si potrebbe oggi esclamare (ma, in fondo, lo si poteva fare già da tempo), sbattuta tra pasticci normativi e qualche particolarismo di troppo.