

Il percorso tortuoso della degiurisdizionalizzazione: i chiarimenti tecnici della mediazione (Consiglio di Stato, Sez. IV, Sentenza 17 novembre 2015, n. 5230)

Autore: Maria Carmen Agnello

In: Giurisprudenza commentata

La sentenza emessa dal Consiglio di Stato si presenta di particolare rilevanza in quanto chiarisce alcuni profili normativi in materia di mediazione, che hanno dato luogo ad interpretazioni ambigue ed applicazioni non univoche degli operatori del diritto.

La vicenda giudiziaria

Il supremo collegio si è pronunciato sul ricorso, con cui il Ministero della Giustizia e dell'Economia e delle Finanze hanno chiesto la riforma con sospensiva della sentenza con cui il T.A.R. del Lazio, in parziale accoglimento del ricorso proposto dall'U.N.C.C., ha parzialmente annullato il decreto nr. 180 del 18 ottobre 2010, regolamento per la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione e l'approvazione delle indennità spettanti a tali organismi. A sostegno dell'appello, si deduce l'erroneità della sentenza, ove disattende l'eccezione preliminare di carenza di legittimazione dell'originaria ricorrente; ove ritiene illegittimi e annulla, i commi 2 e 9 dell'art. 16 del decreto, relativi alle spese di avvio e di mediazione; ove ha ritenuto illegittimo, e annullato, l'art. 4, c. 1, lett. b), del medesimo decreto, relativo all'obbligo per gli avvocati di svolgere la formazione obbligatoria prevista per i mediatori. L'appellata oltre a chiedere la reiezione dell'appello, ha proposto appello incidentale, censurando la sentenza respingendo, fra le questioni di legittimità sollevate dalla ricorrente, il contrasto degli artt. 5, c. 2, d.m. con l'art. 24 Cost. Nel corso del giudizio sono intervenuti ad adiuvandum i mediatori iscritti e quale opposizione di terzo ex art. 109, c. 2, c. p. a., un organismo di mediazione. L'istanza di sospensione di esecuzione della sentenza, impugnata in via incidentale dalle Amministrazioni appellanti è stata accolta, mentre l'appello principale delle stesse è stato accolto in modo parziale e respinto l'appello incidentale e per l'effetto, in parziale

riforma della sentenza impugnata è stato respinto il ricorso di I grado quanto ai vizi dedotti avverso l'art. 16, c. 9, e l'art. 4, c. 1, lett.b) d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, confermando per il resto la statuizione di I grado.

Le quaestiones iuris

La Sezione affronta le questioni relative alla regolamentazione attuativa dell'art. 16 del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, introduttiva della mediazione in materia civile e commerciale, come previsto dalla dir. 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea. In primo grado, l'U.N.C.C. ha impugnato il decreto del Ministro della Giustizia, n. 180 del 18 ottobre 2010, in vari profili, anche per l'illegittimità costituzionale di disposizioni del d.lgs. nr. 28 del 2010. Il T.A.R. del Lazio, in parziale accoglimento delle deduzioni di parte attrice, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale di alcune norme di tale decreto, in merito all'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione ai fini dell'esercizio di tutela giudiziale in determinate materie. Al riguardo, la Corte Cost. con la sent. n. 272 del 6 dicembre 2012 ha annullato, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., l'art. 5, c. 1, d.lgs. n. 28 del 2010 e le disposizioni correlate, per vizio di eccesso di delega la previsione dell'obbligatorietà della mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per vari tipi di controversie. A seguito di ciò, l'art. 84, c. 1, lett. b), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modifiche dalla l. 9 agosto 2013, nr. 98, ha reintrodotto, inserendo nell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, il c. 5-bis l'obbligatorietà del previo ricorso alla mediazione e la configurazione come condizione di procedibilità dell'azione. La sentenza del T.A.R. capitolino ha ritenuto manifestamente infondate le altre questioni di legittimità costituzionale avverso la disciplina medio tempore intervenuta. In accoglimento del ricorso ai c. 2 e 9 dell'art. 16 del d.m. n. 28/2010 si è ritenuta illegittima la debenza delle spese di avvio e di mediazione, in base al principio di gratuità espresso nella normativa primaria ed al c. 3, lett. b), dell'art. 4 e per l'illegittimità della mancata previsione dell'esclusione degli avvocati dalla formazione obbligatoria prevista, a fronte del riconoscimento della qualifica di mediatori di diritto.

I chiarimenti del Consiglio di Stato

In merito all'appello incidentale dell'originaria ricorrente analizzato in via preliminare, il collegio considera il primo incontro parte integrante e "non estraneo" al procedimento di mediazione. Ciò si rileva dal c. 2-bis dell'art. 5, applicabile

alla fattispecie regolata dal c. 2, dispone: "...Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo".

La Sezione conferma quanto esposto nella sentenza impugnata di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale riproposta, superato il vizio di eccesso di delega, alla base della sent. n. 272 del 2012 della Corte Cost., non rileva ulteriori violazioni dell'art. 24 Cost. o altre norme costituzionali.

Per il collegio adito, il secondo e il terzo motivo dell'appello dell'Amministrazione, di censura delle due statuizioni di annullamento della disciplina regolamentare sono parzialmente fondati per tali rilievi.

Il secondo mezzo riguarda l'illegittimità dei c. 2 e 9 dell'art. 16, d.m. n. 180 del 2010, secondo cui "...Per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte per lo svolgimento del primo incontro un importo di euro 40,00 per le liti di valore fino a 250.000,00 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate che è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento. L'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo", e che: "...Le spese di mediazione sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà. Il regolamento di procedura dell'organismo può prevedere che le indennità debbano essere corrisposte per intero prima del rilascio del verbale di accordo di cui all'art. 11 del d. lgs. In ogni caso, nelle ipotesi di cui all'art. 5, c. 1, l'organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione". Tali previsioni relative all'erogazione di somme da parte dell'utente anche in caso di esito negativo del primo incontro, sono state ritenute in I grado incompatibili con il c. 5-ter dell'art. 17 del d.lgs. nr. 28/2010, secondo cui: "...Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione". Tale incompatibilità è in sentenza ricondotta a un difetto di coordinamento fra la "novella" di cui al d.l. n. 69/2013 ed il preesistente impianto normativo, avendo la prima introdotto il principio della gratuità del ricorso alla mediazione, limitata al "primo incontro".

La Sezione nel reputare fondate le deduzioni della difesa erariale rileva “l’infelicità” del termine compenso, nel tessuto della novella del 2013 in cui il corrispettivo per i servizi di mediazione è qualificato come “indennità”. Tale terminologia è presente nelle norme anteriori al 2013 e all’art. 1 del d.m. n. 180/2010, ove l’indennità di mediazione è definita come “l’importo posto a carico degli utenti per la fruizione del servizio di mediazione fornito dagli organismi” (c. 1, lett. h). Tale indennità secondo l’art. 16 è composta di varie voci, con rilevanza primaria le spese di avvio e mediazione.

Quest’ultima comprende anche l’onorario del mediatore per l’intero procedimento di mediazione” (art. 16, c. 10), integranti l’indennità di mediazione, che, in applicazione del’ c. 5-ter, art. 17, non sono dovute “in caso di esito negativo del primo incontro”.

Invece per le spese di avvio, vi è un’ambiguità del comma 9, in quanto mentre non si può negare il rimborso delle spese vive documentate, le residue spese previste al c. 9, si ritengono estranee alla nozione di “compenso”, quale corrispettivo di un servizio prestato, secondo c. 5-ter dell’art. 17. Come espresso dalla difesa ed intervenienti, le spese di avvio, quantificate dal legislatore in modo fisso e forfettario, escludono ogni considerazione dell’entità del servizio prestato dall’organismo di mediazione, si qualificano un onere economico imposto obbligatorio ex lege di accesso alla giustizia in determinate materie. Ciò è confermato dal riconoscimento a chi sostiene tali spese, di un credito d’imposta secondo la somma versata e dovuta, ancorché in misura ridotta, anche quando la mediazione si conclude al I incontro (art. 20, d.lgs. n. 28/2010). Dato che “il primo incontro non è un passaggio esterno e preliminare”, ma integrante tale procedura, secondo l’art. 8, d.lgs. n. 28/2010, e “obbligatoria” per adire la giustizia, ne discende “la coerenza e ragionevolezza di allocare i costi non sulla collettività, ma sull’utenza che utilizza tale servizio”.

Alla stregua di ciò, la Sez. rileva che il non ricomprendere le spese di avvio nella nozione di “compenso”, di cui all’art. 17, c. 5-ter, d.lgs. n. 28/2010, non considera la prassi in cui tali spese coprono non solo i costi di esercizio degli organismi di mediazione, ma anche i compensi.

In riferimento al credito d’imposta, il collegio lo riconosce quando dopo il primo incontro si acceda alla mediazione, ma con esito negativo, e non quando non si vada oltre il primo incontro. Al di là dei paventati effetti “perversi”, il collegio rileva che l’art. 17 del d.lgs. n. 28/2010 nel disciplinare i criteri e le modalità di reperimento delle risorse finalizzate al funzionamento degli organismi di mediazione, in via di eccezione prevede l’esonero dell’utenza dalla corresponsione di somme a titolo di “compenso”, in caso di esito infruttuoso del primo incontro. Quanto all’estraneità del “primo incontro” al procedimento di mediazione, il Consiglio di Stato non individua l’ “aggancio” nell’art. 20 del d.lgs. nr. 28/2010, che in riferimento al

credito d'imposta, non impiega espressioni univoche nel circoscrivere la detraibilità soltanto alle somme erogate per effettivo accesso alla mediazione e appare smentito da altre disposizioni, quali l'art. 8, secondo cui il primo incontro rientra nel "procedimento". Secondo il Consiglio di Stato, l'art. 20, d.lgs. nr. 28/2010 conferma la riconducibilità delle spese di avvio non al "compenso" degli organismi di mediazione, ma a un costo di esercizio che il legislatore ha inteso allocare all'utenza nell'utilizzare tale servizio.

Col terzo motivo l'Amministrazione censura il capo di sentenza che annulla il c. 3, lett.b), art. 4, d.m. n. 180/2010, ove obbligava gli avvocati a seguire percorsi di formazione e aggiornamento in tale settore. Il primo giudice ha espresso un duplice rilievo che, a norma dell'art. 16, c. 4-bis, d.lgs. n. 28/2010, gli avvocati sono mediatori di diritto, iscritti de plano al relativo registro e seguono percorsi di formazione e aggiornamento previsti dalla legge, in cui rientrano anche la preparazione per l'attività di mediatore. La Sezione reputa fondate le critiche alla sentenza impugnata, in quanto rileva la diversità "ontologica" dei corsi di formazione e aggiornamento gestiti per l'avvocatura dalla preparazione all'attività di mediazione, "momento eventuale e aggiuntivo" di formazione specifica, richiesta dalla normativa per i mediatori, in modo che l'"incisione" sul diritto di iniziativa giudiziale costituzionalmente garantito sia bilanciato da un'adeguata preparazione e professionale. Ciò costituisce un tema "sensibile" anche a livello europeo, ove l'art. 4, par. 2, dir.a 2008/52/CE, "...Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti". A tale stregua, la formazione e l'aggiornamento dei mediatori sono considerati dal Consiglio di Stato considera "parte essenziale del substrato comunitario dell'istituto", e non si può predicare l'illegittimità secondo una visione "pessimistica" di come saranno attuati. Inoltre, si esclude ogni opzione ermeneutica che riduca tali garanzie e non si ricavano argomenti contrari dal c. 4-bis dell'art. 16 del d.lgs. nr. 28/2010, secondo cui "Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori", in quanto devono adeguatamente formarsi in materia di mediazione ed aggiornarsi, nel rispetto dell'art. 55-bis del cod. deontologico forense.

In conclusione del percorso motivazionale della sentenza esposta si rileva il rilevante sforzo compiuto dal Consiglio di Stato nell'aver dipanato alcuni nodi interpretativi, a garanzia di un "servizio giustizia di qualità". In merito alle spese di avvio della mediazione, si apprezza la parte motivazionale ove si distinguono le varie voci di spesa, previste dai vari interventi normativi e si condivide l'allocazione di tali oneri iniziali del procedimento a carico dell'utenza sin dal momento del I incontro considerato parte

costitutiva del procedimento, al di là dell'esito. Ciò si spiega, a parere di chi scrive, nel garantire l'attuazione effettiva del principio alla base della mediazione e delle altre forme di ADR di ridurre il contenzioso giudiziale, prevenendo così comportamenti distorsivi o abusivi posti in essere dalle parti al momento iniziale di tale procedimento, in grado di frustrare il perseguimento degli obiettivi deflattivi perseguiti dal legislatore con diversi interventi normativi di complessa interpretazione.

In riferimento alla preparazione specifica richiesta anche agli avvocati ex lege mediatori, al fine di mantenere l'esercizio di tale attività, si pone fine, secondo la scrivente, ad una differenza di trattamento rispetto agli altri soggetti a cui il legislatore richiede tali oneri formativi, non solo al momento dell'acquisizione dei requisiti per l'iscrizione negli organismi di mediazione, ma anche in seguito con l'aggiornamento al fine di garantire non solo la necessaria professionalità, ma anche un miglioramento nell'erogazione di tali servizi extra giudiziali.

<https://www.diritto.it/il-percorso-tortuoso-della-degiurisdizionalizzazione-i-chiarimenti-tecnici-della-mediazione-consiglio-di-stato-sez-iv-sentenza-17-novembre-2015-n-5230/>