

L'ANOMALIA DEL PROCEDIMENTO CONCILIATIVO, PRELIMINARE AL GIUDIZIO CONTENZIOSO INNANZI AGLI ORGANI DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA.

di Sergio De Dominicis *

Sommario: **I)** *L'istituzione della mediazione in Italia: fase preprocessuale obbligatoria ovvero condizione di procedibilità della domanda giudiziale;* **II)** *Inoperatività del previo accesso alla mediazione nelle materie di competenza esclusiva del G.A.;* **III)** *Su alcune problematiche che discendono dal nuovo istituto della mediazione e sul deferimento della questione di legittimità costituzionale al giudizio della Consulta.*

I *L'istituzione della mediazione in Italia: fase preprocessuale obbligatoria ovvero condizione di procedibilità della domanda giudiziale.*

L'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 prevede che, in attuazione della delega prevista all'articolo 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, il Ministro della Giustizia, con propri decreti, detti la disciplina degli organismi di mediazione interessati a garantire la gestione del procedimento di conciliazione previsto dall'articolo 5 del decreto stesso.

Quest'ultima disposizione indica, peraltro, le materie devolute, a pena d'improcedibilità, all'organismo di mediazione.

* Cultore della materia.

Esse comprendono le controversie in materia di *condominio*; di *diritti reali*; di *divisione* (ereditaria); di *successioni ereditarie*; di *patti di famiglia*; di *locazione*; di *comodato*; di *affitto di aziende*; di *risarcimento del danno derivante dalla circolazione* di veicoli o natanti; di *responsabilità medica*; di *diffamazione a mezzo stampa* o con altro mezzo di pubblicità; e di *contratti assicurativi, bancari e finanziari*.

L'art. 24 stabilisce, infine, che le disposizioni concernenti il procedimento di mediazione-conciliazione entrino in vigore un anno dopo la pubblicazione del decreto; e, perciò, il 5 marzo 2011.

Lo scopo dell'istituto della mediazione nel nostro paese è quello della deflazione del sistema giudiziario siccome afflitto da un forte carico di arretrato ed a rischio di ulteriore accumulo di processi in materia civile e commerciale, forse, per la propensione degli italiani alla lite, nonché per la scarsità delle risorse pubbliche destinate alla funzione Giustizia.

Alcuni autori affermano che il procedimento di mediazione-conciliazione innanzi all'organo di mediazione ha pure lo scopo di ridurre gli oneri per le spese legali ed addirittura di velocizzare lo svolgimento della controversia, agevolando perfino la liquidazione del danno.

Di ciò, purtroppo, è opportuno dubitare! Il procedimento di mediazione, non essendo (tecnicamente) alternativo, bensì solo preliminare ed ostativo (sul piano sostanziale) al rito contenzioso, non solo non riduce i tempi del processo ma, forse, li allunga, perché si viene ad istituire una fase preprocessuale il cui esito non

impedisce né esclude la nascita del contenzioso vero e proprio innanzi al giudice competente.

Il che, peraltro, non riduce le spese processuali, né agevola la liquidazione del danno. Le assicurazioni, ad esempio, non hanno alcuna fretta di raggiungere un'intesa per la sollecita liquidazione del danno.... A meno che il risarcimento non sia molto ridotto e che, grazie alla procedura di mediazione, si pervenga ad una erogazione soddisfacente per tutte le parti in causa.

Sugli aspetti di dubbio si dovrà ritornare; intanto va detto che l'istituto della mediazione civile e commerciale di cui si parla¹,

¹ La mediazione di cui si parla differisce profondamente dagli istituti di diritto privato disciplinati dal Codice Civile.

L'articolo 1754 c.c. e segg. prevede la figura del mediatore che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza tuttavia intrattenere alcun rapporto di dipendenza o di rappresentanza con alcuna di esse (fase precontrattuale).

Il mediatore, che è un libero professionista iscritto ad un albo tenuto presso le Camere di Commercio, ha diritto alla provvigione, cioè ad un compenso percentuale da calcolarsi sul prezzo dell'affare concluso (art. 1755 c.c.).

Il mediatore è un procacciatore d'affari, ma nel proprio ed esclusivo interesse; e, quindi, nella trattativa trovasi in una posizione di autonomia e di indipendenza rispetto alle parti interessate alla stipula di un contratto (ad esempio, di vendita, di locazione di beni immobili, ecc.).

Secondo una parte della dottrina (Capozzi) il contratto di mediazione è un contratto ad obbligazione unilaterale (cfr. 1333 c.c.).

L'agenzia di mediazione è società che si occupa dell'attività di mediazione e ad essa si applicano le norme civili sul contratto di mediazione.

Differente dall'attività di mediazione, caratterizzata dall'autonomia e dall'indipendenza, è, invece, l'attività di promozione d'affari che esercita *il commesso di negozio, il commesso viaggiatore o l'intermediario* (piazziista) esterno all'impresa, ma a questa legati da un contratto di agenzia, di collaborazione o di dipendenza.

Infatti il *contratto di agenzia* (ad esempio, nel campo delle assicurazioni) conferisce all'agente, ai sensi dell'art. 1742 c.c., l'incarico di promuovere o di concludere (ove si accompagni anche un rapporto di mandato) contratti in favore della società entro una determinata zona (agenzia di assicurazione di zona).

La caratteristica del contratto di agenzia è l'esclusività e la collaborazione per la stipula di contratti (di vendita, di assicurazione, ecc.) con clienti in favore di un soggetto (Società, azienda, esercizio commerciale, ecc.) dal quale l'agente ha diritto a ricevere una provvigione per gli affari che hanno avuto regolare esecuzione (art. 1748, 1° c., c.c.).

Rientrano nel contratto di agenzia di affari (art. 1742 c.c.) l'agenzia (agente) di assicurazioni (art. 1753, 1903 c.c.) e l'agenzia (agente) di commercio, che può assumere la veste professionale di ausiliario dell'imprenditore (in posizione subordinata) oppure di imprenditore lui stesso (in posizione autonoma).

quale istituto nuovissimo, compreso nel progetto di riforma del processo civile, si collega alla direttiva comunitaria n. 2008/52/CE del 21.5.2008, che ne ha sollecitato l'adozione, in conformità col modello vigente negli *ordinamenti di common law*, là dove le parti sono solite sedersi intorno ad un tavolo, con l'assistenza dei propri Avvocati, per discutere intorno a possibili conciliazioni, esaustive delle nascenti controversie ².

Si tratterebbe, tutto sommato, di approcci negoziali che restano fuori dal processo e che, comunque, non possono impedirne la nascita. Infatti, l'azione giudiziaria è sempre possibile almeno in via astratta, in quanto garantita da almeno due norme fondamentali: l'art. 24 e l'art. 113, 2° c., della Costituzione.

Dispone, in proposito, la citata direttiva europea che l'esperimento conciliativo non deve impedire l'accesso né al sistema giudiziario,

² *Il procedimento di mediazione tende alla formazione di un accordo di tipo transattivo.*

Ora, come si dirà più avanti nel testo, la risoluzione della vertenza e la nascita di una *transazione ante processum* consente di affermare che la tipologia di accordo differisce sia dalla *conciliazione giudiziale*, che può essere stipulata innanzi al giudice del processo, sia da quello *stragiudiziale* che, su iniziativa dei legali, le parti possono concordare prima o durante il processo.

Infatti, l'articolo 1965 c.c. definisce *la transazione* – qualsiasi tipo di transazione! – *come il contratto grazie al quale le parti pongono fine ad una lite o la prevengano, scambiandosi reciproche concessioni* ovvero spingendosi a creare perfino un nuovo rapporto contrattuale. Il che ha fatto pensare che la transazione non annulli e non recida del tutto il contenzioso quo ante. Tanto è vero che se una parte non adempie, l'altra ha facoltà di riaprire la vecchia lite.

Parte della dottrina (Capozzi) ritiene, però, che la transazione abbia effetto tombale sulla lite siccome provoca la nascita di un nuovo contratto, con una nuova causa giuridica distinta e separata dal contratto risolto consensualmente, proprio in ragione della rischiosità della lite.

Si ritiene, inoltre, che abbia carattere transattivo anche l'accettazione del *concordato fallimentare* (artt. 128 e 129 c.c.)

Carattere transattivo assume anche *l'accordo* cui ha aderito il creditore di un ente locale nella *procedura di dissesto finanziario*.

Infatti, l'elemento centrale della transazione è *la reciproca concessione di quote di diritto per l'incertezza dell'esito della controversia*.

Orbene, dall'articolo 1969 c.c. si deduce che, attese queste caratteristiche, non si può invocare l'annullamento della transazione per errore di diritto.

né all'arbitrato (rituale); ed, inoltre, non deve porsi in conflitto con i principi che disciplinano il diritto nazionale.

Infine, secondo la direttiva comunitaria, la mediazione civile e commerciale non si estende ad alcune materie, che potremmo considerare di diritto pubblico in senso lato, e che concernono le controversie fiscali, doganali ed amministrative.

Orbene, l'esclusione esplicita di alcune "*materie pubblicistiche*" non serve, comunque, a superare il quesito di fondo: se, cioè, tutte le altre materie, così come elencate all'articolo 5 del decreto legislativo del 2010 – tra cui quelle inerenti i *contratti pubblici* – debbano o non debbano farsi rientrare nel novero di quelle che esigono la previa mediazione.

In altri termini, poiché le materie dei contratti economico-finanziari potrebbero implicare la formazione di negozi di diritto pubblico - cui quasi sempre inerisce la competenza esclusiva del G.A. - si pone il problema se anche in questo settore debba operare la previa condizione di procedibilità della mediazione oppure se sussistono elementi di incompatibilità tra la mediazione ed il processo innanzi al Giudice Amministrativo.

Intanto proprio la direttiva U.E. esclude dal procedimento conciliativo "*le trattative precontrattuali*", che sul piano pubblicistico potrebbero assimilarsi ai procedimenti dell'evidenza, finalizzati alla scelta del migliore contraente nella stipula dei contratti con la P.A..

Ma non sembra essere questo il motivo per il quale si mostra preferibile la soluzione negativa al quesito.

La problematica, infatti, deve essere affrontata dopo aver esposto, sia pure in modo sintetico, i tratti caratteristici del nuovo istituto della Mediazione.

Essa, così com'è stata disciplinata dalle disposizioni primarie (decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28) e secondarie (decreto ministeriale 18 ottobre 2010 n. 180), sembra caratterizzata da non poche contraddizioni; di tal che la stessa fisionomia complessiva del nuovo organo conciliativo appare rappresentarsi con non pochi elementi d'incertezza e di critica.

Ed infatti, da un canto, si sostiene che il decreto legislativo n. 28/2010, assunto in attuazione della delega conferita con l'articolo 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, appaia viziato per eccesso di potere legislativo, ai sensi dell'articolo 77 della Costituzione; dall'altro, il D.M. n. 180/2010, che ha approvato il Regolamento di esecuzione, sembrerebbe a sua volta illegittimo per contrasto con la fonte primaria; senza contare che anche quest'ultima si porrebbe in difformità con la direttiva europea 21 maggio 2008 n. 2008/52/CE.

La catena di contraddizioni e/o di eccessi di potere si viene, infine, ad inceppare sulle caratteristiche dell'organismo di mediazione che, secondo il decreto legislativo, deve essere caratterizzato da *“competenza e professionalità dei suoi componenti”* mentre per il decreto ministeriale basterebbe che i soggetti siano dotati di *“serietà ed efficienza”*.

Orbene, si fa notare che “*competenza e professionalità*” sono qualità non sovrapponibili nè confondibili con le doti di “*serietà ed efficienza*” dei mediatori.

Conseguentemente si osserva che la funzione (pubblica) assegnata alla mediazione ed il valore attribuito all’accordo conciliativo, oggetto peraltro di autenticazione e di omologazione giudiziaria, appaiano incompatibili con la scelta (ministeriale) di consentire a persone dotate di discutibile professionalità specifica di “*mediare*” su materie di elevato livello tecnico-giuridico e di rilevante interesse civile e commerciale.

Infatti, l’organo di mediazione, oltre ad autenticare le sottoscrizioni delle parti, può formulare proposte conciliative – transattive che, se accettate, assumono valenza di titolo esecutivo, del tutto analogo alle statuizioni fissate dal Giudice con il provvedimento giurisdizionale.

La dottrina³ ha cercato di definire la figura del mediatore senza, tuttavia, raggiungere un’unità di vedute. L’argomento è di estrema importanza e su di esso occorrerà spendere qualche considerazione in più. Qui basterà dire che se il mediatore non è un conciliatore la

³ Nello schema fornito da Luigi Viola (Altalex, 8 marzo 2010), la mediazione è un’attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti per un accordo amichevole e per la formulazione di una proposta risolutiva di una controversia. Quanto agli organismi di mediazione essi saranno enti pubblici o privati, tra cui certamente gli ordini professionali.

Nello scritto di Mauro Giarrizzo (Altalex, 8.7.2011) si osserva che nulla dice il regolamento sulla figura del mediatore, per cui “l’esercizio privato di pubbliche funzioni” sembrerebbe affidato ad un nuovo professionista, senza adeguata disciplina pubblicistica. Inoltre, sembra esservi confusione tra la figura del mediatore e quello del conciliatore. A nostro avviso, può dirsi che il mediatore, ex art. 2230 c.c., è un organo (privato) che influenza la conciliazione (pubblica) di una vertenza, senza partecipare alla trattativa, ma orientandola in vista di una soluzione positiva.

E’ inutile evidenziare che il mediatore deve essere persona con adeguata esperienza giuridica e professionale.

sua funzione sembra essere somigliante a quella notarile, quale orientatore neutrale dell'accordo tra le parti. Ma se ciò fosse vero lo scenario sarebbe destinato ad arricchirsi di una nuova regolazione primaria.

Peraltro, l'accordo conciliativo-transattivo deve essere oggetto di omologazione da parte del Presidente del Tribunale circondariale competente. Per cui l'accordo "*cum mediatione*" non ha efficacia limitata alle parti ma è ultroneo ed è titolo per l'esecuzione forzata in forma specifica; esso, inoltre, non è soggetto ad autorizzazione preventiva né ad approvazione successiva.

Però, se si considerano alcune materie devolute alla obbligatoria fase della mediazione, come , ad esempio, quella dei *contratti economico-finanziari*, oppure quella relativa al vastissimo campo *dei diritti reali* – cui possono essere interessati anche i "*terzi*" – il requisito della *disponibilità dei diritti*, ricorrente vuoi nella direttiva europea, vuoi nella legge delega, vuoi nel decreto legislativo, vuoi, infine, nel regolamento d'esecuzione, potrebbe non emergere con chiarezza con immaginabili ed ultronee complicazioni giuridiche. Infatti, è sempre possibile che l'accordo conciliativo leda interessi di terzi non evocati innanzi al mediatore.

Proprio per questo i detrattori del nuovo istituto contestano che l'organo di mediazione possa essere devoluto alla "*competenza*" di soggetti privi di adeguata esperienza legale.

Nulla quaestio se dovesse trattarsi di materia riservata alla professionalità degli Avvocati. Ma così non è.

Perché a norma del Regolamento n. 180/2010 gli organismi di mediazione possono essere costituiti da enti pubblici o privati, purchè siano dotati di capacità finanziaria ed organizzativa, una polizza assicurativa adeguata, di un regolamento interno corretto sul piano amministrativo e contabile, nonché di un Regolamento di procedura ed un Codice Etico depositati.

Ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo n. 28/2010 gli organismi autorizzati a gestire il procedimento di mediazione devono essere iscritti nell'apposito Registro presso il Ministro della Giustizia, che assume, poi, le funzioni di vigilanza.

Spetterà, infine, al Ministro adottare specifici decreti per la tenuta del registro, per l'elenco dei formatori, ecc.. Ma il Mediatore, munito di titolo accademico, potrebbe non necessariamente essere dotato di esperienza giuridica e, quindi, potrebbe non essere "*persona di legge*"....

Il vuoto normativo sussiste!

Il problema, per vero, non è di scarso rilievo, perché il "*mediatore*" se non è un giudice ossia quel che suole dirsi un "*peritus peritorum*", non può neppure considerarsi un "*peritus*" puro e semplice.

Ed infatti, l'organo di mediazione, su richiesta delle parti, ha il potere di avvalersi di un consulente tecnico della materia.

Inoltre, sul problema centrale dell'istituto in esame occorre versare un ulteriore profilo di riflessione.

Il suindicato articolo 5 del decreto legislativo n. 28/2010 afferma che nelle materie civili e commerciali espressamente elencate *chi intende esercitare in giudizio un'azione è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ovvero quello di conciliazione previsto dal d.lg.vo n. 179/2007 oppure dall'art.128 bis del T.U.B. n. 385/1993.*

L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, non oltre la prima udienza, ovvero rilevata d'ufficio dal giudice che, anche in sede di appello, può invitare le parti a procedere alla mediazione.

In disparte le considerazioni sui dubbi di costituzionalità dell'istituto della mediazione (cfr. par. III), preme immediatamente osservare che le *condizioni di procedibilità*, peraltro sanabili, *appartengono all'area interna al processo* e non ne dovrebbero condizionare *la nascita*, come sembra adombrare il predetto art. 5!

Le *condizioni di procedibilità*, infatti, attengono alle qualità ovvero ai requisiti della domanda e non già al diritto di azione che è una potestà fondamentale spettante all'attore e che concerne la sua capacità e la sua legittimazione processuale, quale essenziale presupposto del processo.

Se così è, non si dovrebbe parlare di procedibilità dell'azione, bensì, più correttamente, di proponibilità dell'azione; e, quindi, della mediazione quale presupposto processuale ovvero quale condizione del processo, non ancora nato.

In altri termini, la *procedibilità* è inerente ad un rapporto processuale già costituito, mentre la *proponibilità* dovrebbe adattarsi ad un processo ancora non nato, quale condizione d'esistenza del relativo rapporto processuale (*legitimatio ad processum*).⁴

L'atecnicità della formulazione normativa – *procedibilità al posto di proponibilità* – accresce l'area del dubbio sull'istituto della mediazione, siccome l'esperimento procedimentale si configura certamente come esterno e preliminare al processo contenzioso ed è dotato di una propria autonomia; potendo la mediazione costituire solo una fase preprocessuale, con possibili effetti sostanziali, inibitori della nascente controversia.

II *Inoperatività del previo accesso alla mediazione nelle materie di competenza esclusiva del Giudice Amministrativo.*

Le brevi considerazioni svolte inducono a ritenere che il procedimento di mediazione non può ritenersi alternativo alla funzione giurisdizionale in materia civile e commerciale.

A maggior ragione l'esperimento conciliativo di cui si tratta non può ritenersi propedeutico alla richiesta di soddisfazione di eventuali pretese giudiziarie prospettabili innanzi agli organi di Giustizia Amministrativa, quando, ovviamente, si tratti di

⁴ La dottrina processualistica (Zanzucchi, Vol. I, 1964) soleva distinguere *tra legitimatio ad processum e legitimatio ad causam*. Sicuramente le condizioni preprocessuali rientravano tra i presupposti del processo e, quindi, non avevano attinenza con la procedibilità della domanda.

ontroversie devolute alla *competenza esclusiva del “Giudice speciale dei diritti”* e degli interessi legittimi.

Peraltro, nelle materie espressamente elencate all’articolo 5 del d.lg.vo n. 28 del 2010 rientrano *sia le controversie sui diritti reali* – tra cui non possono non ricomprendersi quelle inerenti *l’espropriazione immobiliare per pubblica utilità*, nonché i provvedimenti straordinari di requisizione immobiliare – *sia i contratti assicurativi, bancari e finanziari* – tra cui non dovrebbero considerarsi estranei i contratti relativi alla stipula di *mutui di scopo per la realizzazione di opere pubbliche*, nonché i contratti aventi ad oggetto derivati o swaps.

A questi ultimi sembrerebbero, poi, connettersi anche i *contratti di rating*, di stringente attualità, per le conseguenze che i relativi giudizi di affidabilità sulle obbligazioni pubbliche sembrano destinati ad avere.

Inoltre, rientrano nella vastissima categoria dei c.d. *contratti finanziari*, come contemplati all’art. 5, quelli che fanno ricorso al *project financing* ed altre forme moderne di *locazione finanziaria*.

La vastissima, contraddittoria e lacunosa elencazione di materie o di *“blocchi di materie”*, che l’art. 133 del Codice del Processo Amministrativo devolve alla *competenza esclusiva del G.A.*, lascia, però, aperto uno spazio di analisi - di qualche voluminosità - che qui si vuole richiamare al solo scopo di confermare l’inoperatività dell’esperimento di mediazione in questo peculiare settore giurisdizionale.

Le controversie sui diritti reali o sui contratti che rientrano nell'elencazione esplicita del predetto art. 5, ove riguardino atti o attività della P.A. e, per l'effetto, investano la competenza esclusiva del Giudice Amministrativo, non appaiono compatibili o conciliabili con i riti speciali introdotti dal C.P.A., e con la stessa specialità del G.A..

Ed, infatti, é proprio la competenza esclusiva del G.A. che rende questo ambito giustiziale caratterizzato da elevata peculiarità.

Chi voglia riflettere sulla natura della competenza esclusiva della G.A. - siccome la competenza generale di legittimità e quella di merito o estesa al merito non possono e non devono neppure essere prese in considerazione in questo contesto di analisi - non mancherà di ricordare che fin dai primi anni del 900 (1923-1924) si disse che questo tipo di competenza giurisdizionale abbracciava solo poche e tassative materie, tra cui quella del pubblico impiego, ove appariva difficile separare i diritti soggettivi dagli interessi legittimi, essendo gli uni strettamente compenetrati agli altri.

Una parte della dottrina parlò, al riguardo, di *atti paritetici*, nel senso che alle prestazioni patrimoniali (stipendi) in favore degli impiegati dovessero corrispondere prestazioni personali caratterizzate dall'esclusività e dalla accentuata subordinazione gerarchica, secondo le discipline regolamentari dettate per ciascuna pubblica amministrazione.

Pertanto, si consolidò l'idea che la competenza esclusiva del G.A. fosse quella in cui il giudice speciale conoscesse anche dei diritti soggettivi, in deroga alla competenza del Giudice Ordinario, ma

senza mai perdere la propria originalità di *giudice degli interessi legittimi*.

Ciò, forse, in vista dell'attestazione che la competenza giurisdizionale del G.A. dovesse ritenersi *piena*, al pari di quella del Giudice Ordinario; nel senso che dovesse estendersi a tutte le questioni, pregiudiziali o incidentali, annesse e connesse, rispetto alla questione principale dedotta in giudizio.

In altri termini, il G.A. doveva restare giudice della legittimità degli atti amministrativi anche quando nella controversia vi fosse commistione tra diritti ed interessi.

All'inizio, perciò, la competenza esclusiva del G.A., limitata a poche materie tassative, come le questioni concernenti il pubblico impiego civile e militare, venne vista come una semplice deroga al fondamentale criterio di riparto di competenza tra il *Giudice Ordinario*, cui spettava la tutela dei diritti soggettivi, ed il *Giudice Amministrativo*, cui era stata assegnata la giurisdizione sugli interessi legittimi.

Se non che la teoria del c.d. "*doppio binario*", peraltro proclamata in Costituzione all'articolo 113, primo comma - allorchè si afferma che <<*è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria ed amministrativa*>> - nonché all'art. 103, primo comma - ove si stabilisce che <<*gli organi di giustizia amministrativa ... in particolari materie indicate dalla legge (hanno giurisdizione) anche dei diritti soggettivi*>> - pur costituendo un evoluto ed insuperabile disegno ordinamentale, in chiave democratica, deve

essere ormai rivalutata e guardata nella prospettiva dell'evoluzione dei rapporti giuridici entro i quali può assumere il ruolo di parte sostanziale non solo un soggetto pubblico ma anche un soggetto privato che agisca per il perseguimento di un fine d'interesse generale, funzionalmente raccordato all'attività istituzionale di una P.A..

Tutta l'evoluzione della giustizia amministrativa sembra, invero, accompagnarsi all'ampliamento delle materie devolute alla competenza esclusiva del G.A.: quale settore di attribuzione giurisdizionale rimasto caratterizzato come quello di un tempo; cioè, sfera di titolarità di una specialissima competenza giurisdizionale in deroga a quella assegnata al Giudice Ordinario, ma pur sempre connotata dalla combinazione di diritti soggettivi e d'interessi legittimi.

Infatti, quando il G.A. decide su diritti collegati o discendenti da una funzione pubblica o da un'obbligazione pubblica, non può prescindere dagli interessi generali e comuni che ne sono il loro essenziale presupposto.

La giurisdizione esclusiva del G.A. non può, pertanto, ritenersi una giurisdizione sostitutiva di quella del Giudice Ordinario, ma, più correttamente, una giurisdizione in deroga; nel senso letterale del termine: quale eccezione rispetto alla regola.

Sicchè, pure con l'ampliamento della sua competenza esclusiva, il G.A. è rimasto quello di una volta, così come, peraltro, è stato inteso in Costituzione; per cui non potrà mai correttamente parlarsi di un giudice ordinario della P.A., che non esiste e non esisterà

mai, finchè l'ordinamento giuridico appronterà qualche protezione agli interessi legittimi: situazioni soggettive rilevanti in quanto connesse agli interessi generali, che la P.A. deve perseguire anche se operi con gli strumenti del diritto privato.

Occorre ricordare, in estrema sintesi, che la giurisdizione amministrativa ha risentito di una grande evoluzione a ridosso degli anni 2000: ed, infatti, suole dirsi che essa da giurisdizione di legittimità o di diritto oggettivo si è progressivamente evoluta in giurisdizione sul rapporto o di tipo soggettivo.

Come è stato opportunamente osservato⁵ la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, ha tuttavia richiamato i limiti che incontra l'area della giurisdizione amministrativa esclusiva, il cui ambito non può estendersi ulteriormente senza alterare il sistema della doppia tutela "*diritti-interessi*".

La spinta evolutiva, anticipata dalla legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, si è avuta, prima, con il decreto legislativo n. 80 del 1998, e, poi, con la più articolata riforma introdotta dalla legge n. 205 del 2000 e, per ultimo, dal d.

⁵ Nel manuale di diritto amministrativo del Caringella (ed. 2011) si segnala il nuovo indirizzo giurisprudenziale recato con la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004. Infatti, con la legge n. 205/2000 il riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A., costituito dalla dicotomia "*diritti soggettivi – interessi legittimi*", risulta sostituito dal diverso criterio dei c.d. "blocchi di materie", ma la Costituzione ha accolto i principi ispiratori affermati dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo n. 2248 del 1865 all. E, e, quindi, ha assegnato alla giurisdizione esclusiva del G.A. carattere residuale. Il che non può ritenersi superato neppure oggi che si è passati dal c.d. <<modello autoritativo>> a quello <<negoziale>>. Pertanto la devoluzione delle controversie al G.A. non può ritenersi "*senza limiti di materia*".

lg.vo n. 104 del 2010 che ha approvato il Codice del Processo Amministrativo (C.P.A.).

Senza scendere nei dettagli va ricordato che l'art. 244 del predetto C.P.A. ha assegnato alla competenza esclusiva del G.A. le controversie relative ai contratti pubblici, ai contratti di servizio (appalti, forniture, ecc.) ed a quelli stipulati a seguito di procedimento dell'evidenza ossia adottati in osservanza della normativa comunitaria, compresi tutti i contratti stipulati dalle Authorities indipendenti. Sono, inoltre, devoluti alla competenza esclusiva del G.A. le concessioni-contratto tra privati e P.A., ex L. n. 241 del 1990 e n. 537 del 1993.

Il G.A. detiene, ora, il potere di dichiarare inefficace il contratto pubblico, previa declaratoria di annullamento dell'aggiudicazione, e di pronunciare, inoltre, condanne risarcitorie sia in forma specifica che in forma generica.

Nell'esercizio dei suoi ampi poteri giurisdizionali il G.A. ha competenza in materia di espropriazione e di provvedimenti ablativi, con i noti limiti discendenti dai casi *di acquisizione usurpativa dei beni immobili e di accessione invertita*, le cui controversie appartengono ancora alla competenza giurisdizionale del G.O..

Rientra, altresì, nella competenza esclusiva del G.A. la declaratoria di nullità dei contratti di assicurazione, ex art. 3, c. 59, L. n. 244 del 2007, quando l'ente abbia assicurato i propri amministratori e dipendenti contro i rischi derivanti da responsabilità contabile.

Orbene, tutto quanto precede serve a dare conferma che il procedimento di mediazione per l'amichevole composizione delle controversie rientranti nella competenza esclusiva del G.A. appare inoperante e non applicabile.

III *Su alcune problematiche che discendono dal nuovo istituto della mediazione e sul deferimento della questione di legittimità costituzionale al giudizio della Consulta.*

Se l'esperimento della mediazione è inapplicabile ove si controverta su questioni appartenenti alla competenza esclusiva del G.A., a maggior ragione la conciliazione raggiunta innanzi all'organo di mediazione è *indifferente* quando emerga una responsabilità amministrativa, devoluta alla competenza del Giudice contabile, ai sensi degli articoli 28 e 103, secondo comma, della Costituzione⁶.

Per il P.M. contabile, infatti, è indifferente che a monte dell'azione pubblica risarcitoria vi sia una sentenza civile, penale o amministrativa, ovvero un contratto o una convenzione conciliativa o altra fonte di danno pubblico erariale.

⁶ *L'art. 28 della Costituzione proclama che i funzionari (anche onorari, quindi, compresi i politici) ed i dipendenti pubblici (anche se in rapporto di dipendenza funzionale, come i consulenti, i progettisti ed i direttori dei lavori, ossia in rapporto di servizio strumentale o funzionale con l'attività pubblica, come le società partecipate) sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti (moralì, individuali o patrimoniali).*

In tali casi la responsabilità civile (risarcitoria, riparatoria o ripristinatoria) si estende allo Stato o agli enti pubblici (u.s.l., ecc.).

Orbene, quando l'art. 28 parla di responsabilità amministrativa è evidente che si riferisca e si colleghi all'art. 103, secondo comma, della Costituzione, ove si proclama che *la Corte dei Conti (quale magistratura) ha giurisdizione sulla materia di contabilità pubblica (cioè, sulle materie a tutela dell'erario, e, perciò, in rappresentanza dello Stato Comunità (art. 114 Costit.) e dei diritti ed interessi superindividuali) e nelle altre specificate dalla legge (pensioni, giudizi di conto, ecc.).*

A prescindere da ciò, occorre comunque chiedersi quali effetti conseguano, sul piano *sostanziale* o su quello *processuale*, quando venga osservato il procedimento di mediazione.

E' opportuno, preliminarmente, osservare che nessun processo incardinato innanzi ad un giudice, può essere *sospeso* per volontà delle parti, ma solo su decisione del giudice che, *riconoscendo l'evitabilità del giudizio in corso e la disponibilità dei diritti in contestazione*, può invitare le parti con ordinanza a fare ricorso alla procedura di mediazione.

Ciò, peraltro, costituisce una soluzione opportuna ed utile ove si voglia ridurre l'arretrato in materia civile e commerciale; anche in considerazione che il procedimento innanzi all'organo di mediazione ha la durata massima di 4 mesi, al termine dei quali o si arriva ad un accordo formale, che acquista particolare solennità in virtù dell'omologazione giudiziaria, oppure si perviene ad un verbale redatto dal mediatore con cui si dà atto che l'esperimento conciliativo non ha avuto esito positivo e non ha risolto la controversia.

Gli elementi che si ricavano da questo verbale possono, poi, essere influenti nell'eventuale processo in itinere e fornire al giudice orientamenti di valutazione.

In quest'ultimo caso spetterà, comunque, alla parte più diligente proporre la riassunzione innanzi al giudice della causa.

L'opzione per il procedimento di mediazione, pur essendo una mera condizione processuale, deve essere comunque portata a conoscenza delle parti dai rispettivi Avvocati, pena l'invalidità del

rapporto di mandato; inoltre, questa opzione può costituire un opportuno spazio di riflessione e di pausa specialmente quando se ne disponga il ricorso *iussu iudicis*.

Se si perviene ad una intesa conciliativa, prima o durante il processo, su iniziativa di una delle parti in conflitto o di entrambe ovvero *iussu iudicis* – siccome per le materie elencate all'articolo 5 l'esperimento della mediazione costituisce *condizione di procedibilità* o, come noi sosteniamo, di *proponibilità della domanda giudiziale* – il verbale di avvenuto accordo, con o senza la scrittura privata di raggiunta conciliazione, sottoscritto dalle parti e dai rispettivi legali, le cui firme sono autenticate dal Mediatore, viene omologato con decreto del Presidente del Tribunale circondariale e, poi, eventualmente registrato o trascritto, quando la materia abbia ad oggetto diritti reali, patti successori o divisioni ereditarie.⁷

In tutte le altre materie basterà l'autenticazione delle firme e l'omologazione del Tribunale perché la scrittura, riconosciuta formalmente corretta e non contraria a norme imperative e di ordine pubblico, assuma la veste di *titolo esecutivo valido a tutti gli effetti di legge*.

Chiedersi, a questo punto, che cosa sia la mediazione sul piano sostanziale potrebbe apparire ozioso, ma così non è.

⁷ In materia di locazione d'immobile si è ritenuto che il procedimento di rilascio per morosità debba essere preceduto dalla procedura di mediazione, ancorché l'occupazione immobiliare dovesse ritenersi "*sine titulo*" (Trib. Civ. Modena, 6.5.2011).

In caso di controversia per fare accertare e dichiarare l'usucapione immobiliare si è ritenuta opportuna la previa procedura conciliativa, utile alla pronuncia del Giudice competente (Trib. Civ. di Roma, 22.7.2011).

Secondo la giurisprudenza l'accordo raggiunto innanzi al mediatore in tema di usucapione non costituisce titolo per la trascrizione immobiliare (Trib. Catania, 24.2.2012).

Affermare, infatti, che l'accordo conciliativo raggiunto innanzi al Mediatore costituisca un *contratto transattivo stragiudiziale solenne*, siccome oggetto di omologazione giudiziaria, significa affermare che esso costituendo una inibitoria al processo (ne bis in idem) potrebbe configurarsi come uno strumento tendenzialmente idoneo alla risoluzione delle controversia in via extraprocessuale.

E, perciò, costituire contesto idoneo a precludere sul piano sostanziale il ricorso agli organi di giustizia civile e commerciale.

Sotto altro profilo, il procedimento di mediazione potrebbe rappresentarsi come una trattativa, a forma libera o senza formalità di tipo processuale, mirata alla formazione di un *accordo novativo che ha valenza negoziale* e, come tale, essere dotato di una *causa giuridica* autonoma e distinta da rapporti giuridici presupposti o presupponenti (art. 1321 c.c.).

Il punto è di decisiva importanza. La vertenza non viene conclusa con una sentenza o con un lodo arbitrale nè con transazione giudiziale o stragiudiziale in pendenza di un processo, ma si risolve attraverso un atto negoziale che va a collocarsi prima del processo ovvero, se lo disponga il giudice, anche in corso di causa.

Sul piano sostanziale la convenzione consensuale "*cum mediatione*" ritrova la propria causa giuridica in un negozio transattivo di particolare solennità. Il che, peraltro, induce a ritenere che trattasi di un *contratto formale, risolutivo di una controversia allo stato ipotetico o putativo*; di una controversia, cioè, che non può più nascere perché sono venuti meno i motivi della lite.

Quanto agli effetti processuali si è già detto (cfr. par. I) che il procedimento di mediazione, essendo *preliminare al processo* e costituendo una *fase preprocessuale*, non avrebbe dovuto ritenersi *condizione di procedibilità* ma di proponibilità della domanda giudiziale. Ora, al di là dell'atecnicità del *nomen iuris*, va ribadito che l'esperimento, in via preliminare, del procedimento di mediazione costituisce un presupposto processuale la cui omissione deve essere eccepita dal convenuto non oltre la prima udienza, a pena di decadenza.

Il Giudice, invece, può rilevarlo d'ufficio in entrambi i gradi di giudizio.

La parte più diligente che ha chiesto la previa fase della mediazione, ove l'altra non intende aderirvi, si vede comunque costretta a pagare le spese del procedimento *ante causam*! E ciò sia se l'altra parte non interviene e non si costituisce, sia se interviene e rifiuta l'accordo!

Tuttavia la parte più diligente, che ha sopportato le spese del procedimento di mediazione, ha poi diritto al rimborso ... perfino se perde la causa!

A questo punto, *non sembra superfluo rilevare che l'organo di mediazione svolge una funzione di alta consulenza* e che nella trattativa tra le parti egli deve offrire un importante contributo per la formazione dell'accordo e per la soluzione della vertenza ancora non nata.

In questo ruolo il mediatore non interpone la sua volontà tra le parti e, quindi, non la integra e non partecipa al negozio di

conciliazione. Egli, pertanto, non è un arbitratore (che si rinviene nell'arbitrato irrituale), né un arbitro, cioè, un giudice privato, ex art. 806 e segg. c.c..

Ma se così è, il mediatore deve essere necessariamente un tecnico del diritto (avvocato, magistrato, notaio, docente universitario) e non un semplice esperto della materia, oggetto della controversia.

La qualità di mediatore non è indifferente al buon esito della trattativa ed all'immagine stessa dell'istituto giuridico che si vuole introdurre anche nell'ordinamento giuridico italiano.

Il mediatore sollecita la conciliazione, la orienta, ma non vi partecipa, restandone fuori, in posizione neutrale; e, tuttavia, per il rilievo sostanziale e processuale della sua opera, è indubbio che egli svolga una funzione pubblica. Il che suole dirsi "*esercizio privato di una pubblica funzione*", qualità comune a tutte le professioni liberali (Notai, Avvocati, Medici, Ingegneri, Architetti, ecc.).

In questa prospettiva pare auspicabile che le categorie interessate alla mediazione (ad esempio, avvocati, banche, assicurazioni, ordine dei giornalisti, ordine dei medici, ecc.), predispongano propri organismi di mediazione, affidandoli alla cura di soggetti giuridicamente idonei e professionalmente dotati.

Si tratta di istituire un filtro credibile rispetto alla funzione giustiziale, senza che quest'ultima ne venga esclusa o emarginata.

Le disposizioni normative in vigore dovrebbero, pertanto, arricchirsi di nuovi contributi e di opportune discipline integrative.

Per ultimo, non può non tacersi che il TAR Lazio, con Ordinanza n. 03202/2011, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010 per sospetto contrasto con gli articoli 24 e 77 della Costituzione.

La Corte Costituzionale sarà chiamata a decidere sui seguenti profili di dubbio:

- 1) L'art. 5 del citato d.lg.vo n. 28/2010 introduce a carico di chi intende esercitare un'azione giudiziaria l'obbligo del previo esperimento di mediazione che viene definito dalla norma impugnata come condizione di procedibilità della domanda.

Ciò, secondo gli avvocati ricorrenti e ad avviso del TAR remittente sembra porsi in contrasto con l'art. 24 della Costituzione e con l'esercizio del fondamentale diritto di difesa.

- 2) L'art. 5 suindicato, configurando il procedimento di mediazione come fase pre-processuale obbligatoria, appare viziato da eccesso di potere legislativo siccome la legge delega n. 69/2009 non contempla tra i suoi criteri direttivi l'obbligatorietà del previo procedimento conciliativo.

Pertanto, nel silenzio della legge di delegazione, parrebbe emergere il contrasto con l'articolo 77 della Costituzione.

- 3) Infine, l'art. 16 del predetto decreto n. 28/2010 autorizza enti pubblici e privati a costituire organismi deputati a gestire il procedimento di mediazione.

Se non che i criteri di *professionalità e competenza* non vengono salvaguardati perché, ad esempio, il regolamento di esecuzione sembra sostituirli con i criteri di serietà ed efficienza.

Come la stessa ordinanza di rimessione ricorda, la Corte Costituzionale ha ritenuto nel lontano 1977 e, poi, nel 1988 che la violazione del diritto di difesa può sussistere solo se vengano imposti oneri tali da rendere impossibile l'accesso all'attività giurisdizionale.

In realtà, a ben leggere l'ordinanza del TAR Lazio, il giudice a quo non sembra contrario all'istituto della mediazione, ma a come esso è stato configurato dalla legge e dal regolamento n. 180/2010.

Infatti, la normativa europea di riferimento non considera la mediazione alternativa alla giustizia civile o commerciale.

Ed, infatti, l'esperimento conciliativo avendo valore risolutivo della controversia tenderebbe ad escluderne l'apertura, ma non a condizionarla.

In realtà, avere eccepito la violazione del diritto di difesa, ex art. 24 Costit., e l'eccesso di delega, ex art. 77 Costit., potrebbe, tutto sommato, non essere molto convincente!

Ci si è dimenticati, infatti, si segnalare il contrasto con il secondo comma dell'art. 113 della Costituzione, ove si proclama che la tutela giurisdizionale dei diritti o degli interessi *non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi d'impugnazione o per determinati categorie di atti.*

Ma, forse, i ricorrenti hanno inteso auspicare che leggi non molto perfette guadagnino almeno il "*placet*" della Corte Costituzionale.

Poi, si vedrà!