

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

la **MEDIAZIONE & Dibattito**

Ordinanza n. 607/14 del Consiglio di Stato

Contributi:

Avv. Piero Sandulli 19.02.2014

Avv. Luca Tantalò 25.02.2014

DIRETTORE RESPONSABILE

Dott. Marco Ceino
direttore@rivistalamediazione.it

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppe Buffone, *magistrato*
Monica De Rita, *Camera Arbitrale di Roma*

Piero Sandulli, *avvocato, docente di Diritto di procedura civile presso l'Università degli Studi di Teramo*

Giuseppe Tinelli, *avvocato, ordinario di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi di Roma Tre*

Giancarlo Triscari, *magistrato*

REDAZIONE

Via Dardanelli, 33
00195 Roma

Copyright © 2014

Lombardo Editore

www.lombardoeditore.it
infolombardo@lombardoeditore.it

Proprietà della testata: Marco Ceino

Riservati tutti i diritti. Testi e immagini:
vietata la riproduzione, anche parziale

Autorizzazione del Tribunale di Roma
n. 319/2012, 7.12.2012

Brevi note sull'ordinanza n. 607/14 del Consiglio di Stato

Dopo l'ordinanza n. 607 del 13 febbraio 2014, della quarta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, il tema della mediazione finalizzata alla conciliazione nella sua formulazione obbligatoria (quella prevista dall'art. 5 del Decreto Legislativo n. 28/2010) torna, sia pure con toni oscillanti¹, nell'occhio del ciclone.

Prima di dare una valutazione di ciò che il Consiglio di Stato ha riportato all'attenzione degli operatori del diritto è opportuno comprendere, con esattezza, il portato dell'ordinanza dei giudici di Palazzo Spada.

Va, preliminarmente, ricordato che il Consiglio di Stato è stato chiamato a decidere, in fase di reclamo cautelare, rispetto ad un'ordinanza della prima sezione del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, la numero 4872 del 10 dicembre 2013, che aveva respinto, in fase cautelare, la richiesta di sospensione del "regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei fornitori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010"².

Con quella ordinanza il TAR del Lazio ha respinto l'istanza cautelare di sospensione sul presupposto dell'"insuscettibilità dell'atto regolatorio di arrecare all'attualità

in capo ai ricorrenti un danno caratterizzato dai requisiti dell'irreparabilità e della gravità, ben potendo i medesimi conseguire l'integrale riparazione delle posizioni azionate in gravame che dovessero essere ritenute illegittimamente lese in sede di accoglimento del merito del ricorso"; inoltre, il TAR che aveva in precedenza riunito il ricorso n. 10937 del 2010 (munito di motivi aggiunti, proposti dopo che il decreto legge n. 69 del 2013 aveva risolto il tema dell'eccesso di delega riscontrato dalla decisione della Corte Costituzionale n. 2727 del 2012) al ricorso n. 11235 del 2010, chiarisce ancora che sussiste "la necessità di esaminare le nuove (rectius: vecchie) questioni di costituzionalità dedotte in ragione delle modifiche normative sopravvenute in corso di giudizio nella sede propria del merito".

Il Consiglio di Stato, dunque, interviene in fase di appello (rectius: reclamo) cautelare su questo punto, affermando che appaiono meritevoli di un vaglio nel merito i profili sollevati dai ricorrenti quando hanno richiesto la concessione della misura cautelare in primo grado "dovendosi in tali limiti accogliere l'appello e disporre la sollecita fissazione dell'udienza di discussione, ai sensi dell'art. 55, comma 1, del Codice del Processo Amministrativo".

La misura cautelare concessa dal Consiglio di Stato interviene, dunque, nei limiti dell'articolo 55, comma decimo, del decreto legislativo n. 104 del 2010. Il testo del sopra ricordato decimo comma contiene la seguente disposizione "il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se

¹ Vedi al riguardo l'articolo di I. Trovato, sul *Corriere della Sera*, del 13.2.2014, dal titolo *La mediazione il Consiglio di Stato cambia ancora*.

² Regolamento avente numero 180, del 18 ottobre 2010, pubblicato nella G.U. n. 258, del 4 novembre 2010.

*ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito*³.

Si tratta di comprendere l'effettiva portata, sia sostanziale che processuale, della ultima parte del comma decimo per comprendere esattamente la decisione resa dal Consiglio di Stato, che è stata presa nei limiti espressi dal comma in esame⁴.

Dall'analisi del testo appare evidente che il Consiglio di Stato ha posto in essere un percorso argomentativo apparentemente diverso da quello operato dal TAR, ma, nella sostanza, i due ragionamenti sono coincidenti in quanto nelle due distinte ordinanze si indica esclusivamente nel giudice del merito quello chiamato a dipanare la questione anche in relazione ad eventuali ulteriori ipotesi di incostituzionalità della mediazione finalizzata alla conciliazione, avente natura obbligatoria.

Nella prima ipotesi (l'ordinanza del TAR del Lazio) non si realizza nessun evento cautelare in quanto – come detto – il giudice del primo grado cautelare ha respinto la misura richiesta.

Nell'ipotesi del Consiglio di Stato la sospensiva cautelare è accolta sia pure al solo fine di consentire al TAR del Lazio di conoscere in maniera sollecita il merito della questione; tuttavia essendo stato accolto l'appello è da ritenere che nelle more di esso non possano trovare applicazione le norme impugnate al fine di evitare che possa determinarsi un pregiudizio sulla situazione dedotta in giudizio, altrimenti non si comprenderebbe perché la misura cautelare richiesta è stata accolta⁵.

Ora è necessario confidare in una sollecita definizione della vicenda da parte del TAR del Lazio per uscire finalmente dalle

incertezze che da oltre tre anni paralizzano la funzionalità dell'Istituto; è, comunque, certo che non è possibile pensare che tutte le critiche mosse circa l'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione, di natura obbligatoria, siano state risolte dal solo decreto legge n. 69 del 2013 che, come è noto, si è limitato ad occuparsi dell'eccesso di delega, riscrivendo il primo comma dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010.

È auspicabile, per il futuro, che si cominci a considerare la mediazione, finalizzata alla conciliazione delle liti, come una opportunità di tutela dei diritti e non come una prassi obbligatoria, che allontana l'accesso al giudice.

PIERO SANDULLI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

³ Il testo del decimo comma dell'art. 55, pur essendo stato modificato dall'art. 1 del decreto legislativo n. 195 del 2011 è sostanzialmente rimasto invariato rispetto al significato originario.

⁴ Vedi al riguardo R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, Milano 2010, p. 352.

⁵ Vedi sul punto M. Sanino, *Codice del processo amministrativo*, Torino 2011, p. 261.

Commento sull'ordinanza n. 607 dell'11 febbraio 2014

La reale portata dell'ordinanza n. 607 dell'11 febbraio 2014, con cui in pratica il Consiglio di Stato ha confermato il provvedimento di rigetto pronunciato dal TAR Lazio il 10 dicembre scorso in ordine all'istanza cautelare richiesta dall'OUA sul D.M. 180/2010.

L'OUA aveva chiesto al TAR Lazio la sospensione cautelare del D.M. 180/2010, mediante proposizione di motivi aggiunti, a seguito dell'entrata in vigore della nuova normativa in materia di mediazione, contenuta nella L. 98/2013. Peraltro, nei motivi aggiunti, stranamente non si fa mai menzione delle modifiche apportate al D.M. 180 dal D.M. 145/2011, che l'ha modificato sostanzialmente, proprio nelle parti impugnate dall'OUA.

Comunque, dopo il rigetto pronunciato dal TAR, l'OUA aveva proposto appello al Consiglio di Stato che, ha accolto l'appello, ma solo nei limiti di seguito precisati, confermando invece il rigetto dell'istanza cautelare sulla base delle stesse motivazioni addotte dal Giudice di primo grado, ossia perché "non esiste alcun pericolo di danno caratterizzato dai requisiti dell'irreparabilità e della gravità".

Questo, evidentemente, sulla considerazione per cui la sede cautelare non è certamente il luogo più adatto per l'analisi approfondita di tutte le censure ed i rilievi mossi alla disciplina (pregressa ed attuale), con conseguente necessità di esaminare le nuove questioni di legittimità

costituzionale dedotte a seguito delle sopravvenienze legislative (riferimento alla L. 98/2013) nella sede del merito.

Lo stesso articolo del codice del processo amministrativo utilizzato dal Consiglio di Stato conferma questa interpretazione. L'art. 55 co. 10, citato nell'ordinanza, così recita: "Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito". Ove, invece, il Consiglio di Stato avesse voluto accogliere la misura cautelare, avrebbe indubbiamente provveduto ai sensi del comma seguente: "11. L'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito". Non avendo utilizzato questo comma, e avendo accolto nei limiti il ricorso, è evidente che il Collegio non ha disposto alcuna sospensione del D.M. impugnato, limitandosi a rinviare la questione al TAR Lazio per l'esame del merito.

Il Consiglio di Stato avrebbe potuto sospendere, come alcuni sostengono in questi giorni, la normativa sulla mediazione obbligatoria?

Assolutamente no.

La c.d. "mediazione obbligatoria" è stata reintrodotta nel nostro ordinamento dal comma 1-bis del D.Lgs. 28/10, come mo-

dificato dalla L. 98/2013, vale a dire da una disposizione prodotta da fonte di rango primario.

Come noto, il potere di intervenire sulle questioni di legittimità costituzionale di una norma di questo genere spetta esclusivamente alla Corte Costituzionale. Pertanto, al di là del fatto che nel ricorso dell'OUA e di chi vi si è associato, è stato impugnato il D.M. 180 (peraltro nella versione ormai non più in vigore), sia il TAR che il Consiglio di Stato, ove avessero potuto sospendere qualcosa, avrebbero sospeso il D.M., fonte di normativa secondaria, e non certamente il D.Lgs. 28/10, come riformato.

Anche tale sospensione, però, non avrebbe certamente causato il blocco della c.d. "obbligatorietà", né della normativa sulla mediazione, ma avrebbe eventualmente causato solo la necessità di emanazione di un nuovo D.M., che dovrebbe peraltro essere promulgato a breve.

Di conseguenza, non è possibile, in alcun modo, pensare che il Consiglio di Stato abbia sospeso la normativa sulla mediazione, che è ancora totalmente in vigore. Dinanzi al TAR, che a questo punto speriamo fissi l'udienza a breve, si discuterà nel merito di eventuali difetti del D.M. 180/2010, tenuto conto di ciò che abbiamo detto prima.

Infine, una brevissima considerazione sulla questione dell'obbligatorietà. A mio modesto avviso, a prescindere dal fatto che la mediazione, anche se obbligatoria, non costituisce mai un limite all'accesso alla giustizia, visto che in caso di mancato accordo, è sempre possibile rivolgersi al Tribunale (e in tempi brevissimi, massimo tre mesi), non è possibile affermare che in Italia vi sia una vera e propria condizione di procedibilità. La cosiddetta *opt-out*, infatti, consente alle parti di non procedere con la mediazione, ove non ne siano intenzionate, senza spese se non quelle bassissime di segretaria. Non solo le parti non sono obbligate a mediare, ma non sono nemmeno obbligate a provarci.

Sempre a mio modestissimo parere, comunque, la diffusione della mediazione è una battaglia di civiltà. E come tutte le battaglie di civiltà (il casco, le cinture di sicurezza, il divieto di fumo nei locali pubblici), purtroppo in Italia non può che essere "forzata", anche se forse temporaneamente.

te. Basti vedere le statistiche del periodo in cui non vi era la condizione di procedibilità.

Avv. LUCA TANTALO

© RIPRODUZIONE RISERVATA