

## **I nuovi procedimenti di mediazione “civile” e “tributaria”: le limitazioni al diritto di azione tra norme costituzionali e dell’U.E.\***

SOMMARIO: 1. Brevi premesse normative: il procedimento di “mediazione civile” ex art. 5, d.lgs. n. 28/2010. L’ordinanza di rimessione del T.A.R. Lazio (12 aprile 2011, n. 3202). – 2. La garanzia costituzionale del diritto di azione ex art. 24, primo comma, Cost. – 2.1. Le limitazioni riguardanti l’accesso al giudice: a) l’arbitrato. – 2.2. Gli oneri patrimoniali: a) la *cautio pro expensis* ex art. 98 c.p.c. – b) gli oneri fiscali: l’istituto del *solve et repete*. – c) Il contributo unificato per i ricorsi avverso le sanzioni amministrative per violazione del C.d.s. ex art. 2, comma 212, l. n. 191/2009 (Legge finanziaria 2010). – 2.3. La giurisdizione condizionata: a) l’istituto della “conciliazione obbligatoria” nella giurisprudenza della Corte costituzionale tra “condizione di procedibilità” e “condizione di proponibilità”. – 3. La “conciliazione obbligatoria” nella giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. – 4. Sempre sull’obbligatorietà della mediazione civile: l’asserito eccesso di delega. – 5. Postilla. La “mediazione tributaria” ex art. 17-bis (inserito dal d.l. n. 98/2011), d.lgs. n. 546/1992.

di VALERIO TALLINI\*\*  
(luglio 2012)

### **1. Brevi premesse normative: il procedimento di “mediazione civile” ex art. 5, d.lgs. n. 28/2010. L’ordinanza di rimessione del T.A.R. Lazio (12 aprile 2011, n. 3202)**

Oggetto della presente trattazione è costituito dai nuovi procedimenti di mediazione, concernenti le controversie civili<sup>1</sup> e quelle tributarie<sup>2</sup>: più in particolare, ci domanderemo se gli istituti in esame siano compatibili con le disposizioni costituzionali (specie con riferimento al diritto di azione ex art. 24, primo comma, Cost.<sup>3</sup>) e con le norme dettate dall’U.E.

\* Articolo sottoposto a referee. Il presente lavoro costituisce lo sviluppo di una lezione di “giustizia costituzionale” tenuta dall’A. il 6 dicembre 2011 presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell’Università LUISS Guido Carli di Roma.

<sup>1</sup> Su cui si v. volendo il mio *Mediazione ed R.C. auto: profili costituzionalistici relativi alla obbligatorietà dell’istituto della mediazione civile ex art. 5, d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, rivista on-line, 2012, fasc. 3/2012, pp. 1-15.

<sup>2</sup> In argomento si v. volendo il mio *Osservazioni a prima lettura sulla “mediazione tributaria” ex art. 17-bis, d.lgs. n. 546/1992: alcuni profili di incostituzionalità*, in *Riv. Guar. Fin.*, 2012, fasc. 4/2012, pp. 583-587.

<sup>3</sup> Sull’art. 24 Cost. si permetta di rinviare ad A. POLICE, *Commento all’art. 24 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI), I, Torino, 2006, p. 501 ss. e M. GIALUZ, *Commento all’art. 24 della Costituzione*, in *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di S. BARTOLE, R. BIN), Cedam, Padova, 2008, p. 201 ss.

Con riguardo alla materia civile, la direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea ha disciplinato alcuni aspetti della mediazione civile e commerciale. Siffatta direttiva veniva trasposta nel nostro ordinamento con la legge 18 giugno 2009, n. 69 recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" e, segnatamente, con l'art. 60, il legislatore nazionale delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale (comma 1), nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi enunciati al comma 3 (comma 2). Tra questi ultimi si stabiliva che la mediazione avesse ad oggetto controversie su diritti disponibili, senza tuttavia "precludere l'accesso alla giustizia" (comma 3, *lett. a*) e, in ogni caso, si prevedeva che il procedimento non potesse avere una durata eccedente i quattro mesi (comma 3, *lett. q*).

La delega in oggetto – che si prefiggeva lo scopo di ridurre il peso del contenzioso civile ordinario – veniva esercitata con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28<sup>4</sup>, il quale all'art. 5, comma 1, prevede che colui che intenda esercitare in giudizio un'azione relativa ad una serie di diritti<sup>5</sup> è tenuto preliminarmente a esperire il tentativo di mediazione<sup>6</sup> (primo periodo); il quale costituisce "condizione di procedibilità della domanda giudiziale" (secondo periodo); inoltre, "l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza (terzo periodo). Sempre il giudice ove rilevi che la mediazione non è stata esperita (oppure è già iniziata, ma non si è ancora conclusa) assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e, contestualmente, fissa la successiva udienza dopo

---

<sup>4</sup> Tra i primi commenti si v. M. CLARICH, *L'Avvocatura stretta nella crisi economica e alle prese con molte "partite aperte"*, in *Gui. dir.*, 2010, n. 12, p. 10 ss.

<sup>5</sup> Quali "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".

<sup>6</sup> Secondo l'art. 1, *lett. a*), per "mediazione" si intende "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". L'accezione "conciliazione" invece si riferisce alla "composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione" ex art. 1, *lett. c*). Secondo L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 576 il termine "mediazione" identifica, dunque, il procedimento per giungere, ove possibile, alla "conciliazione".

la scadenza del termine di cui all'art. 6 (quarto e quinto periodo). Tale ultima disposizione fissa in quattro mesi la durata massima del procedimento di mediazione (comma 1) e specifica altresì che esso non è soggetto a sospensione feriale (comma 2)<sup>7</sup>.

In seguito, con decreto 18 ottobre 2010, n. 180 il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, ha adottato un regolamento attuativo, andando a disciplinare una serie di profili che, tuttavia, costituiranno oggetto della nostra analisi soltanto marginalmente.

Di fronte a tale impianto normativo – che aveva suscitato più di qualche perplessità tra i primi commentatori<sup>8</sup> – gli organi rappresentativi degli interessi dell'Avvocatura (nella specie, l'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana, alcuni Consigli dell'Ordine, oltre che diverse associazioni collegate al mondo forense) proponevano due ricorsi al T.A.R. Lazio affinché il medesimo annullasse l'anzidetto d.m. n. 180, cit. e, altresì, rimettesse alla Corte costituzionale la questione relativa al predetto art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28, cit. per presunta violazione degli artt. 24, primo comma e 76 Cost.<sup>9</sup>.

Secondo i ricorrenti, l'art. 5, cit. – nel prevedere che l'esperimento del procedimento di mediazione fosse una "condizione di procedibilità", rilevabile anche d'ufficio, della domanda giudiziale con riguardo alle materie di cui alla nota 1 – avrebbe precluso "l'accesso diretto alla giustizia" (andando dunque a violare l'art. 24, primo comma, Cost.), oltre che disatteso le previsioni della legge delega e, in particolare, il suddetto principio e criterio direttivo di cui alla *lett. a)*. Inoltre, si riteneva che l'art. 5 fosse del pari

---

<sup>7</sup> Più in particolare, esso si riferisce alla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché all'approvazione delle indennità spettanti agli organismi.

<sup>8</sup> Su cui si v. L. DITTRICH, *Il procedimento*, cit., p. 594, il quale se da una parte ha salutato con favore l'introduzione dell'istituto in esame, dall'altra non ha condiviso l'introduzione dell'obbligatorietà della mediazione. A suo dire (si noti la sottile ironia), "la colpa...è di Voltaire, che nel 1742 lodò senza riserve l'istituto olandese dei *faiseurs de paix*, le cui caratteristiche erano l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e il divieto per gli avvocati di assistere le parti. Da quelle righe ebbe origine una ininterrotta sequenza di fallimentari tentativi obbligatori di conciliazione, che spaziano dalla legge rivoluzionaria francese n. 16 del 1790 sull'organizzazione giudiziaria per giungere infine all'oggi abrogato art. 412-*bis* in materia di lavoro". Alla luce "dei suoi illustri, e pur fallimentari precedenti", l'A. è dell'avviso che nulla lascia presagire che il tentativo obbligatorio ex art. 5 possa avere migliore fortuna.

<sup>9</sup> Per completezza si consideri che anche l'art. 16 del Decreto (in materia di organismi di mediazione) era ritenuto costituzionalmente illegittimo. Sul punto si rinvia a <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/istituzioniAssociazioni/2011/03/oua-le-sette-questioni-di-incostituzionalita-del-dlgs-282010.html>.

incostituzionale, giacché il Governo aveva introdotto l'obbligatorietà della mediazione, senza che ciò fosse tuttavia previsto nella legge delega<sup>10</sup>.

Investito dei ricorsi, il giudice amministrativo, dopo averli riuniti, mostrava di condividere le argomentazioni proposte dai ricorrenti; e, pertanto, decideva – con un provvedimento molto articolato (nella specie, l'ordinanza 12 aprile 2011, n. 3202<sup>11</sup>) – di trasmettere i relativi atti alla Corte costituzionale.

E' nostra opinione che le argomentazioni del giudice rimettente, seppur pregevoli, non possano essere condivise: invero, l'art. 5, cit., come si vedrà ampiamente nel prosieguo, non sembrerebbe ledere l'art. 24, primo comma, Cost. Tuttavia, ai fini di una maggiore comprensione della vicenda *de qua*, si ritiene opportuno fornire sintetici ragguagli proprio su tale disposizione costituzionale.

## **2. La garanzia costituzionale del diritto di azione ex art. 24, primo comma, Cost.**

L'art. 24, primo comma, Cost. prevede che “tutti possono agire in giudizio in difesa dei propri diritti e interessi legittimi”.

Si tratta del c.d. “diritto di azione”, per il quale il Costituente ha previsto un espresso riconoscimento “costituzionale”<sup>12</sup>: ciò deriva dal

<sup>10</sup> In questo senso anche G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *For. it.*, 2010, V, c. 146 ss. secondo cui vi sarebbe altresì contrasto con le direttive comunitarie, nonché, in maniera meno netta, G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 624.

<sup>11</sup> La si v. in [http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Roma/Sezione/%201/2010/201010937/Provvedimenti/201103202\\_08.XML](http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Roma/Sezione/%201/2010/201010937/Provvedimenti/201103202_08.XML).

Tra i primi commenti al provvedimento si v. D. PONTE, *Il Tar Lazio rimanda alla Corte costituzionale il regolamento sulla “giustizia alternativa”*. Continua il braccio di ferro sul nuovo istituto segnato un punto a favore di chi lo avversa, in *Guid. dir.*, 2011, 17, p. 29 ss.; N. SOLDATI, *Il Tar Lazio rimanda alla Corte costituzionale il regolamento sulla “giustizia alternativa”*. Al vaglio l'obbligo del “previo esperimento”, *ivi*, 2011, p. 32 ss.; G. FINOCCHIARO, *I primi dubbi di legittimità costituzionale del decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Gius. civ.*, 2011, p. 1379 ss.; I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del TAR Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 995 ss.; S. VIOTTI, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1944 ss.; C. PERAGO, *Spunti di riflessione sulla compatibilità costituzionale della mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1877 ss.

<sup>12</sup> Per completezza si rammenta che ci sono anche principi talmente pacifici da non essere previsti esplicitamente nella Costituzione: pensiamo ad es. al principio di legalità. Tale principio secondo la dottrina più autorevole deriverebbe da quello di uguaglianza, in ragione del quale nessun onere o

fatto che le garanzie processuali contenute nello Statuto albertino – sia a causa del regime fascista, sia perché si trattava di una costituzione flessibile e, come tale, modificabile, attraverso una legge ordinaria – avevano comportato una sostanziale esclusione della tutela giurisdizionale per una serie di diritti e interessi. E, dunque, con l'art. 24, primo comma, Cost. è stato “ristabilito” l'accesso incondizionato alla giustizia, quale necessario presupposto di tutela dell'individuo: inoltre, tale principio è stato elevato a livello “costituzionale”, allo scopo di impedire – è questa la *ratio* di tale disposizione – che, in futuro, un qualsivoglia legislatore “ordinario” potesse (e possa) privare, in maniera arbitraria, alcune posizioni giuridiche soggettive<sup>13</sup>.

Il diritto di azione, inoltre, è stato ricompreso dalla giurisprudenza costituzionale dapprima nella categoria dei “diritti inviolabili” (sent. n. 98/1965<sup>14</sup>) e, in un secondo momento, altresì tra “i principi supremi” del nostro ordinamento costituzionale, giacché esso “è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio” (sent. n. 18/1982<sup>15</sup>).

Nondimeno, il fatto che l'art. 24, primo comma, Cost. costituisca un principio supremo comporta che esso non possa essere sovvertito o modificato nel suo contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali: invero, nella celebre sentenza n. 1146/1988<sup>16</sup>, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che rientrano tra i principi supremi “tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma

---

vantaggio può essere attribuito a titolo individuale (con atto, appunto, autoritario) se non in base ad una previa norma eguale, così M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 157 ss.; nonché, più di recente, A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico, Casi e materiali*, IV° ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 264.

<sup>13</sup> Sul dibattito in Assemblea Costituente si v. L.P. COMOGLIO, *Commento all'art. 24 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. BRANCA), Zanichelli-II Foro It., Bologna-Roma, 1981, p. 1 ss.

<sup>14</sup> La si v. in *Giur. cost.*, 1965, p. 1322 ss. Sulla pronuncia – che si sofferma anche sul rapporto tra ordinamenti, per cui quello comunitario deve considerarsi “un ordinamento del tutto distinto da quello interno” – si v. i commenti di M. MAZZOTTI DI CELSO, Osservazione senza titolo, *ivi*, p. 1329 ss.; M. BERRI, *Ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, in *Gius. civ.*, 1966, p. 56 ss.; N. CATALANO, *Osservazione a Corte costituzionale 27 dicembre 1965, n. 98*, in *For. it.*, 1966, c. 9 ss.; A. MIGLIAZZA, *Giudizio di legittimità costituzionale e giudizio innanzi alla Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 308 ss.

<sup>15</sup> Sulla quale si v. per tutti il commento di M. MANETTI, *I principi costituzionali come principi supremi*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 1130 ss.

<sup>16</sup> Su cui si v. per tutti il commento di S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5570 ss.

repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” (Punto 2.1. del *Considerato in diritto*).

Venendo ora al contenuto dell'art. 24 Cost., la locuzione “tutti” sta a significare che la disposizione si riferisce non solo ai cittadini, ma anche agli stranieri, a prescindere dalle condizioni personali o sociali degli stessi. Si tratta, dunque, di una riaffermazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., con specifico riguardo alla tutela giurisdizionale. E, dunque, chiunque sia portatore di un “diritto” ovvero di un “interesse” potrebbe agire nei confronti delle persone fisiche, di quelle giuridiche, dello Stato ovvero degli altri enti territoriali<sup>17</sup>.

## **2.1. Le limitazioni riguardanti l'accesso al giudice: a) l'arbitrato**

Anziché rivolgersi all'autorità giudiziaria, le parti, portatrici di un diritto oppure di un interesse, potrebbero risolvere una determinata controversia (insorta o che potrebbe insorgere) attraverso un arbitrato: tale istituto – che appartiene al novero degli *alternative dispute resolution* – comporta l'affidamento di un apposito incarico ad uno o più soggetti terzi rispetto alla controversia, i quali emettono una decisione denominata “lodo”.

Ebbene è del tutto evidente che l'arbitrato configuri una deroga all'art. 24, primo comma, Cost.; tuttavia ciò non comporta una menomazione della disposizione costituzionale, purché non si tratti

---

<sup>17</sup> Non si può invece agire contro coloro che sono dotati di immunità diplomatica: l'ordinamento italiano si è infatti adeguato, ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione, alla norma di diritto internazionale, generalmente riconosciuta, che ha sancito l'obbligo degli Stati di riconoscere reciprocamente ai propri rappresentanti diplomatici l'immunità dalla giurisdizione civile, anche per gli atti posti in essere quali privati individui. Tale immunità implica una deroga alla giurisdizione non incompatibile con gli artt. 2, 3, 10, 11, 24 e 102 Cost., in quanto necessaria a garantire l'espletamento della missione diplomatica, istituto imprescindibile del diritto internazionale, dotato anche di garanzia costituzionale, come risulta dall'art. 87 Cost., secondo cui il Presidente della Repubblica “accredita e riceve i rappresentanti diplomatici”. In applicazione di detto principio è stata dichiarata non fondata, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 11, 24 e 102 Cost., la questione di legittimità costituzionale concernente l'immunità diplomatica dalla giurisdizione civile dello Stato accreditatario, previsto dall'art. 2, l. 9 agosto 1967, n. 804, nella parte in cui dà esecuzione all'art. 31, paragrafi I e III della Convenzione di Vienna 18 aprile 1961: in tal senso Corte cost. 18 giugno 1979, n. 48, in *Giur. cost.*, 1979, p. 373 ss., con nota di L. CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della costituzione*, *ivi*, p. 455 ss.

dell'arbitrato c.d. obbligatorio: invero, la Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 127/1977 – nella quale ha dichiarato l'incostituzionalità di una normativa dettata in materia di brevetti, nella specie l'art. 25, r.d. n. 1127/1939, che impediva all'inventore e al datore di lavoro di adire l'autorità giudiziaria – ha sottolineato che il fondamento dell'arbitrato sia da rinvenire esclusivamente nella libera scelta delle parti, non potendo la fonte del medesimo “ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa<sup>18</sup>”.

Se infatti l'arbitrato fosse configurato come obbligatorio potrebbe ben capitare che si verifichi una “sproporzione” tra le parti che magari hanno una forza economica diversa. Ne consegue che la realizzazione della giustizia attraverso l'utilizzo degli arbitri può dare vita a risultati soddisfacenti solamente in quei casi in cui le parti si trovino in una posizione di equilibrio. L'arbitrato deve essere, dunque, facoltativo.

In una successiva pronuncia la Corte ha inoltre specificato che la competenza arbitrale può essere sempre derogata non solo attraverso un'eventuale clausola inserita nel bando ovvero nel contratto (in caso di trattativa privata), ma anche dalle parti, in qualsivoglia momento, attraverso un atto unilaterale (sent. n. 152/1996<sup>19</sup>).

## **2.2. Gli oneri patrimoniali: a) la *cautio pro expensis* ex art. 98 c.p.c.**

Un ulteriore limite all'esercizio del diritto d'azione sul quale la Corte costituzionale è stata spesso chiamata a pronunciarsi è costituito dagli oneri patrimoniali. Pensiamo all'art. 98 c.p.c.: esso prevedeva che il giudice su istanza del convenuto disponesse il versamento di una cauzione per il rimborso delle spese (la c.d. *cautio pro expensis*) da parte dell'attore non ammesso al gratuito patrocinio nel timore che la condanna al rimborso delle spese rimanesse ineseguita. Ebbene, tale istituto venne dichiarato incostituzionale con sentenza n. 67/1960<sup>20</sup>, in quanto andava a menomare proprio il diritto di agire in giudizio.

Tale pronuncia, secondo la dottrina, sembra aver subordinato la legittimità di oneri patrimoniali a diverse condizioni:

---

<sup>18</sup> Si v. il commento di V. ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la costituzione*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 1143 ss.

<sup>19</sup> Si v. la nota redazionale di R. ALESSE, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1456 ss.

<sup>20</sup> La si v. in *Giur. cost.*, 1960, p. 1195 ss.

1) il mancato adempimento dell'onere non "deve provocare conseguenze di carattere eccezionale gravità rispetto all'esercizio di diritti che l'art. 24 della Costituzione proclama come inviolabili";

2) l'onere deve essere previsto in funzione di particolari interessi pubblici;

3) l'applicazione dell'istituto deve infine dipendere da categorie e presupposti oggettivi<sup>21</sup>.

### **b) gli oneri fiscali: l'istituto del *solve et repete***

Sulla scorta della sentenza relativa alla *cautio pro expensis* venne altresì annullato il c.d. *solve et repete*, istituto, vigente nel processo tributario, in ragione del quale l'azione del contribuente, volta a far valere l'illegittimità della pretesa dell'amministrazione, era subordinata al preventivo pagamento del tributo: secondo la Corte costituzionale (sent. n. 21/1961<sup>22</sup>) lo strumento in esame si risolveva in un privilegio per una delle parti (in genere, una P.A.), comportando, nel contempo, uno svantaggio per i meno abbienti.

Tale decisione è stata salutata con favore dalla dottrina<sup>23</sup>, tuttavia non poche perplessità hanno destato decisioni di segno opposto (ad es. Corte cost. n. 157/1969), con le quali il giudice delle leggi ha respinto questioni di costituzionalità, anch'esse relative ad impedimenti derivanti dal mancato pagamento di tributi, facendo leva sulla controversa distinzione tra oneri tributari incidenti sull'azione e oneri incidenti sulla disponibilità dei mezzi probatori<sup>24</sup>.

### **c) Il contributo unificato per i ricorsi avverso le sanzioni amministrative per violazione del C.d.s. ex art. 2, comma 212, l. n. 191/2009 (Legge finanziaria 2010)**

---

<sup>21</sup> In questi termini M. GIALUZ, *Commento all'art. 24 della Costituzione*, cit. p. 214.

<sup>22</sup> La si v. in *Giur. cost.*, 1961, p. 138 ss.

<sup>23</sup> L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Cedam, Padova, 1970, p. 267 ss.

<sup>24</sup> Sul commento a tale pronuncia si v. sempre L.P. COMOGLIO, *Tutela giurisdizionale e "razionalità" degli oneri fiscali nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 456 ss. Sulle critiche alla differenziazione operata dalla Corte si v. inoltre M. CAPPELLETTI, V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 604 ss. secondo i quali le garanzie processuali, *in primis* il diritto di azione, non potrebbero mai essere limitate al fine di agevolare la riscossione dei tributi.



Sempre con riferimento al pagamento preventivo di tributi, si sottolinea che anche la materia dei ricorsi avverso le sanzioni amministrative per violazioni del C.d.s. e, segnatamente, l'introduzione del contributo unificato per l'esperimento dei medesimi ha suscitato non poche perplessità, proprio in ragione della paventata impossibilità di agire in giudizio ex art. 24, primo comma, Cost.

Più in particolare, in materia di spese di giustizia, l'art. 2, comma 212, l. 23 dicembre 2009, n. 191 (c.d. Legge Finanziaria 2010) ha introdotto alcune modifiche al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115: nella specie, a partire dal 1 gennaio 2010, anche i procedimenti ex art. 23, l. 24 novembre 1981, n. 689 (tra i quali, appunto, le opposizioni avverso i verbali di violazione al C.d.S.) sono assoggettati al pagamento del contributo unificato, il cui importo è di (almeno) 37 €. <sup>25</sup>. In buona sostanza, dal 1 gennaio 2010, proporre ricorso innanzi al Giudice di pace, allo scopo di impugnare anche la più banale delle contravvenzioni, costa al cittadino non meno di 37 €.

E' evidente che il legislatore, attraverso siffatto provvedimento, si fosse prefisso come scopo quello di disincentivare il più possibile il contenzioso in un settore che, negli ultimi anni, ha avuto una crescita esponenziale.

Si sarebbe potuto obiettare che la scelta operata giammai poteva essere idonea allo scopo, anzi che avrebbe avuto quale unica conseguenza di "traslare" il contenzioso dall'ambito giurisdizionale a quello amministrativo: in buona sostanza, il presunto trasgressore avrebbe utilizzato maggiormente il ricorso al Prefetto ex art. 203 C.d.s., giacché per detto rimedio non era (e non è) previsto alcun onere di carattere pecuniario; e, con ragionevole probabilità, avrebbe avuto anche maggiori possibilità di successo, non foss'altro che l'incremento dei ricorsi avrebbe, di fatto, comportato molteplici accoglimenti per decorrenza dei termini, in virtù del principio del silenzio-assenso ex art. 204, comma 1-bis, C.d.s. <sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Si intende far riferimento alle controversie il cui valore non supera 1.100 €, secondo quanto stabilisce l'art. 13, d.P.R. 30 maggio 2002, cit. All'inizio si prevedeva altresì il pagamento di una marca (pari a 8 €.), a titolo di rimborso forfettario delle spese processuali. Tra i primi commenti a questa normativa si v. R. AMOROSO, *Problemi applicativi a seguito della introduzione del contributo unificato per i ricorsi avverso le sanzioni amministrative per violazioni al Codice della Strada*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=48681>, 11 gennaio 2010, il quale si sofferma, in particolare, su problemi di carattere procedurale (quale sia la misura del contributo quando il valore della causa non sia facilmente riscontrabile e, inoltre, quale debba essere il trattamento da applicare a un ricorso spedito, attraverso il servizio postale, anteriormente al 1 gennaio 2010, ma pervenuto all'ufficio dopo detta data).

<sup>26</sup> Il quale prevede che "I termini di cui ai commi 1-bis e 2 dell'articolo 203 e al comma 1 del presente articolo sono perentori e si cumulano tra loro ai fini della

Tutto ciò però non si è verificato, anche perché le Sezioni unite della Cassazione, con una decisione assai discutibile, hanno ridimensionato lo strumento amministrativo *de quo*. Sul punto è bene fare chiarezza.

Come noto, in caso di rigetto del ricorso, il Prefetto, ai sensi dell'art. 204, comma 1, C.d.s., irroga, attraverso un'ordinanza-ingiunzione, il pagamento di una somma determinata, nel limite del doppio del minimo edittale. Tuttavia, secondo le Sezioni unite "i vizi motivazionali dell'ordinanza-ingiunzione non comportano la nullità del provvedimento e quindi l'insussistenza del diritto di credito derivante dalla violazione commessa, in quanto il giudizio susseguente investe il rapporto e non l'atto e, quindi sussiste la cognizione piena del giudice, che potrà (e dovrà) valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa e in ipotesi non esaminate o non motivatamente respinte, se riproposte nei motivi di opposizione e decidere su di esse con pienezza di poteri sia che le stesse investano questioni di diritto o questioni di fatto"<sup>27</sup>. In buona sostanza, la giurisprudenza di legittimità ha deciso di esonerare l'organo amministrativo (nella specie, il Prefetto) dall'obbligo legislativamente previsto dall'art. 3, l. n. 241/1990, che prevede la necessità di motivare il provvedimento amministrativo, ben potendo il trasgressore, secondo la Cassazione, far valere interamente le sue ragioni attraverso il (successivo) ricorso giurisdizionale<sup>28</sup>.

Alla luce di quanto asserito, il presunto trasgressore, di fronte a una sanzione amministrativa per violazione del C.d.s. si trova di fronte a una sorta di "doppio binario":

a) può proporre ricorso all'autorità prefettizia, consapevole che l'eventuale provvedimento di condanna, alla luce della predetta giurisprudenza, non dovrà necessariamente essere motivato; con la conseguenza che l'amministrazione può ben utilizzare dei moduli prestampati e uniformi privi di alcun riferimento al caso prospettato con il ricorso. E' evidente che avere, di fatto, autorizzato le amministrazioni a raddoppiare l'importo delle sanzioni senza in alcun

considerazione di tempestività dell'adozione dell'ordinanza-ingiunzione. Decorsi detti termini senza che sia stata adottata l'ordinanza del prefetto, il ricorso si intende accolto".

<sup>27</sup> In tal senso Cass., Sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786, in questa rivista, 2010, fasc. 1, [http://www.rivistagiuridica.aci.it/uploads/tx\\_userdoc/1786\\_01.pdf](http://www.rivistagiuridica.aci.it/uploads/tx_userdoc/1786_01.pdf). Sulle critiche alla pronuncia in esame si permetta di rinviare a G. POLI, *Ordinanza ingiunzione del Prefetto e obbligo di motivazione in riferimento alle casistiche conseguenti alle infrazioni al Codice della strada*, in questa rivista, 2010, fasc. 5, [http://www.rivistagiuridica.aci.it/uploads/tx\\_userdoc/Ordinanza\\_ingiunzione\\_del\\_Prefetto\\_e\\_obbligo\\_di\\_motivazione.pdf](http://www.rivistagiuridica.aci.it/uploads/tx_userdoc/Ordinanza_ingiunzione_del_Prefetto_e_obbligo_di_motivazione.pdf).

<sup>28</sup> Come noto, contro l'ordinanza-ingiunzione è possibile esperire ricorso ex art. 205 C.d.s., tuttavia esso è assoggettato al versamento del contributo unificato, in quanto il procedimento, in tal caso, si svolge innanzi all'autorità giudiziaria.

modo motivare le ragioni di tale scelta ha comportato (e comporta) un disincentivo all'utilizzo del più snello ed economico rimedio amministrativo;

b) è di fatto "costretto", specie alla luce di quanto asserito nel capoverso *sub a)*, a proporre immediatamente ricorso innanzi all'autorità giudiziaria, versando, in tal caso, una somma di denaro, quale appunto il contributo unificato.

Nei riguardi di tale ultimo istituto venivano tuttavia sollevate alcune questioni di costituzionalità: più in particolare, a dire dei giudici rimettenti, il contributo unificato avrebbe comportato, tra le altre cose, "un ostacolo all'accesso alla giurisdizione", con conseguente violazione dell'art. 24, primo comma, Cost., considerato che numerose sanzioni amministrative prevedevano (e prevedono) il pagamento di somme inferiori o uguali al contributo minimo (di 37 €.) e, dunque, si sarebbe vanificata la tutela giurisdizionale offerta con l'annullamento di dette sanzioni; vale a dire che, in caso di compensazione delle spese di lite, il ricorrente vittorioso avrebbe subito una depauperazione, seppur modesta, del proprio patrimonio; mentre il mancato pagamento del contributo, secondo i Giudici di pace, avrebbe precluso la (successiva) tutela giurisdizionale, al pari di quanto era avvenuto con la disciplina previgente (nella specie, il comma 3 dell'art. 204-*bis* C.d.s., disposizione introdotta dall'art. 4, comma 1-*septies*, d.l. n. 151/2003, aggiunto dalla legge di conversione n. 214/2003), la quale, prima di essere dichiarata incostituzionale con sentenza n. 114/2004<sup>29</sup>, prevedeva – a carico di chi volesse proporre ricorso avverso il verbale di contestazione d'infrazione – l'onere di "versare, a pena di inammissibilità del ricorso, una somma pari alla metà del massimo edittale della sanzione inflitta dall'organo accertatore".

Investita delle questioni, la Corte costituzionale mostrava tuttavia di non condividere le predette argomentazioni, giungendo a dichiararle manifestamente inammissibili (ord. n. 143/2011): ciò in ragione del fatto che il mancato versamento del contributo unificato, a differenza della normativa dell'anno 2003, non costituiva (più) una condizione di ammissibilità o di procedibilità del giudizio, non comportando, dunque, alcuna menomazione della facoltà di agire in giudizio ex art. 24, primo comma, Cost., bensì la mera attivazione, da parte della cancelleria del magistrato dove è depositato l'atto

---

<sup>29</sup> La si v. in *Giur. it.*, 2005, c. 458. Secondo la Corte, nel valutare l'idoneità di una tassa a ledere il diritto alla tutela giurisdizionale, occorre distinguere tra "oneri razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio", la cui previsione non determina un ostacolo alla tutela giudiziaria, ma ne costituisce solo il costo, e quelli che invece "tendono alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette", i quali conducono al risultato "di precludere o ostacolare gravemente l'esperienza della tutela giurisdizionale".

introduttivo del giudizio, della procedura per la riscossione coattiva del contributo stesso ex artt. 16, 247 e 249, d.P.R. n. 115, cit.<sup>30</sup>, oltre che l'applicazione della sanzione ex art. 71, d.P.R. n. 131/1986<sup>31</sup>.

Inoltre, veniva dichiarata inammissibile (per difetto di rilevanza) anche l'ulteriore questione, sollevata, in tal caso, in una controversia in cui il ricorrente aveva, viceversa, provveduto spontaneamente a pagare il contributo in esame: ebbene, secondo il nostro parere, in tale ipotesi, per il giudice delle leggi è stato assai agevole sbarazzarsi della questione, giacché il pagamento spontaneo comportava, come logica conseguenza, che della norma censurata il rimettente non dovesse fare applicazione nel giudizio a quo<sup>32</sup>.

### **2.3. La giurisdizione condizionata: a) l'istituto della "conciliazione obbligatoria" nella giurisprudenza della Corte costituzionale tra "condizione di procedibilità" e "condizione di proponibilità"**

Ma è soprattutto con il costante orientamento espresso dalla Corte costituzionale in materia di conciliazione obbligatoria che le argomentazioni del TAR Lazio (*supra* n. 1) sembrerebbero contrastare.

l) Più in particolare, nella sentenza n. 82/1992<sup>33</sup>, la Corte costituzionale ha ritenuto conforme a Costituzione il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 5, l. n. 108/1990 (Disciplina dei licenziamenti individuali): anch'esso – al pari dell'art. 5, d.lgs. n. 28, cit. – costituiva una "condizione di procedibilità dell'azione", andando, dunque, a rappresentare un chiaro esempio di

---

<sup>30</sup> Ai sensi dell'art. 16 T.U. in caso di omesso o insufficiente pagamento del contributo unificato, entro 30 giorni dal deposito del ricorso, a norma dell'art. 248 T.U., la cancelleria notifica alla parte, ai sensi dell'art. 137 c.p.c., l'invito al pagamento dovuto, quale risulta dal raffronto tra il valore della causa dichiarato e il corrispondente scaglione indicato dall'art. 13 T.U., con espressa avvertenza che si procederà a iscrizione a ruolo, con addebito degli interessi al saggio legale, in caso di mancato pagamento entro trenta giorni.

<sup>31</sup> Esso stabilisce che se il valore definitivamente accertato, ridotto di un quarto, supera quello dichiarato, si applica la sanzione amministrativa dal 100 al 200% della maggiore imposta dovuta.

<sup>32</sup> Sul punto cfr., oltre a Corte cost. n. 143/2011, cit., anche le successive ordinanze nn. 195/2011, 284/2011 e 69/2012.

<sup>33</sup> La si v. in in *For. it.*, 1992, I, c. 1023, con nota di G. COSTANTINO.

“giurisdizione condizionata<sup>34</sup>”, ma ciononostante non si poneva in contrasto con il diritto di azione di cui all’art. 24, primo comma, Cost.

Sul punto occorre premettere quanto segue. Abbiamo visto che all’attribuzione della titolarità di un diritto soggettivo (ovvero di un interesse legittimo) si accompagna il riconoscimento del potere di farlo valere innanzi ad un giudice in un procedimento giurisdizionale<sup>35</sup>: si tratta, in particolare, della c.d. inscindibilità “diritto-azione”, sancita in modo pieno dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 7/1962<sup>36</sup>. Ne consegue che se “difetta positivamente la titolarità del diritto sostantivo che si vorrebbe far valere in giudizio” non si può invocare a giusta ragione il diritto processuale d’azione<sup>37</sup>.

Tale ricostruzione, tuttavia, venne mitigata dalla medesima Corte costituzionale, la quale, a partire dalla sentenza n. 47 del 1964, giunse ad affermare che il binomio “diritto-azione” non era (e non può essere) inteso in senso assoluto: in particolare, l’art. 24, primo comma, Cost. “non impone una correlazione assoluta tra il sorgere del diritto e la sua azionabilità”, purché ricorrano due ipotesi, quali le “esigenze di ordine generale” e le “superiori finalità di giustizia”. E,

---

<sup>34</sup> Essa viene in essere quando la proponibilità della domanda è subordinata a determinate formalità previste dalla legge. Secondo F.P. Luiso, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, pp. 380-383, la giurisdizione condizionata non va a contrastare con il diritto di azione purché vi sia l’indicazione di un periodo massimo di durata della fase conciliativa, oltre che l’anticipazione degli effetti della domanda giudiziale.

<sup>35</sup> La dottrina processualista configura l’ordinamento e la giurisdizione in termini “statici” ovvero “dinamici”. La concezione statica si deve a G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli, 1982, il quale era dell’avviso che “il processo serve non già a rendere concreta la volontà della legge, poiché questa volontà si è già formata come volontà concreta anteriore al processo, ma ad accertare quale sia la volontà di legge ed attuarla”. In altri termini, secondo tale autorevole tesi, il processo avrebbe dovuto soltanto verificare la sussistenza o meno del diritto. Propendono invece per una ricostruzione dinamica S. SATTÀ, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 2000, p. 11, per i quali “l’ordinamento non vive nell’astratto, bensì nel concreto, e questa concretezza trova ad ogni istante nell’azione umana che ad esso si adegua, e in quanto si adegua. Di qui l’inscindibilità assoluta dell’ordinamento dall’azione, più semplicemente unità dell’ordinamento, perché se è vero che l’ordinamento senza azione è mero *flatus vocis*, non è meno vero che l’azione senza ordinamento è puro fatto, privo di ogni rilevanza”. In buona sostanza, secondo questo autorevole orientamento “l’ordinamento è un perpetuo divenire attraverso l’azione”.

<sup>36</sup> La si v. in *Giur. cost.*, 1962, p. 73 ss., punto 5 del *Considerato in diritto*, con note di C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice nella “non arbitrarietà” delle leggi*, p. 78 ss. e M. GIORGIANNI, *Le norme sull’affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di “ragionevolezza” delle norme speciali?*, p. 82 ss.

<sup>37</sup> Così Corte cost., 25 giugno 1981, n. 140, punto 6 del *Considerato in diritto*, *ivi*, 1981, p. 1348 ss., con nota di L. CARLASSARE, *Dopo il monito al legislatore un invito ai giudici*, p. 1353 ss.

comunque, anche ove sussistano dette circostanze, il legislatore sarebbe semplicemente “tenuto ad osservare il limite imposto dall’esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa ovvero di non differirla irrazionalmente o *sine die*<sup>38</sup>”.

Sulla base di queste premesse, la Corte costituzionale precisava che il diritto di azione “non comporta”, quindi, “l’assoluta immediatezza del suo esperimento”: invero, le limitazioni che tendono a evitare “l’abuso del diritto alla tutela giurisdizionale” o “ancor meglio, l’eccesso della giurisdizione, in vista di un interesse della stessa funzione giurisdizionale”, altro non rappresentano che la ragion d’essere della “giurisdizione condizionata<sup>39</sup>”, la quale, a sua volta, costituisce un’esplicazione del principio di economia processuale.

Alla luce di quanto asserito emerge che il legislatore debba contemperare due principi: egli può certamente imporre degli oneri (in senso lato) all’esperimento dei rimedi giurisdizionali (si pensi alla previa proposizione di un ricorso amministrativo), oneri che vadano a salvaguardare gli “interessi generali”, senza tuttavia che il diritto di azione venga eccessivamente sacrificato, potendo la tutela giurisdizionale – al limite – essere procrastinata<sup>40</sup>.

Diversamente, se l’art. 5, d.lgs. n. 28, cit. anziché come “condizione di procedibilità” della domanda fosse stato invece previsto come “condizione di proponibilità” della stessa, a nostro avviso non si sarebbe potuto realizzare quel punto di equilibrio tra l’effettiva garanzia dell’azione e il limite al suo condizionamento. Invero, mentre la condizione di procedibilità comporta che il giudice, dopo aver verificato che il tentativo di mediazione non è stato esperito, fissi alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda (di mediazione) secondo quanto prevede l’art. 5, per cui la (eventuale) tutela giurisdizionale comunque si può sempre realizzare non pronunciando il giudice un’*absolutio ad instantia* con rigetto in rito della domanda<sup>41</sup>; in senso

---

<sup>38</sup> La si v. in *Giur. cost.*, 1964, p. 586 ss., punto 3 del Considerato in diritto, con nota di C. ESPOSITO, *Onere del previo ricorso amministrativo e tutela giurisdizionale sui diritti*, p. 590 ss., secondo la quale sono conformi a Costituzione le norme che subordinano, in casi determinati e per ragionevoli motivi, l’esercizio dell’azione giudiziaria all’esperimento di una previa procedura amministrativa.

<sup>39</sup> Così Corte cost. n. 82/1992, Punto 2 del *Considerato in diritto*, cit.

<sup>40</sup> Sul punto cfr. G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Le soc.*, 2010, p. 627 secondo cui non sarebbero del tutto chiari i criteri utilizzati dalla Corte per distinguere tra le diverse ipotesi di filtri di accesso: a suo dire, le distinzioni usate dalla Corte assomiglierebbero a “paralogismi”, funzionali a mantenere in capo alla Corte un ampio margine di discrezionalità.

<sup>41</sup> In senso simile si v. F. MURINO, *Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti*, in *Corr. mer.*, 2010, p. 594. Sul punto cfr. anche

contrario una qualsivoglia condizione di proponibilità, in un caso analogo, avrebbe precluso ogni attività giudiziale: a titolo esemplificativo, si pensi alla declaratorie di incostituzionalità nei riguardi dell'art. 10, r.d. n. 148/1931 nella parte cui sanciva l'improponibilità, anziché l'improcedibilità, dell'azione giudiziaria in caso di mancata o tardiva presentazione del reclamo gerarchico rispettivamente per le controversie di lavoro aventi per oggetto diritti patrimoniali (sent. n. 57/1972<sup>42</sup>) e per quelle concernenti ogni altro diritto non esclusivamente patrimoniale (sent. n. 93/1979<sup>43</sup>).

II) L'istituto del tentativo obbligatorio di conciliazione era previsto anche nell'ambito delle controversie di lavoro tra privati e, segnatamente, all'art. 412-*bis* c.p.c.<sup>44</sup>, secondo cui l'espletamento del tentativo medesimo costituiva "condizione di procedibilità della domanda" (primo comma). Con la sentenza n. 276/2000<sup>45</sup>, la Corte costituzionale, adita per presunta violazione del diritto di azione, rigettava – anche sulla scorta della precedente pronuncia del 1992 – le censure dei giudici rimettenti, specificando, tra l'altro, che il tentativo obbligatorio di conciliazione "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" (Punto 3.4. del *Considerato in diritto*).

III) L'istituto in esame caratterizzava anche le controversie di lavoro pubblico: in particolare l'art. 65, T.U. n. 165/2001<sup>46</sup> faceva un esplicito rinvio alle disposizioni previste dall'art. 410 c.p.c. in materia di controversie di lavoro tra privati (*supra* n. II). Anche in ordine a detta disposizione veniva lamentata una presunta violazione dell'art. 24, primo comma, Cost. Tuttavia, la Corte costituzionale, con sentenza n. 199/2003<sup>47</sup> non aveva alcuna difficoltà a respingere la

---

E. FABIANI, M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. not.*, 2010, p. 893 ss.; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento*, in *Le soc.*, 2010, p. 634.

<sup>42</sup> La si v. in *For. it.*, 1972, I, c. 1172 ss.

<sup>43</sup> La si v. in *For. it.*, 1979, I, c. 2539 ss.

<sup>44</sup> La disposizione è stata poi abrogata dall'art. 31, comma 9, l. n. 183/2010.

<sup>45</sup> Su cui si v. la nota di L. DE ANGELIS, *E' legittimo il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *For. it.*, I, c. 2752 ss.

<sup>46</sup> Anche siffatta disposizione è stata abrogata dall'art. 31, comma 9, l. n. 183, cit.

questione, non foss'altro che la norma al suo esame rinviava ad altra disposizione, ritenuta – prima di allora – conforme a Costituzione.

IV) Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca anche la sentenza n. 403/2007<sup>48</sup>, in cui la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata una questione sollevata nei riguardi dell'art. 1, comma 11, l. n. 249/1997, in virtù della quale nelle controversie tra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure fra soggetti autorizzati o destinatari di licenze fra loro “non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza” all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. L'unica eccezione è tuttavia costituita dai provvedimenti cautelari: in particolare, il mancato esperimento del predetto tentativo non preclude la concessione dei medesimi provvedimenti. Ciò perché la tutela cautelare, “in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale, anche indipendentemente da una previsione espressa (Corte di giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*)”.

### **3. La “conciliazione obbligatoria” nella giurisprudenza della Corte di giustizia U.E.**

Dell'anzidetta disposizione (art. 1, co. 11, l. n. 249, cit.) si è occupata recentemente anche la Corte di giustizia europea (Quarta Sezione, sentenza 18 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08<sup>49</sup>): in particolare, essa veniva investita della domanda di pronuncia pregiudiziale con riguardo all'interpretazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva rispetto a una normativa (quella italiana, appunto) che prevedeva – come visto – un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale, come condizione di procedibilità dei ricorsi giurisdizionali di cui al precedente capoverso.

---

<sup>47</sup> Su cui si v. M. BARBIERI, *La Corte costituzionale di fronte all'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi di lavoro pubblico: non tutti i problemi sono risolti*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2004, p. 123 ss.

<sup>48</sup> Su cui si v. T. GUARNIER, *Ragionevolezza, interpretazione e dialogo tra giudici. Come la Corte risponde alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento*, in *Giur. it.*, 2008, c. 1099 ss.

<sup>49</sup> Su cui si v. i commenti di G. FINOCCHIARO, *Un'interpretazione dei giudici di Lussemburgo in linea con i parametri costituzionali*, in *Guida dir.*, 2010, 14; nonché G. ARMONE, P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, in *For. it.*, 2010, IV, c. 372 ss.



Secondo il Giudice di Lussemburgo, il fatto che una normativa nazionale “non solo abbia introdotto una procedura di conciliazione extragiudiziale, ma abbia per di più reso obbligatorio il ricorso a quest’ultima, prima del ricorso ad un organo giurisdizionale, non è tale da pregiudicare la realizzazione dell’obiettivo” (Punto 45), quale “una risoluzione equa e tempestiva delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori” (Punto 38). Al contrario, una normativa del genere, proprio perché “garantisce il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie, tende a rafforzare l’effetto utile della direttiva” (Punto 45, ultimo capoverso), contemperandolo con “il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva” (Punto 46): invero, essa “non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti ai singoli<sup>50</sup>” (Punto 53). Ciò che conta – continua la Corte di giustizia – è che la procedura “non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi ingenti, per la parti...e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l’urgenza della situazione lo impone” (si v. *Dispositivo*).

In sintesi: alla luce della giurisprudenza, sia della Corte costituzionale (*supra* n. 2.3.), sia della Corte di giustizia europea, l’art. 5, d.lgs. n. 28, cit. non sembrerebbe contrastare con il diritto di azione (né con la legislazione dell’U.E.), come, per converso, ritiene il T.A.R. Lazio: invero, le decisioni richiamate – tutte concernenti uno “speculare” tentativo obbligatorio di conciliazione, in materia di licenziamenti, controversie private, pubblico impiego e telecomunicazioni – inducono a ritenere per la conformità della disposizione impugnata con l’art. 24, primo comma, Cost.<sup>51</sup>.

#### **4. Sempre sull’obbligatorietà della mediazione civile: l’asserito eccesso di delega**

Secondo il giudice amministrativo l’art. 5 del Decreto sarebbe altresì illegittimo con riguardo a un ulteriore profilo: a suo dire si

---

<sup>50</sup> Si tratta dello stesso principio sancito dalla Corte costituzionale, sicché il dialogo multilivello tra le Corti apparirebbe in ottima salute, in tal senso G. FINOCCHIARO, *Un’interpretazione*, cit., p. 32.

<sup>51</sup> Propende per la legittimità costituzionale della condizione di procedibilità e, più generale, dell’art. 5 del Decreto anche R. MASONI, *L’esercizio della delega in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs. n. 28 del 2010*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1212 ss.

sarebbe verificato un eccesso di delega<sup>52</sup>, con conseguente violazione degli artt. 76 e 77 Cost., giacché il decreto aveva previsto l'obbligatorietà della mediazione, senza che ciò fosse tuttavia stabilito nella legge delega<sup>53</sup>.

Secondo la nostra opinione, anche tale argomentazione non può essere condivisa, andando essa a contrastare con un puntuale pronunciamento della Corte costituzionale.

In primo luogo, nella già richiamata decisione n. 276/2000<sup>54</sup> (*supra* n. 2.3.) veniva sollevata una questione pressoché identica: anche allora, al pari di oggi, la legge delega (nella specie, l'art. 11, comma 4, lett. g), l. n. 59/1997) non prevedeva l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, ma ciononostante la Corte costituzionale provvede a rigettare la questione. Ciò in ragione del fatto che i principi e i criteri direttivi, secondo la costante giurisprudenza, sono sempre "da ricostruire tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega": nella specie, quest'ultima faceva parte di un ampio disegno di riforma della pubblica amministrazione, con importanti ricadute sul riparto della giurisdizione fra il giudice ordinario e il giudice amministrativo. Sicché nel passaggio dalla giurisdizione amministrativa a quella ordinaria delle controversie sul rapporto di impiego "privatizzato" con le pubbliche amministrazioni, vi era stata "la messa a punto di strumenti idonei ad agevolare a composizione stragiudiziale delle controversie", allo scopo di limitare il ricorso al giudice ordinario "alle sole ipotesi di inutile sperimentazione del tentativo di conciliazione" (Punto 2.3. del *Considerato in diritto*).

In seconda battuta – e venendo al "merito" della questione – quali sono, *mutatis mutandis*, le finalità che si propone di perseguire l'art. 60, l. n. 69, cit., cioè la legge delega da cui è scaturito l'art. 5 del d.lgs. n. 28, cit.? Secondo il T.A.R. Lazio "nessuno dei criteri e principi direttivi previsti e nessuna altra disposizione dell'articolo espressamente assume l'intento deflattivo del contenzioso giurisdizionale o configura l'istituto della mediazione quale fase pre-processuale obbligatoria". Né, secondo il giudice rimettente, detto tema potrebbe costituire "un mero sviluppo delle scelte effettuate in sede di delega, né una fisiologica attività di riempimento o di

---

<sup>52</sup> Tale istituto, secondo autorevole dottrina, ma non sempre secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, andrebbe distinto dal c.d. "difetto di delega", che si ha quando il decreto legislativo, pur non violando alcun principio della delega, va a disciplinare materie escluse dall'ambito oggettivo della medesima, in tal senso L. PALADIN, *Commento agli artt. 76 e 77*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. BRANCA), Bologna-Roma, 1979, p. 30.

<sup>53</sup> Sulla legge delega si v. per tutti F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, 2009, p. 169 ss.

<sup>54</sup> La si v. in *For. it.*, I, c. 2752 ss.

coordinamento normativo”, con la conseguenza che, “tenendo conto del silenzio serbato dal legislatore delegante sullo specifico tempo, occorrerebbe almeno che l’art. 60 lasci trasparire elementi in tal senso univoci e concludenti” (Punto 13.1. dell’ordinanza).

E’ nostra opinione invece che l’intento deflattivo si ricavi non tanto (o non solo) dalla legge delega, bensì da un compiuto esame dei lavori preparatori della medesima: in proposito nella seduta delle Commissioni riunite I (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni) e V (Bilancio) della Camera dei deputati del 22 settembre 2008 veniva approvata la proposta di parere del relatore in cui veniva sottolineato come gli interventi legislativi (tra cui l’istituzione della mediazione civile e commerciale) fossero, “singolarmente e nel loro complesso, apprezzabili, poiché idonei a migliorare l’efficienza della giustizia civile, nonché a determinare una chiara ed evidente accelerazione dello svolgimento del processo civile e, quindi, della sua conclusione” (Allegati 1 e 2). A ciò si aggiunge la circostanza che una proposta di parere di identico contenuto, quantomeno con riguardo al profilo della mediazione, veniva altresì presentata (e, all’unanimità, fatta propria dalla Commissione) da parte di un Deputato (nella specie, l’On. Di Pietro), il cui partito non aveva conferito la fiducia alla compagine governativa allora in carica (Allegato 5).

I medesimi concetti venivano ribaditi anche nella discussione svoltasi in Assemblea il 16 marzo 2009: in quella sede, l’On. Bernini, che fungeva da Relatore per la I Commissione, ribadiva come il legislatore stesse “mostrando una particolare sensibilità...per strumenti di velocizzazione e deflazione del contenzioso praticati con successo in altri ordinamenti di settore”, tra i quali la mediazione e la conciliazione. Tali istituti, a dire della relatrice, producevano i loro effetti “fuori e dentro il processo, sia in una fase precontenziosa, per fermare il conflitto ad uno stadio per quanto possibile basso, sia come deterrente alla prosecuzione di un processo già radicato”.

In conclusione: la circostanza che la legge delega non abbia previsto l’obbligatorietà della mediazione, secondo il nostro parere, non dovrebbe costituire un fattore decisivo a favore della tesi dell’incostituzionalità: invero, il fatto che la Corte costituzionale abbia rigettato una questione pressoché identica, nonché la finalità deflattiva perseguita dal legislatore (che si evince, peraltro con assoluta chiarezza, dall’analisi dei lavori parlamentari) costituiscono, secondo la nostra opinione, alcuni tra gli argomenti che dovrebbero scongiurare la presunta violazione degli artt. 76 e 77 Cost.<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Secondo G. DALFINO, *La giustizia civile alle prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28). III. Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *For. it.*, 2010, V, c. 144 invece l’eccesso di delega sarebbe

## **5. Postilla. La “mediazione tributaria” ex art. 17-bis (inserito dal d.l. n. 98/2011), d.lgs. n. 546/1992**

Sulla scia delle scelte operate in ambito civilistico il legislatore ha introdotto una procedura conciliativa obbligatoria anche con riferimento alla materia tributaria: nella specie, si tratta dell'art. 39, comma 9, d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111) che ha inserito nel d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (*Disposizioni sul processo tributario*), l'art. 17-bis, denominato “*Il reclamo e la mediazione*”. Tale disposizione ha previsto, per le controversie di valore non superiore a ventimila euro, relative ad atti dell'Agenzia delle entrate, notificati a decorrere dal 1 aprile 2012, un rimedio da esperire in via preliminare (c.d. reclamo) ogni qualvolta si intenda presentare un ricorso (comma 1), pena l'inammissibilità dello stesso (comma 2).

Secondo l'Agenzia delle entrate, si tratterebbe di uno strumento deflattivo del contenzioso, con il quale si prevede la presentazione obbligatoria di un'istanza che anticipa il contenuto del ricorso, nel senso che con essa il contribuente chiede l'annullamento totale o parziale dell'atto sulla base degli stessi motivi di fatto e di diritto che intenderebbe portare all'attenzione della Commissione tributaria provinciale nella successiva (ma eventuale) fase giurisdizionale<sup>56</sup>.

Inoltre, è in facoltà del contribuente inserire nell'istanza una proposta di mediazione, completa della rideterminazione dell'ammontare della pretesa (comma 7).

A sua volta, la Direzione (provinciale o regionale) che ha emanato l'atto, cioè l'organo destinatario del reclamo (comma 5), ove non intenda accogliere il reclamo volto all'annullamento totale o parziale dell'atto, né l'eventuale proposta di mediazione, formula d'ufficio una proposta di mediazione (comma 8).

Tuttavia, in caso di mancata conclusione positiva della fase amministrativa di mediazione (cioè decorsi novanta giorni senza che sia stato notificato l'accoglimento del reclamo o senza che sia stata conclusa la mediazione), il reclamo produce gli stessi effetti del ricorso (comma 9): in altri termini, detta disposizione considera l'azione giudiziaria già esercitata, richiedendo al contribuente, per

---

confermato facendo riferimento alla lett. n) della legge n. 69, cit., il quale menziona il dovere dell'Avvocato di informare il cliente della possibilità, e non della necessità, di avvalersi del procedimento di mediazione, il quale dunque non potrebbe assolvere alla funzione di “filtro”.

<sup>56</sup> Così Agenzia entr., Direz. Centr. Affari Legali, Circ. 9/E, 19 marzo 2012, in [http://www.finanze.gov.it/export/download/novita2012/cir9e\\_del\\_19.03.12.pdf](http://www.finanze.gov.it/export/download/novita2012/cir9e_del_19.03.12.pdf).

l'attivazione del contenzioso, esclusivamente l'ordinario onere della costituzione in giudizio innanzi alla Commissione tributaria provinciale<sup>57</sup>.

E' nostro parere che da una prima e sommaria analisi delle predette disposizioni sembrerebbero emergere non pochi profili di incostituzionalità dell'istituto della mediazione tributaria: ad esempio, la mancanza di una tutela cautelare in tutto il periodo di tempo occorrente per l'obbligatorio esperimento del reclamo<sup>58</sup>; inoltre, un'ulteriore censura potrebbe ravvisarsi nella disciplina delle spese sostenute per la procedura, per le quali non è disposto alcun ristoro in caso di accoglimento del reclamo<sup>59</sup>.

E, soprattutto, secondo la nostra opinione, vi è una chiara menomazione del diritto di azione: ciò perché l'art. 17-*bis*, comma 2, cit. – a differenza di quanto accade con l'art. 5, cit. in caso di mediazione civile – si sostanzia in una “condizione di ammissibilità” del ricorso, andando a precludere, in caso di mancata presentazione dell'istanza, qualsivoglia attività giudiziale.

\*\* Assegnista di ricerca in diritto costituzionale nel Dipartimento di giurisprudenza dell'Università Luiss Guido Carli di Roma

---

<sup>57</sup> Sul rapporto tra reclamo e processo di v. M. BASILAVECCHIA, *Dal reclamo al processo*, in *Cor. trib.*, 2012, p. 841 ss.

<sup>58</sup> Sul punto si permetta di rinviare alla dettagliata ricostruzione fornita da C. GLENDI, *Tutela cautelare e mediazione tributaria*, in *Corr. trib.*, 2012, fasc. 12, p. 845 ss., secondo cui l'art. 17-*bis* andrebbe a contrastare con gli articoli 3, 24 e 111 Cost.

<sup>59</sup> In tal senso si v. G. MARINI, *Profili costituzionali del reclamo e della mediazione*, in *Cor. trib.*, 2012, p. 853 ss.