

## SULLA ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI MEDIAZIONE DI CUI ALL'ART. 5 D.LGS. N. 28/2010 (\*)

ALDO ANGELO DOLMETTA

### 1. Quesito

Sono richiesto di rendere il mio parere a proposito del recente decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, rubricato «Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali». Più precisamente, il quesito, sottoposto alla mia attenzione, fa specifico riferimento alla norma dell'art. 5, comma 1, del citato decreto, che viene a istituire – per una svariata serie di ipotesi – il tentativo di mediazione come «condizione di procedibilità della domanda giudiziale». E si sostanzia nell'interrogativo se detta norma – e la correlativa figura che ne deriva (: c.d. «*tentativo obbligatorio di mediazione*») – rispettino effettivamente, oppure no, i principi dettati dalla vigente nostra Costituzione.

Data questa prospettiva, naturalmente il detto tentativo obbligatorio viene qui assunto nei peculiari termini in cui risulta conformato dall'articolata disciplina che il richiamato decreto – nonché la relativa legge delega e pure i successivi svolgimenti regolamentari, quale il decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 258 («Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010») – hanno ritenuto di dovergli assegnare.

Quanto appena indicato, d'altro canto, pure esaurisce l'arco tematico della presente indagine: alla stessa rimanendo quindi estraneo ogni rilievo

---

\* Parere *pro veritate* reso il 14 aprile 2011, su quesito posto all'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana (OUIA).

circa il diverso quesito se sia o meno costituzionale tale disciplina (o, meglio, tutti e ciascuno dei punti di cui essa si compone) una volta che venga congiunta e riferita al c.d. tentativo facoltativo di mediazione di cui all'art. 2 del decreto legislativo in discorso.

## 2. Risposta di sintesi

Secondo il mio ponderato avviso, non possono non essere condivise le forti e diffuse perplessità di illegittimità costituzionale del tentativo obbligatorio di mediazione sortito dal decreto n. 28 (per tutti cfr., proprio in questi giorni, Alpa, come riferito da Maciocchi, in *Guida al diritto*, 30 marzo 2011). La risposta da dare al descritto quesito si mostra dunque di segno negativo: in effetti, la norma dell'art. 5 comma 1 non sembra riuscire a superare il necessario vaglio della costituzionalità.

Ora, questa valutazione si nutre di più e distinte ragioni (seppure per grande parte attraversate da un filo conduttore comune), secondo quanto si passa a verificare: subito dopo avere dato un minimo di organizzazione alla programmata esposizione.

In sostanza, queste ragioni attengono alla materia della delega legislativa; e, distintamente, impingono pure in diversi profili del «merito». In concreto, le norme violate dal «tentativo obbligatorio di mediazione» risultano, volta a volta, quelle dell'art. 76 Cost., come altresì quella dell'art. 3, comma 1, Cost. (sotto il versante sia del principio di ragionevolezza, sia di quello della parità di trattamento) e quelle degli artt. 24, 25 e 102, comma 1, Cost.

Ora, l'angolazione fornita dalla materia della delega legislativa e delle violazioni dell'art. 76 si manifesta nell'intrinseco preliminare; nella specie concreta, poi, viene a proporre pure qualche tratto di propedeuticità (rispetto al resto). Conviene quindi senz'altro avviare il preannunciato riscontro da questo lato: per poi transitare all'illustrazione degli ulteriori profili. E avviarlo da qui significa riscontrare sia la presenza del vizio di delega «in bianco» (per certi aspetti), sia dell'eccesso di delega (per altri).

### 3. La legge delega: mancanza di una serie di «principi e criteri direttivi»

3.1.- In proposito, un primo profilo di delega in bianco è sollevato dal testo del comma 1 dell'art. 60 (legge 18 giugno 2009, n. 69). Questa la disposizione: «il Governo è delegato ad adottare, ... uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione *in ambito civile e commerciale*» (corsivo aggiunto; questa disposizione è sostanzialmente ripresa, poi, da quella contenuta nella *lett. a.* del comma 3).

Ora, l'equivocità dell'espressione «commerciale» appare evidente: si vorrebbe, così, fare riferimento al «societario» o all'imprenditore commerciale o ai vecchi contratti c.d. commerciali? Il fatto di fondo è, però, che una delega così vaga – come quella in questione – potrebbe essere riferita all'intero orbe del «civile» e del «commerciale» (così come si è scelto – nell'ovvio limite del disponibile – per il tentativo facoltativo *ex art. 2*) ovvero a specifici, puntuali profili di queste o anche a terze vie, più o meno mediane e confuse: secondo il libito del delegato, appunto.

Nemmeno compare l'indicazione di un criterio orientativo per un eventuale discriminare: un'indicazione di taglio «consumeristico» o di più diffuso o migliore accesso alla giustizia, ad esempio (riferisce, così Comandé, in *Guida al diritto*, 22 gennaio 2011, che la Direttiva CE n. 2008/52 ha come fine non la deflazione del contenzioso, quanto invece l'ampliamento dell'accesso alla giustizia per le occasioni in cui ostacoli procedurali e/o costi possano limitarla di fatto). D'altro canto, anche la mera indicazione deflattiva, se è sicuramente declamata da politici e media (cfr. anche *infra* n. 7.2.), non traspare dall'ordito della delega [e per di più andrebbe opportunamente precisata: le materie che, nel concreto dell'operatività, più affaticano i giudici sono quelle con i più alti numeri di atti di citazione o quelle di più lento espletamento o ancora quelle con più elevato numero di parti (si pensi anche solo alle azioni di responsabilità verso amministratori e sindaci di società, che – si nota per inciso – il decreto delegato non considera proprio)].

Insomma, la delega non è né per generi, né per fattispecie peculiari: né dà linee distintive. Nei fatti, le materie individuate dall'art. 5, comma 1, sono tante; senza, però, che le stesse rispondano a un qualunque criterio comune. Si tratta di materie disomogenee tra loro, secondo quanto è del resto notazione corrente: la scelta è avvenuta «a casaccio» (cfr. Morlini, *Il decreto legislativo n. 28/2010 sulla mediazione-conciliazione*); ovvero – con valutazione di una sfumatura forse più puntuale – è stata casuale. E tuttavia,

nel confronto con gli specifici tentativi di conciliazione esistenti nell'ordinamento, la scelta compiuta è di tipo «generalizzante».

In effetti, può dirsi sicuro che la scelta del decreto n. 28 sia stata «generalizzante»: sicuro, quanto gratuito. Non a caso tra i primi commentatori ci si è spinti sino al limite di affermare che la «frammentarietà» dei diversi, e specifici, tentativi obbligatori già esistenti (frammentarietà che, per la verità, non esclude la presenza di un certo numero di caratteri omogenei; v. *infra*) «suggerisce il ricorso all'applicazione analogica ... della disciplina generale della mediazione contenuta nel Decreto Delegato» (Boggio, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011, p. 305).

3.2.- Un altro punto concerne l'*onerosità dell'attività prestata dai mediatori*. Al riguardo, la legge delega non va oltre la previsione di cui alla *lett. m.* del comma 3 dell'art. 60: «prevedere che le indennità, spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite ... in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti».

Com'è evidente, il problema non è dato dal criterio della maggiorazione. E' che manca ogni altro criterio: sulla base «comune» del compenso. La stessa scelta di adottare – o meno – un sistema di tariffario è stata per intero rimessa alla libera opzione del delegato. E tanto più quella di come organizzare un eventuale tariffario: secondo linee di secca corrispettività o, invece, di stampo più o meno accentuatamente solidaristico; o anche solo equitativo. La stessa scelta di fare trovare ingresso all'istituto del patrocinio a spese dello Stato è dipesa – per intero – dal decreto delegato (art. 17, comma 5): ed è, questa, cosa gravissima (spiegabile, per la verità solo muovendo dal presupposto che la legge delega avesse disposto solo per il tentativo facoltativo: *infra*, n. 4).

3.3.- Un ulteriore profilo di delega in bianco attiene al requisito della *professionalità* delle persone dei mediatori. La legge delega trascura *in toto* questo profilo, solo facendo cenno di due cose diverse: della «professionalità» degli organismi di mediazione (*lett. b.*) e della «neutralità, indipendenza e imparzialità del conciliatore» (così, con questa enfasi un poco smodata, la *lett. r.*).

Per la verità, questo potrebbe sembrare un punto minore, facilmente sistemabile all'interno del decreto delegato. Sennonché, così non è: a parte il rilievo che, per la verità, neppure il decreto n. 28 viene a occuparsi della materia della professionalità delle persone dei mediatori (il tema ha finito per ricevere incidentale – quanto, si vedrà subito, gravemente errata – considerazione solo nel comma 3 dell'art. 4 del d.m. n. 180).

Invero, lo stesso sistema delineato (peraltro, con le dirimenti carenze appena indicate) dalla legge delega suppone, di necessità, una competenza tecnico giuridica del mediatore. Basti pensare che, ai sensi della *lett. s.* del comma 3, essa fissa il criterio direttivo che il «verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

Ora, non v'è dubbio che la confezione del verbale di conciliazione sia opera propria – e non delegabile – del mediatore, così come lo è, più in generale, quello di dare veste acconcia (= tecnicamente sufficiente) alle proposte di mediazione che, per iscritto, il mediatore medesimo verrà a inviare alle parti (art. 11, comma 2, decreto n. 28). E' innegabile, insomma, che quello della professionalità risulta un punto cruciale dell'istituto.

Ciò posto, occorre tenere conto che ai silenzi tenuti dalla legge delega e dalla legge delegata, si aggiunge una normativa regolamentare che consente ai mediatori sprovvisti di una qualunque competenza giuridica di base. Sì che in proposito il vizio non si manifesta limitato al livello della delega in bianco (per non avere neppure fissato una soglia minima di istruzione giuridica), ma si spinge oltre: per la compiuta irragionevolezza, se non altro, della scelta di non stabilire requisiti minimi di conoscenze giuridiche.

E non è sicuramente senza rilievo la constatazione che il diritto comunitario diverga propriamente dalla scelta italiana: la Raccomandazione 98/257/CE, «riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo», prevede al capo I, *sub* Principio d'indipendenza, che «la persona designata possiede le capacità, l'esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni». Tali principi sono, del resto, richiamati dalla successiva Raccomandazione 2001/310/CE, come fatta propria dalla Direttiva 2008/52 (già sopra richiamata e che, come è noto, avrebbe dovuto costituire la base informante della legge delega qui in discussione).

#### **4. Profili di eccesso di delega**

4.1.- Il profilo dell'eccesso di delega punta diritto proprio verso la norma dell'art. 5, comma 1, del decreto delegato. In effetti, la legge delega non indirizza o contempla il tentativo obbligatorio: neppure nei termini della semplice, lontana eventualità. Non solo: come adesso si passa a vedere.

La legge delega contiene molto di più di una semplice «non menzione». Quest'ultima – e diversa - situazione era capitata, per vero, con riguardo alla legge delega n. 59/1997, poi eseguita dal d.lgs. n. 80/1998: e con riferimento alla natura obbligatoria del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c. all'epoca vigente. Subito investita della questione, la Corte Costituzionale affermò l'infondatezza della questione così sollevata sulla base del rilievo che a tale «non menzione» si accompagnava «un contesto normativo nel quale – ex art. 69 del D.Lgs. n. 29 del 1993, nel testo originario – già esisteva, ancorché non operativa, la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione» (Corte Cost., 13 luglio 2000, n. 276).

Come si è anticipato, però, la situazione concretamente presente è radicalmente diversa. La legge delega n. 69/2009 non è caduta in nessuna latenza di obbligatorietà. Soprattutto, essa contiene positivi - e chiari - indici di volersi indirizzare solo alla mediazione facoltativa, con esclusione di quella obbligatoria. In specie, va considerata la *lett. n.* del comma 3 dell'art. 60, che fissa il criterio direttivo di «... prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della *possibilità di avvalersi* dell'istituto della mediazione» [la corsivazione è aggiunta; e non si può non riconoscere che il confronto tra questo testo e quello dell'art. 4, comma 3, del decreto n. 28, di sua «traduzione» (: «l'avvocato è tenuto ad informare della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione» e «informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità ...») finisce per rivelarsi tombale].

Nemmeno è da trascurare la *lett. c* dl comma 3 dell'art. 60, là dove essa indica di disciplinare la materia «anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5». Pure questo è un segnale verso la sola facoltatività del tentativo, visto che l'art. 40, comma 6 considerava una via conciliativa meramente facoltativa (peraltro, tutto il capo sulla conciliazione societaria è stato poi abrogato proprio dal decreto n. 28, nel suo art. 23). Cfr., sul punto, spec. Dalfino, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V.

D'altro canto, la normativa comunitaria – che si è già accennato dovrebbe oltretutto costituire il *back* della legge delega del 2009 – «non indirizza» affatto verso «ipotesi di tentativi obbligatori»: al contrario, lascia il legislatore (delegante) arbitro delle proprie scelte (e su questi punti v., tra gli altri, Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), doc. n. 179/2009).

4.2.- Un altro – ed esso pure non poco rilevante - profilo di eccesso di delega va colto nella norma dell'art. 8, comma 5, del decreto n. 28, per cui



«dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.». Questa previsione – indubbiamente centrale nel quadro della mediazione delineata dal decreto in questione – non trova fondamento alcuno nella legge delega.

Quest'ultima, per la verità, considera il tema (in sé delicatissimo) della possibile incidenza della mediazione non riuscita su sorti e svolgimento del successivo giudizio: per circoscriverlo all'eventualità di un riflesso della prima sulle spese del secondo (*lett. p.* comma 3 dell'art. 60, poi attuata dall'art. 13 del decreto; su questo tema v. anche *infra*). E in tale modo viene a chiedere definitivamente la porta a ulteriori aspetti di incidenza.

## **5. Tentativi obbligatori di conciliazione (o mediazione) e Costituzione: qualche osservazione di base**

5.1.- Ciò posto, occorre adesso transitare – secondo il programma sopra predisposto (n. 2) – verso il «merito» del tentativo obbligatorio di mediazione, così come concretamente conformato dal decreto n. 28. E per entrare in questa prospettiva è bene precisare come non si dubiti – come, oggi, non si possa dubitare – della costituzionalità del tentativo obbligatorio di conciliazione in quanto tale: di questo istituto – ovvero del «concetto» - in sé e per sé considerato. Molto si potrà discutere dell'opportunità di un simile istituto e della reale sua efficacia nel «mondo giustizia», sia in sé, che nel confronto con il tentativo facoltativo di conciliazione: ma questa è un'altra questione (per quanto non priva, a mio giudizio, di qualche interferenza costituzionale a livello sistematico: v. il cenno fatto *infra*, nel n. 7).

Sul piano costituzionale, dunque, i problemi sono diversi. Di più di un ordine, come si vedrà. Per cercare di sintetizzare il discorso al livello della sua impostazione: i problemi si legano al *quomodo*, alle modalità in cui i singoli tentativi obbligatori vengano dal legislatore volta a volta conformati e organizzati.

In più occasioni, invero, la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che – *in quanto tale* – non è incostituzionale la prevista *obbligatorietà* di un tentativo di conciliazione. Cfr., così, la decisione 30 novembre 2007, n. 403: per sé «non contrasta con il diritto di azione di cui all'art. 24 della Costituzione la previsione di uno strumento quale il tentativo obbligatorio di conciliazione». Questo, però, a condizione che lo strumento concretamente conformato risulti davvero finalizzato ad «assicurare

l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali» o comunque a «salvaguardare [altro ordine di] “interessi generali”», che vengano in «bilanciamento». E sempre, altresì, che la sua conformazione legislativa non imponga «oneri» e/o «modalità» eccessivi: tale da conculcare il diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale (cfr. Corte Cost., ord., 21 gennaio 1988, n. 73; Corte Cost., 4 marzo 1992, n. 82; Corte Cost., 13 luglio 2000, n. 276; Corte Cost., 1 giugno 2004, n. 163; Corte Cost., 19 dicembre 2006, n. 436; Corte Cost., 30 novembre 2007, n. 403).

In materia è stato autorevolmente scritto: «se da un lato è vero che si è consolidato l'orientamento della Corte Costituzionale nel senso di ritenere che il tentativo obbligatorio di conciliazione non è, di per sé, limitativo del diritto di azione, è altrettanto vero che la Corte Costituzionale ha affermato, in modo altrettanto inequivoco, che la «giurisdizione condizionata», giustificata dall'interesse della salvaguardia della stessa funzione giurisdizionale, deve essere osservata e valutata con riferimento alle finalità e all'utilità di tale filtro rispetto alla tutela giurisdizionale» (Punzi, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. del dir.*, agg. IV, Milano, 2000, p. 339).

5.2.- In breve: si tratta di un problema di limiti. In ordine all'evidenziazione (o manifestazione) dei quali, peraltro, non possono non essere tenuti in conto specifico (anche) due serie di cose. La prima: l'art. 24 Cost. si nutre e si sostiene dell'insieme degli altri principi forniti dalla Costituzione (quale, *in primis*, naturalmente quello dell'art. 3).

L'altra viene a discendere dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Nella recente pronuncia del 18 marzo 2010 - che concerne proprio il «tentativo obbligatorio di conciliazione» previsto dalla normativa italiana in materia di telecomunicazione (cfr. l'art. 3 Regolamento di risoluzione approvato con delibera n. 173/2007) - questa Corte ha espresso i seguenti principi cardine.

«Gli Stati membri devono provvedere affinché esistano procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose, che consentano una risoluzione equa e tempestiva delle controversie» (n. 38). Vanno salvaguardati i «principi di indipendenza, di trasparenza, del contraddittorio, di efficacia, di legalità, di libertà e di rappresentanza» (n. 41, con riferimento specifico alla Raccomandazione 98/257, già citata sopra, n. 3.3.). «I diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente



ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti» (n. 63).

E' su questi fronti, infine, che si deve confrontare l'obbligatorietà del tentativo disposto dall'art. 5, comma 1, del decreto n. 28.

## **6. Incertezze e labilità del tentativo obbligatorio di mediazione di cui all'art. 5, comma 1, e violazione del diritto costituzionale di difesa**

6.1.- Centrale – tra le caratteristiche costitutive del tentativo obbligatorio di cui si sta discutendo – appare la disposizione di cui all'art. 8, comma 2, secondo la quale «il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo». Come si vede, tutto (salva la sede, la cui scelta viene sostanzialmente lasciata all'attore; v. pure *infra*) è rimesso alle opzioni del singolo mediatore ovvero al regolamento costituito dal singolo organismo. In effetti, l'art. 7, comma 2, del decreto ministeriale - per questo regolamento - si limita a consegnare delle mere «possibilità»: financo quella data dalla facoltà di decidere se «in ogni caso convocare personalmente le parti» oppure no.

«Senza formalità» significa, all'evidenza, senza regole precostituite da rispettare: quindi, un agire volta per volta e senza possibilità di controlli. Tuttavia, per i soggetti che intendono tutelare i propri diritti e interessi, i problemi si pongono sin dall'atto di presentazione della domanda (in forma di «istanza»: art. 4 del decreto legislativo). Si pongono in via «programmatica», per così dire.

Quali rapporti devono correre tra questa istanza (la quale deve indicare «l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa»; cfr. l'art. 4 comma 2) e i contenuti del futuro ed eventuale atto di citazione, così come stabiliti *ex art.* 163 c.p.c.? Come fare per potere sapere, prima di approntarla, che l'istanza presentata sarà sufficiente a superare il giudizio di improcedibilità di cui all'art. 5?

6.2.- Anche l'agire, che volta a volta terrà il mediatore, non sembra prevedibile *a priori*. A leggere l'art. 9 del decreto legislativo e a scorrere i primi commenti informativi del plesso legislativo in esame, piuttosto, si ha la

sensazione che la cosa più probabile e frequente, nel futuro, sarà quella del trascurare le regole cardine del contraddittorio: la violazione delle medesime, dunque.

Così, invero, si viene a descrivere il procedimento: «a prescindere dalla possibilità in sé di sentire le parti anche separatamente ... ciò che distingue il procedimento di mediazione da quello giurisdizionale/arbitrale è rappresentato dalla possibilità che taluni degli elementi acquisiti dal mediatore non siano comunicati alle altre parti, le quali in relazione ad essi possono non essere messe in grado di contraddire» (Boggio, *op. cit.*, p. 248). *Caucuses* e segreti sembrano dunque i tratti cardine di questo procedimento. Nell'ambito del quale parrebbe normale, poi, quasi fisiologico lo sconfinare del mediatore dalle proprie, e istituzionali, funzioni compositive a quelle – divergenti – della consulenza (cfr. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Torino 2011, testo e note a p. 209). Del resto la stessa Relazione al decreto n. 28 calca l'accento sulla «finalità di assistenza» (che viene declamato come il vero «elemento caratterizzante» dell'intera figura).

A questo punto è evidente: se la legge non prevede alcuna necessaria assistenza tecnica per le parti, il mediatore potrà tranquillamente escludere da qualsiasi partecipazione il pur designato difensore.

6.3.- Come già sopra si è accennato, sulla base della legge delega il decreto n. 28 si preoccupa dell'imparzialità della persona del mediatore adito (n. 3.3.). Se ne preoccupa in prevenzione e fino all'eventualità della «ricusazione» (art. 14, comma 2 e comma 3) Non se ne preoccupa, invece, rispetto allo svolgimento del procedimento: nella prospettiva, cioè, della proposta di conciliazione e della relativa conclusione della medesima. E il pensiero non può non correre, al riguardo, ai classici vizi del consenso. Ciò posto, e al di là dell'evidente preoccupazione che non possono non fare sorgere, risultano proprio speculari al tessuto legislativo le parole formate dalla Relazione al decreto: «i mezzi utilizzati per giungere alla composizione sono dunque tendenzialmente irrilevanti».

6.4.- Secondo quanto si apprende dalla prima letteratura che si sta formando sul tema, il mediatore «non applica il diritto» (cfr. Comba, in A.A.V.V., *La mediazione delle liti civili e commerciali*, Milano, 2011, p. 5). Tuttavia, la confezione di una proposta mediativa e la stesura di un verbale di conciliazione sono, lo si è già richiamato (nel n. 3.3), attività strettamente giuridiche: rispetto alle quali – e all'azione non giuridica» del mediatore - sia l'istante che «controparte» rimangono prive di armi.

Ma a parte questo, si pone forte il problema della natura dell'«atto» di conciliazione. L'art. 11 del decreto legislativo sembra dargli, in via esplicita (cfr. l'art. 11, specie nel suo comma 2), veste negoziale: e ciò si concorda anche con la circostanza che la legge prevede la sottoscrizione, oltre che del mediatore, pure delle parti.

In questa prospettiva tuttavia, non appare per nulla chiaro a quale «tipo» di negozio si darebbe vita. Di sicuro non può trattarsi di una transazione perché manca sia l'*aliquid datum* sia l'*aliquid retentum*: il mediatore, anzi, può senz'altro dare ragione per intero a una delle parti. Tant'è che il decreto legislativo non esita a discorrere espressamente di «parte vincitrice» e «parte soccombente» (cfr. la norma che interferisce sulle spese: art. 13, comma 4). Insomma, la qualificazione dell'atto del mediatore sembra orientarsi verso il polo della decisione. Per quanto non alimentata dal diritto e sprovvista di ogni motivazione, una simile decisione sarebbe poi destinata a interferire nel successivo giudizio (ai sensi sia dell'art. 13, sia anche dell'art. 8, comma 5).

6.5.- La constatazione dell'ibrido cui dà vita l'atto di conciliazione non è destinata a rimanere questione meramente teorica. Si manifesta assolutamente incerto, infatti, il regime delle impugnazioni dell'atto di conciliazione: si pensi anche solo al caso di mala fede o di imperizia (nel confezionare il verbale proposto) del mediatore. E la questione è destinata a risultare ancora più complicata: in effetti, la norma dell'art. 12 del decreto viene a stabilire che «il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, ... previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del Presidente del Tribunale».

Sorge quindi legittimo il sospetto che - una volta avvenuta l'omologazione - l'atto non sia più impugnabile. In altri termini: che per una serie alquanto fitta di ipotesi lo stesso non sia mai impugnabile (giudicano Sassani e Santagada, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010, p. 52, che l'«omologazione dell'accordo ... non preclude il diritto della parte di impugnare la conciliazione secondo e nei limiti consentiti delle impugnative negoziali: ma senza motivazione e senza ulteriori precisazioni).

6.6.- Come si è visto, quella delineata dal «procedimento» di cui al decreto n. 28 dà luogo a una situazione colma di incertezze e nebulosità. Incertezze che nel momento attuale, peraltro, ben lungi dal rimanere confinate al momento

teorico, vengono direttamente a riflettersi e a riguardare i soggetti che vogliono tutelare i propri diritti e posizioni: tanto come attori, quanto come convenuti, è ovvio.

Poste qualità e quantità delle richiamate circostanze, pare davvero difficile ritenere che – nonostante tutto – il diritto costituzionale di difesa non resti gravemente turbato dal tentativo obbligatorio di mediazione. Di fronte a tutto ciò, in effetti, non varrebbe obiettare che il procedimento di conciliazione integra una fase prodromica, con semplice differimento del momento giudiziario. In realtà, il punto è del tutto diverso: nel momento in cui viene presentata la domanda di mediazione *ex art. 4*, l'istante sta già difendendo il proprio diritto. La controversia c'è e piena; che la fase dell'obbligatorio tentativo sia definibile come «paragiudiziale» o «extragiudiziale» o altro.

## 7. Funzione deflattiva e principio di ragionevolezza

7.1.- Affrontando da un altro versante la materia, va adesso rilevato che gli interessi perseguiti dal decreto n. 28 non sembrano tali da giustificare alcun sacrificio (neppure relativo e modesto, mentre è elevato assai il costo esigito dall'intervento legislativo in oggetto) del diritto di difesa o di altri principi costituzionali.

In realtà, l'azione del legislatore in questione appare connotata, piuttosto, dalla linea dell'irragionevolezza (appunto in contrasto con il cardine fissato dall'art. 3, comma 1).

7.2.- Di per sé, l'obiettivo dichiarato (o in ogni caso quello che viene comunemente abbinato ai provvedimenti legislativi in questione) potrebbe essere considerato alto a sufficienza. Se la contingenza del momento vive un esubero grande di processi civili, che la giustizia ordinaria non riesce a smaltire, quello di cercare di deflazionarne l'accesso può anche essere ritenuto rimedio ragionevole (sulla dichiarata funzione deflattiva v., per tutti, Porreca, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, in *Le società*, 2010, p. 631 ss.).

Anche se, per la verità, il tentativo di conciliazione – inteso qui come genere (ovvero a prescindere dalla sua facoltatività od obbligatorietà) – non è certo l'unico mezzo al fine: e, forse, non è neppure uno strumento proprio al bisogno (*naturaliter* il pensiero va, in effetti, al potenziamento della giustizia

ordinaria). Pure qui, però, la «vera» domanda è un'altra: l'ipotesi di mediazione obbligatoria conformata dal decreto n. 28 è struttura realmente funzionale alla deflazione della giustizia?

Non pare davvero.

E' opinione diffusa che il tentativo facoltativo di conciliazione – ma non quello obbligatorio – possa anche produrre benefici effettivi deflattivi. Un conto è predisporre strutture (e procedimenti) disponibili ad accogliere delle scelte di autonomia; un conto è invece imporre un incombente, che già per questo tende a perdere il suo significato. «Coartare la conciliazione di una controversia ... è, già sul piano dei valori, un'operazione sospetta, come quella che mira a costringere un'espressione di volontà (la conciliazione, appunto) che di per sé dovrebbe essere il frutto di una libera determinazione» [Ronco, *Costituzionalità (e inopportunità) del tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1095]: sicché «l'incentivazione a percorrere» la via conciliativa «dovrebbe essere data non dalle sanzioni sul piano processuale» (la condizione di procedibilità, appunto), «ma dalle utilità conseguibili» (Verde, *La conciliazione come «filtro» delle controversie agrarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 689. Ulteriori indicazioni bibliografiche contro l'obbligatorietà della conciliazione si possono reperire ad esempio in Negrini, *Il nuovo processo societario. Commentario* diretto da Chiarloni, Torino, 2004, p. 1041 ss.).

D'altro canto, il tentativo di conciliazione obbligatoria predisposto dal decreto n. 28 sembra persino voler peggiorare le cose. L'«enorme numero di procedimenti» - si è scritto – facilmente «potrà indurre i conciliatori ad un atteggiamento di resa burocratica senza un particolare impegno a procurare la conciliazione» (Chiarloni, *op. cit.*, p. 10 s., che aggiunge: «né si obietti che va incontro a responsabilità professionale il mediatore che non studia a fondo le carte, non approfondisce i problemi ... e non si fa assistere, quando opportuno, dagli esperti iscritti ... *Se così operasse la procedura non potrebbe esaurirsi nei quattro mesi allo spirare dei quali viene meno la causa di improcedibilità*»; il corsivo è aggiunto).

Il rischio è, anzi, che questo tentativo obbligatorio – oltre ad allungare i tempi del giudizio – venga vieppiù a inflazionare il numero delle controversie. Si è ampiamente visto sopra (n. 3.3.) come il decreto trascuri *in toto* il profilo della professionalità giuridica dei mediatori: nel contempo pure chiamati, per contro a comportamenti tecnico-giuridici di notevole spessore. E' facile immaginare, dunque, le controversie «interpretative» sui testi delle raggiunte conciliazioni. E il numero di «controversie da mediazione» è inevitabilmente destinato a crescere ulteriormente (e non di poco), laddove si

ritenga di risolvere il delicato problema dell'impugnabilità del verbale di conciliazione in senso positivo (cfr. sopra, spec. n. 6.5.).

Sembrerebbe quasi, a dire la verità, che la «funzione» specifica della legislazione in discorso non abbia proprio a che vedere con gli intasamenti del Tribunale, quanto piuttosto miri a creare un nuovo «mestiere»: dagli incerti confini e di confusa professionalità, ma con costi sicuri a carico degli utenti della giustizia.

7.3.- Del resto, a rendere (ancor più) manifesta la irragionevolezza dell'agire del legislatore della mediazione obbligatoria, sta la constatazione comune che, negli ultimi anni, lo stesso pareva orientato a prediligere la conciliazione facoltativa. Un'improvvisa inversione di rotta, dunque?

No. E' il decreto n. 28 a stare – e a restare – fuori dai cardini. Nella forbice tra l'emanazione del decreto n. 28 e quella delle «milleproroghe» (legge 26 febbraio 2011, n. 10, art. 2, comma 16-decies) sta infatti la legge 4 novembre 2010, 183 («Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi ... e di controversie di lavoro»).

Ora, questa legge cancella sostanzialmente il più importante tentativo obbligatorio di conciliazione (a quel momento) esistente: quello inerente al lavoro subordinato. Preso correttamente atto del fallimento del tentativo in questo specifico settore, il legislatore della n. 183 cambia dunque il colore dell'art. 410 c.p.c.: facendo sublimare il tentativo di conciliazione in mera facoltà e così dandogli credito (art. 31).

Insomma, nemmeno il legislatore crede più alla obbligatorietà: irrazionale, se non schizofrenico, solo vi insiste. Piuttosto, «occorre ... ripensare, anche alla luce dell'esperienza applicativa dei nuovi tentativi preventivi e obbligatori di conciliazione, se il “fine” e l'utilità conseguita siano proporzionati o prevalenti rispetto al sacrificio richiesto al titolare del diritto che attende, inutilmente, una tutela giudiziale differita» (così, già Punzi, *op. cit.*, p. 340).

## **8. Caratteristiche base degli «ordinari» e specifici tentativi obbligatori di conciliazione**

8.1.- Per quanto appena orlato da quello relativo al lavoro, il nostro sistema conosce un certo numero di materie specifiche che – distintamente – contengono dei tentativi obbligatori. Questi tentativi sono articolati diversamente da varie leggi peculiari. E tuttavia presentano, come si può



rilevare anche a una prima lettura, dei tratti di fondo che risultano, in buona sostanza, comuni.

Questi tratti sono importanti per la nostra indagine: posto che, come già più sopra si è rilevato, il dubbio di costituzionalità non si pone di fronte al «noumeno» di tentativo obbligatorio, bensì in faccia alle singole e specifiche concretizzazioni che il legislatore venga a fornire dello stesso.

In questa prospettiva, risulta naturale pensare, insomma, che questi tratti comuni rappresentino una specie *linea di confine di costituzionalità* (anche perché questi diversi tentativi sono passati più volte all'analisi della Corte Costituzionale): linea che, pertanto, non sembra lecito oltrepassare. D'altra parte, se questa serie di specifici tentativi presenta dei tratti di base che – nel complesso – possono definirsi come comuni, anche quello delineato dal decreto n. 28 dovrebbe possederli: pena, altrimenti, la proposizione di una ingiustificata disparità di trattamento (e in questa prospettiva appare corretto definire questa tipologia di tentativi obbligatori come «ordinaria»: nel confronto con quello diversamente delineato dal decreto n. 28).

Come si vedrà, il tentativo di cui all'art. 28 nel suo complesso si allontana molto dagli altri, molto spesso superando l'invalidabile linea tracciata dalla costituzionalità.

8.2.- Per i fini che qui interessano, l'arco dei tentativi obbligatori da prendere in considerazione – come presenti al tempo di emanazione del decreto n. 28 – è costituito dal seguente novero: quello in materia di lavoro (subito dopo «defunto», si è visto; l'importanza pure segnaletica di questo tentativo non è comunque discutibile); quello relativo ai contratti agrari (legge 3 maggio 1982, n. 203); ai contratti di subfornitura (legge 18 giugno 1998, n. 192); alla materia delle telecomunicazioni (Delibera 173/07/CONS, come modificata dalle successive delibere 95/08/CONS; 502/08/CONS e 479/09/CONS); e al diritto di autore (legge 22 aprile 1941, n. 633, come modificata dal d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68). Per la verità, sarebbe da elencare altresì il tema dei patti di famiglia (oggi confluito nel tentativo obbligatorio di cui all'art. 5). Sennonché, a meglio vedere il tentativo allegato a questa materia finisce per rivelarsi eccentrico rispetto agli altri: posto che l'art. 768 *quinquies* c.c. rinviava alla conciliazione societaria e, quindi, a uno schema facoltativo di conciliazione, che, in quanto tale, si declina lungo dinamiche alquanto differenti da quello obbligatorio (si pensi anche solo al tema della «competenza» territoriale).

Nell'insieme, gli indicati tentativi obbligatori sembrano presentare, tra le altre, una serie importante di caratteristiche sostanzialmente (se si preferisce, genericamente) comuni. Che possono essere individuate in questi termini: a) specificità della ragion d'essere; b) forte e segnata *brevitas* temporale; c) sostanziale loro gratuità; d) sussistenza di regole di specifica preparazione professionale dei conciliatori; e) sussistenza di regole di «competenza» territoriale; f) rarità e «modestia» di clausole legislative di interferenza sul relativo giudizio.

a) *Specificità della ragion d'essere dei singoli tentativi predisposti.* Tutti questi tentativi non fanno solo riferimento a materie specifiche ovvero puntuali. V'è qualcosa di più: il loro esistere si lega alla sussistenza di peculiari ragioni, su cui si basa e riflette la predisposizione di un tentativo di conciliazione. Particolarmente significativa si manifesta, in proposito, la sentenza della Corte Costituzionale (ord.), 1 giugno 2004, n. 163: «l'ulteriore profilo di violazione dell'art. 3 per difetto di ragionevolezza non tiene conto ... della discrezionalità legislativa nel configurare le discipline processuali e ... del rilievo che il legislatore, apprestando una tutela particolarmente intensa ai crediti dei subfornitori, ... mostra all'evidenza di risolvere non irragionevolmente in favore di una sollecita realizzazione delle pretese di tali soggetti ... la valutazione di bilanciamento con l'esigenza di apprestare uno strumento di composizione transattiva delle relative controversie». Ma la base del discorso è la stessa, ad esempio, per il tentativo in materia di lavoro (e di protezione del lavoratore: ovvero *tutela di categorie protette*).

b) *Forte e segnata brevitatis temporale.* Tutti i tentativi considerati hanno in comune lo stesso ordine di grandezza temporale: un ordine che ben si potrebbe definire minimo. Si va dai 30 giorni di vita previsti per le materie di subfornitura e telecomunicazioni ai 60 giorni complessivi per il lavoro e contratti agrari. Davvero *border line* il termine per il tentativo di cui al diritto di autore, che può spingersi sino a toccare il novantesimo giorno.

c) *Sostanziale gratuità dei tentativi.* La normativa relativa ai contratti agrari, alla subfornitura e al diritto di autore non prevede spese per le parti. Così pure la disciplina relativa alle telecomunicazioni e alle materie di lavoro.

d) *Sussistenza di regole di specifica preparazione professionale dei conciliatori.* I tentativi in discorso presentano rigide regole atte ad assicurare la preparazione professionale dei conciliatori. Il medio adottato normalmente sta nell'individuazione di un specifica struttura, dotata di più o meno spinte tracce di pubblico. Così, per quanto concerne i contratti agrari si fa riferimento all'Ispettorato provinciale dell'agricoltura; in materia di subfornitura, alle Camere di commercio; in materia di lavoro alla

Commissione provinciale di conciliazione presso l'ufficio provinciale del lavoro; in punto di telecomunicazioni al Co.re.com (AGCOM); e per il diritto di autore a un Comitato permanente presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

e) *Sussistenza di regole di «competenza» territoriale.* Per la materia del diritto di autore è previsto un solo organo decisionale: manca, cioè, una qualunque distribuzione sul territorio. Tutti gli altri casi prevedono una distribuzione territoriale; e – correlate – fissano delle regole di relativa «competenza»: fermanola, per solito, al livello provinciale. Ed è importante notare che per un consistente orientamento giurisprudenziale, ove non sia stata ancora attivata la struttura deputata, la relativa condizione di procedibilità resta inoperante (nel concreto, l'ipotesi si è configurata per i Co.re.com: cfr. Giudice pace Napoli, 4 marzo 2009, in *Strumentario avvocati*, 2009, fasc. 3, 71; Giudice pace Cosenza, 18 ottobre 2004, in *Giudice di pace*, 2006, p. 58; Giudice pace Trento, 6 agosto 2005, in *Merito*, 2006, fasc. 5, p. 20).

f) *Rarità e «modestia» di clausole legislative di interferenza sul relativo giudizio.* Le normative sui tentativi in materia di contratti agrari e subfornitura non contengono sorta di incidenza sui successivi giudizi. Gli altri tentativi prevedono un potere del giudice di tenere conto della mancata conciliazione in tema di «regolamentazione delle spese» [cfr. art. 194-bis, comma 6, legge n. 633/1941; art. 412, comma 4, c.p.c. (ma sul punto v. pure *infra*, n. 9.4.); art. 19, comma 6 Delibera 173/07 CONS]; e non è senza significato che quest'ultima disposizione - a conferma che, per sé, il tentativo obbligatorio è strumento di tutela di categorie protette - stabilisce che, ove l'operatore non partecipi all'udienza «senza addurre giustificati motivi» le spese vanno comunque rimborsate all'utente).

## **9. (Segue): disformità del tentativo obbligatorio di mediazione. Conseguenti incostituzionalità**

9.1.- Se queste sono le peculiari caratteristiche dei tentativi obbligatori di conciliazione, che hanno preceduto quello delineato dal decreto n. 28, sembra chiaro che quest'ultimo viene a distaccarsene in misura decisamente notevole: e sempre, per la verità, in senso peggiorativo. Nel senso, cioè, della crescita del detrimento (o quanto meno repentaglio) dei valori costituzionali.

A differenza di quanto avviene negli altri (n. 8.2.a.), il tentativo di cui al decreto non si giustifica per nessuna specificità degli interessi protetti. Al

contrario, se le materie rese obbligatorie sono assommate dal caso (: le stesse restano prive di un denominatore comune), la tendenza propria del tentativo in questione è generalizzante (come conferma pure la sua sostituzione alla conciliazione societaria; per l'individuazione del punto v. sopra, n. 3.1.): come a promettere un futuro di integrale copertura, per l'obbligo della conciliazione, dell'intera materia civilistica che sia disponibile (: «futuro generalista»).

Una fuga del legislatore dalla giustizia, come pare evidente. E senza nemmeno potersi giustificare seriamente con la declamazione di intenti deflattivi (v. *amplius* sopra, n. 7.2.).

9.2.- Sul punto della *brevitas* temporale molto insiste – pure di questo si è già fatto cenno – la Corte Costituzionale, che non a caso utilizza l'aggettivo «immediato» per legarlo al differimento temporale dell'accesso alla giustizia. Ora, quattro mesi possono essere un periodo più o meno lungo: a seconda dei casi. Quello che è certo, però, è che il periodo prescelto dal decreto n. 28 esprime un ordine di grandezza temporale diverso da quello corrente nelle altre ipotesi (n. 8.2.b.): quattro mesi non formano un termine «minimo» (la quantità, come è noto, a un certo punto fa qualità). E l'ordine di grandezza assunto è non giustificatamente diverso.

Per la verità – *quale che sia la materia oggetto del «contendere»* - per esperire un serio (e fattivo) tentativo di conciliazione un periodo di quattro mesi può spesso rivelarsi troppo breve (e una simile valutazione, in più di un caso, sembra trasparire pure negli scritti dei primi commentatori). Ma ancora una volta a venire in discussione è, in realtà, il carattere imposto, non scelto, del tentativo: se, da un lato, ciò costringe a tempi comunque contenuti sul piano oggettivo, dall'altro evidenzia la presumibile inanità dello stesso tentativo. Come dire: se si continua a stare tra Scilla e Cariddi si finisce per affondare.

Quanto ai costi per le parti del tentativo obbligatorio, poi, si è rilevato che il «rincarare ... non è irrilevante» (mentre negli altri casi il servizio resta sostanzialmente gratuito; cfr. sopra, n. 8.2.c.). Perché si aggiungono altre attività dell'avvocato (solo in teoria non necessario ... e nei fatti anzi, col «consenso» del mediatore, più che mai necessario). Perché l'indennità da corrispondere al mediatore è «non trascurabile quando il valore sia elevato» (Chiarloni, *op. cit.*, p. 11).

Perché, soprattutto, l'art. 16 comma 8 del decreto ministeriale contiene una disposizione che definire una «mina vagante» rappresenta atteggiamento

solo prudenziale: «qualora il valore risulti indeterminato, indeterminabile o vi sia una notevole divergenza tra le parti sulla stima, l'organismo decide il valore di riferimento e lo comunica alle parti». Nessun tipo di sponda o di parametri oggettivi. La «discrezionalità» dell'organismo mediativo sembra sconfinare proprio nella libertà (cfr., diversamente, le tariffe forensi, capitolo I tabella A e B; capitolo III, tabella D).

9.3.- Della non richiesta professionalità del mediatore di cui al decreto n. 28 si è già ampiamente discusso; come pure già si è sottolineato la gravità di ciò in relazione alle proposte di mediazione e ai verbali di conciliazioni. Ma, naturalmente, simile gravità ridonda anche sulle interferenze che i disposti degli artt. 13 e 8, comma 5, riflettono sul successivo giudizio. Resta da rimarcare la forte differenza tra le strutture venate di pubblico dei tentativi «ordinari» (n. 8.2. d.) e gli organismi di cui al decreto n. 28: qui il «Registro» appare davvero *omnibus* e indifferenziato.

Il sistema delineato dal decreto n. 28 non contempla regole di «competenza»; la scelta viene rimessa all'istante: nella indifferenziata possibilità di adire un qualunque organismo, solo che abbia sede nel territorio italiano. Il punto è, all'evidenza, gravissimo. In effetti, la combinazione del carattere *omnibus* del Registro dei mediatori con la possibilità di scegliere un qualunque mediatore (purché abbia sede in un luogo della Repubblica) sembra prestarsi ai più vari e discutibili maneggi. Al di là di ogni criterio di protezione dei soggetti deboli (si pensi, così, all'art. 33, comma 2, *lett. u.* codice del consumo), questa scelta strutturale del decreto n. 28 sembra potere venire a vanificare, sotto il profilo sostanziale, ogni pretesa di neutralità e imparzialità del mediatore.

Ora, il punto della «competenza» è stato assai dibattuto in sede di lavori parlamentari. Riporta la Relazione: «entrambi i rami del parlamento hanno suggerito di introdurre, invece, un criterio di competenza territoriale specifico, in particolare riferito alla ubicazione della sede dell'organismo nel circondario del tribunale ovvero, anche in subordine, nel distretto della Corte di appello che sarebbero competenti a decidere la corrispondente causa di merito» (cfr. Relazione illustrativa *sub* art. 4).

E, in realtà, risultano per nulla condivisibili gli argomenti adottati dalla Relazione per rifiutare il (più che ragionevole) suggerimento. Allega dunque questa che le istanze («coinvolgendo usualmente il complessivo rapporto tra le parti») possono contenere più domande e con competenze diverse e che lo stesso «bene della vita» è suscettibile di più pretese: si tratta, peraltro, di problemi noti anche al codice di procedura e pure dal medesimo risolti. Allega altresì la Relazione che «tra i giustificati motivi» di mancata partecipazione alla conciliazione, di cui all'art. 8 comma 5, potrà



«agevolmente rientrare la mancata partecipazione a una mediazione proposta davanti a un organismo senza alcun collegamento ...»: ma il rilievo si mostra spuntato (quantomeno) per un triplice ordine di motivi. Si tratta di una opinione della Relazione: non del giudice, né della legge; è all'evidenza parziale perché non considera la potenziale (quanto fisiologica) lesione alla imparzialità del mediatore; mostra, inoltre, quanto poco lo stesso legislatore abbia creduto alle reali possibilità conciliative dell'imposto tentativo.

Detto questo, resta opportuna ancora una precisazione. Posta l'incidenza che gli artt. 13 e 8 comma 5 del decreto riflettono sul successivo giudizio, si pone - forte - il dubbio che l'assoluto potere di scelta del mediatore, che il decreto rimette all'istante, violi anche il principio del «giudice naturale precostituito per legge», di cui all'art. 25 Cost.

9.4. E' stato notato, anche di recente, come una sanzione processuale che colpisca una delle parti per comportamenti assunti al di fuori del giudizio - e nell'ambito di un procedimento che ha come suo tratto precipuo quello ricercare la composizione volontaria - porta inevitabilmente a una contraddizione svilente delle stesse caratteristiche peculiari del detto procedimento [cfr. tra gli altri Negrini, op. cit., p. 1053; Sanzo e Migliaccio, *sub* artt. 38 – 40, in *Il nuovo diritto societario* (diretto da Cottino), Bologna, 2004, che notano come una simile sanzione non incentivi l'impegno delle parti a una gestione «seria della conciliazione: rischia, in sostanza, di snaturarla e “contaminarla” senza “promuoverla”»]. Questo giudizio, prima di tutto di buon senso, risulta fortemente disatteso dalle norme del decreto n. 28. Quegli «ordinari» tentativi obbligatori di conciliazione, che mettono la mancata «conciliazione nel regolamento delle spese», vengono pur sempre a muoversi, a rigore, nell'ambito della regolamentazione dell'art. 92 c.p.c. (v. sopra n. 8.2. lett. f). Nel caso dell'art. 13, invece, le risultanze della mancata conciliazione – come trasmesse dall'opera del mediatore – possono spingere il giudice fino ad addossare le spese per intero sulla parte che ha ragione. Il che francamente è, oltretutto, una ingiustizia manifesta.

Senza precedenti (ma con epigoni) è poi la norma dell'art. 8 comma 5 del decreto, che addirittura sembra diretta a preconstituire il possibile esito del giudizio di merito: sorge il sospetto che una simile disposizione possa, nella realtà delle cose, sottrarre (più o meno intensamente) la materia da decidere dal compito del giudice, con violazione anche dell'art. 102, comma 1, Cost.

Si tratta di un rischio che all'evidenza va subito bloccato, anche perché - come appena detto - la norma dell'art. 8, comma 5, oggi non è più isolata. Con disposizione (presumibilmente) non meno incostituzionale (anche se si



verte in tema di conciliazione facoltativa), la parte finale del comma 2 dell'art. 411 c.p.c. (come introdotto dalla legge n. 183/2010) stabilisce che «delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio».