

Pietro Negri - Chiara Stolfi

**LA MEDIAZIONE FINALIZZATA
ALLA CONCILIAZIONE DELLE
CONTROVERSIE CIVILI E
COMMERCIALI. RIFLESSI DEL NUOVO
ISTITUTO NELL'AMBITO DEL SETTORE
ASSICURATIVO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Riflessi del nuovo istituto nell'ambito del settore assicurativo

di PIETRO NEGRI e CHIARA STOLFI *

Sommario

1. L'intervento del legislatore e la riforma del sistema di risoluzione delle controversie. 2. Le caratteristiche essenziali della mediazione finalizzata alla conciliazione. 3. L'impatto sul settore assicurativo. 4. Le possibili clausole da inserire nei contratti predisposti dall'assicuratore. 5. Le proposte del settore assicurativo per una procedura più efficiente.

1. *L'intervento del legislatore e la riforma del sistema di risoluzione delle controversie.*

1.1. Con la pubblicazione del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (1) è stata introdotto nel nostro Paese il nuovo istituto (pre)processuale della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

(*) Direzione Affari giuridici dell'ANIA.

(1) In G.U. 5 marzo 2010, n. 53 s.g. La legge delega è la n. 69 del 2009, il cui art. 60 prevede che « chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili e introduce un modello di conciliazione unico, svolto da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione ». Di tali organismi non viene definito un modello puntuale, ma sono posti come elementi imprescindibili la terzietà e l'imparzialità del soggetto che svolge la mediazione.

Per mediazione deve intendersi l'attività svolta da un terzo imparziale finalizzata alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (conciliazione) ovvero, nel caso in cui ciò non sia possibile, alla formulazione di una proposta per la risoluzione della controversia stessa (2).

La mediazione viene regolamentata in modo unitario nel nostro ordinamento con una evidente finalità deflativa del contenzioso giudiziale. Come è stato giustamente osservato (3), il sistema giudiziario italiano si è andato via via costruendo e definendo intorno a tre «pilastri» che sembrano caratterizzarlo in modo stabile e probabilmente definitivo: il pilastro della giurisdizione ordinaria, costituito sulla base della riserva costituzionale dell'art. 24 della Costituzione; quello costituito, appunto, dalla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie ed infine il terzo ed ultimo pilastro, costituito dalla possibilità data alle parti di regolare, su base negoziale, le eventuali controversie che dovessero insorgere tra loro attraverso l'istituto dell'arbitrato irrituale — utilizzato specialmente nelle controversie di lavoro ma potenzialmente applicabile in via generale a qualsiasi controversia di diritto comune — così come previsto dall'art. 808-ter c.p.c. (4).

Mentre nel processo si chiede al giudice imparziale di emettere una sentenza per dirimere la controversia, nella mediazione si ricorre al mediatore imparziale per avere un aiuto a risolvere un problema insorto tra le parti (5). Mentre il primo pilastro ha natura propriamente contenziosa, il secondo si basa sulla volontà, sulla collaborazione tra le parti nel trovare una soluzione. E così, ciò che differenzia la mediazione dall'arbitrato irrituale è che in quest'ultimo le parti chiedono ad un collegio indipendente di trovare una soluzione per loro e non semplicemente di essere aiutate a trovarla (6).

(2) In argomento, cfr. P. MISTÒ, *La nuova mediazione civile e commerciale. D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Torino, 2010; R. MASONI, *Le controversie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 (e quelle escluse)*, in *Giur. merito*, 2010, pag. 2156, e ID., *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*, *ivi*, 1212.

(3) Cfr. G. DOSI, *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, in *Contratto e Impresa*, 1, 2011, pag. 226 e ss.

(4) Introdotta nell'ordinamento giuridico dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

(5) Cfr. D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, in www.comparazonedirittocivile.it, pag. 1 e ss., 2010.

(6) In senso critico verso il nuovo istituto si è espresso M. DE TILLA, *La mediazione obbligatoria è incostituzionale*, comunicato dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana del 16 febbraio 2011.

Una simile tipologia di procedimento è già stata prevista a livello europeo dalla direttiva 2008/52/CE che ha dettato nuove disposizioni in relazione a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale e ha stabilito che «*nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni*» (7).

1.2. La mediazione può riguardare qualsiasi rapporto intercorrente tra qualsiasi soggetto (sia professionisti che consumatori). Lo stesso decreto, infatti, prevede che «*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili*» (8).

Il decreto, inoltre, fa proprio il modello di conciliazione di tipo «*professionale*», dal momento che la conciliazione stessa deve essere svolta da organismi stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione, iscritti in un apposito registro presso il Ministero della Giustizia (9).

Tale modello risultava già definito dagli artt. 38 e 40 (abrogati dal d.lgs. n. 28/2010) del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 in materia di processo societario (a sua volta abrogato, per le parti rimanenti,

(7) V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 1, 2009; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e Impresa - Europa*, 2009, pag. 41. E. VITA, *Il d.lgs. n. 28/2010 e la direttiva CE a confronto*, su <http://www.altalex.com/index.php?idnot=13220>.

(8) Cfr. AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* (a cura di Bove), Padova, 2011; P.L. AMERIO, E.M. APPIANO, L. BOGGIO, D. COMBA, G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011; G.P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; AA.VV., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione* (a cura di CONTE e VIGORITI), Torino, 2010; C. BESSO, in AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, pag. 12 e ss., 2010; 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 www.judicium.it; I. LOMBARDINI, *Il nuovo assetto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, in *Studium iuris*, 1008, 2010; F. SITZIA, *Alcune riflessioni problematiche sul d.lgs. 4/3/2010, n. 28 e ordini professionali*, in *Quaderni di conciliazione* (a cura di PILIA), Cagliari, 111, 2010.

(9) Alla fine di Febbraio 2011 erano iscritti al Registro circa 145 organismi di mediazione, costituiti per lo più dalle Camere di commercio e dai Consigli dell'ordine degli avvocati presenti sul territorio. Sul punto si veda G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, 6, il quale, in merito ad una presunta incompatibilità dell'avvocato, osserva che «*attualmente nessun avvocato può svolgere funzioni di giudice onorario o giudice di pace nella circoscrizione in cui opera come avvocato [...] oggi al contrario si immagina un tribunale della mediazione dentro il tribunale della giurisdizione, uno fatto di avvocati, l'altro fatto di giudici*».

dalla citata legge delega), e da quello già oggi esistente presso le CCIAA (vedi, da ultimo, il d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 23).

Per quanto concerne le controversie in materia bancaria e finanziaria, i risparmiatori e gli investitori, oltre al procedimento introdotto dal decreto, possono continuare ad avvalersi di quello istituito presso la CONSOB dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, oppure di quello istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TUB), per quanto concerne le controversie con la clientela degli istituti di credito.

1.3. L'esperimento del tentativo di mediazione costituisce condizione pregiudiziale obbligatoria per accedere all'eventuale successivo giudizio nel caso in cui la controversia insorga in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, responsabilità in materia medica (10) e diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (11).

Sotto questo profilo il legislatore delegato sembra essere andato ben oltre quanto previsto dai criteri ed i principi direttivi elencati dall'art. 60, comma 3, della legge delega n. 69/2009 (12). Nessuno dei criteri di delega, infatti, prevede che la conciliazione debba essere considerata alla stregua di una condizione di procedibilità per l'instaurazione di un eventuale e successivo giudizio: la norma da ultimo citata stabilisce esclusivamente che «*la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia*» (13).

(10) Cfr. F. SITZIA, *Responsabilità del medico: linee evolutive e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Quaderni di conciliazione*, 2010, pag. 169; C. PILIA, E. D'ALOJA, *L'accertamento della responsabilità medica nel nuovo sistema conciliativo*, cit., pag. 181.

(11) Cfr. art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010.

(12) In senso critico verso il nuovo istituto si è espresso M. DE TILLA, cit., v. nota 7.

(13) Tale scelta ha suscitato critiche in dottrina: M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 13, pag. 11 e ss.; G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 12, pag. 60; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *www.judicium.it*, pag. 1 e ss., che evidenzia le differenze tra mediazione introdotta in Italia e disciplina della mediazione contenuta nelle fonti normative comunitarie (direttive europee 30 marzo 1998, 98/257/CE, 4 aprile 2001, 2001/310/CE e 21 maggio 2008, 2008/52/CE) che a differenza della prima è del tutto libera e non procedimentalizzata.

Nella relazione al d.lgs. n. 28/2010, inoltre, si afferma che la condizione di procedibilità rispetta il criterio di delega, realizzando in tal modo l'equilibrio necessario tra il principio costituzionale del diritto all'azione previsto dall'art. 24 Cost. e il necessario «*contenimento dell'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale più volte richiesto dalla Corte Costituzionale*» per legittimare interventi legislativi di questa portata. Ma in realtà, come sempre si evince dalla stessa relazione, siamo in presenza probabilmente di una vera e propria «limitazione del diritto di azione», e il testo dello schema di decreto non appare in alcun modo coerente con i criteri di delega. Nemmeno l'aver fatto riferimento, come modello a cui ispirarsi nella definizione della mediazione a fini conciliativi, alla «conciliazione societaria» prevista dagli art. 38-40 del d.lgs. n. 5/2003, può servire a superare l'eccesso di delega: la c.d. conciliazione societaria infatti non costituisce una pregiudiziale obbligatoria qualora si intenda poi agire in giudizio.

La mediazione, inoltre, può essere facoltativa quando viene liberamente scelta dalle parti o nell'ambito di un'azione di classe ovvero giudiziale quando il giudice inviti con ordinanza le parti ad intraprendere un tentativo di mediazione (14). Il mancato esperimento del tentativo di mediazione, può essere eccepito dal convenuto a pena di decadenza non oltre la prima udienza. Entro il medesimo termine anche il giudice adito può invitare le parti, d'ufficio, a percorrere la strada della mediazione dando un congruo termine alle parti (4 mesi) e procedendo al contempo alla sospensione del processo e alla fissazione della nuova udienza. Nel caso in cui il giudice non fissi una data per la nuova udienza, il processo dovrà essere riassunto, nel caso in cui il tentativo di mediazione fallisca, dalla parte interessata entro i termini previsti dal codice di procedura (15).

(14) Secondo l'art. 5, comma 2, il giudice può invitare le parti, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, a procedere alla mediazione anche in sede di giudizio d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti. L'ipotesi è quella della conciliazione *delegata*, la quale amplia la possibilità per il giudice di avviare un tentativo di conciliazione: così E. FABIANI, M. LEO, *Prime riflessioni sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 in www.Judicium.it, 10.*

(15) Come è stato osservato da L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in www.Judicium.it, 17, «allorquando il tentativo di mediazione diverrà obbligatorio, il processo subirà sempre uno slittamento pari ai quattro mesi».* Dubbi sulla previsione normativa sono stati espressi anche da G. MONTELEONE, *La mediazione forzata, in www.Judicium.it, 1, secondo il quale «in teoria il procedimento di mediazione non può durare più di quattro mesi [...] ma la legge non precisa quale sia la conseguenza derivante dal suo in-*

2. *Le caratteristiche essenziali della mediazione finalizzata alla conciliazione.*

2.1. Per quanto concerne le concrete modalità di svolgimento della mediazione, il decreto n. 28/2010 prevede che essa sia disciplinata dal regolamento adottato dall'organismo prescelto. In ogni caso l'interessato può presentare la domanda di mediazione mediante deposito di un'istanza presso un qualunque organismo iscritto nel registro (16). In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. A tal fine, per determinare il tempo della domanda, si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione (17).

Nel caso in cui l'interessato, a seguito di una controversia, si rivolga ad un avvocato, quest'ultimo deve informare il cliente, a pena di annullabilità del contratto con lo stesso professionista, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione. L'informativa deve essere sottoscritta dall'assistito e deve essere allegata all'atto introduttivo dell'eventuale successivo giudizio.

Ricevuta una domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore (18) scelto nell'ambito di una lista prefissata, stabilendo il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. L'intero procedimento deve concludersi al massimo entro quattro mesi (19).

fruttuoso decorso, specie quando condiziona la proponibilità della domanda giudiziale. Questa dovrebbe essere liberamente proponibile, ma siccome lo schema legislativo non lo stabilisce espressamente, potrebbe ritenersi anche il contrario e cioè che il blocco resti finché il mediatore non formuli la proposta conciliativa anche se siano stati superati i quattro mesi».

(16) G. BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, Milano, 2010, pag. 22; M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pag. 785; G. FINOCCHIARO, *Mediazione - Procedimento e conclusioni*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 12, pag. 65.

(17) Cfr. L. DITTRICH, *cit.*, pagg. 7-8, riporta l'esempio del professionista che agisce davanti all'organismo di mediazione istituito dal proprio ordine professionale di appartenenza. L'Autore ritiene comunque che, nonostante all'attore sia consentita una tale libertà di scelta, ciò non implichi una violazione dell'imparzialità, e della terzietà, qualità che dovrebbero presupporre sempre esistenti in capo al mediatore.

(18) Sulla figura e il ruolo del mediatore, cfr. P. PORRECA *Rapporti tra mediatori e organismi di mediazione. Compiti, responsabilità e caratteristiche del mediatore*, Relazione per il seminario *La riforma della mediazione civile e commerciale*, Unioncamere, Roma 20 dicembre 2010.

(19) Con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione nelle cause di lavoro,

Non è prescritto un onere di astensione del mediatore ma, qualora sussistano ragioni che possano pregiudicare l'imparzialità nello svolgimento del proprio compito, il mediatore ha il dovere di dare immediata informazione di tali ragioni all'organismo di mediazione e alle parti stesse. Non è prevista una specifica procedura di ricusazione ma, qualora una parte lo richieda, il responsabile dell'organismo provvede alla sostituzione del mediatore; qualora il procedimento di mediazione sia affidato al responsabile dell'organismo, la sua sostituzione deve essere disposta da un organo diverso che dovrà essere individuato dallo stesso regolamento dell'organismo.

Se sono necessarie competenze tecniche particolari, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei tribunali.

La domanda di mediazione, inoltre, produce l'interruzione del decorso del termine di prescrizione e impedisce il verificarsi della decadenza. Tuttavia, se il tentativo di conciliazione fallisce, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il termine di decadenza che decorre dal deposito del verbale redatto dal mediatore.

2.2. Nell'ipotesi in cui l'accordo venga raggiunto e si possa, quindi, procedere alla conciliazione, il mediatore redige processo verbale che viene sottoscritto dalle parti e il verbale viene omologato con decreto del Presidente del Tribunale competente per territorio. In tal caso può anche essere previsto il pagamento di somme di denaro in caso di inosservanza dell'accordo raggiunto; lo stesso verbale omologato diviene titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Al contrario, nel caso in cui non si sia raggiunto un accordo, ma siano emersi elementi sufficienti per la definizione alternativa della controversia (20), il mediatore può formulare una proposta

la sentenza della Corte Costituzionale 4 marzo 1992, n. 82 ha superato l'ostacolo della mancata previsione della durata massima del tentativo di conciliazione rilevando che nella stessa normativa è prevista la possibilità di attivare il giudizio decorso il termine di sessanta giorni dalla presentazione della richiesta. Di conseguenza, la condizione di procedibilità è, di fatto, subordinata alla presentazione della richiesta di conciliazione e dal decorso del termine ivi previsto, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1023, con nota di G. COSTANTINO.

(20) Nello schema di decreto legislativo antecedente a quello poi approvato, la formulazione della proposta non era una facoltà del mediatore, ma un obbligo. Ora invece, qualora l'accordo non sia raggiunto, il decreto prevede che il mediatore possa formulare una proposta conciliativa, facoltà che si trasforma in obbligo solo quando le parti ne facciano concorde richiesta. Secondo la relazione illustrativa del decreto, ciò è servito a realiz-

di conciliazione (ed è molto probabile che lo faccia, quando le circostanze del caso lo permettano) informando le parti delle possibili conseguenze che potrebbero derivare per quanto concerne le spese processuali dell'eventuale successivo giudizio.

In tale ipotesi, il mediatore redige processo verbale con l'indicazione della proposta e delle ragioni del mancato accordo e lo fa sottoscrivere alle parti, dando anche atto dell'eventuale mancata partecipazione di una delle parti, che potrà essere valutata dal giudice dell'eventuale successivo giudizio ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

Ed infatti, qualora il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, relativamente al periodo successivo alla stessa; condanna al pagamento delle spese processuali di controparte (21); inoltre può condannare al versamento di un'ulteriore somma, di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.

La ragione di questa innovativa disciplina sanzionatoria risiede nel fatto che, come sottolineato, il decreto ha una finalità deflativa del contenzioso, a maggior ragione se quest'ultimo risulti inutile rispetto al tentativo di mediazione.

2.3. La regolamentazione delle spese processuali prevista dall'art. 13 in caso di rifiuto della proposta conciliativa deve essere valutata anche alla luce delle rilevanti modifiche agli artt. 91, 92 e 96 del codice di procedura civile introdotte con la stessa legge delega n. 69/2009 (22).

zare una sintesi delle diverse posizioni emerse in materia, evitando quindi di rendere obbligatoria la proposta nel caso in cui, a seguito della mediazione, non vi fossero elementi sufficienti per definire la controversia. Si è tuttavia lasciata al mediatore la facoltà di valutare l'esistenza di tali elementi. La parte che non intende accettare la proposta dovrà comunque valutarla attentamente dal momento che tale rifiuto potrebbe avere delle conseguenze assai penalizzanti per quanto riguarda le spese processuali dell'eventuale successivo giudizio, in applicazione dell'art. 13 del decreto legislativo.

(21) Cfr. L. DITTRICH, *op. cit.*, pag. 23, commenta che «*si tratta di una vittoria che, dal punto di vista della condanna alle spese, è trattata peggio di una soccombenza integrale [...] qui ci troviamo in un universo rovesciato, ove chi vince è soggetto onerato delle spese*»; in tale ottica cfr. anche G. MONTELEONE, *La mediazione forzata*, in *www.Judicium.it.*, 3: «*minacciare sanzioni e condanne alle spese alla parte vittoriosa, per il solo fatto che abbia rifiutato la proposta conciliativa poi recepita in sentenza, non ha altra funzione che ostacolare l'accesso alla giustizia con strumenti di coazione indiretta*».

(22) Tra i tanti commenti in dottrina cfr. M. PULICE, *La nuova responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.*, su <http://www.filodiritto.com/index.php?azione=visualizza&id-doc=1731>; S. ROSSI, *La condanna per lite temeraria come danno punitivo?*, Nota a tribunale

In tale sede, infatti, il legislatore, da un lato, ha previsto una sanzione processuale a carico dell'attore che abbia rifiutato una proposta conciliativa avanzata dall'altra parte (art. 91, comma 1, c.p.c.), dall'altro, ha imposto al giudice di motivare puntualmente la decisione, oggi largamente in uso, di compensare le spese processuali tra le parti, ammettendola solo se «*occorrono gravi ed eccezionali ragioni*» (art. 92, comma 2, c.p.c.). Con la modifica dell'art. 96 c.p.c., infine, è stata prevista la condanna in giudizio del soccombente, che abbia agito con dolo o colpa grave, al pagamento di una somma di denaro ulteriore rispetto alle spese di lite, senza dover provare l'esistenza di un danno subito dall'altra parte (23).

2.4. L'art. 11 del decreto prevede che, se l'accordo tra le parti non è raggiunto, il «mediatore» formuli comunque una proposta di conciliazione contenuta in un processo verbale con indicazione delle ragioni del mancato accordo e la comunichi alle parti per iscritto. Prevedere una «proposta di conciliazione» per ogni mediazione che verrà discussa e la sua formalizzazione in un processo verbale rischia di incentivare il contenzioso in campo assicurativo e di aumentare il costo dei sinistri per le imprese assicuratrici: la presenza di un mediatore nella fase liquidativa di un sinistro, infatti, può provocare un innalzamento automatico dei costi di risarcimento del sinistro stesso.

Si sarebbe potuto evitare questi effetti distorsivi inserendo nell'art. 11 comma 1 la previsione che la proposta di conciliazione, in caso di disaccordo, venga formulata dal mediatore solo su richiesta delle parti, come del resto indicato nella relazione illustrativa secondo cui «*qualora l'accordo amichevole non sia raggiunto, il mediatore formula, su richiesta delle parti, una proposta (...)*» come previsto d'altronde anche nella c. d. conciliazione societaria.

Invece con la pubblicazione del decreto del Ministro della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, recante la normativa di attuazione

di Varese, 22 gennaio 2011, n. 98, su <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/020246.aspx>.

(23) Nel caso in cui la sentenza del giudice sia identica alla proposta rifiutata del mediatore, l'applicazione dell'art. 13 d.lgs. n. 28/2010 attribuisce al vincitore le spese di tutto il giudizio, e non solo di parte delle stesse, come accade nell'ipotesi di cui all'art. 91 c.p.c. e determina una deroga assoluta al principio di soccombenza stabilito dall'art. 91 c.p.c., che è stato ritenuto coperto da protezione di rango costituzionale (cfr. Corte Costituzionale 31 dicembre 1986, n. 303, in *Foro it.*, 1987, I, 671, con nota adesiva di A. PROTO PISANI).

secondaria del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (24), la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali è stata definita completamente, prevedendo scelte opzionali da riportare nei regolamenti degli organismi, a dir poco discutibili (25).

Ed infatti, il decreto nel disciplinare l'istituzione, presso il Ministero della Giustizia, del registro degli organismi abilitati a svolgere la mediazione ed i criteri e le modalità per la loro iscrizione, dispone che gli organismi adottino un proprio regolamento interno: in particolare, nell'art. 7, comma 2, lett. b), è data facoltà agli organismi di prevedere nel regolamento che la proposta di mediazione possa essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una delle parti alla mediazione stessa.

Tale previsione lascia particolarmente perplessi dal momento che non si vede come, nel caso in cui la mediazione non abbia potuto essere espletata per l'assenza di una delle parti, il (mancato) mediatore possa formulare una proposta. La previsione, inoltre, potrebbe risultare particolarmente pesante per il convenuto contumace dal momento che la proposta formulata dal mediatore diviene il parametro di riferimento su cui valutare, nell'eventuale successivo processo, se vi sia una differenza tra la pronuncia del giudice nella sentenza e la proposta stessa, con precise conseguenze in termini di attribuzione delle spese del giudizio a carico di una delle parti (26).

2.5. Il regime fiscale del procedimento di mediazione, relativamente alle imposte di bollo, di registro e a tutte le altre spese, tasse o diritti, stabilisce che tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo (di cui al d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 642 e successive modificazioni) e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e na-

(24) Pubblicato sulla G.U. 4 novembre 2010, n. 258, s.g.

(25) Il decreto ministeriale è stato fatto oggetto di impugnativa davanti al T.A.R. del Lazio da parte dell'Organismo unitario dell'Avvocatura, per diverse previsioni che sono state giudicate illegittime. I giudici hanno rigettato la richiesta di sospensiva ed è in corso il giudizio nel merito.

(26) Cfr. G. DE PALO, L. D'URSO, D. GOLANN, *Manuale del conciliatore professionista*, Giuffrè, Milano, 2004, dove la presenza di entrambe le parti nel procedimento è considerata condizione assolutamente necessaria per poter esperire il tentativo di conciliazione.

tura. In sostanza, all'atto introduttivo del procedimento di mediazione fino all'atto finale di verbalizzazione dell'accordo raggiunto o della dichiarazione di mancato accordo non verrà posta a carico delle parti alcuna somma a titolo di onere tributario o amministrativo così come per i tutti gli altri documenti scambiati nella fase preparatoria o prodotti dalle parti o dall'organismo nel corso della procedura medesima a supporto delle sedute di mediazione.

L'art. 17 del d.lgs. n. 28/2010, inoltre, prevede una specifica esenzione parziale nella parte in cui stabilisce che il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro (di cui al d.p.r. n. 131 del 26 aprile 1986 e successive modificazioni) entro il limite di valore di 51.646 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente; in ipotesi di controversia conclusasi positivamente con un verbale di accordo del valore di 150.000 euro, che si voglia o si debba sottoporre a registrazione presso l'Agenzia delle Entrate o alla Cancelleria del Tribunale, l'imposta di registro dovuta sarà determinata solo sul differenziale rispetto alla soglia in esenzione, pari ad un valore di 100.000 euro.

Sull'indennità corrisposta ai mediatori è inoltre riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di 500 euro. In caso di insuccesso della mediazione, invece, il credito d'imposta è ridotto della metà.

2.6. Per quanto concerne i requisiti degli organismi di mediazione (e cioè, tutti gli enti pubblici o privati che diano le necessarie garanzie di serietà ed efficienza), il d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che l'organismo deve essere professionale, indipendente e stabilmente destinato all'erogazione del servizio di conciliazione e dovrà essere iscritto in un Registro presso il Ministero della Giustizia.

I Consigli dell'ordine degli avvocati, nonché gli organismi istituiti dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, su semplice domanda al Ministero della Giustizia, potranno istituire organismi di mediazione. Gli altri ordini professionali potranno istituire organismi di mediazione, ma solo per le materie riservate alla loro competenza. L'iscrizione nel registro presso il Ministero della Giustizia avviene a seguito di domanda corredata del regolamento di procedura dell'organismo, a cui devono essere allegati, per gli organismi costituiti da enti privati, le tabelle delle indennità spettanti ai mediatori e un codice etico.

Il decreto del Ministro della Giustizia sopra citato, stabilisce le regole per la formazione del registro e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi (nel caso di organismi privati, esse sono liberamente fissate entro una forbice stabilita dal decreto ministeriale; nel caso di organismi pubblici, esse sono state fissate dal Ministro della Giustizia).

3. *L'impatto sul settore assicurativo.*

Per quanto concerne l'impatto della nuova normativa sui contratti assicurativi danni (ad eccezione del contenzioso derivante dalla responsabilità civile auto e dalla responsabilità civile medica) e vita si rileva che, pur essendo questi ultimi contratti c.d. di massa e cioè conclusi attraverso moduli e formulari, per essi non si evidenziano profili di litigiosità degni di nota. Il contenzioso nei rami *property* del principale gruppo italiano ammonta a circa 1500 cause in tutti i gradi di giudizio; nell'assicurazione vita il contenzioso è stato fino ad ora molto ridotto. A giudizio di chi scrive, pertanto, inserire la mediazione a fini conciliativi quale condizione di procedibilità per il contenzioso derivante dai contratti assicurativi non dovrebbe avere rilevanti effetti deflattivi sul numero complessivo dei procedimenti.

Ben diverso potrebbe essere l'impatto sul ramo r.c.-auto, dal momento che i dati attuali parlano di un contenzioso che ha raggiunto i 254.581 procedimenti aperti, con 3.700.000 sinistri di cui l'80% gestiti attraverso la procedura dell'indennizzo diretto. Anche per la r.c. medica i numeri sono molto rilevanti (più di 20.000 vertenze tra il 2004 e il 2009, con *trend* in crescita esponenziale).

L'impatto del nuovo istituto potrebbe essere molto rilevante soprattutto nei rami sopra ricordati nei quali tra l'altro, trattandosi di rami di responsabilità civile, la presenza di più soggetti (danneggiato, assicurato e assicuratore) e la possibilità per il danneggiato di esercitare l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore (nella r.c.-auto) potrebbe rendere i procedimenti molto complessi e soprattutto potrebbe inficiare le prerogative dell'assicuratore che, secondo quanto disposto dall'art. 1917 c.c., è direttamente interessato

a come la controversia venga risolta tra danneggiato e danneggiante/assicurato. La possibilità per l'assicurato, convenuto dal danneggiato, di chiamare in causa l'assicuratore dovrebbe poter valere anche per la mediazione, magari anche attraverso una specifica clausola inserita in contratto (cfr. art. 1917, comma 4).

Più in generale, la tecnicità della materia assicurativa richiede in capo al mediatore una formazione specifica che lo metta in grado di ben interpretare gli interessi delle parti, l'esatta natura dei rapporti che le legano, il contesto economico e giuridico da cui sono regolati. Sotto questo profilo, la normativa si è limitata a prevedere sezioni specializzate degli organismi di mediazione nelle controversie internazionali e in quelle riconducibili al Codice del consumo (27) che però non esauriscono tutto l'ambito e la particolarità del settore assicurativo. I regolamenti degli organismi di mediazione, inoltre, dovrebbero tener conto delle particolarità dell'attività assicurativa (tema che viene esaminato nel prosieguo del presente scritto) che resta caratterizzata da un rilevante tecnicismo e da una profonda complessità dei processi organizzativi interni alle imprese.

Con riferimento al tema delle spese di soccombenza e a quelle inerenti una potenziale lite temeraria, tenute anche presenti le finalità che le hanno ispirate e volendo considerare, in particolare, i rapporti con gli assicurati, si può ipotizzare che:

1. nel caso in cui l'assicurato, avendo rifiutato la proposta conciliativa, decida di attivare il successivo giudizio e il provvedimento del giudice corrisponda interamente al contenuto della proposta, lo stesso assicurato potrà essere condannato dal giudice al pagamento di tutte le spese, anche di controparte, secondo lo schema previsto dall'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010;

2. qualora, invece, fosse l'impresa a rifiutare la proposta conciliativa, costringendo quindi l'assicurato a promuovere il giudizio e il giudice dovesse dare ragione a quest'ultimo riconoscendogli esattamente (o in misura non inferiore) quanto già stabilito nella proposta conciliativa, le sanzioni di cui all'art. 13 non potranno essere applicate, ma potrà essere in ogni caso applicata dal giudice la disciplina delle spese prevista dagli artt. 92 e 96 c.p.c. (28).

(27) Art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010.

(28) Cfr. G.L. BARRECA, *Le modifiche agli artt. 91, 92 e 96 c.p.c.*, in documenti del CSM, reperibile all'indirizzo web <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/20222.pdf>.

4. *Le possibili clausole da inserire nei contratti predisposti dall'assicuratore.*

È stato sottolineato da alcuni commentatori che, per evitare fenomeni distorsivi di «forum shopping»(29), è fondamentale mantenere la possibilità — attualmente prevista dall'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010 di determinare contrattualmente, mediante specifica «clausola di mediazione o conciliazione», l'organismo a cui le parti possano demandare il tentativo di mediazione per la conciliazione. In sostanza, il decreto fa salva la libertà delle parti (30) di predeterminare *ab origine* le modalità da seguire per risolvere le eventuali controversie che possano insorgere tra loro nel corso del rapporto.

A giudizio di chi scrive tutto ciò vale sia nei contratti con i professionisti che con i consumatori ed in tal caso la clausola non dovrebbe rivestire il carattere della vessatorietà. Ed infatti, la futura disciplina dovrà tenere conto di quanto previsto dall'art. 141, comma 4, del Codice del consumo(31) il quale dispone che

(29) Cfr. A. BOZZI, *Riformare la giustizia con l'arbitrato e la mediazione*, in *IBL Briefing paper*, 74, 2009, reperibile all'indirizzo web http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_74_ADR.pdf, che considera favorevolmente l'introduzione del nuovo istituto: «...Gli interessi dell'Unione europea relativi all'integrazione del mercato unico e alla conseguente piena mobilità dei fattori produttivi possono essere meglio soddisfatti da un sistema giudiziale concorrenziale. In tale quadro, anche i tribunali degli altri Stati diverrebbero quindi un'alternativa al foro competente, al pari dei metodi ADR. In questo senso, appare chiaro che il destino in Europa di queste ipotesi di forum shopping sono in larga misura legate all'imporsi — nella cultura degli utenti, dei professionisti del diritto, dei legislatori — di una maggiore comprensione di cosa siano il modello arbitrale e quello mediativo, costituendo essi delle procedure volontarie del tutto alternative al foro competente per la controversia adita, e quindi rappresentando oggi la strada maestra che può condurre il nostro sistema processuale al superamento del monolitismo perdurante. Come sopra enunciato, quindi, una riforma del procedimento ordinario in senso concorrenziale è auspicabile in quanto potrebbe consentire uno snellimento del carico presente nei Tribunali italiani e consentirebbe a privati ed aziende di avere un ventaglio di metodi adeguati alla risoluzione di ogni tipologia conflittuale»; L. DITTRICH, *op. cit.*, 9.

(30) Ovvero del predisponente, nel caso di contratti per adesione *ex art.* 1342 c.c. A tale proposito, è opportuno sottolineare che il decreto in commento introduce una disciplina generale della mediazione applicabile a tutti i contratti, ricomprendendovi quindi anche quelli conclusi con il consumatore. Attualmente la conciliazione delle controversie concernenti i consumatori è regolata dall'art. 141 del Codice del consumo, anche se la relativa disciplina attuativa non è mai stata emanata. Non a caso la disciplina attuativa del decreto n. 28/2010 prevede espressamente la creazione di una separata sezione del registro dedicata agli organismi conciliativi per i consumatori: sembra evidente, pertanto, che essa dovrà tenere conto di quanto già stabilito nel Codice del consumo.

(31) D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in *G.U.* 8 ottobre 2005, n. 235.

l'inserimento di una clausola *ad hoc* — con la quale le parti individuano fin dall'inizio un organismo da adire in caso di controversia — non può essere considerata vessatoria (e cioè abusiva) nei confronti del consumatore.

In ogni caso una clausola siffatta, anche se inserita in un contratto concluso con un professionista, potrebbe essere considerata vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c., e quindi dovrebbe essere soggetta alla disciplina della doppia firma prevista dal comma 2 del suddetto articolo, in quanto comunque derogatoria della competenza dell'autorità giudiziaria.

La clausola inserita nel contratto, per poter essere considerata al riparo da un possibile giudizio di vessatorietà ai sensi dell'art. 141 del Codice del consumo — che richiama i principi sui quali dovrebbe fondarsi una conciliazione, riportati in due Raccomandazioni della Commissione UE — dovrebbe prevedere la possibilità di adire un organismo di mediazione costituito pariteticamente tra professionisti e associazioni dei consumatori ovvero le Camere di commercio, espressamente richiamate dall'art. 141, comma 3.

Tutto ciò lascerebbe intendere che la norma del Codice del consumo debba essere considerata «speciale» rispetto al d.lgs. n. 28/2010 ed essa, ancorché antecedente temporalmente a questo, dovrebbe conservare pienamente la propria portata precettiva. Tutto ciò, seppur sostenibile sul piano squisitamente interpretativo, potrebbe far sorgere il dubbio che vi sia una sorta di «discriminazione» nei confronti degli altri organismi, che presentano anch'essi i requisiti di indipendenza previsti dal decreto legislativo e che sono iscritti a pieno titolo nel Registro presso il Ministero della Giustizia.

5. *Le proposte del settore assicurativo per una procedura più efficiente.*

Come sottolineato in precedenza, l'attività assicurativa presenta specifiche particolarità normative e peculiari necessità organizzative conseguenti, da un lato, dalla complessità delle procedure previste dal Codice delle assicurazioni private (c.d. CAP) e, dall'altro, dall'articolazione delle modalità di erogazione del servizio di liquidazione dei danni dal quale potrebbero derivare le eventuali controversie.

Tutto ciò tenuto anche conto del fatto che spesso l'affidamento del servizio di liquidazione dei sinistri viene attribuito a so-

cietà specializzate che in alcuni casi sono controllate dal gruppo assicurativo e altre volte sono esterne ad esso.

Sarebbe stato auspicabile che le suddette particolarità (normative, tecniche e organizzative) dell'attività assicurativa, pertanto, fossero prese in considerazione anche dalla specifica disciplina attuativa della mediazione e almeno ora, a quadro normativo definito, dovrebbero essere considerate all'interno dei regolamenti adottati dai vari organismi di mediazione.

In particolare, in relazione all'assicurazione della r.c.-auto, l'art. 145 CAP dispone che l'assicuratore r.c.-auto — al quale sia stata rivolta una richiesta di risarcimento da parte del danneggiato — debba formulare un'offerta di risarcimento in un termine di 30, 60 o 90 giorni a seconda della tipologia di danno.

In tali casi, la controversia può sorgere, evidentemente, solo dopo il decorso dei predetti termini e, pertanto, il regolamento dell'organismo di mediazione dovrebbe prevedere che l'eventuale istanza di richiesta di mediazione contenga non solo tutti gli elementi necessari ad individuare puntualmente la controversia stessa — ad esempio: il numero di polizza e/o di sinistro, la lettera di richiesta di risarcimento ecc. — ma anche l'indicazione che i suddetti termini sono trascorsi (sia in caso di proposta di risarcimento giudicata non soddisfacente dal danneggiato sia in caso di comunicazione dei motivi per cui l'assicuratore non ha inteso effettuare una proposta, sia, infine, in caso di mancata comunicazione da parte dell'assicuratore).

La mediazione, dunque, non può essere promossa prima dello spirare dei termini assegnati dalla legge all'assicuratore per far conoscere la propria posizione.

La dottrina (32) ha sempre ritenuto che l'art. 145 CAP abbia introdotto una condizione di proponibilità dell'azione di risarcimento del danno e, pertanto, almeno nell'ambito della r.c.-auto, l'assicurato danneggiato, prima di poter andare in giudizio, deve ottemperare a tale condizione e alla condizione di procedibilità dell'azione prevista dal d.lgs. n. 28/2010. La giurisprudenza (33), anzi,

(32) *Ex multis*, ANGIUS, *In tema di applicabilità dell'art. 22, legge 990/1969 nei confronti del chiamato in causa nel giudizio di danno*, in *N. dir.*, 81, pag. 109.

(33) Cfr. Cass., 27 febbraio 1987, n. 2108, in questa *Rivista*, 1987, 916. Infatti, secondo i giudici della Suprema Corte: «l'onere della preventiva richiesta del risarcimento del danno all'assicuratore — sempre che sia identificabile — ai sensi dell'art. 22 della legge n. 990 del 1969, costituisce condizione per la proponibilità tanto dell'azione diretta contro

ha ritenuto che la procedura per la liquidazione del danno introdotta dalla legge n. 990/1969 e ripresa dal CAP sia stata introdotta per ovviare all'esigenza di agevolare il risarcimento diretto e stragiudiziale da parte dell'assicuratore, evitando inutili giudizi (34).

Sempre con specifico riguardo alla r.c.-auto, dovrebbero essere fatte salve, anche per la mediazione, le regole generali previste dagli artt. 141 e 144 del CAP.

Infatti, ai sensi dell'art. 141 CAP — che prende in considerazione lo specifico caso in cui nel sinistro sia coinvolto un terzo trasportato — l'azione diretta avente ad oggetto il risarcimento è esercitata nei confronti dell'impresa di assicurazione del veicolo sul quale il danneggiato era a bordo al momento del sinistro e l'impresa di assicurazione del responsabile civile può intervenire nel giudizio anche estromettendo l'impresa di assicurazione del veicolo, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato.

Inoltre, ai sensi dell'art. 144 CAP — che definisce in maniera più generale le caratteristiche dell'azione diretta — è previsto, in via residuale, che il danneggiato abbia a disposizione un'azione diretta per il risarcimento del danno nei confronti dell'impresa di assicurazione del responsabile civile (35).

Com'è noto l'art. 144 CAP, infatti, fa sorgere in capo al danneggiato un diritto autonomo di natura sostanziale: la legge ha affiancato all'obbligazione risarcitoria del responsabile verso il danneggiato, un'altra obbligazione, quella dell'assicuratore, avente funzione di garanzia, consentendo quindi al danneggiato di agire direttamente contro l'assicuratore. L'introduzione di questa azione diretta non ha comunque fatto venir meno il disposto dell'art. 2054 c.c., che prevede l'azione contro il conducente o il proprietario del veicolo.

Da questa coesistenza, la giurisprudenza (36) ha desunto un vincolo di solidarietà tra il danneggiante e il suo assicuratore e la

l'assicuratore stesso *ex art. 18 della suddetta legge*, quanto dell'azione risarcitoria nei confronti del responsabile civile ai sensi dell'art. 2054 c.c. ».

(34) Forse anche per questo motivo il legislatore nella prima versione del d.lgs. n. 28/2010 non aveva previsto l'inserimento della r. c. auto, ritenendo la procedura prevista dal CAP una sorta di procedura stragiudiziale di composizione delle controversie.

(35) Come è noto, da questa norma derivano alcune importanti conseguenze: « *l'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nella misura in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o ridurre la propria prestazione e, nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione, è chiamato anche il responsabile del danno* ».

(36) Cfr., *ex multis*, Cass., 28 febbraio 1972, n. 602, in *Mass. Giur. it.*, 1972, 217;

possibilità di proporre cumulativamente le azioni da parte del danneggiato delle relative azioni.

Questa cumulabilità e il vincolo di solidarietà comportano alcune importanti conseguenze, tra cui il fatto che: sul piano sostanziale deve riconoscersi l'effetto liberatorio del pagamento effettuato ad uno dei debitori; l'azione esperita contro l'assicuratore contiene implicitamente la domanda di accertamento della responsabilità del conducente e del proprietario; nel giudizio promosso dal danneggiato contro il solo responsabile è comunque ammessa la chiamata *iussu iudicis* dell'assicuratore del convenuto; l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato non solo nei confronti delle parti contro le quali la domanda sia stata formalmente proposta, ma anche nei confronti di quelle, che pur non dirette destinatarie della domanda stessa, non siano estranee alle questioni decise ed abbiano partecipato al giudizio con possibilità di difesa.

Come è facilmente intuibile, le conseguenze sopra elencate dovrebbero avere un loro necessario risvolto nello svolgimento della mediazione, quale fase pre-giudiziale che dovrebbe vedere anch'essa coinvolte tutte le parti delle fattispecie di responsabilità civile che vedono il formarsi di un necessario rapporto trilatero tra il danneggiato, il danneggiante e il suo assicuratore.

Nel caso, pertanto in cui la mediazione, sia nell'ambito della r. c. auto sia nell'ambito della r.c. generale, venisse promossa solo nei confronti del danneggiante, il suo assicuratore non potrebbe conoscere e valutare adeguatamente i fatti contestati.

Ed infatti, in caso contrario, si correrebbe il rischio:

— nell'assicurazione r.c.-auto (in cui la legge attribuisce al terzo danneggiato la possibilità di trattare direttamente con l'assicuratore), di avere una conciliazione in assenza del responsabile; analogo rischio si porrebbe evidentemente in tutti i casi di assicurazione della r.c. generale nell'ipotesi di una conciliazione obbligatoria concernente il mero rapporto assicurativo;

— nel caso di responsabilità civile medica e di responsabilità civile derivante da circolazione stradale, di avere una conciliazione obbligatoria concernente il rapporto aquiliano in assenza dell'assicuratore; analogo rischio si porrebbe evidentemente per tutte le as-

Cass., 15 settembre 1982, n. 602, in *Resp. civ. prev.*, 1983, pag. 448; Cass., 29 novembre 1985, n. 5928, in *Foro. it.*, 1986, I, 2237; Cass., 7 maggio 1988, n. 3381, in *Mass. Giur. it.*, 1988.

sicurazioni di r.c. generale nell'ipotesi di conciliazione facoltativa concernente il mero rapporto aquiliano.

In questi casi sarebbe di grande importanza che la mediazione venisse espletata con la presenza necessaria di tutte le parti coinvolte, in modo da renderne gli eventuali risultati «opponibili» a tutti.

Infine, sempre in tema di r.c.-auto, nella procedura di risarcimento diretto ai sensi dell'art. 149 del CAP, l'impresa, a seguito della presentazione della richiesta da parte del proprio assicurato, è obbligata a provvedere alla liquidazione dei danni per conto dell'impresa di assicurazione del veicolo responsabile, ferma la successiva regolazione dei rapporti fra le imprese medesime. Ne deriva che in tal caso la mediazione si dovrebbe condurre anche con la partecipazione dell'impresa di assicurazione del danneggiato.

È necessario ricordare, tuttavia, che nel 2009 la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 149 citato, ha dichiarato, con la sentenza n. 180 (37), la questione sollevata infondata.

Ed infatti, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 149 permette di mantenere inalterato il sistema di tutele concesso al danneggiato che continua a poter promuovere l'azione diretta nei confronti dell'istituto assicuratore del responsabile civile, a prescindere da quanto disposto dal dettato normativo: «*il nuovo sistema di risarcimento diretto, infatti, non consente di ritenere escluse le azioni già previste dall'ordinamento in favore del danneggiato e la disciplina confermativa dell'azione diretta (art. 144 CAP) e l'introduzione di un'ipotesi speciale di essa, quella contro il proprio assicuratore (art. 149 CAP), non può aver precluso l'azione di responsabilità civile*».

La Corte conclude che la suddetta interpretazione — la quale, come abbiamo visto, ammette in via alternativa l'esperibilità della nuova azione diretta contro il proprio assicuratore, dell'azione *ex art.* 2054 c.c. e dell'azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile — apre tutta una serie di problemi applicativi (38) che

(37) In *G.U.* Corte Cost., sentenza 24 giugno 2009, n. 25.

(38) Problematiche applicative che sono state affrontate, tra gli altri da: HAZAN, *Per forza o per scelta: l'indennizzo diretto e l'art. 141 cod. ass. dopo l'intervento della consulta*, in *Danno e resp.*, 2009, n. 3, pag. 333; CHINDEMI, *Il danno alla persona dopo le Sezioni Unite*, Maggioli Editore, 2009.

si riverberano tanto nell'azione quanto nella mediazione antecedente all'azione.

Di conseguenza, in considerazione della natura trilatera del rapporto di responsabilità civile, nel caso in cui la mediazione fallisca:

- il danneggiato potrebbe agire contro il danneggiante e questi potrebbe a sua volta — in virtù di quanto previsto dall'art. 1917 c.c. — chiamare in causa il proprio assicuratore che non sarebbe a conoscenza di quanto avvenuto nella mediazione fallita;

- lo stesso danneggiato, avvalendosi dell'azione diretta, potrebbe sempre agire direttamente contro l'assicuratore del danneggiante e, oltre a determinarsi gli inconvenienti di cui sopra, non potrebbe nemmeno dirsi assolta la necessaria condizione di procedibilità dell'azione prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010.

Oltre a quanto sopra rappresentato, altre caratteristiche specifiche dell'attività assicurativa meriterebbero di essere considerate nei regolamenti degli organismi di mediazione che dovrebbero, pertanto, prevedere che:

- la scelta da parte di colui che attiva la mediazione di un organismo i cui mediatori operino nella regione di residenza della controparte. In tal caso la sede ove si dovrebbe svolgere la mediazione potrebbe essere presso lo studio del mediatore o altro luogo da lui indicato nella regione di residenza della parte convenuta o, eventualmente, presso un'altra sede concordata tra le parti, il mediatore e il responsabile dell'organismo. Tutto ciò al fine di evitare atteggiamenti opportunistici volti a costringere la controparte a partecipare ad un tentativo di mediazione innanzi a mediatori che operino lontano dal suo luogo di residenza/sede legale;

- il conferimento dell'incarico ad un mediatore esperto in materia assicurativa, date le evidenziate specialità della materia: dalla specializzazione e la professionalità del mediatore, infatti, dipende in larga misura la riuscita della mediazione stessa;

- la partecipazione personale delle parti alla mediazione per il buon esito della stessa e per prevenire possibili «conflitti di interesse» da parte dei rappresentanti legali. La presenza delle parti, inoltre, permetterebbe a ciascuna di esse di decidere immediatamente se proseguire o meno nel processo conciliativo e limiterebbe il rischio di insorgenza di eventuali problemi nella fase di esecuzione della intesa raggiunta alla presenza, appunto, delle parti;

- espressamente per la r.c.-auto, per i sinistri rientranti nell'ambito di applicazione delle procedure previste dagli artt. 141 e

149 CAP — ferma l'esigenza sopra rappresentata di far partecipare tutte e tre le parti coinvolte in una mediazione che scaturisce da una ipotesi di responsabilità civile — la domanda di mediazione dovrebbe essere rivolta alla compagnia di assicurazione del vettore/assicurato e danneggiato: l'impresa del veicolo civilmente responsabile del sinistro, infatti, potrebbe in ogni caso eccipire la propria competenza a presenziare alla mediazione, non essendo per legge tenuta alla gestione del sinistro;

— in caso di mancata comparizione di una delle parti, il mediatore, verbalizzando la mancata partecipazione, ponga fine al procedimento di mediazione, dal momento che, contrariamente a quanto previsto dal d.m. n. 180/2010 si ritiene che la mediazione possa avvenire esclusivamente tra le parti presenti innanzi al mediatore;

— conseguentemente, la possibilità del mediatore, in caso di mancato accordo, di formulare una proposta solo su richiesta comune di entrambe le parti;

— la possibilità di concedere su richiesta anche di una sola parte — in considerazione della complessità della materia e delle circostanze specifiche dei fatti che abbiano generato la controversia — un ulteriore termine, successivo al primo incontro tra le parti, per formulare proposte di merito;

— l'obbligo di allegare alla copia dell'istanza di mediazione da trasmettere all'impresa di assicurazione insieme alla comunicazione di cui all'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010, i documenti dai quali, il promotore della mediazione, desume le proprie ragioni;

— l'invio della convocazione e ogni successiva comunicazione o istanza da parte dell'organismo all'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) indicato dall'impresa di assicurazione, prevedendosi espressamente che l'invio ad un indirizzo errato costituisce motivo di improcedibilità della mediazione e comunque di giustificato motivo di assenza della impresa medesima ai sensi e per gli effetti dell'art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010;

— in materia di spese, l'espressa precisazione che nessuna spesa possa, neppure pro quota, può essere posta a carico della parte che, adducendo un giustificato motivo, non ha partecipato alla procedura.