

**Commissione Distrettuale per la formazione della Magistratura Onoraria
Corte d'Appello di Torino**

**INCONTRO DI STUDIO
«MEDIAZIONE E SINISTRI STRADALI»**

**8 marzo 2012
Torino, Palazzo di Giustizia “Bruno Caccia”**

relazione di

Avv. Marco Bona

A. PUNTO DI PARTENZA

**ESISTENZA DI PROCEDURE LIQUIDATIVE STRAGIUDIZIALI OBBLIGATORIE A
PENA DI PROPONIBILITA' DELLA DOMANDA (ARTT. 145, 148 E 149 COD. ASS.
PRIV.)**

Il legislatore delegato non si è posto in alcun modo il problema dell'esistenza di tali procedure e del loro coordinamento con la mediazione obbligatoria.

Che la “mediazione obbligatoria” nella r.c.a. non si concili con il sistema di cui al Codice delle Assicurazioni Private e, peraltro, possa comportare **effetti indesiderati** è stato pure evidenziato in data 18 maggio 2010 dalle **Commissioni riunite 6° (Finanze) e 10° (Industria) del Senato**. Queste, nell'impegnare il Governo “*a eliminare dalle materie oggetto di mediazione di tipo obbligatorio il «risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti»*”, hanno rilevato, pur considerando unicamente i riflessi sulle compagnie assicuratrici (e non già anche i rischi per le vittime), quanto segue: “*pur comprendendo lo spirito di tale inserimento, diretto ad alleggerire il carico di lavoro della magistratura, occorre segnalare che la **previsione di una procedura di mediazione obbligatoria per le controversie in materia di r.c. auto rischia di produrre effetti indesiderati sul fronte dei costi, poiché rispetto all'attuale assetto normativo che ... già prevede una procedura di liquidazione stragiudiziale disciplinata dal codice delle assicurazioni come condizione di procedibilità - determina un passaggio in più che non può non provocare un aumento dei costi dei risarcimenti**. Ciò per due motivi: - la procedura di mediazione costa sia in termini di impiego sia in termini organizzativi: le imprese dovrebbero strutturarsi per seguire tale fase aggiuntiva del processo di liquidazione dei sinistri; - il passaggio in più della mediazione obbligatoria costituirà un incentivo al rialzo degli importi contenuti nelle offerte di risarcimento formulate in sede transattiva sulla base della procedura già prevista dal Codice delle assicurazioni: le compagnie oggi riescono a chiudere in transazione il 95 per cento dei 3.700.000 sinistri da risarcire ogni anno. È evidente che la possibilità di sfruttare, da parte dei professionisti che assistono i danneggiati, un'ulteriore momento stragiudiziale verrà impiegata per spuntare incrementi delle offerte ricevute; in considerazione delle attuali tensioni sui conti del ramo r.c. auto e delle conseguenti ricadute sui prezzi per gli utenti, sarebbe opportuno evitare qualsiasi intervento che rischia di far aumentare i costi del sistema”*.

B. INCOSTITUZIONALITA'

Qualsiasi sia l'opinione che si possa nutrire nei confronti della "mediazione obbligatoria", rimane incontestabile la **non manifesta infondatezza** delle seguenti **questioni di costituzionalità** della disciplina in disamina.

Peraltro, una sentenza (od ordinanza) della Corte costituzionale, dalla quale dovrebbe prossimamente pervenire una prima pronuncia in materia, che non cogliesse i seguenti punti, non sarebbe tale da risolverli.

1) NON CONFORMITA' ALLA LEGGE DELEGA (violazione degli artt. 76 e 77, primo comma, Cost.)

Ha sicuramente ragione chi ha rilevato che *"l'abitudine a porre in essere eccessi di delega anche in questo caso è stata rispettata"*¹.

L'**art. 60** (*«Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali»*) della **legge 19 giugno 2009 n. 69**, nella sua lettera, non aveva autorizzato in alcun modo il Governo né a configurare il "procedimento di mediazione" come obbligatorio in talune selezionate materie né alla stregua di una condizione di procedibilità della domanda (tantomeno per i casi specifici della responsabilità medica e della r.c.a.)²: in seno alla legge delega, infatti, non è dato rinvenire alcun riferimento a queste due prospettive; anzi, dalla stessa norma-delega si traggono soltanto conferme del **carattere facoltativo** della novella procedura.

In particolare:

- alla **lettera n)** del **comma terzo** dell'**art. 60** della **legge n. 69/2009** si è previsto il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della **"possibilità"** (non già della *necessità*) di avvalersi di tale istituto (dunque, **la legge delega si è riferita espressamente alla sola ipotesi della "mediazione facoltativa"**, in tutta evidenza non avendo contemplato la fattispecie della "mediazione obbligatoria");
- soprattutto, alla **lettera c)** di questo medesimo comma il Parlamento ha indicato al Governo la possibilità di *"disciplinare la mediazione ... anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5"*, norma che, oggi assorbita nel decreto legislativo n. 28/2010, aveva introdotto un procedimento di conciliazione *ad hoc* per le controversie in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia: orbene, tale procedimento si caratterizzava per essere **facoltativo** e per non essere imposto quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Entrambi questi passaggi della legge delega, peraltro, sono stati colti ed evidenziati anche dall'**ordinanza del 12 aprile 2011** della **Sezione I del T.A.R. Lazio**, che ha concluso che la "mediazione obbligatoria" risulta *"in contrasto con l'art. 77 Cost., atteso il silenzio serbato dal legislatore delegante in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, nonché tenuto conto del grado di specificità di alcuni principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega, art. 60 della l. 69/09, che risultano stridenti con le disposizioni stesse. In particolare, alcuni principi e criteri direttivi [lett. c); lett. n)] fanno escludere che l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie possa rientrare nella discrezionalità commessa alla legislazione delegata, quale mero sviluppo o fisiologica attività di riempimento*

¹ G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, 147. Cfr., altresì, a chiare lettere il **Consiglio Superiore della Magistratura** nel suo *«Parere sullo schema di decreto legislativo: "Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"»* (delibera del 4 febbraio 2010): *"la legge delega non sembra contenere alcun riferimento alla possibilità di introdurre un doppio binario di procedibilità con riguardo all'oggetto della controversia"*.

² G. CANALE e S. CHIARLONI.

della delega, anche tenendo conto della sua ratio e finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile”.

Siffatta assenza di previsioni da parte della legge delega a favore della “**mediazione obbligatoria**” è stata pure rilevata espressamente dalla **2ª Commissione permanente (Giustizia) del Senato** in seno al suo parere sullo schema di decreto legislativo (27 gennaio 2010), in cui si è per l'appunto evidenziato, con un'interpretazione autentica della *ratio legis* della legge delega, che “*l'articolo 60, comma 3, lettera a), della delega, da un lato, prevede tra i principi e criteri direttivi, che la mediazione non deve precludere l'accesso alla giustizia, dall'altro, non sembra prevedere espressamente l'obbligatorietà del procedimento di conciliazione*”.

Del resto, anche a non voler tenere conto di siffatta interpretazione autentica fornita dal Senato, per legittimare l'operato del Governo ai sensi dell'**art. 77, primo comma, Cost.** occorrerebbe presumere nella legge delega la sussistenza di un'**autentica delega in bianco** in base alla quale l'Esecutivo sarebbe stato autorizzato dal Parlamento, senza alcuna benché minima indicazione circa i criteri da applicare, a scegliere del tutto arbitrariamente ed a proprio esclusivo piacimento le materie da assoggettare alla “mediazione obbligatoria”. Tuttavia, ravvisare una siffatta delega in bianco - non occorre essere fini costituzionalisti per capirlo - implicherebbe *de plano* l'affermazione dell'incostituzionalità della norma originaria ai sensi dell'art. 76 Cost., oltre che di quella delegata (*ex art. 77 Cost.*).

Non solo: **la Commissione Giustizia del Senato *expressis verbis* suggellò, in sede di parere sullo Schema di decreto legislativo** (che, peraltro, contemplava tra le materie soggette alla “mediazione obbligatoria” la r.c. medica, ma **non già la r.c.a.**!), **la propria contrarietà alla “mediazione obbligatoria”**: questa stessa Commissione espresse sì parere favorevole sullo Schema di decreto legislativo, nondimeno - si osservi bene - condizionò tale opinione, specificatamente formulandola seguente inequivocabile indicazione: “**con riferimento all'articolo 5 si ritiene necessario, in primo luogo, escludere al comma 1 l'obbligatorietà del procedimento di conciliazione**”.

Ciò è stato riconosciuto dallo stesso Esecutivo («*Relazione illustrativa del Decreto attuativo della delega di cui all'Art. 60 L. 69/2009*») che ha dichiarato candidamente quanto segue: “*La condizione di procedibilità si pone perfettamente in linea con le direttive della legge-delega. Su questo punto la Commissione Giustizia del Senato, nel parere reso il 27 gennaio 2010, ha espresso delle perplessità, invitando il Governo a escludere l'obbligatorietà del procedimento di conciliazione. In realtà, come riconosciuto nello stesso parere, l'articolo 60, comma 3, lettera a) della legge n. 69 del 2009 stabilisce, come unico limite all'esercizio della delega, che la disciplina della mediazione non può precludere l'accesso alla giustizia. Ora, tale concetto non può essere interpretato in senso letterale, dovendosi certamente in esso ricomprendere anche le ipotesi in cui l'accesso alla giustizia non è formalmente precluso, ma è reso particolarmente oneroso sotto il profilo economico o dei tempi necessari alla conclusione della procedura obbligatoria di mediazione; ciò precisato, non può esservi dubbio che la disciplina dell'articolo 5, comma 1, del decreto - regolando l'ipotesi di una condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda - si tenga lontana da tali estremi e realizzi quel punto di equilibrio tra diritto d'azione ex articolo 24 Cost. e interessi generali alla sollecita amministrazione della giustizia e al contenimento dell'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale, più volte richiesto dalla Corte costituzionale per affermare la legittimità di simili interventi normativi (v. anche Corte cost., 24 marzo 2006, n. 125)*”.

La giustificazione addotta dal Governo risulta così atteggiarsi: poiché la “mediazione obbligatoria”, quale condizione di procedibilità della domanda, sarebbe in linea con l'orientamento espresso nel passato della Corte costituzionale (assunto invero tutto da dimostrare ed anzi contraddetto dall'oggetto di tali pronunce), allora essa sarebbe *de plano* conforme all'art. 76 Cost.

Senonché:

- in tutta evidenza una logica siffatta sovverte i rapporti, costituzionalmente disciplinati, tra Parlamento e Governo: quest'ultimo, secondo questa sua impostazione, potrebbe così interpretare le leggi delega nel senso che più ritiene opportuno e - si osservi bene - anche in direzione contraria alla stessa volontà del Parlamento;

- la Consulta, nei precedenti menzionati dall'Esecutivo, sancì la costituzionalità degli artt. 410, 410 *bis* e 412 *bis* c.p.c., cioè la legittimità del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c., istituto lavoristico che (peraltro abrogato e reso facoltativo dalla legge 4 novembre 2010 n. 183) *non* imponeva alle parti i costi che sono invece comportati dalla “mediazione obbligatoria” e non esponeva le stesse a subire nel processo le conseguenze sanzionatorie di balzane proposte conciliative avanzate a prescindere dalla loro volontà;
- la “*Corte cost., 24 marzo 2006, n. 125*” - relativa alla deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del 19 giugno 2002, n. 182/02/CONS (recante «*Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti*»), che impone a pena di improcedibilità, per le controversie inerenti ai rapporti tra utenti ed organismi di telecomunicazioni, un tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com) competente per territorio prima della proposizione del ricorso giurisdizionale - è in realtà un'ordinanza in cui è dato riscontrare ben poco di quanto riferito, del tutto strumentalmente, dal Governo: la questione di legittimità, infatti, fu dichiarata manifestamente inammissibile (“*le censure ... [erano] inammissibili avendo ad oggetto norme regolamentari, sottratte al sindacato di legittimità costituzionale*”);
- soprattutto, ciò che non ha considerato l'Esecutivo è che la Corte costituzionale, in tutti i suoi precedenti intervenuti in relazione alla previsione di schemi di conciliazione obbligatoria, si è sempre occupata di casi ove non erano in discussione leggi delega tali da poter essere interpretate nel senso di autorizzare “in bianco” il Governo a scegliere arbitrariamente le controversie, tra quelle appartenenti all'universo di quelle di diritto civile e commerciale, da assoggettare a procedimenti conciliativi obbligatori.

Va altresì debitamente evidenziato come l'Esecutivo SOLTANTO in sede di approvazione del testo finale del decreto legislativo abbia **aggiunto le controversie in materia di danni da sinistri stradali al novero di quelle assoggettate alla “mediazione obbligatoria”**, non essendo queste state contemplate in seno allo Schema di decreto legislativo (cfr., nello specifico, l’“*Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 50- Schema di decreto legislativo recante: «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*»”), anzi essendo state ivi **espressamente escluse** (infatti, il primo comma dell'art. 5 dello Schema di decreto legislativo precisava quanto segue: “*Il presente comma non si applica alle azioni previste ... dal titolo X del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209*”).

Che ciò sia quanto è realmente avvenuto nei fatti - lo si sottolinea a beneficio degli scettici - è stato “certificato” in data 18 maggio 2010 dalle **Commissioni riunite 6° (Finanze) e 10° (Industria) del Senato**, le quali, nell'impegnare (tra l'altro!) il Governo “*a eliminare dalle materie oggetto di mediazione di tipo obbligatorio il «risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti*»”, hanno rilevato che la materia delle controversie relative ai risarcimenti dei danni derivanti dalla circolazione dei veicoli e dei natanti “*non era stata prevista nel testo originario dello schema di decreto, in quanto per la r.c. auto e natanti è già prevista una procedura stragiudiziale che opera come condizione di procedibilità*”.

L'Esecutivo, in seno alla «*Relazione illustrativa del Decreto attuativo della delega di cui all'Art. 60 L. 69/2009*», ha avuto pure la sfrontatezza di ricondurre questa sua scelta relativa alla r.c.a. a un'indicazione del Senato stesso: “*si sono aggiunte, raccogliendo sul punto un suggerimento della Commissione Giustizia del Senato, le controversie risarcitorie derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti, che formano oggetto di un rilevante contenzioso, ma per le quali sono ampi gli spazi di conciliazione stragiudiziale*”.

Ma il “suggerimento” attribuito dal Governo alla Commissione Giustizia del Senato fu inequivocabilmente di segno ben diverso: “*in primo luogo*” affermata, con riferimento all'articolo 5, la necessità di “*escludere al comma 1 l'obbligatorietà del procedimento di conciliazione*”, la

suddetta Commissione aveva perorato come “opportuna” “una revisione complessiva dell’ambito oggettivo di applicazione dell’istituto della mediazione, rivalutando più in generale le materie per le quali tale istituto può trovare applicazione”, apparendo “infatti irragionevole l’inclusione di materie quali quelle condominiali, nelle quali il ricorso all’istituto in esame rischia di rivelarsi il più delle volte infruttuoso, e l’esclusione di materie quali quelle concernenti le controversie derivanti da richiesta di risarcimento del danno da responsabilità da circolazione stradale”.

In altri termini, la Commissione Giustizia del Senato non suggerì affatto al Governo di estendere l’obbligatorietà della “mediazione” alle controversie r.c.a.: semmai - si noti bene - criticò lo Schema di decreto legislativo per scelte “irragionevoli” circa le materie oggetto di particolare considerazione da parte dell’Esecutivo in vista dell’introduzione della “mediazione”.

In pratica, sul punto il Governo ha affermato il falso.

Va altresì debitamente notato come la Commissione Giustizia della Camera ovviamente non si espresse sull’estensione della “mediazione obbligatoria” al versante dei sinistri stradali per il semplice fatto che, come si è innanzi osservato, lo Schema di decreto legislativo escludeva *expressis verbis* le azioni risarcitorie, previste dal Codice delle Assicurazioni Private, in materia di r.c.a.

Alla luce di queste molteplici puntualizzazioni è allora comprovato *per tabulas* come, per quanto concerne la r.c.a., il comma primo dell’art. 5 del decreto legislativo denoti **due distinti profili di incostituzionalità rilevanti ex artt. 76-77 Cost.:**

- **contrarietà alla legge delega;**
- **non corrispondenza tra lo Schema di decreto legislativo (sottoposto al parere del Parlamento e da rivedersi alla luce delle indicazioni del Senato) ed il decreto legislativo varato dal Governo.**

Per una violazione della legge delega in larga misura analoga a quella ora rilevata la Consulta³ sancì l’incostituzionalità dell’art. 134, comma 1, del decreto legislativo 10 febbraio 2005 n. 30, per carenza di delega legislativa in violazione dell’art. 76 Cost., nella parte in cui stabiliva che nei procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale si applicassero le norme dei capi I e IV del Titolo II e quelle del Titolo III del decreto legislativo n. 5/2003, per l’appunto non essendo stata tale previsione prevista dalla legge delega.

Peraltro, nel dichiarare l’incostituzionalità della norma anzidetta la Consulta rilevò come “*le ragioni di opportunità e la finalità di «maggiore efficienza»*”, richiamate nella relazione ministeriale al decreto legislativo, a conforto dell’intervento sulla disciplina del processo, non giustificassero in alcun modo “*una soluzione adottata in difetto di ogni previsione in tal senso*” nella legge delega e che, conseguentemente, neppure rientrasse “*nella sfera di discrezionalità spettante al legislatore delegato*”.

Anzi, proprio il precedente della Corte costituzionale ora richiamato evidenzia un ulteriore profilo di incostituzionalità *ex art. 77 Cost.* dell’art. 5, primo comma: infatti, deve qui ribadirsi l’**assenza di giustificazioni accettabili e, comunque, sufficientemente motivate per l’introduzione della “mediazione obbligatoria” perlomeno nel contenzioso r.c.a. ed in quello r.c. medica.**

In particolare, per quanto concerne al r.c.a., si noti come nel caso della «*Relazione illustrativa del Decreto attuativo della delega di cui all’Art. 60 L. 69/2009*» non siano state neppure evidenziate le ragioni di “opportunità” e di “maggiore efficienza” dell’estensione della “mediazione obbligatoria” alle controversie in materia di r.c.a., del resto, a riprova di ciò, non avendo il Governo neanche svolto una benché minima riflessione sul contenzioso da sinistri stradali, ignorando la co-esistenza delle procedure liquidative.

Ma l’Esecutivo non ha nemmeno spiegato quali sarebbero in concreto i benefici e le prospettive di successo della “mediazione” nell’ambito della r.c. medica: le controversie in questo ambito sono state assoggettate alla “mediazione obbligatoria” (nonostante osteggiata quest’ultima dalla

³ Corte cost., 17 maggio 2007, n. 170, in *Corriere Giur.*, 2007, 7, 924, *Giur. It.*, 2007, 12, 2791, *Foro It.*, 2007, 12, 1, 3370.

Commissione Giustizia del Senato) con l'assurda motivazione per cui *“appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale”*.

Il fatto poi che l'obbligatorietà della “mediazione” sia strumentale ad una maggiore diffusione del novello istituto non basta evidentemente a giustificare questa previsione.

E su quest'ultimo punto può ricordarsi la pronuncia della Corte costituzionale⁴ intervenuta a affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, secondo comma, del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5 (*«Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366»*), sollevata in riferimento all'art. 76 Cost.

Orbene, nel sancire, ai sensi di quest'ultima norma, l'illegittimità della sanzione processuale della non contestazione delle allegazioni attoree, comminata nei confronti del convenuto occorso nella tardiva notificazione della comparsa di risposta, la Consulta ha rilevato il **principio** per cui, *“per quanta ampiezza possa a questo riconoscersi, il libero apprezzamento del legislatore delegato non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega”*, nel caso concreto osservando che la considerazione della *“più rapida ed efficace definizione dei procedimenti”*, indicata come finalità della delega, costituisca sì un utile criterio d'interpretazione sia della legge di delegazione, sia delle disposizioni delegate, ma non potesse per l'appunto sostituirsi alla valutazione dei principi e criteri direttivi, così come determinati dalla legge di delegazione.

2) VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST.

La sopra illustrata contrarietà agli artt. 76 e 77, primo comma, Cost. della previsione dell'esperimento della “mediazione” quale condizione di procedibilità della domanda dovrebbe invero imporsi su qualsiasi altra considerazione e censura: le fondamentali “regole del gioco” per la formazione delle leggi vanno osannate, il che, per quanto scontato, è opportuno sottolinearlo sempre, giacché non pare che proprio che i nostri rappresentanti politici e, soprattutto, il Governo, che ha sfornato la “mediazione”, abbiano ben presente la Costituzione e quanto il rispetto della stessa sia imprescindibile per scongiurare uno scadimento definitivo delle istituzioni, del diritto e della società.

Nondimeno, emerge pure come la previsione dell'obbligatorietà del “procedimento di mediazione” per il risarcimento dei danni da r.c. medica e da r.c.a. (come del resto relativamente alle altre materie sacrificate dal Governo sull'altare del nuovo istituto) presenti significativi dubbi di incostituzionalità sotto il profilo dell'**art. 3 Cost.**, invero altra fondamentale “regola del gioco”.

Non è qui in questione che il Parlamento direttamente o l'Esecutivo, dietro delega (nel caso di specie comunque assente!), possa stabilire per certe materie (e non già per altre) dei percorsi stragiudiziali *ad hoc*, eventualmente pure rendendole obbligatorie.

Non è qui posto in discussione che per via legislativa si possano introdurre binari separati nell'accesso alla giustizia e, quindi, dei trattamenti diversificati sotto questo profilo.

Il fatto è che norme, le quali prevedano **disparità di trattamento di situazioni omogenee oppure l'equiparazione di situazioni differenti, soggiacciono a principi imprescindibili: infatti, tali norme, oltre a dover risultare conformi nella loro genesi agli artt. 76 e 77 Cost. (dunque, non potendo venire sancite arbitrariamente dal Governo in assenza di principi e criteri direttivi fissati dal Parlamento), devono perseguire fini che non siano meramente “contingenti” e senz'altro la loro ratio non può risultare irrazionale, irragionevole, arbitraria.**

La norma ha introdotto **discriminazioni che palesemente non trovano giustificazione**, cioè sono **“irrazionali”** ed **“arbitrarie”**, concetti questi ultimi che, secondo un orientamento risalente della

⁴ Ci si riferisce a Corte cost., 12 ottobre 2007, n. 340, in *Giur. It.*, 2008, 1, 153, *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 3, 1, 387, in *Società*, 2008, 4, 495, in *Foro It.*, 2008, 3, 1, 721, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 2, 517, in *Corriere Giur.*, 2007, 12, 1741.

Corte costituzionale e divenuto già da tempo granitico, risultano fondamentale per valutare la conformità del diritto positivo all'art. 3 Cost.

Al riguardo, può ricordarsi per sommi capi come già nel 1960 la Corte costituzionale⁵ segnalasse come *“la giurisprudenza di questa Corte [fosse] costante nel senso che il principio di eguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni”*.

Successivamente la Consulta⁶ ha poi precisato che *“il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe”*.

In breve, nella giurisprudenza costituzionale razionalità ed eguaglianza costituiscono un tutt'uno, sintetizzato nel *“principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza”*⁷.

Nel 1996 la Consulta⁸ è pervenuta a stendere un vero e proprio **decalogo per l'applicazione dell'art. 3 Cost.**, decalogo che vale la pena riportare qui di seguito quale premessa imprescindibile per le conclusioni sotto formulate in ordine alla “mediazione obbligatoria”:

- **il parametro della eguaglianza ed il suo fine ultimo:** *“scongiurare l'intrusione di elementi normativi arbitrariamente discriminatori”*;
- **la necessità di un “perché” a giustificazione delle distinzioni;**
- **il “giudizio di eguaglianza” come “giudizio di ragionevolezza”:** *“Ogni tessuto normativo presenta ... e deve anzi presentare, una “motivazione” obiettivata nel sistema, che si manifesta come entità tipizzante del tutto avulsa dai “motivi”, storicamente contingenti, che possono avere indotto il legislatore a formulare una specifica opzione:”*;
- **il limite del “giudizio di ragionevolezza”:** *“Da tutto ciò consegue che il controllo di costituzionalità, dovendosi per un verso saldare al generale principio di conservazione dei valori giuridici e restando comunque circoscritto all'interno dei confini propri dello scrutinio di legittimità, non può travalicare in apprezzamenti della ragionevolezza che sconfinino nel merito delle opzioni legislative, e ciò specie nelle ipotesi in cui la questione dedotta investa ... sistemi normativi complessi, all'interno dei quali la ponderazione dei beni e degli interessi non può certo ritenersi frutto di soluzioni univoche. Non può quindi venire in discorso, agli effetti di un ipotetico contrasto con il canone della eguaglianza, qualsiasi incoerenza, disarmonia o contraddittorietà che una determinata previsione normativa possa, sotto alcuni profili o per talune conseguenze, lasciar trasparire, giacché, ove così fosse, al controllo di legittimità costituzionale verrebbe impropriamente a sovrapporsi una verifica di opportunità, per di più condotta sulla base di un etereo parametro di giustizia ed equità, al cui fondamento sta una composita selezione di valori che non spetta a questa Corte operare. **Norma inopportuna e norma illegittima sono pertanto due concetti che non si sovrappongono, dovendosi il sindacato arrestare in presenza di una riscontrata correlazione tra precetto e scopo che consenta di rinvenire, nella “causa” o “ragione” della disciplina, l'espressione di una libera scelta che soltanto il legislatore è abilitato a compiere”**.*

Proseguendo all'interno di questo già profondo solco la Corte costituzionale ha poi continuato a specificare che, *“trattandosi di stabilire se [una] disposizione sia tale da determinare la irragionevole equiparazione di situazioni non tutte meritevoli di eguale tutela, il giudizio richiesto*

⁵ Corte cost., 29 marzo 1960, n. 15, in *CED Cassazione*, 1960.

⁶ Corte cost., 3 novembre 1988, n. 1009, in *Foro It.*, 1989, I, 357, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 10, in *Arch. Civ.*, 1989, 138.

⁷ Corte cost., 9 luglio 2009, n. 206, in *Sito uff. Corte cost.*, 2009.

⁸ Corte cost., 28 marzo 1996, n. 89, in *Giur. Costit.*, 1996, 819, in *Cons. Stato*, 1996, II, 430, in *Dir. Pen. e Processo*, 1996, 546, in *Giust. Pen.*, 1996, I, 206.

alla Corte si incentra ... sul “perché” una determinata disciplina operi, all’interno del tessuto egualitario dell’ordinamento, quella specifica equiparazione (oppure, a seconda dei casi, quella specifica distinzione), traendone, quindi, le debite conclusioni in punto di corretto uso del potere normativo. Solo nel caso in cui una siffatta verifica dovesse evidenziare una **carenza di causa o ragione della disciplina introdotta** potrà dirsi realizzato un vizio di legittimità costituzionale della norma, proprio perché fondato sulla **irragionevole omologazione di situazioni diverse**. Va da sé, al tempo stesso, che, non essendo consentito al controllo di costituzionalità di travalicare in apprezzamenti che sconfinino nel merito delle opzioni legislative, non può ovviamente venire in considerazione, agli effetti di un ipotetico contrasto con il canone dell’eguaglianza, qualsiasi incoerenza, disarmonia o contraddittorietà che una determinata previsione normativa possa, sotto alcuni profili o per talune conseguenze, lasciar trasparire”⁹.

Diversi autorevoli commentatori non hanno nutrito dubbi sugli esiti di una siffatta verifica della costituzionalità di questa norma¹⁰.

Ad esempio, si è così osservato: “Più di un dubbio può sollevarsi sulla ragionevolezza di tale scelta legislativa, in relazione all’art. 3 Cost. e al generale postulato di razionalità ed uguaglianza che esso presuppone. Né può sottacersi, sempre sotto il profilo della necessità di uguale trattamento di situazioni identiche o comparabili, che chi voglia introdurre una controversia tra quelle per le quali la mediazione preventiva è obbligatoria si troverà esposto a costi superiori rispetto alle azioni che non subiscono tale onere preventivo, dovendo farsi carico delle spese di mediazione ed eventualmente anche delle spese di perizia, che ivi si rendessero necessarie”¹¹.

Il **Consiglio Superiore della Magistratura**¹² ha notato che “non sembra possibile ... accomunare - così come risulta aver fatto il legislatore delegato - in un’unica categoria, vale a dire quella dei “rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale”, le controversie relative a responsabilità medica ed a diffamazione a mezzo stampa, giacché è evidente la **disomogeneità sostanziale sia dei diritti lesi** (non potendosi assimilare il diritto alla vita ed all’integrità fisica con il diritto all’onorabilità), sia delle attività connesse all’accertamento delle lamentate lesioni”.

Orbene, tutte queste critiche hanno ragion d’essere? Sono davvero fondate alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale?

Per rispondere compiutamente a questi interrogativi, mi sembra più che opportuno precisare preliminarmente la logica che dovrebbe guidare, ai fini dell’art. 3 Cost. (secondo gli anzidetti principi e criteri delineati dalla Consulta), il vaglio di costituzionalità della disciplina in disamina, ciò innanzitutto con specifico riferimento alla “mediazione obbligatoria” in ambito di r.c.a.:

- come risulta condiviso pressoché da tutti (*fan* della “mediazione” compresi), la selezione delle controversie, che possano utilmente sottoporsi ad una “mediazione”, andrebbe condotta, affinché l’istituto possa avere qualche *chance* di successo, caso per caso, cioè andandosi a verificare quale sia l’entità delle distanze che separano le parti di una lite, i rapporti (commerciali, economici, familiari, giuridici, ecc.) fra loro intercorrenti e che potrebbero sopravvivere (magari anche rivitalizzarsi) grazie ad una soluzione positiva della controversia in tempi rapidi, l’interesse di ciascuna di queste a conseguire una

⁹ Corte cost., 12 gennaio 2000, n. 5, in *Foro It.*, 2001, I, 1494, in *Giur. Costit.*, 2000, 41, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 643, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, I, 244, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2000, 318, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, II, 562, in *Riv. Infort. e Mal. Profess.*, 2000, II, 1.

¹⁰ G. BUFFONE.

¹¹ Così L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *www.judicium.it*, 2010, § 4. Cfr. altresì, nella medesima direzione, L. RISTORI, *La mediazione nelle controversie civili*, cit., 175 (in particolare, nota 48); T. GALLETTO, *Miti e realtà della conciliazione stragiudiziale*, cit., 434-435; G. BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, cit., 31-34.

¹² Cfr. C.S.M., *Parere sullo schema di decreto legislativo: “Attuazione dell’art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*, delibera del 4 febbraio 2010.

sentenza (da pubblicare o che, comunque, faccia da precedente), la rilevanza dell'attribuzione di torti e ragioni, ecc.¹³;

- in tutta evidenza, però, una siffatta individualizzazione non è possibile operarla per legge;
- in breve, la normazione della “mediazione” (cioè la trasposizione dei suoi principi e schemi operativi in diritto positivo), quando sia decisa per i più svariati fini politici (giacché *at the end of the day* trattasi di ciò), comporta inevitabilmente sia delle **selezioni** (la scelta delle materie oggetto delle controversie assoggettate all'istituto) e sia delle **generalizzazioni** (all'interno di ogni settore selezionato l'estensione dell'obbligatorietà della “mediazione” a tutti i soggetti che condividano pretese omogenee), operazioni entrambe delicate;
- tuttavia, queste, per essere accettabili nella prospettiva dell'art. 3 Cost. (cioè, “ragionevoli” e tali da giustificare disparità di trattamento in un senso o nell'altro), devono trovare “una **“motivazione” obiettivata nel sistema, che si manifest[i] come entità tipizzante del tutto avulsa dai “motivi”, storicamente contingenti, che possono avere indotto il legislatore a formulare una specifica opzione**”¹⁴; in altri termini, sia la scelta selettiva delle materie da sottoporre alla “mediazione obbligatoria” e sia le successive generalizzazioni non possono giustificarsi con la sola ed unica necessità (“storicamente contingente”) di deflazionare il contenzioso giudiziario (problema e obiettivo che peraltro, a dimostrazione della sua inidoneità a costituire una valida spiegazione, riguarda *tutte* le controversie future), bensì necessitano di una delucidazione ulteriore del “perché” l'istituto della “mediazione imposta” - per le sue caratteristiche e tenendo conto dei diritti e degli interessi in gioco (e suscettibili di bilanciamento) - possa riguardare determinate controversie e non già altre (la selezione) ed al contempo possa estendersi a tutti i soggetti che ricadono all'interno di una specifica categoria di liti (le generalizzazioni).

Ciò evidenziato, **l'elenco, di cui al primo comma dell'art. 5, non risulta “ragionevolmente” giustificato né con riferimento alle selezioni né in relazione alle generalizzazioni così come operate dal Governo.**

Quanto alle materie selezionate per la “mediazione obbligatoria” può osservarsi come evidentemente non vi sia alcuna ragione obiettiva per distinguere fra, da un lato, le vittime di sinistri stradali e, dall'altro lato, tutte le altre categorie di danneggiati, che, esattamente come le prime, abbiano riportato danni alla persona oppure subito l'uccisione od il ferimento di uno o più congiunti.

Davvero *non* si comprende per quali ragioni, vevoli ai fini dell'art. 3 Cost., le vittime di prestazioni mediche o di sinistri stradali debbano sostenere ingenti costi, patemi d'animo per accedere alla giustizia statale (peraltro con la prospettiva di subire sanzioni processuali) e magari beffe finali (“vittorie di causa sanzionate”), mentre le vittime, ad esempio, di un'anomalia stradale (le quali sono decisamente altrettanto numerose) oppure di un farmaco difettoso o di un sinistro sciistico o di una tragedia ferroviaria o di un qualsiasi altro evento lesivo della persona o di relazioni famigliari siano (giustamente) esentate dall'incombente in questione e da tutte le sue conseguenze nefaste.

In breve, è qui **manifesta ed innegabile la disparità di trattamento tra le varie categorie di danneggiati.**

¹³ Sul punto cfr. *ex plurimis* L. RISTORI, *La mediazione nelle controversie civili*, cit., 173: “il criterio per determinare quando è opportuno che una controversia venga sottoposta a mediazione dovrebbe essere relativo, non tanto alla materia che forma oggetto della disputa, quanto, piuttosto, al “tipo” di controversia che oppone le parti. Qualunque sia la materia del contendere, infatti, se le pretese dei litiganti sono, ad esempio e senza possibilità di dubbio, alternative e incompatibili, difficilmente si riuscirà a ottenere un accordo conciliativo che, nell'accettazione dell'altra parte, assegni il bene della vita a uno soltanto dei contendenti”.

¹⁴ Così Corte cost., 28 marzo 1996, n. 89, cit.

La domanda, che allora occorre porsi, è quale obiettiva *ratio* sia stata fornita dal Governo per “*scongiurare l'intrusione di elementi normativi arbitrariamente discriminatori*”¹⁵.

Gli unici criteri che il Governo ha asserito di avere applicato (tra l'altro inventati di sana pianta dal medesimo, non essendo stati indicati dal Parlamento) nell'estendere la “mediazione obbligatoria” alla r.c. medica ed alla r.c.a. sono stati quelli della sussistenza di “ampi spazi conciliativi” e della “rilevanza del contenzioso”, parametri in tutta evidenza insufficienti ed arbitrari, tali da non spiegare in alcun modo le diversità di trattamento introdotte tra danneggiati.

Più nello specifico - lo si ricorda nuovamente - in seno alla «*Relazione illustrativa del Decreto attuativo della delega di cui all'Art. 60 L. 69/2009*» l'Esecutivo ha così “giustificato” (le virgolette sono qui imprescindibili) la previsione dell'obbligatorietà della “mediazione” nella r.c.a.: per queste controversie vi sarebbero “*ampi gli spazi di conciliazione stragiudiziale*” (sic!).

Relativamente alla **r.c.a.**, peraltro, l'Esecutivo non ha neppure illustrato quale sia il rapporto costi-benefici dell'introduzione della “mediazione obbligatoria” in un campo già connotato, come per stessa ammissione del legislatore delegato, da “*ampi gli spazi di conciliazione stragiudiziale*”, né soprattutto ha spiegato se e perché la “mediazione” possa far incrementare il numero degli accordi *ante causam*.

Ma se si vuole essere franchi sino in fondo, qui il problema non è solo quello della carenza di ragione delle disuguaglianze introdotte dal Governo.

Se è del tutto evidente come questo abbia buttato giù delle **giustificazioni a casaccio** (tanto per formalmente adempiere alla necessità di fornire una spiegazione qualsiasi), viceversa, potrebbe non apparire così manifesto un ulteriore vizio: l'Esecutivo ha presentato ovunque la novella disciplina come votata ad un sicuro ed ampio successo (rapidità, costi marginali, tutela effettiva delle persone), quando invece praticamente tutta la dottrina giuridica, anche quella straniera, ha segnalato l'esatto opposto, ossia come siano ridottissime le *chance* di un così largo trionfo della “mediazione obbligatoria” (perlomeno, negli due ambiti che qui interessano).

Ciò posto ed essendo inconfutabile come una “mediazione fallita”, con i costi che essa comporta, renda economicamente più gravoso l'accesso alla giustizia statale (anche più del doppio), è allora palese come il Governo abbia taciuto dati relevantissimi per comprendere la portata della novella disciplina.

In altri termini, le ragioni addotte dal legislatore delegato per il trattamento discriminatorio riservato a determinate sotto-categorie di danneggiati non solo non reggono in alcun modo il confronto con i principi delineati dalla Corte costituzionale per l'applicazione dell'art. 3 Cost., ma sono altresì **ingannevoli**.

I conti, comunque, non tornano neppure sul piano delle “**generalizzazioni**” interne alla sotto-categoria RCA della categoria «controversie in materia di risarcimento» selezionata per la “mediazione obbligatoria”: *tutti* i danneggiati da sinistri stradali sono assoggettati alla “mediazione”: l'Esecutivo *non* ha contemplato il caso in cui una delle procedure liquidative, di cui al Codice delle Assicurazioni Private, si sia conclusa negativamente per un danneggiato, cioè con diniego dell'offerta o con offerta (ad avviso di quest'ultimo) incongrua; quale senso dovrebbe avere in casi consimili affrontare un ulteriore e costoso step stragiudiziale?

Se proprio si intendesse attribuire un qualche senso - comunque non accettabile - al profilo discriminatorio che connota siffatte generalizzazioni, lo si dovrebbe individuare nell'obiettivo, caratteristico di tutte le regole della “mediazione obbligatoria”, di disincentivare i danneggiati - tramite la minaccia di sanzioni e di ripercussioni nel processo - a coltivare le loro pretese in giudizio, accettando “cattivi accordi”, se non dimenticandosi di avere subito un danno.

Tuttavia, non mi risulta che un fine consimile possa giustificare così significative diseguaglianze tra persone le quali vantano tutte la lesione di diritti costituzionalmente garantiti.

¹⁵ L'espressione è tratta da Corte cost., 28 marzo 1996, n. 89, cit.

3) INCOSTITUZIONALITÀ AI SENSI DEGLI ARTT. 24 E 111 COST. (+ art. 6, § 1, Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo e + art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)

Il legislatore delegato, nella «*Relazione illustrativa del Decreto attuativo della delega di cui all'Art. 60 L. 69/2009*», ha obiettato come in realtà la Corte costituzionale abbia più volte giudicato legittimo il perseguimento delle finalità deflattive, realizzato attraverso il meccanismo della condizione di procedibilità.

Pure larga parte della dottrina si è soffermata su tali interventi della Consulta¹⁶, ritenendoli *de plano* salvifici della “mediazione obbligatoria”.

Sennonché il legislatore delegato e tali esponenti della dottrina (o, in taluni casi, semplici commentatori, peraltro “azionisti” del *business* della “mediazione”), del tutto superficialmente (senza cioè soffermarsi sulle “peculiarità” della “mediazione” all'italiana, a partire dai suoi costi), hanno richiamato delle pronunce che invero sono state rese dalla Consulta con riferimento ad un istituto para-processuale del tutto peculiare e molto diverso dalla attuale “mediazione obbligatoria”.

In particolare, trattasi di interventi in cui la Corte costituzionale aveva affrontato la ben specifica questione della legittimità della costituzionale degli art. 410, 410 bis e 412 bis c.p.c., sollevata in quanto, secondo i giudici rimettenti, il tentativo obbligatorio di conciliazione imposto per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. avrebbe limitato il diritto di azione e, sul piano temporale, ne avrebbe ritardato l'esercizio, facendo peraltro sorgere questioni processuali del tutto inutili e contrarie alla finalità deflattiva perseguita dal legislatore, in riferimento all'art. 24 Cost. e in relazione al giusto processo¹⁷.

Orbene, oggetto delle sentenze citate dall'Esecutivo era uno *step* obbligatorio che - peraltro abrogato e reso facoltativo dalla legge 4 novembre 2010 n. 183 (l'oramai noto “Collegato Lavoro”) - **si distingueva nettamente dal “procedimento di mediazione”** in disamina, giacché tale istituto lavoristico - si noti bene - **non prevedeva costi per i suoi destinatari** (lavoratori ed aziende), comportava per i legali di questi un impegno contenuto (dunque, poco costoso per i titolari dei diritti azionati, posto che gli avvocati messi a disposizione da parte dei sindacati non costavano a questi) ed almeno in talune realtà locali, diversamente dai proclami propagandistici dell'ultimo periodo, si era rilevato pure in varie occasioni funzionale ai suoi obiettivi.

Proprio il fatto che il tentativo obbligatorio di conciliazione lavoristico non comportasse costi per le parti già di per sé evidenzia l'impossibilità di impiegare utilmente le dette pronunce richiamate dal Governo: tali pronunce, infatti, *non* hanno dovuto considerare la **questione degli oneri economici**, problema invece fondamentale nel caso del novello istituto in commento, ciò anche in considerazione del fatto che con l'obbligatorietà della “mediazione” lo Stato ha inteso ovviare alle sue inefficienze nell'amministrazione della Giustizia, salvo però scaricare i costi di questa operazione sulle parti delle controversie, dunque doppiamente colpite.

¹⁶ Nello specifico sono state evocate le seguenti pronunce: Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro It.*, 2000, I, 2752, in *Giur. It.*, 2001, 438, in *Corriere Giur.*, 2000, 9, 1237, in *Giur. Costit.*, 2000, 2148, in *Informazione Prev.*, 2000, 1025, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 1098, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2499, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2000, 884; Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 1843, in *Giur. Costit.*, 1992, 835, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1672, in *Lav. nella p.a.*, 1992, 987, in *Mass. Giur. Lav.*, 1992, 4, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1992, 92, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992, II, 93, in *Orient. Giur. Lav.*, 1992, 386, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1992, 603, in *Dir. Lav.*, 1992, II, 342, in *Dir. e Pratica Lav.*, 1992, 1217, in *Foro It.*, 1992, I, 1023.

¹⁷ Il legislatore delegato ha inoltre menzionato l'ordinanza Corte cost., 19 dicembre 2006, n. 436, in *Sito uff. Corte cost.*, 2007, la quale, sempre occupandosi dell'art. 410-bis, secondo comma, c.p.c., ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata su tale norma, peraltro censurata, in riferimento all'art. 111, comma secondo, Cost., nella parte in cui prevedeva che, nel processo del lavoro, trascorso inutilmente il termine di sessanta giorni dalla presentazione della richiesta del tentativo obbligatorio di conciliazione, esso si considerava comunque espletato ai fini dell'art. 412-bis c.p.c.

La Consulta si affermò che *“l’art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l’assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare “interessi generali”, con le dilazioni conseguenti”*, pertanto assolvendo il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto per le controversie ex art. 409 c.p.c. in quanto proteso a soddisfare l’interesse generale sotto un duplice profilo, *“da un lato, evitando che l’aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell’apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall’altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo”*¹⁸.

Pur tuttavia assolve tale istituto non solo per tali motivi, ma anche e soprattutto alla luce del fatto che la procedura conciliativa in questione risultava *“modulata secondo linee”* tali da rendere *“intrinsecamente ragionevole il limite all’immediatezza della tutela giurisdizionale”*¹⁹.

Nello specifico, la Consulta ritenne rilevante che l’espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione dovesse avvenire nel **termine di sessanta giorni**, trascorso il quale esso si doveva comunque considerare esperito, cessando così automaticamente l’impedimento all’esercizio dell’azione (cfr. il “vecchio” art. 410-bis c.p.c., primo e secondo comma, in relazione all’art. 412-bis, primo comma, c.p.c.): così impostato, per la Consulta *“il tempo di sessanta giorni durante il quale perdura l’impedimento [risultava] obiettivamente limitato e non irragionevole”*.

Giustamente al riguardo si è così concluso²⁰: *“Fondato è ... il dubbio di legittimità costituzionale dell’obbligatorietà del tentativo di mediazione, correlato ad un onere economico, nelle controversie in cui l’opera del mediatore non aggiunge nulla di nuovo rispetto alla risoluzione giudiziaria e, quindi, l’unico intento sia quello di deflazionare il carico di lavoro dei giudici. Quest’ultimo obiettivo, in quanto generale e non specifico dell’attore concreto, sorregge la costituzionalità della condizione di procedibilità, solo se non è accompagnata dal pagamento di una somma di denaro. Altrimenti dell’inefficienza degli uffici giudiziari si arricchiscono i mediatori e gli organismi di conciliazione, senza offrire alcuna utilità aggiuntiva rispetto alla soluzione giudiziale della controversia. In questi casi, il rimedio non è quello di introdurre un filtro temporale e oneroso alla domanda di giustizia civile, ma di aumentare ragionevolmente il numero dei giudici. Tipico è il caso delle controversie di risarcimento del danno da circolazione di veicoli o di natanti: qui il mediatore può andare fruttuosamente alla ricerca degli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche, solo se uno vien tamponato da un carrozziere”*.

C. PUO’ IL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA “SALVARE” LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA NELLA R.C.A.?

1) IN GENERALE

1.1) NESSUNA LEGITTIMAZIONE DA PARTE DELLA DIRETTIVA 2008/52/CE

Una parte della dottrina ha sostenuto che con la previsione della “mediazione obbligatoria” il Governo si sarebbe limitato a dare “attuazione” all’**art. 5, secondo comma**, della **direttiva 2008/52/CE**, laddove si prevede - tra l’altro con riferimento esclusivo alle *“controversie transfrontaliere”* (art. 1, comma 2) - che *“La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi*

¹⁸ Così Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, cit.

¹⁹ Così sempre Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, cit.

²⁰ R. CAPONI.

*o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario*²¹.

In pratica, secondo tale orientamento dottrinale, per effetto di questa disposizione comunitaria (preceduta, nel medesimo segno, dal “considerando” n. 14 della direttiva²²), il Governo, **pur in assenza di indicazioni da parte del Parlamento**, sarebbe stato legittimato ad introdurre, di sua sola sponte, la “mediazione obbligatoria” in seno all’ordinamento italiano e, pure, sarebbe stato libero, **pur senza disporre di criteri e principi direttivi da parte del legislatore delegante** (come invece imposto dall’art. 76 Cost.), di scegliere del tutto arbitrariamente quali controversie civili assoggettare a tale previsione e quali invece escludere.

Orbene, il richiamo alla detta direttiva comunitaria *non* è in alcun modo tale da svolgere effetti salvifici nei confronti dell’art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010, il che è stato pure condiviso dall’**ordinanza del 12 aprile 2011 il T.A.R. Lazio, Sezione I**.

A questa conclusione si può pervenire, muovendo dalle seguenti **due distinte prospettive di analisi**:

- sia assumendo a riferimento l’**art. 60 della legge n. 69/2009**;
- sia considerando la questione da un’angolatura interamente negletta da tutti i commentatori, cioè alla luce della **legge n. 88/2009**.

Perché, alla luce della legge n. 69/2009, la direttiva 2008/52/CE non salva la “mediazione obbligatoria”?

La ragione, per cui non si può affatto sostenere che il Governo avesse interamente mano libera sulla “mediazione obbligatoria” in base all’**art. 60, commi 2 e 3, lett. c, della legge n. 69/2009**²³, è molto semplice: questi commi, nell’enunciare i principi e criteri direttivi per il redigendo schema di decreto legislativo, invitavano sì il legislatore delegato a legiferare “*nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria*”, **tuttavia senza espressamente citare l’anzidetta direttiva**; inoltre, pur vero sarà - ed al riguardo si possono peraltro nutrire dei dubbi²⁴ - che il summenzionato art. 5, secondo comma, della direttiva 2008/52/CE lasciasse **i legislatori nazionali** liberi di prevedere, anche dopo l’entrata in vigore della direttiva (14 giugno 2008), la mediazione come obbligatoria (comunque concepita dal legislatore comunitario diversamente dalla “mediazione” nostrana, cioè in senso di procedimento comunque consensuale almeno negli esiti); *nondimeno*, dovendosi pure nuovamente ricordare come la via dell’obbligatorietà della mediazione non sia stata percorsa, se non in rari e ben specifici settori (e, tra l’altro, soltanto in alcune realtà) nelle altre giurisdizioni europee (e neppure extra-europee) e sia stata inquadrata dallo stesso legislatore comunitario quale soluzione sostanzialmente marginale (comunque, connotata da un ambito operativo decisamente

²¹ Si è richiamata pure la lettera c) del comma primo dell’art. 2 della direttiva, che prevede lo scenario in cui “*l’obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale*”. Questa disposizione va evidentemente letta alla luce del successivo art. 5.

²² “*La presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva*”.

²³ Tale lettera di questo comma, peraltro, si riferisce ad una questione specifica, quella dell’istituzione del registro degli organismi di mediazione: “*c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l’estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l’istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell’articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l’iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro*”.

²⁴ La norma comunitaria, infatti, sembra fare salve soltanto le disposizioni nazionali già esistenti, non quelle emanate successivamente all’entrata in vigore della direttiva. Molto chiaro sul punto è il “considerando” 14 della direttiva, laddove fa riferimento agli “*attuali*” sistemi di mediazione autoregolatori.

meno esteso), rimane del tutto inconfutabile come, stante il nostro ordinamento costituzionale (artt. 76 e 77 Cost.), **dovesse essere il Parlamento** (in seno alla legge delega) e non già l'Esecutivo ad esercitare tale facoltà riconosciuta dal legislatore europeo.

Più nello specifico:

- la direttiva 2008/52/CE prevede che le sue norme siano applicabili soltanto alle controversie transfrontaliere (“considerando” n. 8: “*Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere*”), pur espressamente prevedendo, allo stesso “considerando”, che “*nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni*”: senonché il Parlamento italiano (il legislatore dello “Stato membro” italiano) non ha indicato in alcun modo al Governo di intendere avvalersi di tale facoltà, tantomeno con riferimento alla “mediazione obbligatoria” (anzi, non è affatto scontato che, nel richiamare i “principi comunitari” in seno all’art. 60 della legge n. 69/2009, il Parlamento abbia inteso riferirsi alla direttiva in questione e, soprattutto, attribuire al Governo una delega in bianco per l’attuazione di questa); ed in ogni caso (anche a voler ritenere nell’art. 60 implicito il richiamo alla detta direttiva comunitaria ed altrettanto implicita la delega alla sua attuazione), come si è detto, il Parlamento non si è avvalso della facoltà, concessa dalla direttiva (pur senza particolare convinzione), di prevedere la mediazione come obbligatoria e, più nello specifico, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativamente alle controversie poi scelte dall’Esecutivo, viceversa manifestando attraverso il richiamo al decreto legislativo n. 5/2003 una diversa volontà;
- il Parlamento, con l’art. 60 della legge n. 69/2009, non ha delegato affatto il Governo ad emanare *direttamente* il decreto legislativo attuativo della direttiva 2008/52/CE (neppure espressamente menzionata nella legge delega!), bensì, come chiarito *expressis verbis* nella stessa legge delega²⁵, al massimo (e ciò non è neppure sostenibile) lo ha delegato alla redazione di uno *schema* di decreto legislativo da sottoporsi al parere preventivo dei due rami parlamentari²⁶; orbene, si è già illustrato come la **Commissione Giustizia del Senato** abbia poi espresso **parere negativo circa la “mediazione obbligatoria”** (“*con riferimento all’articolo 5 si ritiene necessario, in primo luogo, escludere al comma 1 l’obbligatorietà del procedimento di conciliazione*”) e come, ad ogni modo, lo Schema di decreto legislativo, sempre *expressis verbis*, escludesse il contenzioso r.c.a. dai casi di obbligatorietà della “mediazione”;
- tale legge delega, così impostata e per la serie di criteri ivi enunciati, ha manifestato evidentemente la volontà del Parlamento (ribadita dalla Commissione Giustizia del Senato) di non attribuire al Governo una delega in bianco circa aspetti così fondamentali e nevralgici come l’eventuale obbligatorietà del nuovo istituto e la scelta delle controversie da assoggettare a tale scenario; fra i criteri, di cui alla legge delega, non ve n’è uno che autorizzasse l’Esecutivo alla previsione della “mediazione obbligatoria” (né tantomeno all’introduzione di questa nelle materie poi inserite a capocchia nel comma primo dell’art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010).

Occorre altresì considerare come in ogni caso il comma secondo dell’art. 5 della direttiva 2008/52/CE espressamente imponesse (e tuttora imponga) alla normativa nazionale, la quale eventualmente preveda l’obbligatorietà della “mediazione” (stragiudiziale), il **limite** che “*tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario*”.

²⁵ Nello specifico, all’art. 60, comma 2, della legge n. 69/2009 si rinviene quanto segue: “*I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell’espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario*”.

²⁶ Si illustrerà a breve come peraltro sia comprovato *per tabulas* come in realtà il Parlamento non abbia affatto delegato, con l’art. 60 della legge n. 69/2009, il Governo all’emanazione della direttiva in questione.

Questo preciso limite, è stato pure ribadito dalla **Corte di Giustizia UE**²⁷: l'obbligatorietà di procedure conciliative è sì stata ammessa dalla Corte, ma alla **condizione** che *“non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti”*.

Al riguardo, in realtà la “mediazione obbligatoria”, così come concepita e strutturata dal Governo italiano, pone i danneggiati da sinistri stradali in serie difficoltà nell'accesso alla giurisdizione, innanzitutto (ma non solo!) imponendo loro costi significativi e, al contempo, del tutto verosimilmente inutili, stanti le scarse e senz'altro marginali prospettive di successo della “mediazione” in questi due ambiti.

E' allora del tutto evidente quanto segue:

- l'introduzione della “mediazione obbligatoria”, potendo questa versione dell'istituto - come evidenziato *expressis verbis* dalla stessa direttiva 2008/52/CE al secondo comma dell'art. 5 - impedire alle parti di *“esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”* e, sempre su indicazione del legislatore comunitario, non dovendo ciò verificarsi, esigeva, ai sensi degli artt. 76 e 77 Cost., che fosse il Parlamento italiano non solo a scegliere di dischiudere, eventualmente con delega al Governo, l'ordinamento nostrano al rischio di violazioni di questo diritto, ma anche e soprattutto ad indicare al legislatore delegato i criteri ed i principi tali da escludere - secondo considerazioni politiche proprie di Camera e Senato (che non ci sono state) - che il recepimento “delegato” in questione potesse incidere, con pregiudizi per le parti, sull'accesso alla giustizia;
- la direttiva 2008/52/CE non individua in alcun modo i contenuti, anche solo minimi, della c.d. “mediazione obbligatoria”, comportando quindi il recepimento di questo istituto ampi margini di discrezionalità per gli Stati membri, discrezionalità che, secondo il nostro ordinamento costituzionale, doveva essere il Parlamento (non già l'Esecutivo) ad esercitare; in particolare, può notarsi come il Governo, per introdurre la “mediazione obbligatoria”, abbia dovuto effettuare autonomamente delle scelte ben precise e di tutto rilievo (*in primis* l'individuazione delle controversie assoggettate alla novella procedura; ma anche la redazione delle regole processuali connesse al “condizionamento” della giurisdizione), ciò *senza* che la legge delega avesse previsto alcun criterio e principio in merito (dunque nuovamente, assumendo che sia proprio vero che il legislatore delegato abbia dato attuazione alla direttiva, o il Governo ha operato in violazione del primo comma dell'art. 77 Cost., oppure la legge delega è da considerarsi in violazione dell'art. 76 Cost., travolgendo così la norma delegata).

Rilievi di questo tipo, a conferma della loro fondatezza, si rinvencono anche nell'**ordinanza del 12 aprile 2011 il T.A.R. Lazio, Sezione I**: questa ordinanza, rilevato che *«i ricaschi della scelta estensiva dell'istituto della mediazione dal campo privilegiato delle controversie transfrontaliere a quello dei procedimenti interamente ricadenti nell'ordinamento interno sono ... molteplici, ed attengono precipuamente alle varie modalità con cui tale estensione, salvaguardando l'accesso alla giustizia, può essere effettuata nei singoli ordinamenti, ed, in primis, all'opzione di rendere il ricorso alla mediazione “prescritto dal diritto”, indi “obbligatorio” e “soggetto a sanzioni”»*, ha concluso che, *«quand'anche ... dovesse ritenersi che l'art. 60 si ponga un intento integralmente recettivo della direttiva n. 2008/52/CE, il silenzio del legislatore delegante su tali ultime opzioni non ha, né può avere, alla luce della doverosa interpretazione della delega in conformità agli artt. 24 e 77 Cost., il significato di assentire la meccanica introduzione nell'ordinamento statale delle opzioni comunitarie che, rispetto al diritto di difesa come scolpito dall'art. 24 Cost., appaiono le più estreme, ovvero la “prescrizione di diritto” per talune materie dell'obbligatorietà del ricorso*

²⁷ *Alassini c. Telecom Italia SpA, Califano c. Wind SpA, Iacono c. Telecom Italia SpA, Multiservice Srl c. Telecom Italia SpA*, Corte di Giustizia, Sez. IV, 18 marzo 2010, procedimenti riuniti C 317/08, C 318/08, C 319/08 e C 320/08.

alla mediazione, e la predisposizione della massima “sanzione” per il suo eventuale inadempimento, quale è l'improcedibilità rilevabile anche d'ufficio, come, al contempo, ha fatto l'art. 5 del decreto delegato».

Perché, alla luce della legge n. 88/2009, la direttiva 2008/52/CE non salva la “mediazione obbligatoria”?

I commentatori - per quanto consta nessuno - e senz'altro l'Esecutivo (!) *non* hanno considerato le implicazioni del seguente inconfutabile dato: **a delegare il Governo all'attuazione della direttiva 2008/52/CE non è stato l'art. 60 della legge n. 69/2009, bensì la successiva (!) legge 7 luglio 2009 n. 88**, recante «*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee -Legge comunitaria 2008*»²⁸ (la direttiva 2008/52/CE è riportata all'«*Allegato B*» di questa legge, allegato richiamato dall'art. 1, commi 1 e 3).

In pratica, è *per tabulas* da ricavarsi come il Parlamento, nel delegare in seno all'art. 60 della legge n. 69/2009 il Governo all'emanazione della disciplina sulla mediazione civile e commerciale, *non* abbia in alcun modo autorizzato quest'ultimo ad attuare la detta direttiva e, quindi, ad introdurre la “mediazione obbligatoria”: pertanto, **il decreto legislativo n. 28/2010, nella misura in cui ha dato attuazione all'art. 60 della legge n. 69/2009, non può considerarsi altresì automaticamente attuativo della delega di cui alla legge n. 88/2009**, cioè della direttiva 2008/52/CE.

Ciò chiarito, a questo punto **due sono le ipotesi**:

- come sostenuto da vari commentatori del novello istituto, il Governo, *contestualmente* all'attuazione della legge delega n. 69/2009 sulla “mediazione nelle controversie nazionali”, avrebbe altresì attuato la direttiva sulla “mediazione nelle controversie transfrontaliere”; se questa ipotesi fosse davvero quella corretta, si dovrebbe allora ritenere, per le ragioni che ora si illustreranno, la **violazione - da parte del decreto legislativo n. 28/2010 nella parte in cui recepirebbe la direttiva - della legge n. 88/2009**, fermi restando comunque tutti i rilievi sopra evidenziati, con riferimento all'eventualità del recepimento della direttiva 2008/52/CE, circa i limiti della delega *ex* legge n. 69/2009 (limiti ravvisabili, *mutatis mutandi*, negli stessi termini con riferimento alla legge delega n. 88/2009); in questa prima prospettiva, la direttiva sarebbe lungi dall'assolvere la “mediazione obbligatoria”, essendo che il Governo avrebbe comunque operato **senza criteri e principi direttivi**, cioè senza alcuna indicazione del Parlamento circa l'introduzione dell'obbligatorietà della “mediazione”;
- oppure - seconda ipotesi - il Governo, con il decreto legislativo n. 28/2010, *non* ha attuato la delega, di cui alla legge n. 88/2009, e, quindi, *non* ha dato attuazione alla direttiva 2008/52/CE: se questa fosse l'ipotesi giusta (e lo si crede), la tesi perorata dagli anzidetti commentatori sarebbe smentita alla radice, ossia la direttiva non potrebbe “salvare” la previsione della “mediazione obbligatoria” di cui al primo comma del decreto legislativo n. 28/2010.

Questa seconda ipotesi è invero da ritenersi confermata dal fatto che **l'Esecutivo non ha in alcun modo dichiarato di avere proceduto all'attuazione della direttiva 2008/52/CE**.

Infatti, se si legge attentamente sia il preambolo del decreto legislativo n. 28/2010 e sia la relazione accompagnatoria (la «*Relazione illustrativa del Decreto attuativo della delega di cui all'Art. 60 L. 69/2009*») da nessuna parte il Governo ha affermato di avere attuato la direttiva in questione: nel preambolo si dichiara unicamente che la direttiva è stata “vista”, cioè meramente considerata (“*Vista la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*”); nella Relazione illustrativa, inoltre, la direttiva è richiamata soltanto per attestare la conformità ad essa di talune

²⁸ Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* 14 luglio 2009, n. 161.

scelte operate nel decreto legislativo²⁹, senza neppure che la stessa sia stata evidenziata in commento al primo comma dell'art. 5 del decreto legislativo, cioè a giustificazione dell'introduzione della "mediazione obbligatoria".

Peraltro, l'Esecutivo non ha neppure richiamato nel preambolo o, perlomeno, nella «*Relazione illustrativa del Decreto attuativo della delega di cui all'Art. 60 L. 69/2009*» la legge n. 88/2009, che conteneva/contiene la delega all'attuazione della direttiva comunitaria.

Inoltre, se l'intenzione del Governo fosse stata effettivamente quella di dare attuazione alla direttiva conformemente alla legge che gli aveva delegato l'attuazione (la legge n. 88/2009), avrebbe avuto cura di richiedere anche i pareri delle commissioni parlamentari competenti ai sensi di quest'ultima legge delega (delle quali si dirà a breve).

Dunque, che il Governo abbia dato attuazione alla direttiva è un dato smentito dallo stesso decreto legislativo n. 28/2010 e dall'*iter* parlamentare che l'Esecutivo scientemente ha seguito per l'acquisizione dei pareri di Camera e Senato, dovendosi altresì nuovamente rimarcare come del resto l'art. 60 della legge n. 69/2009 non avesse da nessuna parte fatto menzione della direttiva.

Se invece (prima ipotesi) si dovesse (a questo punto senza indicazioni specifiche da parte dello stesso legislatore delegato) ritenere - in senso diametralmente opposto a questi dati oggettivi ed inconfutabili - che il Governo, con il decreto legislativo n. 28/2010, abbia implicitamente dato attuazione *anche* alla direttiva (per quanto qui d'interesse, nella parte in cui questa ha previsto la facoltà per gli Stati membri di mantenere in vigore disposizioni impositive della mediazione), sarebbe inevitabile osservare quanto segue.

Posto che una siffatta "attuazione totalmente silente" della direttiva possa risultare costituzionalmente ammissibile (e qui lo si contesta), l'Esecutivo non solo avrebbe operato in assenza di una legge delega recante, come imposto dall'art. 76 Cost., principi e criteri direttivi fissati dal Parlamento per l'introduzione della "mediazione obbligatoria"³⁰, ma si aggiungerebbe pure un **ulteriore vizio costituzionale** di questa, cioè **il mancato rispetto, da parte del Governo, dell'*iter* parlamentare espressamente imposto dall'art. 1 della legge n. 88/2009 per l'attuazione della direttiva 2008/52/CE, con conseguente emanazione del decreto legislativo n. 28/2010 in palese violazione del primo comma dell'art. 77 Cost.**

Nello specifico, va ricordato che il **terzo comma dell'art. 1** («*Delega al Governo per l'attuazione di direttive comunitarie*») di quest'ultima legge delega prevedeva che l'Esecutivo trasmettesse "gli schemi dei decreti legislativi recanti attuazione delle direttive comprese nell'elenco di cui all'allegato B" (allegato che, come si è detto, include anche la direttiva 2008/52/CE), "dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti dalla legge, alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica perché su di essi [fosse] espresso il **parere dei competenti organi parlamentari**".

Orbene, il Governo - presentando formalmente a Camera e Senato lo Schema di decreto legislativo (poi divenuto decreto legislativo n. 28/2010) quale disciplina attuativa del (solo) art. 60 della legge n. 69/2009 (e non già pure quale norma tale da dare attuazione alla legge n. 88/2009 e, quindi, alla

²⁹ Nello specifico, nella Relazione illustrativa il richiamo alla direttiva si rinviene esclusivamente nei seguenti termini ed esclusivamente in relazione ai seguenti profili: a) in commento al primo comma dell'art. 2, laddove il Governo ha affermato che la previsione per cui "la mediazione ha per oggetto diritti di cui le parti possano disporre" è "in linea con la delega (articolo 60, comma 3, lettera a), della legge n. 69 del 2009) e con la normativa comunitaria (articolo 1, comma 2 della direttiva dell'Unione europea n. 52/2008)"; b) in relazione alla fattispecie della "mediazione delegata", laddove il legislatore delegato ha osservato come questa sia "prevista anche dalla direttiva comunitaria n. 2008/52/Ce"; c) con riguardo alla gratuità della "mediazione obbligatoria" per i non abbienti, avendo l'Esecutivo osservato che, "quando ... l'esperimento della mediazione è obbligatorio, la sua gratuità per le persone non abbienti è requisito indispensabile: una diversa soluzione si porrebbe in contrasto sia con l'articolo 24 della Costituzione per il fatto di introdurre un ostacolo ingiustificato all'accesso alla giurisdizione, sia con gli obblighi comunitari previsti dalla direttiva n. 2002/8/Ce del 27 gennaio 2003, la quale impone di sollevare le parti, incapaci di sostenere il peso economico del processo, anche dagli oneri necessari allo svolgimento "di procedimenti stragiudiziali, quali la mediazione, quando il ricorso a questi ultimi sia imposto per legge o ordinato dall'organo giurisdizionale" (considerando 21 e articolo 10)".

³⁰ Né la legge n. 69/2009 e né la legge n. 88/2009 recano principi e criteri al riguardo.

direttiva 2008/52/CE) - **o non ha inteso in realtà dare attuazione alla direttiva** (come si evince dal fatto che si è limitato a richiedere i pareri delle commissioni giustizia dei due rami del Parlamento) **oppure ha disatteso integralmente la legge delega n. 88/2009**, in particolare impedendo che su tale “bozza” di decreto legislativo prendessero posizione, come imposto da quest’ultima legge delega e dai regolamenti delle rispettive Camere, le seguenti commissioni parlamentari:

- per la Camera dei Deputati, la Commissione politiche dell’Unione europea (ai sensi dell’art. 126, secondo comma, del regolamento di tale Camera, competente, per quanto qui d’interesse, ad esprimere il parere sui progetti di legge e sugli schemi di atti normativi del Governo relativi all’attuazione di norme comunitarie);
- per il Senato, la 14° Commissione permanente, Politiche dell’Unione europea (ai sensi dell’art. 23, terzo comma, del regolamento del Senato, competente sui disegni di legge e sugli schemi di atti normativi del Governo relativi all’attuazione di norme comunitarie).

In pratica, **il decreto legislativo n. 28/2010 - qualora (ipotesi qui denegata) lo si volesse interpretare nel senso che, con la previsione della “mediazione obbligatoria”, abbia contestualmente (ed in totale silenzio) attuato la legge n. 88/2009 e, quindi, la direttiva 2008/52/CE - risulterebbe essere stato emanato senza l’acquisizione dei pareri delle competenti commissioni parlamentari, ciò in manifesta violazione degli artt. 76-77 Cost.**

In sintesi, da qualsiasi profilo si esamini la questione, **la direttiva 2008/52/CE non è tale da salvare la previsione, da parte del Governo, della “mediazione obbligatoria”.**

1.2) RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO DEL 13 SETTEMBRE 2011 SULL’ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA SULLA MEDIAZIONE NEGLI STATI MEMBRI, IMPATTO DELLA STESSA SULLA MEDIAZIONE E SUA ADOZIONE DA PARTE DEI TRIBUNALI (2011/2026(INI)): UN’INDICAZIONE CONTRARIA ALLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA

4. rileva che alcuni Stati membri hanno scelto di andare oltre i requisiti fondamentali della direttiva in due ambiti: gli incentivi finanziari per la partecipazione alla mediazione e i requisiti vincolanti di mediazione; osserva che tali iniziative nazionali contribuiscono a una composizione delle controversie più efficace e riducono il carico di lavoro dei tribunali;

5. riconosce che l’articolo 5, paragrafo, 2, consente agli Stati membri di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione o di sottoporlo a incentivi o a sanzioni, sia prima che dopo l’inizio della procedura giudiziaria, a condizione che ciò non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario;

10. osserva che nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l’obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali; ciononostante sottolinea che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria

Il Parlamento europeo ha peraltro dato per scontato che il Governo abbia dato attuazione alla direttiva, ma, come si è innanzi dimostrato, ciò non è vero.

1.3) IRRILEVANZA DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA 18 MARZO 2010

A difesa della “mediazione obbligatoria” una parte della dottrina ha anche rilevato come questo istituto sarebbe pure da ritenersi avvallato, seppure indirettamente, da una decisione della **Corte di Giustizia UE**³¹, chiamata ad esprimersi sulle domande di pronuncia pregiudiziale promosse da

³¹ *Alassini c. Telecom Italia SpA, Califano c. Wind SpA, Iacono c. Telecom Italia SpA, Multiservice Srl c. Telecom Italia SpA*, Corte di Giustizia, Sez. IV, 18 marzo 2010, procedimenti riuniti C 317/08, C 318/08, C 319/08 e C 320/08, in *Foro it.*, 2010, IV, 361.

alcuni giudici italiani³² a fronte della previsione, da parte della delibera 173/07/CONS dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (emanata in conformità del decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche), di un tentativo obbligatorio di conciliazione per la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione ed utenti, tentativo previsto a pena di improcedibilità e da esperirsi dinanzi al Co.re.com competente per territorio.

In particolare, le domande di pronuncia pregiudiziale, come premesso dalla stessa Corte, vertevano sull'interpretazione del **principio della tutela giurisdizionale effettiva** - recato innanzitutto dall'art. 6, § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)³³ e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007³⁴ - rispetto ad una normativa nazionale recante la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione di procedibilità dei ricorsi giurisdizionali in talune controversie tra operatori e utilizzatori finali rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (la c.d. «*Direttiva servizio universale*»).

Orbene, la Corte di Giustizia è addivenuta alle seguenti conclusioni: *“L'art. 34 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali. Neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone”*.

La penultima parte delle conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia, peraltro nel caso di specie occupatasi di controversie per certo non paragonabili a quelle di cui al primo comma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010 (e senz'altro non assimilabili a quelle in materia di r.c.a.), *non* depone per certo a favore della “mediazione obbligatoria”.

³² Le controversie nazionali erano state instaurate per asseriti inadempimenti, da parte delle imprese fornitrici, di contratti aventi per oggetto la fornitura di servizi telefonici.

³³ Questa norma, intitolata «*Diritto a un equo processo*», recita quanto segue: *“Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti (...)”*.

³⁴ L'art. 47, intitolato «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*», così dispone: *“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”*.

In particolare, leggendo con la dovuta attenzione la sentenza in questione, si deve considerare come la Corte abbia assolto il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'anzidetta normativa italiana in base ai seguenti rilievi circa le sue caratteristiche:

- **“il risultato della procedura di conciliazione non è vincolante nei confronti delle parti interessate e non incide sul loro diritto ad un ricorso giurisdizionale”³⁵**; viceversa, la proposta formulata dal mediatore ai sensi del decreto legislativo n. 28/2010 può incidere significativamente sul successivo processo, perlomeno sotto il profilo della soccombenza sulle spese di lite o, comunque, a livello sanzionatorio *ex art. 96 c.p.c.*; essa, inoltre, può gravare altresì e soprattutto in termini di condizionamento della decisione finale; a conferma di questi primi rilievi - il punto è importante - occorre sottolineare come la “mediazione obbligatoria”, *ben diversamente dalla procedura conciliativa che è stata oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia*, sia stata concepita dal Governo come “aggiudicativa”, con la conseguenza che essa, laddove rifiutata e stanti le sanzioni processuali che si prospettano alle parti della procedura, evidentemente *“incide sul loro diritto ad un ricorso giurisdizionale”³⁶*, giacché *“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 ostacolarle l’accesso alla giustizia con strumenti di coazione indiretta. Manca il divieto diretto ed immediato di adire il giudice, ma vi è la costrizione morale che porta allo stesso risultato”³⁷*; in particolare, taluni mediatori potrebbero pure esprimere nella proposta conciliativa veri e propri giudizi di valore tali da poter influenzare sia le parti nella scelta se aderire o meno alla proposta conciliativa e sia successivamente il giudice, il quale non sempre è un magistrato togato e, comunque, può farsi condizionare dai rilievi operati dal mediatore; e, in ogni caso, gli stessi, pur non essendo ciò condivisibile, potrebbero riportare nel verbale le accettazioni ed i rifiuti espressi dalle parti, dichiarazioni sanzionabili nel successivo processo; inoltre, la sanzione prevista dal quinto comma dell’art. 8 del decreto legislativo n. 28/2010 a punizione della parte contumace è indubbiamente tale da incidere sul diritto di questa di accedere ad un giudizio che non risulti dipendere, quanto alla valutazione da parte del giudice degli argomenti di prova, da sue legittime scelte extraprocessuali;
- **“la procedura di conciliazione non comporta, di regola, un ritardo sostanziale nella proposizione di un ricorso giurisdizionale**. Infatti, il termine per chiudere la procedura di conciliazione è di trenta giorni a decorrere dalla presentazione della domanda e, alla scadenza di tale termine, le parti possono proporre un ricorso giurisdizionale, anche ove la procedura non sia stata conclusa”; viceversa, la “mediazione obbligatoria” comporta tempistiche più lunghe rispetto ai trenta giorni considerati dalla Corte di Giustizia e potrebbe durare anche oltre il termine “massimo” (sulla carta!) di quattro mesi previsto dal primo comma dell’art. 6 del decreto legislativo n. 28/2010, potendo difatti il danneggiato trovarsi a subire conseguenze negative di vario tipo - *in primis* sul piano delle spese processuali - laddove si decida ad abbandonare il procedimento allo scadere di tale periodo nonostante la prosecuzione dell’attività del mediatore; sul fronte della r.c.a. non può neppure ignorarsi la contestuale presenza delle procedure liquidative, utilmente attivabili nei casi di lesioni psicofisiche, soltanto allorquando sia intervenuta la

³⁵ Si noti che la Corte di Giustizia ha richiamato il punto VI della Raccomandazione 98/257, intitolato **«Principio di libertà»**, che così recita: *“La decisione dell’organo può essere vincolante nei confronti delle parti solo se esse ne sono state precedentemente informate e l’hanno accettat[a] esplicitamente”*. Orbene, nella “mediazione obbligatoria”, così come impostata dal Governo, vi è invero imposizione alle parti e non già accettazione degli effetti processuali della proposta conciliativo-aggiudicativa (rifiutata) formulata dal mediatore a prescindere dal loro consenso.

³⁶ Si può osservare come la dottrina, che si è richiamata alla pronuncia resa dalla Corte di Giustizia per assolvere la disciplina italiana di cui al decreto legislativo n. 28/2010, abbia ommesso di considerare questa seconda parte della condizione posta dalla sentenza ora in commento.

³⁷ Così G. MONTELEONE, *La mediazione «forzata»*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 25.

guarigione clinica; ed allora non pare proprio che la dottrina possa validamente sostenere, perlomeno con riferimento a queste controversie, che la “mediazione obbligatoria”, aggiungendo un ulteriore passaggio alle procedure liquidative, sia tale da non comportare ritardi, peraltro pure prospettandosi il caso che le procedure liquidative azionate dai danneggiati abbiano delineato l’impossibilità di addivenire ad una qualsivoglia soluzione del caso; non può neppure ignorarsi come l’istituto della “mediazione obbligatoria”, una volta instaurato il giudizio, possa tornare a ritardare le tempistiche di accesso alla tutela giurisdizionale-sostanziale, prospettandosi il caso che le parti debbano tornare dinanzi al mediatore, laddove il mancato esperimento della “mediazione” sia eccepito da terzi chiamati od interventori;

- **“la prescrizione dei diritti è sospesa per il periodo della procedura di conciliazione”**; viceversa, il decreto legislativo n. 28/2010, purtroppo, *non* si limita a questa semplice e condivisibile previsione: infatti, sovvertendo le regole tradizionali in materia di prescrizione, l’avvio coartato del procedimento di “mediazione” fa scattare per il danneggiato il decorso di un termine decadenziale, fra l’altro non previsto dalla legge delega;
- **“i costi derivanti dalla procedura di conciliazione dinanzi al Co.re.com sono inesistenti”**; viceversa, la “mediazione obbligatoria” comporta per i danneggiati da r.c.a., nonostante l’abbattimento previsto dal decreto ministeriale n. 180/2010, costi rilevanti ed al contempo potenzialmente inutili³⁸; che poi si preveda un’esenzione fiscale assoluta dall’imposta di bollo e, sino a 50.000,00 euro, dall’imposta di registro, oppure sia prevista l’attribuzione di un credito d’imposta, sono dati assolutamente inidonei a salvare la “mediazione obbligatoria” nella r.c.a., dovendosi pure evidenziare che tali “benefici” si riferiscono all’ipotesi - del tutto marginale in questi due ambiti della responsabilità civile - che i procedimenti di “mediazione” si concludano con un accordo tra le parti.

Peraltro, va debitamente evidenziato come la Corte di Giustizia non si sia fermata a questi rilievi, già comunque di per sé significativi.

Infatti, essa - anche questo punto è stato ignorato dalla dottrina - ha altresì affermato che, ai fini del rispetto del principio della tutela giurisdizionale effettiva, *non* debba sussistere una “**sproporzione manifesta**” tra l’eventuale obiettivo del legislatore nazionale di procedere ad un “*decongestionamento dei tribunali*” e “*gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale*”.

Orbene, la “mediazione obbligatoria” non comporta in capo ai danneggiati da sinistri stradali meri ed “*eventuali inconvenienti*”³⁹, ma sicuri ed oggettivi ostacoli nell’accesso alla giustizia, ostacoli sia economici (i costi del procedimento!), sia temporali (oltre quattro mesi di stop che si aggiungono al tempo già intercorso tra procedure liquidative e tentativi tradizionali di definizione della lite) e sia giuridici (ad esempio, il rischio concreto che il magistrato sia condizionato dalla proposta formulata

³⁸ F. MARTINI, il quale, evocando i precetti costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost., ha evidenziato che “*la previsione di un passaggio obbligatorio (senza certezza nell’esito) rischia di aggravare ... la posizione economica della parte istante (normalmente il danneggiato, soggetto destinatario della tutela), invece che favorirla*”. Taluna dottrina (cfr. C. BESSO) ha invece ritenuto come in realtà il profilo dei costi non sarebbe tale da rendere la disciplina italiana incompatibile con il diritto di accesso alla giurisdizione. Nello specifico, questa dottrina, a sostegno di ciò, ha evidenziato come la “mediazione obbligatoria” sarebbe gratuita per i cittadini non abbienti e che, operando questa fattispecie, l’indennità dovuta all’organismo sarebbe ridotta di un terzo. Orbene, a parte il fatto che per quanto concerne i non abbienti - caso peraltro marginale stante i criteri che *ex lege* definiscono questa categoria - è unicamente scongiurato dalla norma il pagamento dell’indennità per gli organismi (non è invece scontata la gratuità dell’assistenza legale), è del tutto manifesto come così si minimizzino i costi reali della “mediazione obbligatoria”: come innanzi dimostrato, le “*spese di mediazione*” già di per sé possono risultare significative (1.333,33 euro per una vedova o per un orfano non sono marginali!), ma soprattutto, perlomeno con riferimento alla r.c.a., occorre considerare altresì i costi dell’assistenza legale e dell’eventuale intervento di consulenti tecnici e/o altri “esperti”, costi tutti da confrontare con le prospettive di successo della “mediazione” negli ambiti in disamina.

³⁹ L’espressione è tratta dalla decisione della Corte di Giustizia.

dal mediatore *a prescindere dal consenso delle parti* e che, dunque, scattino le pesanti sanzioni di cui all'art. 13 del decreto legislativo n. 28/2010), tutto ciò peraltro in un'evidente sproporzione tra obiettivi sperati (l'abbattimento del contenzioso giudiziario) e scopi in concreto attuabili (la "mediazione obbligatoria", per come è stata concepita e per le peculiarità delle liti nelle materie qui in questione, è palesemente inidonea a risolvere le controversie tra danneggiati e soggetti tenuti al risarcimento dei danni).

Va altresì debitamente tenuto conto che nella stragrande maggioranza dei casi (se non in tutti) i danneggiati da r.c.a. si troverebbero, per le caratteristiche proprie del contenzioso in questi ambiti, a dover affrontare la "mediazione" già conoscendone l'esito negativo: dunque, non ricorre forse una palese sproporzione tra gli obiettivi (già di per sé discutibili) della "mediazione" e gli inconvenienti che discenderebbero (sia sul piano delle tempistiche e sia dei costi) in capo ai danneggiati dall'imposizione di una procedura votata all'insuccesso?

E poi nei casi di r.c.a. non si dovrebbe dimenticare (come ha fatto invece il Governo nostrano) che i "forzati" alla "mediazione" sono delle persone che hanno subito danni alla persona oppure lutti o la lesione di un congiunto: orbene, sempre in considerazione del principio innanzi esposto dalla Corte di giustizia, ben può affermarsi come un conto siano gli "*inconvenienti*" che una persona, per effetto della previsione di un percorso conciliativo obbligato, può trovarsi ad affrontare, laddove lamenti, nella sua qualità di utente, inadempimento e (eventualmente) pregiudizi in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (questo il caso oggetto della pronuncia dei giudici del Lussemburgo), ben altra questione siano gli "*inconvenienti*" dei danneggiati da r.c.a.

Sempre la Corte di Giustizia ha pure condiviso l'osservazione dell'avvocato generale secondo il quale nel caso di specie avrebbe dovuto assumere rilievo il fatto che "*non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace*" per la realizzazione di obiettivi quali quello del decongestionamento della giurisdizione.

Sul punto, tuttavia, si deve osservare come questa "filosofia" possa senz'altro avere un senso in controversie quali quelle che erano oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia, aventi per oggetto pretese estremamente modeste e con alla base rapporti tra le parti decisamente meno conflittuali rispetto a quelli che si registrano nell'ambito della r.c.a. Viceversa, obbligare le vittime di sinistri stradali ad affrontare un percorso conciliativo, peraltro così come realizzato dall'Esecutivo, è ben lungi dal garantire, anche solo in termini di probabilità, il raggiungimento di obiettivi consimili.

Peraltro, nel caso della r.c.a. l'alternativa alla predisposizione di una procedura obbligatoria di conciliazione è già da tempo esistente (le procedure liquidative di cui al Codice delle Assicurazioni Private).

2) NELLO SPECIFICO PER LA RCA: CONTRARIETA' ALLA DIRETTIVA 2009/103/CE

Ai profili di incostituzionalità si aggiunge poi un'ulteriore questione, quella del **contrasto della previsione della "mediazione obbligatoria" con il diritto dell'Unione europea.**

Al riguardo, infatti, occorre ricordare, pur per sommi capi, come il legislatore (all'epoca) comunitario, in seno alla **direttiva 2005/14/CE** dell'11 maggio 2005 del Parlamento europeo e del Consiglio (la c.d. «*Quinta direttiva assicurazione veicoli*»), entrata in vigore in data 11 giugno 2005, *non* avesse previsto alcuna condizione per la proponibilità/procedibilità dell'azione diretta esercitabile nei confronti della compagnia assicuratrice del responsabile civile.

In particolare, nel 2005 il legislatore comunitario introdusse, per armonizzare i diritti degli Stati membri e con l'espresso scopo di agevolare la tutela dei danneggiati da sinistri stradali, una **procedura liquidativa stragiudiziale** (operante per tutti i casi, cioè sia per i sinistri transfrontalieri e sia per quelli nazionali), che - ora recata negli stessi termini dall'**art. 22** («*Procedura di indennizzo*») della **direttiva 2009/103/CE** del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16

settembre 2009 (la c.d. “direttiva di consolidamento”) - contempla unicamente, in capo all’assicuratore, l’obbligo di formulare un’offerta “motivata” oppure, nel caso di diniego di offerta, di fornire una “risposta motivata” circa tale diniego, obbligo da assolversi **entro tre mesi** “a decorrere dalla data in cui la persona lesa ha presentato la sua richiesta”; nessun obbligo, viceversa, viene sancito in capo al danneggiato.

La norma in questione, più nello specifico, non contempla la possibilità per i legislatori nazionali di precisare modalità e contenuti della richiesta di risarcimento in senso sfavorevole ai danneggiati, oppure di introdurre estensioni dell’anzidetto termine dei tre mesi (ad esempio, tramite il riconoscimento di casi di sospensione o di interruzione); essa non pone neppure lo *spatium deliberandi* di tre mesi quale condizione per la proponibilità/procedibilità in giudizio dell’azione diretta; soprattutto, per quanto qui d’interesse, non vi sono in questa norma aperture di alcun genere per altri condizionamenti dell’accesso alla giurisdizione.

Ciò premesso ed altresì considerato che la disciplina ora in disamina è in tutta evidenza speciale rispetto alla direttiva 2008/52/CE (dalla portata estremamente generica e che, ad ogni modo, è stata concepita senza mai considerarsi il versante degli incidenti stradali), può allora fondatamente sostenersi che l’estensione, da parte del Governo nostrano, della “mediazione obbligatoria” alle controversie in materia di r.c.a. contrasti con l’art. 22 della direttiva 2009/103/CE, norma peraltro da interpretarsi alla luce dell’**art. 47** («*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*»)⁴⁰ della **Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea**, infine entrata in vigore il 1° dicembre 2009⁴¹ per effetto dell’approvazione del Trattato di Lisbona, che, firmato il 13 dicembre 2007, ha modificato il «*Trattato sull’Unione europea*» («TUE») e il «*Trattato che istituisce la Comunità europea*» (divenuto «*Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea*», anche indicato come «*Trattato FUE*» o «TFUE»).

Indubbiamente, infatti, questa Carta, la quale ha efficacia pari ai trattati⁴², costituisce un parametro di riferimento imprescindibile per l’interpretazione della direttiva 2009/103/CE: quest’ultima assoggetta in tutta evidenza le controversie relative ai sinistri stradali (senz’altro anche per quanto concerne le modalità di accesso alla giurisdizione) al diritto dell’Unione europea e, come recita l’art. 51 («*Ambito di applicazione*») della Carta le “*disposizioni [della Carta] si applicano alle istituzioni e agli organi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri ... nell’attuazione del diritto dell’Unione*”.

In particolare, in considerazione di queste disposizioni (direttiva 2009/103/CE + art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea) è agevolmente possibile affermare che la previsione della “mediazione obbligatoria”, da parte del decreto legislativo n. 28/2010, per le liti in materia di sinistri stradali introduca per i danneggiati in questione un condizionamento dell’accesso alla giustizia statale, peraltro molto gravoso, in palese contrasto sia con il diritto di questi a ricevere soddisfazione dalla compagnia assicuratrice del responsabile civile entro tre mesi dall’invio della richiesta di risarcimento, e sia, decorso inutilmente tale periodo, con il diritto ad un “*ricorso effettivo dinanzi a un giudice*”, “*indipendente e imparziale, precostituito per legge*” (come recita per l’appunto l’art. 47 della Carta).

D. CHE FARE ALLORA?

⁴⁰ In particolare, assumono rilievo il primo ed il secondo comma: “1. Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. 2. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare”.

⁴¹ Cfr. l’art. 6, 2° comma, del Trattato di Lisbona.

⁴² Cfr. l’art. 6, primo comma, della versione ultima del Trattato sull’Unione europea (così come modificato con il Trattato di Lisbona): “L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

1. Premessa

Il primo comma dell'art. 5 prevede che *“l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza”*.

Questa norma chiaramente comporta che, una volta chiusasi la prima udienza senza che l'improcedibilità sia stata eccepita dal convenuto oppure rilevata dal magistrato, l'eccezione in disamina *non* potrà più essere sollevata in seguito, né dal convenuto (a questo punto decaduto), né dal giudice. Nel caso non venisse rilevata l'improcedibilità, in sede di giudizio di impugnazione ciò non potrà comunque comportare alcuna nullità.

Va altresì evidenziato come il magistrato, il quale non rilevi il mancato esperimento della mediazione, non incorra in sanzioni oppure in altre spiacevoli conseguenze⁴³, né soprattutto arrechi un qualche danno all'erario⁴⁴.

Sempre l'art. 5, primo comma, recita che: *“Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”*.

Un primo dato da sottolinearsi è come il Giudice non necessariamente, una volta rilevato il mancato esperimento della mediazione, debba subito pronunciarsi in merito al rinvio dell'udienza e quindi disporre la procedura in questione: ad esempio, ben potrebbe fissare l'udienza di cui all'art. 185 c.p.c.

Quale conseguenza, tuttavia, si dovrebbe avere nel caso in cui all'udienza successiva la mediazione non avesse avuto luogo?

In seno alla lettera del primo comma dell'art. 5 *non* è previsto alcunché in relazione all'eventualità per cui alla **successiva udienza** la “mediazione” risulti non essere stata introdotta. Soprattutto, la norma *non* dispone, né espressamente e né implicitamente, che in questa ipotesi le parti debbano essere mandate a casa con tanto di sentenza statuente in rito la non procedibilità della domanda.

In pratica si è dinanzi (dato assolutamente significativo) all'**assenza di previsione di una (seconda) ed ulteriore sanzione di improcedibilità somministrabile (con sentenza) in occasione della nuova prima udienza**.

L'assenza rilevata non può che condurre alla **ripresa del processo senza ulteriori conseguenze**, ciò in considerazione della *ratio legis*, la quale è da individuarsi non già alla luce del solo decreto legislativo, ma altresì, come più che ovvio, della legge delega e dei principi comunitari (che per certo non possono valere solo quando fanno comodo!).

In particolare:

- il **terzo comma, lett. a)**, dell'**art. 60 della legge n. 69/2009** prevede espressamente che *“la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia”*;

⁴³ Al riguardo va debitamente sottolineato come la legge 17 febbraio 2012 n. 10, recante «*Disposizioni urgenti per l'efficienza della giustizia civile*», abbia soppresso la previsione, decisamente infelice e dal carattere minatorio, recata dall'art. 12 del decreto legge 22 dicembre 2011 n. 212 che alla lettera *a)* stabiliva quanto segue: «*all'articolo 5, dopo il comma 6, è aggiunto, infine, il seguente: “6-bis. Il capo dell'ufficio giudiziario vigila sull'applicazione di quanto previsto dal comma 1 e adotta, anche nell'ambito dell'attività di pianificazione prevista dall'articolo 37, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ogni iniziativa necessaria a favorire l'espletamento della mediazione su invito del giudice ai sensi del comma 2, e ne riferisce, con frequenza annuale, al Consiglio superiore della magistratura ed al Ministero della giustizia”*».

⁴⁴ Semmai sarebbe la decisione di procrastinare il processo di ulteriori quattro mesi (laddove ciò sia del tutto inutile) che potrebbe configurare un danno per lo Stato (comunque non imputabile al magistrato), attesi i noti problemi connessi all'eccessiva durata dei processi.

- l'art. 5, secondo comma, della direttiva 2008/52/CE ammette sì che la legislazione nazionale possa riconoscere forme di "mediazione obbligatoria", purché questa "non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario".

Da tali norme si ricava come evidentemente la previsione della "mediazione obbligatoria" non possa impedire all'infinito l'accesso alla giustizia da parte dei cittadini.

2. Quali scenari?

Ben può immaginarsi che alla prima udienza - al fine di contrastare l'eventuale eccezione del mancato esperimento della procedura di "media-conciliazione" e, quindi, per scongiurare l'iter dinanzi al mediatore - il difensore del danneggiato esponga al magistrato i profili di incostituzionalità della norma; già in tale sede, peraltro, questo avvocato potrebbe procedere a formulare un'istanza ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87 (recante le «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale»), affinché il giudice, qualora non ritenesse comunque procedibile la domanda, rimetta alla Consulta le questioni di legittimità costituzionale che si presentano in relazione all'art. 5, primo comma, del decreto legislativo n. 28/2010, dando così vita ad un **giudizio di legittimità costituzionale**.

Sennonché occorre chiedersi se sia davvero imprescindibile in tutti i casi l'interessamento della Consulta e cioè se il magistrato, invece che sospendere ogni causa che presenti tali problematiche, non possa autonomamente stabilire la procedibilità della domanda esperita dal danneggiato nonostante l'omessa attivazione del procedimento di "mediazione".

Chiunque sia dotato di buon senso, buona fede ed un minimo di conoscenza delle norme costituzionali in considerazione, dovrebbe cogliere al volo come sia lungi dall'essere precluso ad un giudice di vagliare, caso per caso, se abbia senso - alla luce degli artt. 3, 24 e 111 Cost. - imporre alle parti od anche una soltanto un'attività la quale sia oggettivamente irragionevole, cioè inutilmente costosa e tale da ritardare lo sviluppo del processo.

Al riguardo, una parte della dottrina⁴⁵, più che giustamente, si è interrogata se la previsione della "mediazione obbligatoria" "sia la disposizione più congrua **quando le parti dichiarino concordemente al giudice di avere già esplorato tra loro con esito negativo ogni possibilità di una conciliazione**": "poiché il mediatore non ha poteri coercitivi, ma solo di moral suasion, non si vede quale risultato pratico in questi casi potrebbe avere il suo intervento, se non quello di formulare una proposta di accordo, il cui rifiuto da parte di uno dei litiganti avrebbe le poco probabili conseguenze negative in ordine alle spese processuali di cui all'art. 13 comma 1. **In questi casi l'obbligo di esperire la procedura di mediazione appare solo uno spreco di tempo e di denaro**".

Detiene il giudice il potere di disapplicare sostanzialmente una condizione di procedibilità della domanda?

La Cassazione⁴⁶, pur con riferimento ad altro contesto (la condizione di procedibilità della domanda prevista dall'art. 65 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165), ha affermato tra le righe (ma, comunque, a livello di *ratio decidendi*) un'esigenza sicuramente degna di ogni attenzione, cioè la "necessità che l'arresto del diritto di proporre - o di proseguire - un'azione non superi un limite ragionevole".

Al riguardo può innanzitutto ricordarsi come in tempi recenti questo problema si sia posto con riferimento alla condizione di proponibilità della domanda giudiziale posta dall'art. 145 Cod. Ass. Priv., ricordandosi qui per sommi capi come questa norma, innovando significativamente (ed *in peius* per i danneggiati) il precedente sistema di cui alla legge 24 dicembre 1969 n. 990 (anche in questa occasione in violazione degli artt. 76 e 77 Cost.), abbia aggravato la portata della sanzione dell'improponibilità richiedendo la presenza nella richiesta di risarcimento di tutta una serie di contenuti fissati, sempre *ex novo* dal Codice delle Assicurazioni Private, dall'art. 148.

⁴⁵U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *I contratti*, 2010, 5, 438-439.

⁴⁶Cass. civ., Sez. lav., 25 giugno 2009, n. 14954, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 561.

Orbene, dinanzi a queste innovazioni tutte sfavorevoli per i danneggiati, la giurisprudenza di merito ha sviluppato un approccio “ragionevole” alle nuove condizioni di proponibilità della domanda giudiziale, smussandone l'estremo rigore attraverso una serie di considerazioni da effettuarsi caso per caso.

Può ad esempio qui ricordarsi come il Tribunale di Roma⁴⁷ abbia sostenuto quanto segue: *“sotto il previgente art. 22 della legge n. 990/1969, la richiesta di risarcimento non era legata a particolari vincoli e formalità, non essendo necessaria l'indicazione analitica dei danni pretesi, ben potendo il contenuto della missiva limitarsi a far riferimento ad un sinistro delle cui conseguenze l'assicuratore debba rispondere ai sensi della legge sull'assicurazione obbligatoria ed essendo sufficiente una generica istanza risarcitoria, la quale si riferisca a tutti i possibili danni comunque derivati dall'incidente e che sia idonea a sollecitare i poteri di indagine dell'assicuratore, consentendogli, così, di espletare gli accertamenti all'uopo necessari. Ora, se è vero che oggi la normativa è più rigorosa, è anche vero che il principio giurisprudenziale ora esposto è da ritenersi ancora valido. In buona sostanza, poiché la norma ha la sua ratio nell'esigenza di porre l'assicurazione in condizioni di formulare una offerta congrua e motivata, la domanda sarà procedibile quando, nonostante non siano presenti tutti i requisiti di cui all'art. 148, tale scopo è raggiunto, diversamente l'istanza del danneggiato sarà sanzionata con la improcedibilità. **La valutazione della procedibilità, dunque, per così dire, non attiene ad un profilo formale di rispetto o meno dell'elenco di cui all'art. 148, bensì ad una indagine da effettuarsi caso per caso in relazione alle peculiarità della fattispecie concreta**”*.

Nella specie, il Tribunale romano ha ritenuto *“superflua ... la mancata segnalazione dei codici fiscali e dei redditi”* e priva di rilievo l'omessa allegazione di documentazione medica, trattandosi di *“danno lieve”* e, dunque, non assumendo la stessa *“valore decisivo in ordine alla possibilità dell'assicurazione di effettuare una offerta”*.

In questa stessa direzione si era già posto il Tribunale di Torino⁴⁸, essendosi ivi affermato che l'incompletezza della richiesta di risarcimento non configura un caso di improponibilità della domanda giudiziale se l'assicurazione per la r.c.a.: a) ha *“dichiarato di non voler procedere ad alcun risarcimento non per ragioni inerenti al danno, ma perché non riteneva impegnata la propria responsabilità”*; b) ha *“omesso di ottemperare al proprio obbligo di richiedere le integrazioni al danneggiato o perlomeno non ha provato di averlo fatto”*; ha proposto un'eccezione di improponibilità *“puramente strumentale”*.

In breve, la giurisprudenza formatasi sul versante dell'art. 145 Cod. Ass. Priv. denota una condivisibile **relativizzazione della condizione di proponibilità della domanda giudiziale** posta da tale disposizione, per cui il giudice non deve applicarla in modo automatico, ma confrontarla con il caso concreto, eventualmente, nella sostanza, disapplicandola.

Venendo al caso della *“mediazione obbligatoria”*, non si intravedono ragioni per cui un approccio analogo non possa svilupparsi anche con riferimento alla condizione di procedibilità - invero di grado minore rispetto alla condizione di proponibilità della domanda - prevista dal primo comma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010.

Soprattutto va osservato come un'impostazione siffatta troverebbe sicuramente una sua fondatissima base nell'invito rivolto in più occasioni dalla Corte costituzionale ai giudici del merito di esperire, preliminarmente alla rimessione della causa alla Consulta, il *“doveroso tentativo di ricercare un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa impugnata”*⁴⁹.

Questa ricerca di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina della **“mediazione obbligatoria”** non può ovviamente prescindere dalla considerazione dei diritti illustrati innanzi, dunque *in primis* dal **diritto ad un giusto processo**, essendo evidente come

⁴⁷ Trib. Roma, Sez. XII, 30 marzo 2010, in www.dirittoegiustizia.it.

⁴⁸ Trib. Torino, Sez. IV, 14 aprile 2008, n. 2640, in www.unarca.it.

⁴⁹ Cfr., ad esempio, *ex plurimis*: Corte cost., ord. 26 giugno 2009, n. 191, in *Sito uff. Corte cost.*, 2009; Corte cost., ord. 23 dicembre 2008, n. 441, in *Arch. giur. circolaz. sin. strad.*, 2009, 205, in *Resp. civ. prev.*, 2009, n. 3, 556.

violerebbe gli artt. 3, 24 e 111 Cost. un giudice, il quale - pur risultando improbabile una conciliazione della controversia da parte di un mediatore o, comunque, nonostante la sproporzione fra *chance* di successo della “mediazione” e costi di questa (che si andrebbero a sommare a quelli per l’accesso alla giurisdizione, ivi comprese le relazioni peritali *ante causam*) - in seno alla prima udienza imponesse la “mediazione” al danneggiato da una prestazione medica (con conseguente rinvio della prima udienza) ed all’udienza successiva, laddove questa procedura non fosse stata esperita, con sentenza in rito si determinasse a dichiarare improcedibile l’azione risarcitoria. Che norme costituzionali, quali l’art. 111 Cost., possano e debbano orientare il giudice nell’applicazione della legge processuale è invero un dato ormai acquisito e consolidato in giurisprudenza⁵⁰.

In pratica, alla luce di queste varie considerazioni, non pare affatto peregrino sostenere che il giudice, dinanzi ad un attore il quale lamenti un danno alla persona ed ai costi della “mediazione” confrontati con le *chance* di successo di questa nel caso concreto, possa disapplicare la condizione di procedibilità posta dal primo comma dell’art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010.

Questa conclusione risulta sostenuta anche da una parte (singolarmente circoscritta, ma senz’altro illuminata) della dottrina, la quale per l’appunto ha ritenuto che “*in un’ottica del possibile vizio di incostituzionalità della norma, specie alla luce della possibile violazione degli articoli 3 e 24 della Carta, il principio della conservazione della norma in un’ottica di interpretazione costituzionalmente orientata (Corte costituzionale n. 180 del 10 giugno 2009) potrebbe indurre quindi il giudice, chiamato a valutare la eccezione procedurale mossa in prima udienza, come non accoglibile, attesa la scelta giustificata e cosciente del danneggiato di non aderirvi*”⁵¹.

In particolare, questa dottrina ha sostenuto che, per “salvare” la norma, occorrerebbe ammettere “*un preventivo esame di percorribilità pratica della procedura stessa, con valutazione che, in ultima analisi, sarà rimessa alla discrezionalità del magistrato incaricato di dirimere la questione preliminarmente alla fase giudiziale*”⁵².

Questa presa di posizione è indubbiamente apprezzabile e, laddove seguita, risolverebbe davvero molti casi che altrimenti decisi si risolverebbero in gravi violazioni degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Nondimeno occorre aggiungere a questa conclusione quanto segue.

In primo luogo, è opportuno rilevare come in ogni caso il magistrato, in seno alla seconda udienza, non dovrebbe necessitare di avventurarsi in “interpretazioni costituzionalmente orientate” della disciplina sulla “mediazione obbligatoria” per scongiurare una sentenza in rito di improcedibilità della domanda, laddove il procedimento di “mediazione” non sia stato instaurato: infatti, che il giudice possa dichiarare in via definitiva l’improcedibilità dell’azione risarcitoria *non* è previsto dall’art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010; inoltre, come si è pure posto in evidenza, una siffatta sanzione processuale contrasterebbe ineluttabilmente con il **terzo comma, lett. a)**, dell’**art. 60 della legge n. 69/2009**, ove si prevede *expressis verbis* che “*la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l’accesso alla giustizia*” (analogamente l’art. 5, secondo comma, della direttiva 2008/52/CE ammette sì che la legislazione nazionale possa riconoscere forme di “mediazione obbligatoria”, purché questa “*non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario*”).

In secondo luogo, si è qui profondamente convinti che il ricorso all’“interpretazione costituzionalmente orientata” possa sì tornare estremamente utile ai giudici del merito e ai danneggiati nell’attesa di una pronuncia della Consulta, stimolata in altro procedimento, sul merito delle questioni di legittimità costituzionale innanzi esaminate, ma non già divenire per la Corte

⁵⁰ Tanto per fare un esempio emblematico può qui ricordarsi la pronuncia Cass. Civ., SS.UU., 23 febbraio 2010, n. 4309, in cui proprio “*la novella dell’art. 111 Cost. del 1999*” è stata ritenuta tale da permettere al giudice di “*rifiutare di fissare una nuova prima udienza per la costituzione del terzo ..., motivando la trattazione separata delle cause per ragioni di economia processuale e per motivi di ragionevole durata del processo intrinseci ad ogni sua scelta*”.

⁵¹ F. MARTINI, *Danno alla salute: inopportuna la mediazione priva di raccordo con le singole normative*, in *Guida al Diritto*, 2011, n. 11,, 34.

⁵² F. MARTINI, *op. cit.*, 34.

costituzionale una scusa per “salvare” la disciplina in esame e, soprattutto, per non affrontare il problema, serissimo, del rispetto della legge delega da parte del Governo e, quindi, della violazione degli artt. 76 e 77, primo comma, Cost.

3. L’*“interpretazione costituzionalmente orientata”* dal punto di vista operativo

a) Controversie avanti il Tribunale

Il Giudice potrebbe procedere con questo approccio direttamente in seno alla prima udienza, oppure dopo avere esperito il tentativo di conciliazione *ex art. 185 c.p.c.* (l'impossibilità di conciliare Egli stesso la controversia costituirebbe senz'altro un ulteriore argomento a sostegno dell'inutilità della mediazione) od ancora in occasione della seconda udienza, ancorché, come pure si è rilevato, in tale sede non dovrebbe porsi più alcuna questione circa la procedibilità della domanda quand'anche la mediazione non fosse stata esperita.

b) Controversie avanti i Giudici di Pace

L'art. 320 c.p.c. precisa che nella prima udienza il Giudice di Pace interroga liberamente le parti e tenta la conciliazione. L’*“interpretazione costituzionalmente orientata”*, dunque, andrebbe effettuata una volta “fallito” il tentativo di conciliazione cui è tenuto il Giudice di Pace: è chiaro che il “fallimento” di tale tentativo si aggiunge agli elementi che vanno considerati in seno all’interpretazione anzidetta.

4. La questione dei minori e dei soggetti incapaci di intendere e di volere

Nessun dubbio dovrebbe porsi in ordine all’**inoperatività della “mediazione obbligatoria”** nei confronti di tali soggetti. Vero è che il decreto legislativo n. 28/2010 non considera il punto, ma è altresì un principio fermo quello della volontarietà della “mediazione”: passi che si sia “costretti” alla procedura, ma perlomeno in quella sede il danneggiato dovrebbe avere la possibilità di esprimere la propria volontà.

Al riguardo assume rilievo il “**considerando 10**” della **direttiva 2008/52/CE**: “*La presente direttiva ... dovrebbe applicarsi in materia civile e commerciale, ma non ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile ...*”.