

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/04/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31516-c-un-falla-nella-mediazione-e-il-ministero-corre-ai-ripari-la-circolare-4-aprile-2011-il-procedimento-si-tiene-anche-in-assenza-della-controparte>

Autore: Agozzino Giuseppe

C'è un falla nella mediazione e il Ministero corre ai ripari: la circolare 4 aprile 2011: il procedimento si tiene anche in assenza della controparte.

C’è un falla nella mediazione e il Ministero corre ai ripari: la circolare 4 aprile 2011: il procedimento si tiene anche in assenza della controparte.

Nel percorso accidentato della “mediazione in versione italiana” c’è una questione di stretta procedura che, già in prima lettura, era destinata a rivelarsi una falla nel sistema, se non proprio un virus: l’assenza – nel D.lgs. 28/2010 e nel D.M. attuativo 180/201 – di una disciplina compiuta della risposta o adesione della parte “chiamata” avanti all’organismo di mediazione, cioè il virtuale convenuto. Quel poco che è presente, attiene alla sanzione prevista dal comma 5 dell’art. 8 D.lgs. 28/2010, che può subire colui che “senza giustificato motivo” non partecipi al procedimento di mediazione,¹ nei termini di valutazione della sua assenza come “argomento di prova”.

Ma qui va detto che la partecipazione di cui al comma 5 dell’art. 8 è concetto che non può essere scisso dall’adesione al procedimento di mediazione, come già segnalato dalla dottrina,² quanto piuttosto ne devono essere precisati i contorni, nel senso: chi non dichiara di aderire al procedimento di mediazione può poi partecipare all’incontro col mediatore? Ma prima: esiste un obbligo normativo di manifestazione (preventiva) della propria adesione?

Ben poco in ordine al problema si ricava dalla disciplina della responsabilità solidale per le spese di mediazione, prevista dal comma 11 dell’art. 16 del D.M. 180/2010,³ che pure parla di adesione quale presupposto per la solidarietà, dato che tale norma può essere interpretata nel senso che la solidarietà scatta solo se l’altra parte ha aderito al procedimento di mediazione essendo impensabile gravare l’istante delle spese dell’intero procedimento anche quando l’altra parte non abbia aderito. Mancando però qualsiasi riferimento normativo ad una presunta “adesione” preventiva al procedimento, che invece chiama in gioco la “partecipazione” quale momento determinante e qualificante della mediazione, come dimostra platealmente lo stesso art. 16 del D.M. 180/2010, laddove prevede che «Le spese di mediazione sono corrisposte prima dell’inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà»,⁴ il principio della solidarietà nelle spese di mediazione opera solo nei casi in cui i regolamenti – quale fonte secondaria – disciplinino l’adesione stessa e ciò conferma il vuoto normativo sopra denunciato.

1

In buona sostanza, vi era la prospettiva, poi confermata nei fatti, che i regolamenti utilizzassero la (mancata) disciplina dell’adesione del chiamato come ostacolo procedurale all’esperimento del procedimento di mediazione, vanificando così l’intera architettura evincibile dal D.lgs. 28/2010. Ossia: se non vi è l’adesione del chiamato, per quale motivo non chiudere lì il procedimento di mediazione? O, ancor di più: se non vi è l’adesione, perché nominare il mediatore?

Ecco allora la questione concreta sulla quale è intervenuta la circolare del Ministero della Giustizia del 4 aprile 2011:⁵ può un regolamento stabilire, nelle materia di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda, che se non perviene la “risposta del chiamato” anche in termini di mancata adesione, il procedimento si chiude? E, aggiungo, in tal caso non sono dovute le spese di mediazione ma, eventualmente, solo i c.d. diritti di segreteria?⁶

¹ «Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può de-sumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile».

² Cfr. A. Santi, in *La Mediazione*, commento sub. art. 8, AA.VV., Cedam, 2011, 238 e ss.

³ «Le spese di mediazione indicate sono dovute in solido da ciascuna parte che ha aderito al procedimento».

⁴ Art. 16, comma 9, D.M. 180/2010.

⁵ La circolare è stata emessa dal Dipartimento per gli affari di giustizia, a firma del Direttore Generale della giustizia civile e, in una seconda parte, qui non analizzata, si occupa anche dei requisiti dei mediatori.

http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp;jsessionid=6C1EACFC0394ADBF257548E454862CC3.ajpAL01?previousPage=mg_1_8&contentId=SDC627788.

⁶ La questione della diversità di trattamento (anche per i profili di eventuale incostituzionalità) in termini di spese tra istante e chiamato, che graverebbero senz’altro sul primo e non sul secondo che non aderisce, non è passata inosservata presso la dottrina, come nota R. Caponi, anche se ad avviso dell’A. andrebbe posta in modo diverso: «Delicato è piuttosto, non la diversità di posizioni tra l’attore e convenuto, bensì il pagamento di un corrispettivo per il servizio di mediazione obbligatorio», *Judicium.it*.

È accaduto infatti, che in alcuni regolamenti tipo, la mancata adesione funge da sbarramento alla prosecuzione del procedimento, con formule variamente congeniate ma del seguente tenore: “In caso di mancata adesione delle parti la Segreteria comunicherà alla parte istante la conclusione del tentativo di conciliazione” e che solo “In caso di adesione la Segreteria, entro il termine massimo dei 15 giorni successivi, fisserà e comunicherà alle parti la data dell’incontro avanti il mediatore nominato ai sensi dell’art. 4 che abbia sottoscritto la dichiarazione di indipendenza e imparzialità”. Vediamo allora come il Ministero ha cercato di far fronte a tale dilemma.

Ecco qui di seguito il testo della circolare con un breve commento.⁷

Testo della circolare 4.4.2011.

«In sede di concreta attuazione dell’attività di tenuta del registro degli organismi di mediazione, si ritiene necessario dare specifica indicazione su alcuni profili problematici inerenti la corretta applicazione delle previsioni contenute nel d.lgs.28/2010 nonché nel decreto interministeriale 180/2010.

In materia di regolamento di procedura: la conclusione del procedimento di mediazione

- 1) Preme evidenziare che si ritiene non corretto l’inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l’incontro fissato dal responsabile dell’organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l’istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell’organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata.
- 2) Una siffatta previsione non può, infatti, essere considerata conforme alla disciplina normativa in esame nei casi di operatività della condizione di procedibilità di cui all’art.5 del d.lgs.28/2010. L’inserimento di tale previsione nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione non può che essere ritenuta in contrasto con la norma primaria (art.5 del d.lgs. 28/2010) che esige che, per determinate materie, deve essere preliminarmente esperito il procedimento di mediazione: il che postula che si compaia effettivamente dinanzi al mediatore designato, il quale solo può constatare la mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione. **La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l’istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione.**
- 3) Ove, invece, si ritenesse legittima tale previsione regolamentare, si produrrebbe l’effetto, non consentito, di un aggiramento della previsione che ha imposto l’operatività della condizione di procedibilità per talune materie.
- 4) In realtà, in tale caso, deve ritenersi che il rilascio da parte della segreteria di un organismo della dichiarazione di conclusione del procedimento non può assurgere ad atto valido ed efficace ai fini dell’assolvimento dell’onere di esperire previamente il tentativo di conciliazione; ciò, in quanto la mancata comparizione anche del solo istante, dinanzi al mediatore, impedisce di ritenerne correttamente iniziato e proseguito il procedimento di mediazione.

2

Commento (1-4).

Con tale previsione il Ministero ha accolto le censure mosse a suo tempo alla bozza di regolamento predisposta dal Consiglio Nazionale Forense,⁸ documento che appunto per primo conteneva la norma regolamentare censurata (art. 3, comma 5) secondo la quale, “Ove l’incontro non abbia avuto luogo perché la parte invitata non ha tempestivamente espresso la propria adesione ovvero ha comunicato espressamente di non voler aderire e l’istante non ha dichiarato di volervi comunque

⁷ L’elenco numerato è stato da me predisposto per una migliore lettura.

⁸ Censure, peraltro molteplici, che si possono leggere su *Guida al Diritto*, Inserto 1, numero 3, 15.1.2011.

procedere, la Segreteria rilascerà, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata". Previsione che poi si può ritrovare anche in altri modelli di regolamento.

Ma il punto è un altro e anche rilevante. Con la circolare in parola il Ministero stabilisce (qui colmando la lacuna sopra evidenziata, ma non sappiano bene fino a che punto una circolare possa dire ciò) che – nelle materie oggetto di mediazione obbligatoria – l'incontro debba essere tenuto anche in caso di mancata adesione dell'invitato-convenuto, posto che "La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata", ciò coerentemente con il principio che l'obbligatorietà attiene non alla procedura di mediazione ma all'architettura⁹ del D.lgs. 28/2010 come sistema e quindi, non è nella disponibilità delle parti trovando fonte nella normativa di rango primario. Da qui, aggiungerei, ne segue il corollario che non è possibile per un regolamento prevedere che l'incontro non si tenga in caso di contumacia del chiamato,¹⁰ a prescindere dalla sua (ormai) improponibile adesione preventiva. Questione questa da non confondere con quella relativa alla possibilità di formulazione da parte del mediatore della proposta in caso di contumacia del chiamato, da evitare nei regolamenti sebbene prevista (art. 7, comma 2 lettera b del D.M. 180/2010), considerate le valide ragioni dell'unanime opposizione della dottrina alla "proposta contumaciale".

E le spese? Va da sé che vanificato il presupposto della chiusura preventiva del procedimento (per mancata o rifiutata adesione) questo va avanti (con il solo limite della proposta contumaciale) e l'istante deve pagare (la sua sola quota, beneficiata della riduzione di un terzo più un terzo) di spese.

Andiamo adesso al secondo gruppo di argomenti utilizzati nella circolare.

- 5) «A dare ulteriore conforto a tale impostazione è la circostanza che ai sensi dell'art.11 del d.lgs.28/2010 e dell'art.7 del d.m. 180/2010, il mediatore può formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione; in ogni caso, è il mediatore che deve verificare se effettivamente la controparte non si presenti, essendo tale comportamento valutabile dal giudice nell'effettivo successivo giudizio, ai sensi dell'art.8, comma quinto, del d.lgs. 28/2010.
- 6) È, inoltre, rilevante considerare che, nel corso del procedimento di mediazione, il mediatore potrebbe ragionare con l'unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all'altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore.
- 7) In conclusione: la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, sia pure con le modalità sopra indicate, con la conseguenza che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, l'unico soggetto legittimato secondo legge a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore e non la segreteria dell'organismo di mediazione.¹¹
- 8) Ai fini, quindi, della corretta applicazioni delle previsioni normative di riferimento, questa direzione, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, invita gli organismi di mediazione ad adeguarsi alla presente circolare nei sensi di cui sopra, limitando alla sola fattispecie della

3

⁹ Per la distinzione tra norme procedurali (derogabili dai regolamenti) e architettura o struttura portante del sistema delineato dal D.lgs. 28/2010 (inderogabile), vd. M. MARINARO, in *Guida al Diritto*, op. cit., V.

¹⁰ In generale, sul tema del "trattamento" riservato al contumace in mediazione in rapporto al processo, vd. R. TISCINI , *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla mediazione: accordo e sentenza a confronto*, Giustizia civile, 10/2010, 493.

¹¹ Va segnalata la previsione (in senso letterale: prima della circolare del Ministero) del regolamento Unioncamere Piemonte, in forza del quale proprio nelle materie oggetto di mediazione obbligatoria, è vietato alla segreteria chiudere il procedimento in caso di mancata adesione del chiamato: "La Segreteria dichiara concluso il procedimento dandone notizia alle parti ove l'incontro non abbia luogo per rifiuto, espresso o tacito, della parte invitata ad aderire alla mediazione e qualora la parte istante abbia espressamente richiesto, per iscritto, una semplice attestazione della Segreteria di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata. La presente disposizione non si applica quando l'esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010".

mediazione volontaria l'applicazione di una eventuale previsione del regolamento di procedura che abbia contenuto analogo a quello preso in esame».

Commento (5-8).

Non di poco conto sono anche le considerazioni del Ministero contenute qui sopra (punti 5-6-7-8). In primo luogo vi è una chiara delimitazione dei compiti accertativi dei tentativi falliti per mancata comparizione del chiamato-convenuto: è solo il mediatore e non certo la segreteria che può svolgere tale compito¹². Tale interpretazione ne implica un'altra: il mediatore va sempre nominato sol col fatto della presentazione dell'istanza e che, quindi, non è possibile evitare tale nomina se manca l'adesione del chiamato. Infatti, il potere accertativo-conclusivo del procedimento da parte della segreteria per mancata adesione del chiamato, ha un senso solo se fosse stato possibile evitare la nomina del mediatore in caso di mancata adesione del convenuto: mancando la nomina del mediatore, provvedeva a tutto la segreteria. Ma attribuito in via definitiva tale potere accertativo-conclusivo al solo mediatore, costui deve sempre esserci.

Infatti, se come previsto dalla norma e pure di fondamentale importanza per il Ministero, è solo il mediatore il soggetto legittimato “a redigere il verbale di esito negativo della mediazione” (punto 7 circolare), costui deve in ogni caso essere previamente nominato e ciò come primo adempimento, in ossequio letterale all'art. 8, comma 1 del D.lgs. 28/2010, per il quale “All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda”, non essendo possibile per un regolamento “evitare” la nomina del mediatore per il solo fatto che il chiamato non abbia manifestato la propria adesione, e ciò per le stesse ragioni per le quali la mancata preventiva adesione o il suo rifiuto non impediscono, quantomeno nelle materie obbligatorie, lo svolgimento del procedimento. Farebbe bene il Ministero a chiarire anche tale punto, altrimenti si potrebbe avere l'esito paradossale che il mediatore viene sì nominato ma tale indicazione è resa nota “solo” in caso di adesione del chiamato, vanificando il potere di controllo delle parti del nominativo indicato in termini di ragioni che ne giustifichino la sostituzione per i più svariati motivi.¹³ Semmai deve valere la prassi opposta: il mediatore viene nominato e il destinatario (sia esso l'istante o il chiamato) – conosciuto il nome – valuta se aderire al procedimento, eventualmente chiedendo da subito la sostituzione del mediatore o, in caso di rifiuto del responsabile dell'organismo, adducendo come giustificato motivo di mancata partecipazione, proprio tale rifiuto.

4

Conclusivamente, questa prima riflessione del Ministero su alcune questione controverse sorte immediatamente dopo l'uscita di alcuni regolamenti, debbono convincere anche i più favorevoli alla mediazione, che la stessa è anzitutto una procedura (Art. 3 lettera a) Direttiva 2008/52/CE e titolo del Capo II DL 28/2010) che, se pure è identificata nella (corretta versione tedesca del Considerando 13 della circolare 2008/52 CE) come “procedura su base volontaria,¹⁴ ciò (la volontarietà) non può fare riferimento alla regolamentazione della procedura nei casi di mediazione obbligatoria posto che qui le parti non “possono organizzarlo(a) come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento” (così il Considerando 13).

Considerazione che consente la conclusione che l'obbligatorietà non è neutra, ma implica una serie notevole di limiti alla potestà regolamentare degli organismi.

Avv. Giuseppe Agozzino
Referente Mediazione Unione Fori Siciliani
adstudiolegale@tiscali.it

¹² Conformemente alla previsione del comma 4 dell'art. 11 del D.lgs. 28/2010 “Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione”.

¹³ Come previsto dall'art. 14, comma 3 del D.lgs. 28/2010.

¹⁴ “Freiwilligkeit beruhendes Verfahren” al posto del meno corretto “procedimento di volontaria giurisdizionale” nella versione italiana del Considerando 13. Traduzione impropria ricaduta a piè pari nel parere della Commissione Giustizia della Camera, come segnalato per prima da I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali*, Ipsoa, Le Società, 5/2010, 621, nota 3.

