

Sulle circolari della Direzione generale della giustizia civile in materia di iscrizione e controllo sugli organismi di mediazione e sugli enti formatori.

Richiesta di chiarimenti

1. In ordine alla circolare della Direzione generale della giustizia civile del Ministero della giustizia del 4 aprile «Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti»

La *Circolare* dichiara «non corretto l'inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l'incontro fissato del 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». Ad avviso della Direzione generale tale previsione «non può 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».

Il Modello di Regolamento per gli Organismi di mediazione di promanazione forense approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta amministrativa del 21 dicembre 2011 prevede disposizioni di tale tenore.

Si osserva al riguardo quanto segue:

1. Il meccanismo è stato concepito per reagire all'inutile aggravio di costi che discende dallo svolgimento di un incontro di mediazione in assenza della parte invitata.

Difatti:

- A norma dell'art. 16, comma 9 del d.m. n. 180/2010 «le spese di mediazione sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà».

Si tratta di costo del tutto ingiustificato¹ a fronte dell'impossibilità per il mediatore di svolgere il compito cui è legislativamente deputato, ossia farsi carico di «un'attività [...] finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» (art. 1 d.lgs. n. 28/2010). La ricerca di una soluzione negoziata della lite, difatti, non può che avvenire, nel confronto tra le parti.

- Ciò è confermato altresì per la previsione secondo la quale l'attività del mediatore può sostanziarsi nella formulazione di una proposta. L'art. 11 del d.lgs. n. 28/2010, non a caso, nel disciplinare gli esiti del procedimento fa seguire la fattispecie di accordo raggiunto mediante accettazione della proposta del mediatore all'ipotesi in cui le parti non lo abbiano raggiunto spontaneamente e, dunque, colloca l'attività del mediatore nel contesto di un procedimento partecipato².

- Nè vi sono disposizioni del decreto legislativo che inducono ad una diversa conclusione. L'eventualità che il mediatore formuli una proposta di soluzione della lite in presenza della sola parte istante, difatti, è stata prevista unicamente dal d.m. n. 180/2010 tra le prescrizioni che gli organismi di mediazione possono – ma non debbono – inserire nel regolamento. Ciò significa che tale eventualità costituisce, non già la regola risultante dall'applicazione della fonte primaria, bensì una eccezione, in quanto tale facoltizzata dal decreto ministeriale. Pur tralasciando in questa sede le perplessità sull'opportunità di costruire “eccezioni” che avvicinano pericolosamente il procedimento di mediazione ad un giudizio “minore” senza il necessario bagaglio di garanzie e tecniche³, non può di certo costruirsi l'eccezione a regola generale e farne discendere conseguenze

¹ Anche se esse sono ridotte di un terzo nelle materie elevate dall'art. 5, comma 1 a condizione di procedibilità della domanda giudiziale e di un ulteriore terzo per l'ipotesi di mancata partecipazione al procedimento

² A norma del primo comma della disposizione citata, difatti, «se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione.

³ Ne costituiscono ulteriore esempio le previsioni di cui all'art. 7, comma 2, lettera a) che facoltizzando la convocazione personale delle parte può lasciare intendere un procedimento svolto in loro assenza; della lettera b) che prevede la possibilità che la proposta provenga da un mediatore diverso da quello che ha svolto l'attività di mediazione e, dunque, istituisce una figura di mediatore del tutto differente da quella voluta dalla fonte primaria.

sulle norme dei regolamenti di procedura degli organismi che ben potrebbero attenersi alla prescrizione generale.

- Se dunque, ai sensi della normativa di rango primario, l'incontro del mediatore con chi ha proposto la domanda senza la presenza dell'altra o delle altre parti non può essere considerata mediazione – perché, mediazione è l'assistenza a due o più soggetti – è illegittima la previsione dell'art. 16, comma 3, lett. e) della fonte secondaria là dove prevede un compenso per un'attività che non viene svolta. Se nessuna delle controparti partecipa al procedimento, non si ha mediazione; e se non si ha mediazione, non può essere dovuto un compenso per un'attività non svolta.

2. Anche alla luce di quanto sopra considerato non trova riscontro l'affermazione della *Circolare* secondo la quale «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».

Essere tenuti ad esperire il tentativo di mediazione, difatti, significa semplicemente e soltanto presentare l'istanza di mediazione.

Ed infatti:

- ai sensi dell'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 il previo esperimento del procedimento di mediazione è oggetto di un obbligo che grava unilateralmente sull'attore e non sul convenuto che, dunque, non è tenuto ad esercitare alcuna attività in conseguenza della ricezione della domanda.

- La medesima norma stabilisce che quando il tentativo di mediazione non risulti esperito il giudice assegna un termine per «la presentazione della domanda di mediazione» e non per la comparizione davanti al mediatore⁴.

⁴ Nel medesimo senso R. Caponi, *Adesione e partecipazione alla mediazione*, in www.judicium.it, §. 1

- L'art. 6, comma 2 del d.lgs. n. 28/2010 individua nel deposito della domanda di mediazione il termine di quattro mesi per la conclusione del procedimento senza che rilevi a tal fine né il momento della comunicazione alla controparte⁵, né la sua partecipazione.

Sulla base delle considerazioni che precedono, pertanto, si invita la Direzione generale della Giustizia civile a riconsiderare la posizione assunta nella circolare del 4 aprile essendo del tutto legittima ed opportuna la previsione regolamentare secondo la quale la fissazione del primo incontro di mediazione avvenga soltanto in caso di volontà della parte istante di aderire al procedimento. La parte invitata, oltretutto, potrà esprimere successivamente una diversa volontà anche per *facta concludentia* presentandosi direttamente presso l'organismo nella data comunicata, atteso che l'attestazione di segreteria viene resa soltanto successivamente ad essa.

2. In ordine alla «Comunicazione linea interpretativa della direzione generale in materia di tenuta del registro degli organismi di mediazione e degli elenchi degli enti di formazione» del 23 febbraio 2011.

In tale *Comunicazione* vi è un profilo che merita un chiarimento. Ci si riferisce all'esatta definizione del procedimento per l'inserimento di nuovi mediatori o formatori all'interno di elenchi di mediatori tenuti da organismi di mediazione o da enti di formazione già debitamente accreditati.

La *Comunicazione* precisa che in tali casi non potrà procedersi in assenza di un controllo da parte del responsabile del registro. Ciò è pienamente condivisibile, atteso che l'iscrizione *de qua* produce effetti costitutivi, limitati ai soggetti richiedenti e non anche all'organismo o all'ente nel suo complesso di talché l'eventuale afferenza di nuovi mediatori all'organismo di mediazione o all'ente di formazione dovrà certamente passare attraverso il controllo ministeriale.

⁵ Rilevante, al contrario, ad altri fini. Cfr. art. 5, comma 6.

Il quadro delineato dalla comunicazione citata va, tuttavia, opportunamente integrato con la specificazione – pur piuttosto ovvia – che anche in questi casi opera il meccanismo del silenzio-assenso previsto dal decreto ministeriale per le nuove iscrizioni di organismi (art. 5, comma quarto, D.M. 180/2010).

Ciò va sottolineato alla luce di alcune segnalazioni pervenute al Consiglio nazionale forense circa l'esistenza di una prassi restrittiva, nel senso cioè di un'ammonizione (ancorché solo verbale) agli interessati ad astenersi dal porre in atto qualsiasi attività fino ad un provvedimento espresso del Ministero, anche tardivo.

L'applicabilità del meccanismo del silenzio assenso è palese, atteso che esso è previsto per la più pregnante fattispecie dell'accreditamento di un ente del tutto nuovo. Esso è tuttavia agevolmente ricavabile anche dal disposto dell'art. 20 della l. 241/1990, cui tra l'altro fa rinvio in materia di albi ed elenchi professionali (addirittura con riferimento a quelli relativi a professioni regolamentate) l'art. 45 del d.lgs. 59/2010.

In conclusione, quindi, si conviene sulla necessità che in materia di iscrizioni a contenuto sostanzialmente costitutivo si debba garantire all'Autorità amministrativa tutta la sfera di controllo e vigilanza che la legge le affida; per converso, però, va assicurata l'operatività del meccanismo di formazione del silenzio-assenso, che consente, una volta decorsi i termini, l'esercizio del pieno diritto dell'interessato a svolgere l'attività di mediazione o formazione. Ciò anche a tutela delle ragioni dell'Amministrazione, che potrebbe altrimenti essere chiamata a rispondere del danno patito dal richiedente in conseguenza dell'ingiustificato ritardo nell'emissione di un provvedimento di carattere vincolato. Resta fermo peraltro il poterdovere di autotutela dell'amministrazione competente, che potrebbe in ipotesi rimuovere in via successiva gli effetti della formazione del silenzio assenso (cioè l'iscrizione nell'elenco) con un provvedimento espresso adeguatamente motivato, conformemente ai principi generali vigenti in materia⁶.

⁶ Chiaramente, gli eventuali provvedimenti negativi adottati in via di autotutela dovranno tenere conto, come sempre indicato dalla giurisprudenza in materia, del tempo trascorso, dell'affidamento dei terzi e della rilevanza del vizio da sanare.