

Il regolamento delle camere di mediazione

di Paolo Tesaurò

Il tema della facoltà del mediatore di formulare una proposta, ex art. 11 del Decreto Legislativo del 4 marzo 2010 n. 28 (postea D. Lgs 28/2010) e in molti casi disciplinati anche dai regolamenti degli Organismi di mediazione, adottati ai sensi dell'art. 16 stessa norma, porta a dover valutare la natura dell'atto regolamentare.

Il dettato normativo prevede (ex art. 11 cit.) la facoltà del mediatore, alla chiusura del procedimento ed in particolari condizioni, di formulare, anche in assenza della richiesta delle parti, una proposta conciliativa che appare come utilizzabile dalle parti nel successivo procedimento giurisdizionale per incidere sul regime delle spese.

In un sistema di mediazione basato integralmente sulla chiusura della conciliazione solo per effetto del raggiungimento di una volontà concorde delle parti (tanto che al mediatore si attribuisce come compito fondamentale la ricerca di una volontà condivisa dalle parti) quello sopra ricordato, della facoltà di emettere una proposta conciliativa, costituisce un principio di deroga al criterio generale, la cui ratio è da ricercare nel tentativo di evitare che un atteggiamento volutamente ed immotivatamente negativo renda la mediazione un'involuta attività.

Le brevi considerazioni, che precedono, sono incise dalla circostanza che con nota illustrativa ministeriale¹ si è condizionata la esercitabilità in capo al mediatore della facoltà ivi richiamata solo alla conforme disposizione nel regolamento dell'ente di applicazione.

Sia indotta dalla nota ministeriale, sia dalla forma autonoma della pratica applicazione, si è registrata una disparità di orientamenti; alcuni regolamenti applicativi hanno escluso l'esercitabilità della facoltà altri, invece, si sono conformati al dettato della norma primaria (anche ignorando il tema).

Ad un primo elementare approccio appare dubbiosa l'accettabilità della tesi che vuole derogabile dai regolamenti il disposto della legge in applicazione dei principi generali della gerarchia delle

¹ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_5_2.wp

fonti. Del resto la normativa primaria fissa in contemporanea, nell'ottica della ratio della legge che vuole deflazionare il ricorso alla giurisdizione ordinaria, due principi, da un lato sancisce la condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le controversie ricadenti nelle materie elencate all'art. 5 D. Lgs. 28/2010 e dall'altro tutela la serietà della procedura con la possibilità di un intervento incisivo, relativamente all'eventuale regime delle spese processuali, da parte del mediatore, al fine di evitare che la mediazione si trasformi in un'attività totalmente inutile qualora una delle parti voglia sottrarsi arbitrariamente a qualsiasi accordo conciliativo.

È difficile pensare che la norma secondaria possa legittimamente escludere una facoltà che la norma primaria, invece, riconosce tra le modalità di esercizio della funzione di mediatore.

Poiché il problema è sorto occorre, quindi, individuare una valida soluzione. Nella molteplicità delle tesi e degli orientamenti, a partire da quello ministeriale, sulla possibile derogabilità dei regolamenti alla norma primaria, s'impone una necessaria valutazione della natura dei regolamenti in genere e, con particolare riferimento al caso di specie, a quelli degli Organismi di mediazione (per la cui procedura di approvazione da parte del Ministero della Giustizia, vedi infra).

La portata e la natura dei "regolamenti generali" sono pacificamente determinate in dottrina; più controversa è, invece, la qualificazione dei cosiddetti regolamenti interni che apre a molteplici zone d'ombra ed incertezze. Potrebbe, quindi, essere condiviso l'orientamento secondo il quale la definizione di regolamento interno presuppone una molteplicità di realtà giuridiche anche molto differenti tra loro².

Nel caso in riferimento, il regolamento di procedura degli Organismi di mediazione, avuto riguardo al procedimento di adozione, può essere inquadrato nel "regime" degli atti collegiali autorizzati.

Il quadro normativo che qui rileva trova fondamento in un'articolata disciplina. Il Ministero della Giustizia è tenuto, ex art. 16 cit., a valutare preventivamente l'idoneità del regolamento per l'approvazione della domanda di iscrizione nell'apposito registro ministeriale dell'Organismo di mediazione.

Il vaglio ministeriale impone, pertanto, un accertamento che si innesti sulla verifica di conformità alla legge delle previsioni contenute nel regolamento. Inoltre, è sancito in capo all'Organismo di mediazione l'obbligo di dare comunicazione di ogni successiva variazione che

² Sul punto interessante è la definizione di regolamenti interni di M. S. Giannini, quali atti giuridici non aventi efficacia esterna all'organizzazione in cui vengono adottati. Essi non possono essere considerati atti normativi. Tutto ciò comporta una molteplicità di regolamenti anche in funzione del tipo di organizzazione, di oggetto, di finalità o anche per procedimento di adozione o anche di finalità. Si pensi, ad esempio, ai regolamenti aziendali, quelli dei corpi militarmente organizzati, ai regolamenti di disciplina o per l'uso di impianti sportivi o ai regolamenti per l'uso delle fognature o per il trasporto pubblico. Cfr M. S. Giannini, voce Regolamento in generale, Enciclopedia del diritto, Milano, 1980.

decida di apportare per favorire il vaglio e l'approvazione ministeriale (ex art. 16 cit). Di fatto la mancata ratifica si porrebbe come condizione tale da impedire l'esercizio della funzione di mediazione all'Organismo stesso.

Inoltre, il controllo e la conformità alla disciplina normativa primaria degli atti regolamentari e dell'attività svolta dagli Organismi di mediazione, soprattutto quelli di natura privata, viene costantemente e continuativamente testata e verificata, con riferimento a profili di professionalità e di efficienza, ad opera del responsabile della tenuta del registro degli Organismi istituito presso il Ministero della Giustizia (ex art. 4 del Decreto Ministeriale del 18 ottobre 2010 n. 180, postea DM 180/2010). In particolare, tra l'altro, l'art 4, 2° comma, lettera e), attribuisce al responsabile del registro la verifica delle "garanzie di indipendenza, imparzialità, e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alla legge e al presente decreto anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i mediatori".

In pratica, si è in presenza di una condizione che ha ben scarsi riferimenti. Il Ministero della Giustizia, oltre ad intervenire nella fase preliminare con l'approvazione del regolamento, ha un dovere continuo di verifica soprattutto per l'attuazione applicativa del regolamento da parte dell'Organismo di mediazione.

Inquadrata la normativa, il regolamento viene ad operare, secondo i principi generali di diritto, nello spazio vuoto lasciato dalla legge, pur sempre nel rispetto della ratio e dei principi disciplinati. Rilevano, inoltre, anche i limiti imposti che comportano, attraverso il regolamento, un'attuazione che non ecceda le previsioni normative primarie.

In particolare, il tema della derogabilità alla norma primaria ad opera del regolamento si potrebbe porre anche con riferimento ad un'altra fattispecie. Allo stato risulta che alcuni Organismi abbiano assunto un regolamento che contempli l'obbligo dell'assistenza tecnica per le parti, nel totale silenzio della norma primaria. Certamente è un'ipotesi rovesciata e diversa rispetto a quella esaminata e relativa alla facoltà del mediatore di formulare una proposta. In quel caso il regolamento deroga ad una facoltà espressamente prevista dal legislatore ordinario, in questo caso si occupa uno spazio normativo vuoto, ma creando un vincolo per le parti. E sulla possibilità di rendere l'assistenza tecnico-professionale degli avvocati obbligatoria per le parti in mediazione ci si chiede, nel merito, quali potrebbero essere gli effetti per la parte che è chiamata ad aderire alla mediazione presso l'Organismo scelto dall'istante, nel cui atto regolamentare è previsto tale obbligo. Una siffatta previsione potrebbe tradursi come un onere gravoso ed eccessivo per la parte che decida di non avvalersi del proprio avvocato di fiducia, certamente non previsto con norma primaria.

Da qui si impone, quindi, una successiva riflessione sul tema dell'efficacia del regolamento per le parti che, secondo la previsione normativa, sono, di fatto, poste su piani differenti. L'istante (soggetto attore nella mediazione equivale al primo richiedente) potrà valutare e scegliere, in assenza di alcun criterio relativo alla competenza territoriale, l'Organismo di mediazione con proprio regolamento autorizzato ed applicato che riterrà più opportuno. La controparte (evocato nella mediazione), invece, subirà la scelta dell'istante, con la duplice alternativa o di aderire, con invio di accettazione, od optare per la non partecipazione al procedimento con il rischio, però, che potrebbero applicarsi le conseguenze previste ex art. 8, 5° comma, in tema di mancata partecipazione senza giustificato motivo³.

Va altresì precisato che, ai sensi dell'art. 7 DM 180/2010, il regolamento "è derogabile con il consenso di tutte le parti del mediatore e del responsabile dell'organismo". Resta, tuttavia, aperta la discussione sulle conseguenze derivanti dal rifiuto di una delle parti nell'aderire ad un regolamento derogatorio che si pone quindi parzialmente o totalmente come alternativo a quello originale. Dinanzi al rifiuto di una delle parti e nell'ipotesi che la mediazione debba considerarsi conclusa negativamente, ci si pone il dubbio di quali possano essere le valutazioni che il giudice, nella fase successiva alla fallita mediazione, debba sviluppare, anche nel determinare a chi attribuire gli oneri della mancata adesione - voluta - alla mediazione.

Il regolamento degli Organismi di mediazione, quindi, può essere qualificato come un atto tale da produrre effetti all'interno dell'organizzazione che lo ha adottato nel pieno rispetto delle libertà e delle garanzie, previste dalla legge, nei confronti di tutte le parti coinvolte nel procedimento di mediazione; per questo fine l'atto regolamentare dovrà imporsi come strumento di mera esecuzione della disciplina prevista con decreto legislativo.

Queste puntualizzazioni sono funzionali, tra l'altro, anche alla valutazione della facoltà riconosciuta ex lege al mediatore di formulare una proposta conciliativa (prima ipotesi affrontata).

Va rilevato come la disciplina normativa sul punto è particolarmente nitida e che regolamenti autorizzati, che restringono il campo di tale facoltà fino alla completa soppressione, creerebbero pericolose discrasie, con conseguente sovversione del principio della gerarchia delle fonti.

E' qui utile richiamare la disciplina normativa che qualifica il mediatore, ex art. 8, 3° comma, D. Lgs. 28/2010, come colui chiamato ad adoperarsi per favorire l'accordo amichevole delle parti e definire così la controversia. A tal fine, nel rispetto delle volontà dei soggetti interessati alla conciliazione, il mediatore può formulare una proposta quando le parti non abbiano raggiunto un accordo o quando le stesse gliene fanno concorde richiesta, ex art. 11, D. Lgs. 28/2010.

³ Il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c..

Prima della proposta, il mediatore è chiamato ad informare le parti delle conseguenze previste dall'art. 13 D. Lgs. 28/2010, in caso di rifiuto le spese potrebbero ricadere sul processo. Occorrerà, quindi, specificare che se alla definizione del successivo ed inevitabile giudizio, il provvedimento del giudice corrisponderà al contenuto della proposta, sarà esclusa la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo oltre al versamento di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Se, invece, il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponderà interamente al contenuto della proposta il giudice, per ragioni gravi ed eccezionali, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore.

In tale quadro normativo, tuttavia, si deve tener conto anche della nota illustrativa⁴ emessa dal Ministero della Giustizia, che, fermo restando l'onere per il mediatore di "fare la proposta se le parti concordemente glielo richiedono. Negli altri casi il mediatore può fare la proposta, se il regolamento dell'organismo lo prevede".

La previsione ministeriale, come sopra già anticipato, pone più di qualche dubbio, nella parte in cui subordina la facoltà della proposta, in capo al mediatore, solo ad una previsione regolamentare del singolo organismo. Tutto ciò, eliminando una possibilità che al mediatore debba essere riconosciuta, così come prevede l'art. 11 cit. ("quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione").

Il pericolo è che si possa stravolgere la ratio sottesa al nuovo procedimento di mediazione. Se fosse confermata, in sede di valutazione di idoneità, l'interpretazione ministeriale si potrebbe determinare una innaturale scelta, ad opera della parte, dell'Organismo che sottrae, col proprio regolamento, al mediatore la facoltà di formulare una proposta.

E va qui nuovamente richiamata la posizione della parte che subirà il regolamento dell'Organismo scelto dall'istante. Facendo salva la disciplina sopra richiamata della derogabilità al regolamento purché sia accettata congiuntamente da tutte le parti, qualora sorgesse un conflitto proprio sulla non condivisione dell'atto regolamentare, sarà solo il vaglio del giudice ordinario, in via pregiudiziale, a dover dirimere il contrasto manifestatosi, con tutte le problematiche, di cui sopra, connesse a tale verifica.

Queste previsioni non sono lontane dalla realtà, tenuto conto che sono numerose le proposte di regolamenti di organismi, che, in via di accreditamento con provvedimento ministeriale, privano il mediatore della libera facoltà di formulare la proposta⁵. Così facendo, verrebbe ad essere

⁴ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_5_2.wp

⁵ Cfr. Unioncamere punta a un metodo unico nazionale, in *Gli speciali di Guida al diritto*, n. 10, 05/03/11, p. IX.

aggirata la disciplina obbligatoria, nelle controversie in materie previste ex art. 5 D. Lgs 28/2010, della mediazione, con la conseguenza che l'eliminazione della facoltà possa intendersi come sottrazione di una pur minima sanzione alla preventiva, ingiustificata ed assoluta indisponibilità di una delle parti nell'addivenire ad un accordo.

Nel merito dell'analisi di tale facoltà, si osserva che la previsione normativa fonda la sua ratio nella voluntas legislativa di affidare alla mediazione e ai suoi meccanismi un'opportunità di successo, così da non essere paralizzata dal rifiuto pretestuoso ed irrazionale di una delle parti, che, ad oltranza, potrebbe artatamente frenare il buon esito della conciliazione e, dunque, compromettere l'essenza stessa della mediazione.

E' per questo che, la facoltà attribuita al mediatore, rappresenta un validissimo strumento per la riuscita del nuovo procedimento di mediazione, soprattutto in caso di rifiuto ingiustificato di una delle parti. Significativa, a tal fine, è la previsione che susseguentemente al rifiuto della proposta del mediatore vi siano conseguenze significative sul piano delle ripartizioni delle spese processuali nella successiva fase giudiziale.

Così come delineata dalla normativa, la proposta del mediatore può diventare una positiva soluzione di contrasto alla volontà temeraria della parte di ricorrere al successivo giudizio. Questa impostazione riqualifica, quindi, il ruolo del mediatore che, anche in presenza della concorde richiesta delle parti, può in qualunque momento del procedimento formulare una proposta. E' evidente che tale facoltà, apre le porte ad un mediatore chiamato a vestire i panni del valutatore, quando, ritenga maturo il dialogo ed il confronto così da rendere legittima una proposta di conciliazione, il cui eventuale rifiuto per una delle parti potrà produrre conseguenze significative nel successivo processo giudiziario, sempre che il provvedimento giudiziario coincida interamente con il contenuto della proposta.

La valutazione del mediatore si pone, quindi, come massima espressione della bravura tecnica del soggetto chiamato a dirigere il confronto tra le parti. E', infatti, nella professionalità elevata del mediatore e nel libero arbitrio riconosciutogli che trova asilo la formulazione di una proposta, priva dell'obbligo di motivazione, non essendo atto decisorio.

Le conseguenze della proposta rilevano, poi, anche sul naturale piano della responsabilità professionale non solo del mediatore ma anche in capo all'organismo di conciliazione presso il quale egli è chiamato ad esercitare le sue funzioni. In questo senso si inserisce il principio sancito dall'art. 7 del DM 180/2010 in tema di diritto di accesso delle parti agli atti del procedimento di mediazione, nei limiti imposti dal dovere di riservatezza, ex art. 9 D. Lgs. 28/2010, con la conseguente possibilità per l'organismo di rispondere in caso di errore del mediatore. E' per questo che assumono rilevanza, in primis, l'ammonimento da parte del

mediatore, in caso di rifiuto della proposta, circa le possibili conseguenze, ex art. 13 D. Lgs. 28/2010, nell'eventuale giudizio successivo ed, in secundis, la forma scritta della proposta che deve essere comunicata alle parti.

La disciplina prevista dall'art. 11 D. Lgs. 28/2010, va combinata con l'art. 7 del DM 180/2010, in cui si prevede che nei regolamenti di procedura adottati dagli organismi di mediazione la proposta possa provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente e che la proposta possa essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione.

In conclusione, è da ritenere che lo spazio occupabile da tali tipi di regolamenti sia quello meramente applicativo evitando sia le deroghe ai principi fissati dalla normativa primaria sia di dare alle parti un contenuto applicativo che comporti oneri o libero da oneri che in assenza della normativa secondaria non troverebbe voce nella fase di mediazione. Resta la fondamentale considerazione che l'Organo – il Ministero della Giustizia –controllante il regolamento dal punto di vista del contenuto ha anche una competenza esplicita in ordine alle modalità di applicazione. Sarà inevitabilmente l'evoluzione giurisprudenziale a dare risposte a molti di questi quesiti.

Innovazione e Diritto