

Chi è assente «paga» le spese

Dalla mancata partecipazione il giudice ordinario ricava elementi di prova

PAGINA A CURA DI
Marco Marinaro

Le scelte del legislatore in materia di mediazione delle controversie hanno optato per l'obbligatorietà del tentativo in molte materie. L'esame dei dati statistici più aggiornati forniti dal ministero della Giustizia, successivi all'entrata in vigore dell'obbligatorietà, confermano il sostanziale squilibrio dei risultati ottenuti nel tentativo di responsabilizzare alla mediazione entrambe le parti del procedimento. E infatti gli aderenti partecipano al procedimento di mediazione soltanto nel 28% dei casi. Ma se si considera che proprio quando sono presenti tutte le parti, l'accordo viene raggiunto nel 60% circa dei casi, si comprende come fosse necessario individuare ulteriori strumenti in grado di indurre anche le parti chiamate in mediazione a partecipare attivamente per una possibile soluzione negoziale delle liti.

L'irrigidimento del procedimento ha costituito quindi un'esigenza ineludibile nell'ottica di indurre le parti a sedersi al tavolo della mediazione. Ma accompagnare soltanto la parte che presenta istanza non avrebbe

consentito il raggiungimento dell'obiettivo.

E così il Dlgs 28/2010 ha introdotto la norma contenuta nell'ultimo comma dell'articolo 8 in base alla quale «Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo

una somma pari a quanto dovuto per aprire il giudizio

116, secondo comma, del codice di procedura civile».

Elementi sussidiari

Il legislatore, con una scelta assolutamente nuova, ha collegato il comportamento extraprocessuale (la «mancata partecipazione» al procedimento di mediazione) agli «argomenti di prova» utilizzabili dal giudice nel giudizio che segue al mancato accordo. La ti-

pizzazione di questo specifico contegno delle parti, e in particolare della parte o delle parti evocate in mediazione, ha lo scopo di consentire al giudice - secondo il suo prudente apprezzamento - una volta ritenuti ingiustificati i motivi allegati dalle parti, di trarre elementi di convincimento ai fini della decisione finale.

Si tratta ovviamente di elementi con valore sussidiario e mai riconducibili a una prova piena e, quindi, sprovvisti di efficacia autonoma e perciò stesso non utilizzabili in mancanza di prove o per contrastare l'esito di prove in senso proprio.

Questa norma, che pur assume un particolare significato sistematico nella nuova mediazione, costituisce sicuramente un segnale importante e utile a condurre al tavolo della mediazione la parte aderente, tuttavia è apparsa già ai primi commentatori uno strumento debole, sicuramente più debole della obbligatorietà posta in capo alla parte che presenta istanza.

La manovra di Ferragosto

E allora, con la legge di conversione 14 settembre 2011 n. 148

della manovra di Ferragosto, è entrata in vigore il 17 settembre una disposizione in materia di mediazione delle liti e commerciali destinata a orientare in modo significativo il comportamento delle parti di una controversia.

Il legislatore ha introdotto, nel quadro delle disposizioni in materia di entrate, all'articolo 2 il comma 35-sexies che aggiunge all'articolo 8 del Dlgs 4 marzo 2010 n. 28 il seguente periodo: «Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio».

L'articolo 8 del Dlgs 28/2010 disciplina il procedimento di mediazione e non distingue in alcun modo (nella formulazione originaria) le modalità di accesso alla mediazione. È chiara la scelta normativa orientata ad alleggerire in modo significativo il carico dei tribunali civili: e dunque il

AMMENDA

In una serie di casi il soggetto che non si presenta è tenuto a versare



legislatore punta a non consentire l'adozione di meccanismi procedurali elusivi.

Operatività

Si è giunti poi alla nuova formulazione dell'articolo 8, comma 5, Dlgs 28/2010. E la nuova norma individua un particolare ambito di operatività che è meno ampio di quello descritto dalla regola preesistente. Facendo riferimento alla recente formulazione dell'intero comma 5 dell'articolo 8 Dlgs 28/2010 emergerà così che mentre la prima parte (originariamente in vigore dal 20 marzo 2010) si deve ritenere applicabile a tutte le mediazioni prescindendo dalla modalità di accesso alle stesse, il secondo periodo (in vigore dal 17 settembre 2011) contiene un espresso limite in quanto deve applicarsi soltanto alle mediazioni previste dall'articolo 5 Dlgs 28/2010 (e soltanto alla "parte costituita" in giudizio).

Ciò significa che il legislatore ha escluso dall'operatività di questa norma soltanto le mediazioni facoltative, prevedendone invece la vigenza in

tutti gli altri casi e cioè quando si accede al procedimento mediante un obbligo ex lege o ex contractu ovvero quando si accoglie l'invito del giudice nel corso del processo.

La ratio è evidente e condivisibile, in quanto si punta a responsabilizzare le parti rafforzandone le sanzioni soltanto nei casi in cui vi sia un obbligo di legge (e, quindi, un interesse pubblico da tutelare) oppure un impegno contrattuale o assunto in sede processuale (a tutela della parte che presenta istanza) nel tentativo di promuovere la effettività della mediazione.

La nuova disposizione introdotta sottolinea l'interesse pubblico sotteso alla me-

diatazione e l'esigenza di responsabilizzare anche le parti perché partecipino al tavolo negoziale, ma tiene anche in conto l'esigenza di riservare alla giurisdizione ordinaria il ruolo di argine estremo, ineludibile e fondamentale, per la soluzione delle liti mediante la tutela dei diritti.

© RIPRODUZIONE RISERVATA