

**RIVISTA DELL'ARBITRATO**

Anno XXII Fasc. 4 - 2012

Elena Occhipinti

---

**SULL'OBBLIGO DI  
PARTECIPAZIONE ALLA  
MEDIAZIONE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## **Sull'obbligo di partecipazione alla mediazione (\*)**

ELENA OCCHIPINTI

### *1. Premessa.*

Nonostante gli sforzi incentivanti compiuti dal nostro legislatore, i primi dati statistici con proiezione nazionale diffusi dal Ministero della Giustizia relativamente al primo anno di vigenza della normativa sulla mediazione rivelano un'alta percentuale di assenteismo della parte chiamata in mediazione. La ragione di tali defezioni è rinvenibile in una serie di circostanze, alcune delle quali riconducibili all'ancora ridotta dimestichezza dei cittadini con gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, altre alla ritrosia manifestata verso il nuovo istituto dalla classe forense la quale, più di ogni altra categoria di professionisti, è destinata ad assumere un ruolo chiave nell'attuazione di questa disciplina.

Sotto il primo profilo, si registra cioè una sostanziale assenza in Italia di una « cultura della mediazione »: non può, infatti, negarsi il carattere spiccatamente innovativo dell'odierna disciplina della mediazione civile e commerciale la quale, per la prima volta nel nostro paese, ha ottenuto una disciplina generalizzata e rivolta a tutte le tipologie di controversie, purché vertenti su diritti disponibili.

Sotto il secondo profilo, non può invece tacersi il dissapore, a cui ha fatto seguito l'atteggiamento di inevitabile demotivazione, con cui gli avvocati hanno accolto la nuova normativa atteso che, a fronte di un rigoroso e sanzionato obbligo di informativa a cui essi sono stati specificamente tenuti, non si è parallelamente associata la previsione dell'assistenza obbligatoria dell'avvocato nel corso della procedura di mediazione, sicché la presenza dell'avvocato in tale contesto sarà soltanto eventuale e subordinata alla volontà dei soggetti in lite.

---

(\*) Nelle more di pubblicazione del presente lavoro, la Corte costituzionale, a mezzo del proprio ufficio stampa, ha comunicato di aver dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione. Occorre, dunque, far presente che tale pronuncia, al momento non ancora pubblicata e della quale non sono, pertanto, note le motivazioni, potrà avere significativi riflessi su alcune delle tematiche affrontate nel presente scritto.

Da parte sua il legislatore, pur mantenendo ferma la linea adottata nei confronti della classe forense, ha provveduto ad emendare l'originaria normativa potenziando ulteriormente gli aspetti volti a stimolarne l'utilizzo, al punto da profilare un vero e proprio obbligo delle parti a collaborare alla procedura di mediazione.

Ed è esattamente questo il tema che s'intende qui approfondire, partendo dall'esame del dato normativo e delle relative modifiche, proseguendo con lo studio delle conseguenze scaturenti dalla mancata partecipazione alla procedura di mediazione e con la definizione dell'esimente del « giustificato motivo » che la legge pone quale limite allo sfavore per la condotta inerte tenuta dalla parte durante la propedeutica fase della mediazione, fino all'individuazione dell'ampiezza del dovere di collaborazione che è richiesto alle parti nel corso della procedura e del momento oltre il quale tale obbligo non è più esigibile.

L'attuale disciplina sulla mediazione contempla regole che, in modo del tutto peculiare per il nostro sistema processuale, hanno riflessi diretti sul giudizio, e precisamente, da un lato, sull'attività officiosa del giudice tenuto, ricorrendone i presupposti, a irrogare una vera e propria multa alla parte che non abbia ingiustificatamente collaborato alla pregressa e obbligatoria fase di mediazione, fino a condannare la parte vittoriosa, che non ha partecipato alla mediazione e che non ha accettato la proposta (eventualmente) elaborata dal mediatore, alla rifusione delle spese processuali e di quelle di mediazione; dall'altro lato, sulla modalità di formazione del convincimento del giudice il quale, se lo riterrà, potrà dedurre argomenti di prova dalla condotta inerte tenuta dalla parte in mediazione.

Ma la circostanza della mancata partecipazione alla procedura conciliativa comporta effetti anche sull'ufficio del mediatore al quale, se è vero che, in generale, la legge affida una procedura essenzialmente deformalizzata, nell'eventualità della mancata partecipazione di una delle parti, eccezionalmente, gli impone lo specifico adempimento di indicare nel verbale di non raggiunto accordo la defezione della parte e ciò, primariamente, per lasciare una traccia che — come appena sopra anticipato e come *infra* meglio approfondito — sarà spesa nel successivo processo affinché il giudice ne possa dedurre argomenti di prova, ovvero ne fondi la sanzione a favore delle casse dello Stato.

## 2. *La mancata partecipazione e la deduzione di argomenti di prova.*

L'art. 8, comma 5, del D.Lgs. n. 28/2010 individua la prima conseguenza sfavorevole dell'ingiustificata mancata partecipazione della parte alla procedura di mediazione, consistente nella possibilità che il giudice possa desumere da tale contegno omissivo « argomenti di prova » valevoli ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

Sul punto occorre evidenziare la particolarità di una tale previsione normativa, laddove essa fa discendere da un comportamento extraprocessuale (la mancata partecipazione alla procedura di mediazione) conseguenze di carattere prettamente processuale, quali sono — per l'appunto — la deduzione di argomenti di prova da parte del giudice istruttore della causa.

In realtà, la straordinarietà di questa prescrizione appare mitigata dalla giurisprudenza che, nel tempo, si è formata sul secondo comma dell'art. 116 c.p.c., al quale è stata attribuita un'interpretazione estensiva tale che anche il contegno tenuto dalla parte al di fuori del processo è stato assunto quale elemento idoneo a rafforzare il convincimento del giudice <sup>(1)</sup>.

La giurisprudenza ha, pur tuttavia, precisato l'irrelevanza — nell'ambito del nostro ordinamento processuale, dove la contumacia si qualifica quale *ficta litis contestatio* — di un comportamento meramente generico e la necessità di circoscrivere piuttosto una condotta « qualificata » della parte, da individuarsi volta per volta, sulla base del caso concreto ed in relazione ad un fatto specifico da provare. Se ne è, pertanto, dedotto che la mera contumacia del convenuto non solo non possa essere elevata a elemento di prova, spendibile contro di lui, ma che essa non costituisca neppure un comportamento da cui trarsi argomento concorrente per la valutazione degli elementi probatori già acquisiti al processo, in quanto il convenuto che si astiene dal costituirsi in giudizio esercita un diritto garantitogli dalle norme del codice di rito e non incide sulla situazione di contestazione sorta dall'instaurazione del procedimento <sup>(2)</sup> e ciò indipendentemente da qualsivoglia giustificazione legittimante la mancata costituzione in giudizio.

---

<sup>(1)</sup> Ad esempio, Cass., 10 giugno 1998, n. 5784 ha affermato che il comportamento processuale ed extraprocessuale delle parti può costituire argomento di prova e può perciò essere utilizzato come elemento di valutazione di risultanze probatorie già acquisite e, nella specie, ha ritenuto utilizzabile come argomento di prova il comportamento extraprocessuale consistente nell'aver chiesto il cosiddetto « patteggiamento » ai sensi dell'art. 444 c.p.p. nel processo penale svoltosi per imputazioni corrispondenti agli addebiti mossi nel giudizio di responsabilità in sede civile. Ancora, Cass., 14 settembre 1993, n. 9514 ha reputato ammissibile una deduzione della sussistenza di un requisito (nella fattispecie la qualifica di ex combattente) anche dalla sola valutazione di un determinato comportamento extraprocessuale, il quale può assurgere anche ad unica e sufficiente fonte di prova. In senso analogo anche la precedente Cass., 25 giugno 1985, n. 3800, secondo cui la mancata contestazione, da parte del datore di lavoro, dell'applicabilità al rapporto di lavoro con il dipendente del contratto collettivo di categoria avvalorerebbe l'accertamento dell'ispettorato del lavoro circa la pratica applicazione di tale fonte da parte dello stesso datore di lavoro

<sup>(2)</sup> Cass., 9 dicembre 1994, 10554. Tuttavia, sul punto Trib. Roma, 9 febbraio 2009 ha differenzialmente precisato con riferimento ad una controversia risarcitoria che, qualora la relativa domanda sia esaurientemente provata dai documenti offerti dall'attore, oltre che nell'*an debeatur* anche nel *quantum*, la circostanza che il convenuto non si sia costituito in giudizio è valutabile dal giudice quale argomento di prova *ex art. 116 c.p.c.*

Le regole che la legge ha dettato in materia di procedura di mediazione appaiono, diversamente, volte a penalizzare la parte renitente, in modo che la condotta inerte e non collaborativa della parte vale — sebbene nel più ristretto campo dell'argomento di prova — quale *facta confessio*.

La nozione processuale di argomento di prova maggioritariamente accreditata in dottrina<sup>(3)</sup> ne inquadra la portata nell'ambito di un mero strumento valutativo delle prove propriamente dette e assunte nel processo, cosicché essa assolverebbe ad una mera funzione integrativa del convincimento del giudice e ausiliaria dell'attività istruttoria canonicamente svolta. Conseguentemente, l'argomento di prova non costituirebbe elemento probatorio dotato di propria autosufficienza, qualificandosi piuttosto come componente suppletiva di risultanze istruttorie di per sé insufficienti a formare il convincimento del giudice<sup>(4)</sup>, il quale — avvalendosi — diviene in grado di dichiarare esistenti e inesistenti le allegazioni fattuali dedotte dalle parti.

Se questa è l'impostazione degli studiosi della materia, di contrario avviso risulta la giurisprudenza, la quale in più occasioni ha ribadito che l'argomento di prova può costituire, esso stesso, una sufficiente fonte di prova, e non soltanto e semplicemente un elemento di valutazione di quanto già acquisito al processo<sup>(5)</sup>. Più precisamente, tale conclusione si addirebbe, in particolar modo, ai procedimenti caratterizzati da un più immediato contatto tra le parti ed il giudice, ai processi volti alla formazione di un giudizio secondo equità, ovvero quando la prova verta su rapporti giuridici di modesto valore o su pratiche piccolo-negoziali per le quali non si richiede, abitualmente, la presenza di testimoni o la formazione di prove documentali precostituite<sup>(6)</sup>.

È evidente come tale largheggiante impostazione della giurisprudenza mal si concili con la facoltà che il comma 5 dell'art. 8 D.Lgs. n. 2/2010 riconosce al giudice di dedurre argomenti di prova dal comportamento non collaborativo della parte alla mediazione. Sarebbe irragionevole ritenere che il giudice possa desumere da un comportamento omissivo, per di più tenutosi al di fuori del processo, elementi da sé soli bastevoli per formare

---

<sup>(3)</sup> ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Digesto*, XVI, Torino, 1966, 260; LUISO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*, Varese, 2011, 79-80; RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 1056.

<sup>(4)</sup> Come precisato dalla giurisprudenza, l'art. 116 c.p.c. conferisce al giudice di merito il potere discrezionale di trarre elementi di prova dal comportamento processuale delle parti ed il mancato uso di tale potere non è censurabile in sede di legittimità, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione, allorché il giudice abbia deciso di non utilizzare tale argomento sussidiario, avendo egli già acquisito i necessari elementi di prova in base alle risultanze dell'istruttoria (Cass., 5 dicembre 2011, n. 26088, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 12, 1736; Cass., 12 ottobre 2011, n. 20958, in *Guida al diritto*, 2012, 2, 58).

<sup>(5)</sup> Cass., 26 marzo 1997, n. 2700, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 470.

<sup>(6)</sup> Cass., 5 giugno 1991, n. 6344.

il proprio convincimento in senso sfavorevole per la parte che non ha collaborato alla mediazione, fino alla possibilità di dichiararlo soccombente sulla scorta di questo solo supporto (para-) istruttorio. E tale conclusione appare ancor più paradossale, laddove si tenga presente che il primo periodo del comma 5 dell'art. 8, attesa l'assenza di un distinguo normativo sul punto, si applica non solo alla mediazione obbligatoria, ma anche (ancor più arbitrariamente) a quella facoltativa (7).

Ecco che allora, specialmente nel contesto *de quo*, assai più appropriata si rivela la tesi della dottrina che, restrittivamente rispetto alla giurisprudenza, attribuisce alla deduzione dell'argomento di prova una valenza meramente ausiliaria e concorrente con i mezzi di prova *stricto sensu* intenti. In tal modo, gli esiti sfavorevoli che potrebbero ricadere sulla parte che non ha collaborato alla mediazione appariranno mitigati, per un verso, dalla possibilità di addurre un giustificato motivo legittimante l'assenza (di cui *infra*) e, per l'altro verso, dalla necessità che il giudice formi il proprio convincimento all'esito di una valutazione complessiva di ciò che è emerso dall'istruttoria laddove l'argomento di prova, consistente nel non aver ingiustificatamente partecipato alla procedura di mediazione, potrà semplicemente concorrere a rafforzare l'intendimento che il giudice si è formato sulla base delle prove regolarmente dedotte e assunte nel processo (8).

### 3. *La mancata partecipazione e la sanzione pecuniaria.*

La Legge 14 settembre 2011, n. 148 ha introdotto un nuovo periodo al comma 5 dell'art. 8 D.Lgs. n. 28/2010, prevedendo una vera e propria multa quale ulteriore forma di sanzione che, anche in questo caso, consegue all'ingiustificata mancata partecipazione alla procedura di mediazione ma che, diversamente dall'ipotesi precedente, si applica solo alle ipotesi di mediazione disciplinata all'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010 (9). Più precisamente la legge autorizza il giudice a condannare la parte che, sebbene costituitasi nel giudizio (10), non ha però cooperato alla precedente mediazione imposta

---

(7) Sul punto v. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *www.judicium.it*, § 2.

(8) In tal senso, TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 300.

(9) Il generico richiamo all'intera norma dell'art. 5 lascia intendere che la sanzione trovi applicazione non soltanto alle ipotesi di mediazione obbligatoria di cui all'art. 5, comma 1, ma anche a quelle di mediazione concordata e delegata dal giudice.

(10) La legge precisa che la sanzione *de qua* riguarda la sola parte « costituita » nel processo, che non ha partecipato alla mediazione, escludendosi *a contrario* che la parte rimasta contumace anche nel processo possa esserne destinataria. La dottrina ha osservato l'inopportunità di un tale distinguo, posto che — specialmente nel nostro sistema processuale, che accorda un trattamento sostanzialmente favorevole alla contumacia — sarebbe irragionevole penalizzare soltanto la parte che si è mostrata interessata alla lite, ma non alla

dalla legge ed attivata dalla controparte e di tale condotta omissiva quella medesima parte non ha fornito alcuna valida giustificazione.

Tale previsione pone una serie di interrogativi: in primo luogo, occorre capire — data la lacuna normativa — in quale momento del processo il giudice sia tenuto, ricorrendone i presupposti, ad irrogare la multa; in secondo luogo, è opportuno stabilire un coordinamento tra questa sanzione e quella precedentemente esaminata considerato che, per l'una, è prescritta al giudice la « facoltà » di dedurre argomenti di prova e, per l'altra, gli è invece imposto il dovere di irrogare (« condanna ») la multa una volta verificata l'insussistenza del giustificato motivo.

In relazione alla prima questione è opportuno, innanzitutto, dar conto dei recentissimi interventi legislativi che hanno coinvolto la norma *de qua*. Il D.L. 22 dicembre 2011 n. 212 all'art. 12, comma 1, lett. b), aveva apportato una modifica all'art. 8, comma 5, secondo periodo, anteponevovi l'ulteriore previsione che la sanzione in esame dovesse essere disposta dal giudice con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva di cui all'art. 5, comma 1. Tale integrazione aveva creato subito qualche dubbio interpretativo<sup>(11)</sup>, inerente sia alla scelta di comminare la multa con ordinanza non impugnabile, sia alla necessità di farlo entro la prima udienza. Al momento ogni questione risulta sopita in quanto il ricordato art. 12 è stato soppresso dalla Legge 17 febbraio 2012, n. 10 e l'attuale testo del secondo periodo del comma 5 dell'art. 8 è ritornato all'originaria formulazione introdotta dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148 dove mancava alcuna specificazione in merito al tipo di provvedimento e al momento entro il quale emetterlo.

Appropriata pare, quindi, la soluzione che renda possibile irrogare la multa anche con la sentenza finale, in modo che all'esito dell'istruttoria il giudice potrebbe avere più elementi per valutare la sussistenza o meno dell'eventuale giustificato motivo dedotto in giudizio dalla parte che non ha in precedenza collaborato alla mediazione<sup>(12)</sup>.

---

mediazione (così BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione alla mediazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 3). La limitazione della multa alla sola parte costituita — laddove essa realizzi una consapevole scelta legislativa — è probabile che trovi la sua *ratio*, al di fuori del processo e dei principi che lo governano, nella considerazione che la parte intenzionata a risolvere la propria controversia è tenuta ad esperire gli strumenti che la legge le pone a disposizione.

<sup>(11)</sup> Sul punto approfonditamente BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione alla mediazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 3.

<sup>(12)</sup> È comunque altresì prospettabile la possibilità che il giudice eroghi la sanzione anche in corso di causa e in un momento temporalmente antecedente rispetto alla pronuncia del provvedimento che definisce il giudizio, così come ha operato il giudice che ha emesso la citata ordinanza del Trib. Termini Imerese, 9 maggio 2012.

Tale conclusione, tra l'altro, fornisce un argomento spendibile per la soluzione del secondo profilo sopra anticipato, e cioè del coordinamento tra le due sanzioni stabilite dalla legge.

In presenza di una parte che non ha collaborato alla procedura di mediazione, il giudice dovrà sindacare la sussistenza di un giustificato motivo legittimante la mancata partecipazione. È inevitabile che tale accertamento venga condotto dal giudice in sede istruttoria e che le relative risultanze siano fruibili sia per irrogare la multa sia per — eventualmente e se ritenuto opportuno dal giudice — trarne argomenti di prova utili all'accertamento dei fatti di cui è controversia. In altre parole, se il giudice ritiene immotivata l'assenza alla procedura di mediazione, egli è tenuto a condannare la parte al pagamento della multa, commisurata al valore del contributo unificato della causa, ma non è affatto detto che, da tale accertata circostanza, egli ritenga di dover dedurre elementi probatori sfavorevoli alla parte, atteso che questi ultimi — nell'interpretazione di cui *supra*, da noi preferita — semplicemente soccorrono alla formazione del convincimento del giudice il quale potrebbe, per un verso, ritenerli superflui rispetto ad un'istruttoria già completa, per l'altro verso, comunque reputarli inconfidenti in relazione alle prove assunte al processo e nondimeno rivelatesi carenti per la ricostruzione storica dei fatti e, dunque, decidere in applicazione delle generali regole sull'onere della prova.

#### 4. *I motivi giustificanti la mancata collaborazione alla procedura di mediazione.*

Misura salvifica da tali sconvenienti ricadute è la dimostrazione che la mancata collaborazione alla procedura di mediazione sia supportata da un'adeguata scusante — appunto il « giustificato motivo » di cui parla la legge al comma 5 dell'art. 8 del D.Lgs. n. 28/2010 — rispetto al quale è necessario compiere uno sforzo interpretativo, volto a colmare di contenuto una locuzione « in bianco », e dunque bisognevole di empirico riempimento, tratto dalla casistica concreta e dal prudente apprezzamento che il giudice, di volta in volta, vorrà adoperare.

Posto che, con specifico riferimento alla normativa *de qua*, il panorama giurisprudenziale appare ancora piuttosto scarno<sup>(13)</sup>, a livello inter-

---

(13) Sul punto, Trib. Termini Imerese, 9 maggio 2012, la quale ha condivisibilmente ritenuto l'invalidità delle ragioni addotte dalla parte che non aveva aderito alla mediazione, e che aveva per iscritto motivato all'organismo di mediazione che tale scelta trovava la propria giustificazione nell'« acclarata » ed « atavica » litigiosità tra le parti. La sussistenza di una situazione di litigiosità tra le parti non può, infatti, di per se sola giustificare il rifiuto di partecipare al procedimento di mediazione, giacché tale procedimento è precipuamente volto ad attenuare la litigiosità, tentando una composizione della lite basata su categorie concettuali



pretativo è dunque al momento possibile muoversi in due direzioni: l'una, volta a fornire una verosimile esemplificazione che appaia esegeticamente ipotizzabile sulla base dell'ancora immatura normativa di riferimento; l'altra, mirante ad individuare delle ipotesi che, seppur tratte da diversi contesti, appaiano però ragionevolmente compatibili con la fattispecie del comma 5 dell'art. 8 D.Lgs. n. 28/2010.

Seguendo la prima linea ermeneutica, è possibile immaginare, quale legittima scusante, la circostanza che una parte abbia prescelto un organismo di mediazione diverso rispetto a quello concordato precedentemente con l'altra parte in una clausola di mediazione annessa ad una fattispecie contrattuale dalle medesime parti stipulata<sup>(14)</sup>.

Legittimo il rifiuto appare pure nel caso in cui la parte invitata non intenda collaborare ad una procedura di mediazione attivata innanzi ad un organismo dove è prevista l'assistenza obbligatoria dell'avvocato, manifestando invece la propria disponibilità presso un diverso istituto di mediazione il cui regolamento non prevede alcun vincolo in tal senso<sup>(15)</sup>.

Parimenti giustificata si prospetterebbe l'assenza anche qualora, nel successivo giudizio, dovesse essere allegato e dimostrato un vizio afferente al mezzo di comunicazione tale da aver impedito l'effettiva conoscenza dell'avvenuta convocazione alla procedura di mediazione<sup>(16)</sup>.

Costituiranno, poi, impedimento legittimo alla partecipazione alla procedura di mediazione tutte quelle circostanze, di salute, di famiglia o di la-

---

del tutto differenti rispetto a quelle invocate in giudizio e che prescindono dalla attribuzione di torti e di ragioni, mirando al perseguimento di un armonico contemperamento dei contrapposti interessi delle parti. Anche Trib. Palermo, sez. Bagheria, 20 luglio 2012, non ha ritenuto legittima la giustificazione addotta dalla parte convenuta che non è comparsa in mediazione in ragione dell'«età avanzata», atteso che — nel caso di specie — l'età della parte invitata non era tale da impedire la partecipazione presso un Organismo di mediazione, peraltro situato nelle vicinanze del luogo di «residenza».

<sup>(14)</sup> In questo senso v. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, cit., § 3. Si rammenta che le parti, ai sensi del comma 5 dell'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010, prevede la possibilità che il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente possano prevedere una clausola di mediazione; in questa clausola potrà essere altresì concordato l'organismo presso il quale le parti s'impegheranno a rivolgersi in caso di controversia.

<sup>(15)</sup> Si ricorda, infatti, che il D.Lgs. n. 28/2010 non prescrive l'assistenza obbligatoria dell'avvocato alla procedura di mediazione: i regolamenti dei singoli organismi possono, però, introdurre tale specifica previsione, come generalmente avviene presso gli organismi istituiti dagli Ordini degli avvocati.

<sup>(16)</sup> Dal combinato disposto dell'art. 3, comma 3 e dell'art. 8, comma 1, secondo periodo, risulta che, sebbene gli atti della procedura non soggiacciano a formalità precostituite, la domanda di mediazione e la data del primo incontro devono essere comunicate con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, eventualmente anche a cura della parte istante. Potrebbe dunque accadere che, innanzi al giudice, una parte contesti di non aver avuto conoscenza della convocazione, e, pertanto, l'istante, contrariamente, sarà onerato di dimostrarne l'avvenuta acquisizione (così BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, cit., § 3).

voro, che la parte potrà attestare, con la precisazione che esse dovranno rivelarsi idonee a giustificare l'assenza per tutta la durata che la legge prevede per lo svolgimento della procedura di mediazione, e dunque per almeno quattro mesi.

Più dubbio appare invece il caso, prospettato dai primi commentatori della normativa in esame, relativo alla giustificata assenza della parte alla procedura di mediazione in ragione di un'asserita « scomodità » dell'organismo prescelto, in quanto distante dal luogo di residenza della parte invitata. A tale ipotesi sembra, infatti, sopperire il comma 3 dell'art. 16 del D.Lgs. n. 28/2010, dove è prescritto che nel regolamento devono essere previste le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo sicché, laddove quest'ultimo sia dotato di un'idonea strumentazione, la procedura di mediazione potrebbe svolgersi anche tra le parti fisicamente distanti e, dunque, la problematica *de qua* apparirebbe agilmente risolta. In realtà, però, anche questa soluzione potrebbe rivelarsi fallace, poiché una parte, magari (legittimamente) non assistita da un avvocato, potrebbe non possedere, da parte propria, quanto necessario per attivare un collegamento telematico con l'organismo prescelto dalla parte attivante la procedura di mediazione. La questione, quindi, necessiterebbe di una verifica da parte del giudice, volta a comprovare l'effettiva sussistenza, nel caso concreto, della « scomodità » dedotta dalla parte invitata.

Venendo alla seconda prospettiva sopra anticipata, che trae dalla giurisprudenza a disposizione spunti esegetici adattabili con la normativa qui esaminata, è possibile menzionare una serie di pronunce dalle quali traspaia un'indicazione in merito non soltanto alle ipotesi giudicate integranti un « giustificato motivo » dell'assenza, ma altresì alle dinamiche processuali che ad esso si ricollegano.

In tal senso si pone la pronuncia secondo cui la comunicazione fatta dall'unico difensore di essere colpito da malattia, ove non sia accompagnata da idonea certificazione medica, non giustifica il rinvio dell'udienza, mancando in tal caso la prova del legittimo impedimento<sup>(17)</sup>.

In sede di opposizione a sanzione amministrativa, la giurisprudenza ha affermato che, pur potendosi considerare, in linea di principio, che il legittimo impedimento a comparire dell'opponente o del suo procuratore possa essere provato anche dopo l'ordinanza di convalida, occorre tuttavia dimostrare che tale impedimento sia stato improvviso, imprevedibile ed indipendente dalla volontà dell'opponente o del procuratore. Ne consegue che, non potendo ritenersi sufficiente il verificarsi del mero fatto impeditivo, in mancanza della relativa prova in ordine alla sua assolutezza, il giudice non può che convalidare l'ordinanza-ingiunzione<sup>(18)</sup>.

---

(17) Cass., 7 dicembre 2010, n. 24787, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 12, 1576.

(18) Cass., 26 marzo 2010, n. 7297, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3.

Ancora, la Suprema Corte ha ritenuto correttamente motivata la decisione di merito che aveva escluso il legittimo impedimento nel caso di « blocco », posto in essere da alcuni scioperanti, della strada che conduceva agli uffici giudiziari, in quanto la parte non aveva dato dimostrazione che detti uffici non erano risultati altrimenti raggiungibili <sup>(19)</sup>.

Infine, in tema di assenza di una delle parti al tentativo di conciliazione nel procedimento di divorzio, ove non venga provata la sussistenza di un grave motivo che giustifichi l'assenza del convenuto (malattia che impedisca alla parte di recarsi all'udienza, detenzione, emigrazione ecc.), deve considerarsi pienamente legittima la prosecuzione del processo di divorzio e compiutamente valida la pronuncia resa, nonostante il mancato espletamento del tentativo di conciliazione <sup>(20)</sup>.

Sebbene questa giurisprudenza si sia formata in relazione a condotte tenute nel processo, essa individua una casistica dalla quale attingere ipotesi di giustificato motivo senz'altro valevoli anche per la mancata partecipazione alla procedura di mediazione. A ciò aggiungasi l'altro aspetto che se ne ricava, relativo all'onere probatorio richiesto alla parte tenuta a giustificare la condotta omissiva e indispensabile al fine di permettere al giudice di valutare la legittimità della motivazione adottata.

Tale ultima notazione suggerisce l'esame di un'altra rilevante questione, inerente al tempo e al modo in cui la parte dovrà fornire il giustificato motivo della mancata partecipazione alla procedura di mediazione e, dato che la condotta omessa si riferisce ad un ambito stragiudiziale, si pone il problema di capire se la parte debba premurarsi, o meno, di fornirne idonea comunicazione già all'organismo di mediazione innanzi al quale è stato invitato.

Ebbene, è indubitabile che i riflessi ricollegati dalla legge alla mancata partecipazione alla procedura di mediazione assumano rilievo giuridico solo ed esclusivamente nel successivo processo, sede in cui il giudice è tenuto a sindacare la sussistenza, o meno, della giustificazione dell'assenza. Differentemente, la comunicazione del motivo all'organismo può costituire una cautela di cui la parte può ritenere opportuno di premurarsi in vista delle « sanzioni » in cui potrebbe incorrere nel successivo processo, ma non può certo per la medesima costituire un onere da assolvere nella fase stragiudiziale. Anche laddove la giustificazione venga anticipatamente comunicata in sede di mediazione, alcuna valutazione — dotata di rilevanza giuridica — in ordine alla sua bontà, veridicità o plausibilità potrebbe essere svolta dal mediatore o dall'organismo. Più precisamente, il mediatore, di fronte alla mancata partecipazione (benché comunicata e giustificata) della parte invitata non avrà altro potere, se non quello di concludere la proce-

---

<sup>(19)</sup> Cass., 15 novembre 1999, n. 12628, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2249.

<sup>(20)</sup> Cass., 7 novembre 1981, n. 5874, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2837.

dura di mediazione <sup>(21)</sup> con un verbale di mancato accordo all'interno del quale, ai sensi dell'art. 11, comma 4, D.Lgs. n. 28/2010, dovrà dar conto della mancata partecipazione della parte.

La legge non specifica che il mediatore debba indicare nel verbale la giustificazione dell'assenza laddove essa venga comunicata; nondimeno, i regolamenti potrebbero prevedere un'indicazione in tal senso ovvero, in mancanza potrebbe essere la parte presente a richiederlo e non pare che alcunché osti a tale specificazione da parte del mediatore, posto che rispetto alla comunicazione delle ragioni dell'assenza della parte che non ha aderito alla procedura alcun vincolo di riservatezza sarebbe prospettabile <sup>(22)</sup>.

Nondimeno, al di là di tali ultimi accorgimenti, la partita verrà giocata in sede processuale, dove il giudice di merito valuterà la sussistenza o meno del legittimo impedimento della parte a non collaborare alla mediazione, conducendo un giudizio che terrà conto di quanto dedotto dalle parti e che, poiché vertente sui fatti, non sarà censurabile in sede di legittimità <sup>(23)</sup>.

##### 5. *La proposta del mediatore in caso di mancata partecipazione di una delle parti.*

Al fine di incoraggiare il più possibile la composizione stragiudiziale della lite, la legge prescrive all'art. 11, comma 1, secondo periodo, D.Lgs.

---

<sup>(21)</sup> Ricordiamo che il D.M. 6 luglio 2011 n. 145 ha aggiunto all'art. 7, comma 5, la lettera *d*), prevedendo che, nei casi di mediazione obbligatoria, il mediatore debba svolgere l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, e la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di mancata partecipazione della medesima parte chiamata e mancato accordo, formato dal mediatore ai sensi dell'art. 11, comma 4, D.Lgs. n. 28/2010. Rammentiamo, altresì, che tale disposizione è il frutto dei chiarimenti interpretativi forniti dal Ministero della Giustizia con la Circolare 4 aprile 2011 (e ribaditi anche in seguito con la Circolare 20 dicembre 2011), laddove si legge che la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, il quale « 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 ».

<sup>(22)</sup> L'art. 9 D.Lgs. n. 28/2010 recita che chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. La (eventuale) comunicazione della volontà di non aderire e della relativa motivazione, da parte di chi è stato invitato alla mediazione è un'informazione che non entra a far parte del procedimento di mediazione, e ciò — per l'appunto — in ragione della mancata adesione della stessa parte che ha reso tale comunicazione.

<sup>(23)</sup> In tal senso, seppur in relazione al legittimo impedimento alla partecipazione all'udienza: Cass., 15 marzo 2004, n. 5237, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3; Cass., 15 novembre 1999, n. 12628, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2249.

n. 28/2010, unitamente all'art. 7, comma 1, lett. b), D.M. n. 180/2010, l'ulteriore eventualità che il mediatore — qualora l'organismo di appartenenza lo preveda — possa formulare una proposta di accordo anche in mancanza di una o più parti alla procedura di mediazione. Trattandosi di una mera facoltà, è auspicabile che il mediatore ne faccia un uso scrupoloso e limitato ai casi in cui egli abbia elementi davvero sufficienti per poter sottoporre alle parti un modello di accordo verosimilmente rispondente alle loro esigenze.

Solo un impiego oculato di tale facoltà eventualmente attribuita al mediatore potrà sopire le diffidenze da più parti nutrite verso questo possibile epilogo della procedura di mediazione, essenzialmente in ragione del fatto che le deteriori ricadute, ricollegate alla mancata accettazione della proposta *de qua*, trovano officiosa attuazione nel giudizio al di là di qualsivoglia giustificazione (24).

E, infatti, l'art. 13 D.Lgs. n. 28/2010 prescrive che quando il contenuto della sentenza che definisce il giudizio coincide interamente con quello della proposta, il giudice « esclude » la ripetizione delle spese, relative al giudizio e alla mediazione, sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.

Ferme restando le regole degli artt. 92 e 96 c.p.c., la deroga al principio della soccombenza risulta, pertanto, automaticamente applicabile dal giudice laddove egli riscontri positivamente il suddetto confronto ed indipendente dalle ragioni che hanno indotto le parti a non accettare la propo-

---

(24) Frequentemente i regolamenti di mediazione escludono la formulazione della proposta in contumacia di una delle parti. In tal senso si è espresso il Consiglio Nazionale Forense (CNF) nel modello di regolamento proposto per gli organismi di mediazione istituiti presso gli ordini degli avvocati, per i quali si è scelto di circoscrivere la predisposizione della proposta alla previa richiesta congiunta delle parti e ad una discrezionale valutazione del mediatore che potrà procedervi soltanto ove ravvisi elementi sufficienti in tal senso, con le uniche eccezioni nei casi di liti in materia di responsabilità da circolazione di veicoli e natanti e di responsabilità medica. In tali categorie di controversie — espone nella premessa il CNF — « attesa la maggior difficoltà di individuare una soluzione fondata sulla soddisfazione degli interessi delle parti, e l'esigenza di stimolare la partecipazione del presunto danneggiante al procedimento si è ritenuto opportuno consentire la formulazione della proposta anche in presenza della domanda di una sola parte e di mancata adesione al procedimento ». Più radicale la soluzione adottata dall'Associazione Nazionale tra le Imprese Assicuratrici (ANIA) la quale, nelle « Linee guida per la gestione della mediazione a fini conciliativi in materia assicurativa » a cui potranno aderire sia gli organismi di mediazione sia le compagnie assicurative, ha radicalmente escluso che la proposta possa essere formulata in caso di mancata partecipazione di una delle parti al procedimento, prescrivendo in tal caso che il mediatore rediga processo verbale un cui dà atto della mancata partecipazione di una delle parti e indica le eventuali motivazioni (§ 6).

sta del mediatore. La parte contumace in mediazione, quindi, potrebbe vedersi recapitata da parte dell'organismo una proposta scritta rispetto alla quale, ai sensi del comma 2 dell'art. 11 D.Lgs. n. 28/2010, essa dovrà comunicare entro sette giorni l'accettazione o il rifiuto; l'eventuale silenzio è espressamente qualificato dalla legge come dissenso.

Più attenuate conseguenze sono invece disposte quando la corrispondenza tra i contenuti della sentenza e della proposta risulti meramente parziale: in tal caso, il giudice « può » escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto *ex* art. 8, comma 4, D.Lgs. n. 28/2010. A differenza della precedente ipotesi, la comminazione della condanna alle spese sarà discrezionalmente valutata dal giudice solo ricorrendo gravi ed eccezionali ragioni, che dovranno costituire oggetto di apposita argomentazione nella motivazione della sentenza.

In entrambi i casi, le conseguenze prospettate troveranno applicazione indipendentemente dalle motivazioni spiegate dalla parte che ha espresso il proprio rifiuto, giacché il D.Lgs. n. 28/2010 non subordina la condanna alle spese della parte vittoriosa all'assenza di valide motivazione che ne supportino la ragionevolezza.

Sul punto val la pena di evidenziare la peculiarità di questa scelta, che appare in distonia sia con l'antesignana normativa in materia di conciliazione delle controversie societarie di cui all'oggi abrogato D.Lgs. 17 gennaio 2003 sia con la regole processuali in materia di condanna alle spese di cui all'art. 91 c.p.c., così come modificato dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69.

Anche l'art. 40 D.Lgs. n. 5/2003 disciplinava la possibilità che il mediatore, qualora le parti non avessero raggiunto l'accordo, potesse concludere la procedura di mediazione con una proposta, ma solo ed esclusivamente previa concorde richiesta delle parti. Il mediatore, inoltre, era tenuto a dare atto nel verbale delle reciproche posizioni delle parti rispetto alla proposta, ovvero delle condizioni alle quali ciascuna si fosse dimostrata disposta a conciliare. Il giudice del successivo processo avrebbe potuto trarre le proprie opportune deduzioni ai fini della decisione sulle spese sia dalla mancata comparizione di una delle parti in mediazione, sia dalle posizioni assunte innanzi al conciliatore e, anche in forza di questa normativa, il giudice, valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui, « poteva » escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che avesse rifiutata la conciliazione, e « poteva » anche condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente. Il dettato normativo appariva assai più cauto di quello odierno, rimettendo al giudice ogni più opportuna valutazione sulla condotta extra processuale tenuta dalle parti, in ordine sia alla mancata partecipazione sia al rifiuto della proposta, contrariamente all'odierna soluzione che, con sterile automati-

smo, opera una dispensa al principio della soccombenza in forza di un meccanico e officioso confronto operato in contesti, per di più, tra loro molto distanti. Si consideri, altresì, che nella conciliazione societaria il mediatore era tenuto a formalizzare nel verbale di mancata conciliazione, oltre alla proposta, anche le dichiarazioni che le parti ne avevano svolto a corredo, sì da poter sottoporre al giudice un documento esaustivo sul quale fondare la decisione sulle spese. Differentemente, l'odierna regolamentazione della mediazione non prevede la verbalizzazione delle posizioni che le parti assumono rispetto alla proposta eventualmente espressa dal mediatore, con la conseguenza che il giudice avrà a disposizione un esiguo materiale sul quale erigere il proprio convincimento ai fini e per gli effetti del disposto dell'art. 13 D.Lgs. n. 28/2010.

Parimenti discordante rispetto alla disciplina *de qua* risulta altresì la soluzione di cui al comma 1 dell'art. 91 c.p.c., a tenore del quale il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, operandosi, anche in tal caso, una scelta volta a valorizzare il sindacato del giudice che deve sondare, qualora vi siano, le motivazioni che hanno indotto una parte a rifiutare il componimento amichevole della lite.

Diversamente, l'attuale disciplina della mediazione amministrata ai sensi del D.Lgs. n. 28/2010 impone al giudice di applicare la regola della causalità nella condanna alle spese processuali della parte che ha dato causa ad un processo rivelatosi in concreto inutile in quanto pervenuto ad una soluzione di fatto coincidente con quella proposta dal mediatore, omettendo qualsivoglia sindacato sulla scelta tenuta dalla parte e considerando il rifiuto — sia tacito che espresso — *in re ipsa* ingiustificato.

#### 6. *L'ampiezza dell'obbligo di collaborazione alla procedura di mediazione.*

Dalla disamina condotta traspare il chiaro intento legislativo di istituire una sorta di obbligo giuridico alla partecipazione alla procedura di mediazione in tutti i casi in cui una parte vi faccia ricorso, e dunque non soltanto quando il tentativo di conciliazione è imposto (dalla legge, o dalle parti) quale preliminare adempimento al giudizio, ma anche quando esso è scelto dalla parte quale alternativa, meramente volontaria, al processo giacché, anche in tal caso, il disinteresse verso la procedura costituisce aspetto negativamente valutabile dal giudice a titolo di argomento di prova.

La legge, tuttavia, non qualifica l'ampiezza della condotta attiva ri-

chiesta alle parti in mediazione esigendo, talvolta, l'« adesione » e, tal'altra, la « partecipazione » della parte alla procedura <sup>(25)</sup>.

Se con il termine « adesione » il legislatore sembra alludere ad una preventiva <sup>(26)</sup> e specifica manifestazione di volontà positiva di prender parte alla procedura di mediazione, da cui sorge altresì il diritto all'indennità del mediatore ai sensi dell'art. 16, comma 10, D.M. n. 180/2010, meno chiaro è il concetto di « partecipazione », che differentemente pare evocare un contegno di generica collaborazione alla procedura.

Posto che, anche in questo caso, l'indeterminata formulazione della norma sarà oggetto dell'opportuna tipizzazione della giurisprudenza, in attesa di pronunce sul punto è possibile tentare una ricostruzione esegetica sulla base della normativa a disposizione muovendo *in primis* dalla *ratio* dell'odierna legislazione in tema di mediazione e dalla valorizzazione dei riflessi che quest'ultima instaura con il processo.

È ampiamente noto come l'opprimente esigenza deflattiva del contenzioso giudiziale abbia dato origine ad una normativa volta a favorire il raggiungimento di accordi stragiudiziali maturati all'esito della mediazione amministrata; ed appare conseguentemente evidente come tale fine non possa prescindere da una fattiva collaborazione delle parti alla procedura stessa, sicché la principale necessità che si è posta è stata quella di incentivare, coartandola nei modi sopra ricordati, la presenza delle parti in mediazione. Nondimeno tali imposizioni incontrano il limite di un istituto che è suscettibile di positiva conclusione solo ed esclusivamente per volontà delle parti le quali, seppur in taluni casi obbligate dalla legge ad avviare la procedura di mediazione prima di ricorrere al giudice, possono pur tuttavia legittimamente rifiutare di pervenire ad un accordo sulla lite che le vede coinvolte. Ma, al di là del risultato, all'ordinamento interessa che esse abbiano condotto un tentativo serio e consapevole.

E proprio in tale conclusione s'innesta la necessità di definire il concetto di « partecipazione » alla procedura.

È possibile immaginare una serie di situazioni che riguardano la condotta tenuta sia dalla parte invitata in mediazione, sia dalla parte che l'ha attivata.

a) La prima ipotesi è quella che la parte chiamata non aderisca (espressamente o tacitamente) alla procedura di mediazione: nel qual caso, ma solo se trattasi di una controversia a mediazione obbligatoria *ex* comma 1 dell'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010, il mediatore dovrà ugualmente tenere l'incontro con la parte attivante così come previsto al comma 5, lett. d), art. 7

---

<sup>(25)</sup> Sul distinguo terminologico v. CAPONI, *Adesione e partecipazione alla mediazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>(26)</sup> Generalmente i regolamenti prevedono che la parte invitata alla procedura di mediazione debba render nota la propria adesione alla procedura entro un *tot* di giorni prima dell'incontro iniziale.



D.M. n. 180/2010 e chiudere la procedura o con un verbale di mancata conciliazione specificandovi l'assenza della parte invitata ovvero, se il regolamento lo prevede e se il mediatore lo riterrà opportuno, formando processo verbale con l'indicazione della proposta. Per quanto concerne le spese di mediazione, il difetto di adesione della parte invitata ne comporrà, per un verso, la mancata maturazione a carico di quest'ultima e, per l'altro verso, una significativa riduzione delle spese per la parte attivante, così come previsto dal comma 4, lett. e), art. 16 D.M. n. 180/2010<sup>(27)</sup>. L'omessa giustificazione dell'assenza si rifletterà nel successivo processo nei modi esaminati, esponendo quella parte alla multa, laddove si costituisca nel giudizio, ovvero allo sfavore con il quale il giudice potrà valutare il suo comportamento inerte deducendo da esso argomenti di prova ai fini della formazione del proprio convincimento.

b) La seconda ipotesi contempla il caso che la parte invitata, pur aderendo alla mediazione nei modi e nei termini prescritti dal regolamento dell'organismo, non si presenti, però, né al primo incontro, né ai successivi.

Le conseguenze che scaturiscono da tale situazione si confermano analoghe a quelle contemplate *sub a)*, con l'unica eccezione del perfezionamento del diritto all'indennità discendente all'avvenuta adesione (cfr. art. 16, comma 11, D.M. n. 180/2010), ma con la conferma della riduzione di cui al comma 4, lett. e), art. 16 D.M. n. 180/2010, derivante dalla mancata « partecipazione » della parte che ha aderito alla procedura, ma che non si è presentata all'incontro.

È opportuno evidenziare che in tal caso, e differentemente da quello precedente, la condotta tenuta dalla parte (la quale, prima, aderisce ma, poi, non partecipa) assume connotati peculiari e passibile di un'opportuna e differenziata valutazione da parte del giudice, atteso che un conto è *tout court* non aderire seppur ingiustificatamente alla procedura, un altro è aderirvi e poi, in modo parimenti immotivato, non presentarsi all'incontro.

Quest'esemplificazione suggerisce anche un'altra considerazione in chiave problematica, dettata dalla prospettabilità, o meno, di una sorta di responsabilità precontrattuale della parte che, accettando la procedura di mediazione, abbia creato nella controparte un'aspettativa, vanificatasi poi con l'arbitraria assenza alla procedura. L'art. 1337 c.c., nel disciplinare la responsabilità precontrattuale, testualmente statuisce che « le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede ». L'applicazione di tale norma alla fattispecie negoziale a formazione progressiva della mediazione sfociante nell'accordo dipenderà da una serie di fattori: in primo luogo, dal ritenere parificabile la procedura mediativa ad una fase di svolgimento di trattative e

---

<sup>(27)</sup> Riduzione che, a seguito della modifica apportata dal D.M. 6 luglio 2011, n. 145, prevede una spesa fissa di € 40,00 per il primo scaglione, e di € 50,00 per i successivi.

l'accordo finale, che sovente presenta i caratteri di una vera e propria transazione, ad un contratto; in secondo luogo, e risolto positivamente il primo, dalla dimostrazione della parte interessata del danno che le sarebbe conseguito in seguito al comportamento contrario a buona fede tenuto dalla parte aderente ma non partecipante al procedimento. Sotto quest'ultimo aspetto, si rammenti la giurisprudenza formatasi sull'art. 1337 c.c., ad avviso della quale, perché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale, è necessario che tra le parti siano in corso trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto<sup>(28)</sup>. In tema di onere della prova, poi, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte (in un contesto connotato dall'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto), grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma<sup>(29)</sup>.

È evidente come l'applicazione di tali principi alla fattispecie da cui siamo partiti si riveli di estrema complessità, in quanto il comportamento della parte che ha aderito alla mediazione, ma che poi non vi ha partecipato, difficilmente, attesa la fase ancora embrionale cui è pervenuta la trattativa (che, di fatto, non è neppure cominciata), potrà aver ingenerato nell'altra parte un ragionevole affidamento sulla possibilità di concludere positivamente (cioè con un accordo) il procedimento conciliativo. Parimenti arduo appare, poi, l'assolvimento dell'onere probatorio richiesto che, nel caso concreto, dovrebbe riguardare la dimostrazione del danno conseguito dal non aver svolto la mediazione, verosimilmente consistente nell'aver dovuto affrontare un processo (e le conseguenti spese), che poteva essere evitato con il raggiungimento di un accordo stragiudiziale della cui concreta fattibilità la parte dovrà fornire una prova che, con elevate probabilità, non potrà che rivelarsi diabolica.

c) La parte chiamata in mediazione aderisce e partecipa al primo incontro, ma non più alle successive sedute.

Le ricadute di tale contegno della parte si discostano significativamente da quelle contemplate nelle due precedenti ipotesi. Innanzitutto, non può ivi configurarsi una situazione di « mancata partecipazione » visto che

---

<sup>(28)</sup> Cass., 29 marzo 2007, n. 7768, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 3.

<sup>(29)</sup> Cass., Sez. III, 5 agosto 2004, n. 15040.

la parte, fino ad un certo punto, ha dato un proprio contributo allo svolgimento della mediazione; secondariamente, e conseguentemente, l'abbandono del tavolo di conciliazione non implica alcun obbligo giustificativo per la parte che non ritiene più opportuno proseguire la trattativa; infine, il mediatore non potrà far altro che chiudere la procedura di mediazione con un verbale di mancato accordo in cui non dovrà annotare alcunché in merito all'allontanamento *in itinere* dalla procedura. Le spese della mediazione seguiranno le regole dell'art. 16 D.M. n. 180/2010, applicandosi il principio della solidarietà tra le parti, ma non la riduzione prevista al comma 4, lett. e), art. 16 D.M. n. 180/2010 (che richiede, appunto, la mancata partecipazione, che, in questo caso, però vi è stata, seppur parzialmente).

La qualificazione della condotta *de qua* esige il recupero dei principi in generale connotanti la procedura stragiudiziale di mediazione la quale, come *supra* ricordato, confluirà nell'accordo solo se le parti lo vorranno. Il dissenso della parte al componimento della lite oltre che espresso, potrà essere frutto anche di un comportamento concludente, e dunque incompatibile con la volontà di pervenire ad un accordo, esattamente come avviene qualora essa decida di abbandonare in un certo momento la mediazione, non presentandosi ad un incontro.

Alcun spiraglio applicativo di una presunta responsabilità precontrattuale sarebbe poi prospettabile nell'ipotesi *de qua*, poiché la modalità di conduzione della procedura soggiace al rigoroso vincolo della riservatezza e dell'inutilizzabilità di quando ivi emerso nella sede processuale, così come chiaramente prescritto agli artt. 9 e 10 D.Lgs. n. 28/2010. In linea astratta, è dunque possibile paventare il rischio di una condotta contraria a buona fede, tenuta dalla parte che ha collaborato alla procedura, perfino giungendo ad uno stadio avanzato della trattativa, e dunque ingenerando una verosimile aspettativa della controparte al raggiungimento dell'accordo. Rischio che, confrontato con la garanzia di una procedura coperta da segretezza, negli intendimenti del legislatore europeo — che ne richiedeva l'attuazione agli stati membri già nella Direttiva 2008/52/CE<sup>(30)</sup> — appare evidentemente deteriore rispetto all'incentivo all'accordo che dovrebbe discendere dalla severa realizzazione di tale garanzia.

d) Sebbene più inverosimilmente immaginabile, un cenno può essere in conclusione dedicato anche all'evenienza che la mancata partecipazione sia addebitabile alla parte che ha attivato la procedura di mediazione, la quale potrebbe presentare la domanda, ma poi non presentarsi al primo in-

---

<sup>(30)</sup> Il Considerando 23 della Direttiva 2008/52/CE puntualizza che « la riservatezza nei procedimenti di mediazione è importante e quindi la presente direttiva dovrebbe prevedere un grado minimo di compatibilità delle norme di procedura civile relative alla maniera di proteggere la riservatezza della mediazione in un successivo procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale ».

contro, ovvero la quale dopo aver partecipato al primo incontro potrebbe ritenere di non collaborare oltre. Non pare che, in tali casi, si debba pervenire a conclusioni differenti rispetto a quanto argomentato, rispettivamente, *sub b*) e *sub c*)<sup>(31)</sup>, con l'unica precisazione che, nel caso *sub b*), sarebbe opportuno che il giudice attribuisse una valenza ancor più severamente negativa nella deduzione degli argomenti di prova al contegno di chi ha attivato la procedura, ma poi non ne ha ingiustificatamente coltivato lo svolgimento.

## 7. Conclusioni.

Dalle riflessioni svolte, la problematica delle defezioni in mediazione costituisce tematica d'interesse non soltanto per prospettare soluzioni idonee al funzionamento della procedura a fronte di una realtà dove lo strumento conciliativo stenta ad affermarsi, tanto da registrarsi un considerevole tasso di mancate adesioni e di mancate partecipazioni, ma altresì per studiarne i rilevanti effetti processuali.

Le ricadute giudiziali sulle quali ci siamo soffermati evidenziano un farraginoso dialogo tra i due ambiti, stragiudiziale e processuale, collegati dalla preliminarità del primo rispetto al secondo, ma ontologicamente distanti quanto a *ratio* e fondamenti, come confermato dal differente trattamento che, come ricordavamo all'inizio, la legge riserva alla mancata partecipazione della parte in mediazione rispetto alla contumacia della parte nel processo, in quanto se la prima situazione è regolata in funzione dell'ottimizzazione e della fruttuosità dello strumento conciliativo, la seconda risponde a logiche tipicamente processuali volte a garantire e sollecitare l'espletamento del diritto di difesa della parte rimasta contumace.

A fronte di tali considerazioni, la valutazione della condotta della parte in mediazione rappresenta, pertanto, un nuovo aspetto che il giudice è chiamato a sindacare, con esiti giurisprudenziali che costituiranno un auspicabile e prezioso strumento interpretativo per una normativa di ancora molto recente vigenza.

---

<sup>(31)</sup> L'ipotesi *sub 1*) non è infatti adattabile alla parte attivante la mediazione, atteso che essa « aderisce » alla mediazione nel momento in cui deposita la relativa domanda all'organismo.