

TEMI GIURISPRUDENZIALI SULLA MEDIAZIONE

Questo dossier non ha la pretesa della completezza né rappresenta un repertorio esaustivo della giurisprudenza sulla mediazione introdotta dal d.lgs 28/2010.

È un esame, sommario e parziale, di alcuni temi emersi nell'applicazione dell'istituto, mediante la motivazione od i dispositivi di provvedimenti giurisdizionali.

Sommario / collegamenti ipertestuali:

- 1 Ratio dell'istituto;
- 2 Sul primo incontro;
- 3 Partecipazione delle parti al primo incontro;
- 4 Mediazione e consulenza tecnica;
- 5 Opposizione a decreto ingiuntivo – parte onerata;
 - 5.1 Prima interpretazione: l'onere incombe sull'opposto in quanto attore in senso sostanziale
 - 5.2 Seconda interpretazione: l'onere incombe sull'opponente.
 - 5.3 L'interpretazione della Corte di Cassazione: l'onere incombe sull'opponente.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28. Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali

Art. 5 Condizione di procedibilità e rapporti con il processo (8) (11)¹

1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa

¹ Articoli di legge e relative note estratti da www.pluris.it in data 8 gennaio 2016

la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni. (12) (13)

1-bis. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni. (14)

2. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. (9)

2-bis. Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo. (15)

3. Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

4. I commi 1-bis e 2 non si applicano:

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;

b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;

c) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile;

d) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;

e) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;

f) nei procedimenti in camera di consiglio;

g) nell'azione civile esercitata nel processo penale. (16)

5. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto. (10)

6. Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo.

Note:

(8) Il presente articolo era stato modificato dall'art. 12, comma 1, lett. a), D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, che aveva aggiunto il comma 6-bis; successivamente tale modifica non è stata confermata dalla legge di conversione (L. 17 febbraio 2012, n. 10).

(9) Comma così sostituito dall' art. 84, comma 1, lett. c), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell' art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

(10) Comma così sostituito dall' art. 84, comma 1, lett. e), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell' art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

(11) La Corte costituzionale, con sentenza 24 ottobre 2012 - 06 dicembre 2012, n. 272 (Gazz. Uff. 12 dicembre 2012, n. 49, 1^a Serie speciale), ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del D. Lvo 4 marzo 2010, n. 28 e dell'art. 16 del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, come modificato dal D.M. 6 luglio 2011, n. 145, «da soli ed anche in combinato disposto», sollevata in riferimento agli articoli 3, 24 e 111 Cost..

(12) La Corte costituzionale, con sentenza 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272 (Gazz. Uff. 12 dicembre 2012, n. 49 - Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale del presente comma.

(13) Il presente comma era stato sostituito dall' art. 84, comma 1, lett. b), D.L. 21 giugno 2013, n. 69; successivamente, tale modifica non è stata confermata dalla legge di conversione (L. 9 agosto 2013, n. 98).

(14) Comma inserito dall' art. 84, comma 1, lett. b), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell' art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013. Successivamente, il presente comma è stato così modificato dall'art. 1-bis, comma 2, D.Lgs. 6 agosto 2015, n. 130.

(15) Comma inserito dall' art. 84, comma 1, lett. c-bis), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell'art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

(16) Comma così sostituito dall' art. 84, comma 1, lett. d), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell' art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

Art. 8 Procedimento

1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari. (20)

2. Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo.

3. Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia.

4. Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

4-bis. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. 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 il giudizio. (21)

5. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. 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 il giudizio. (22) (23) (24)

(20) Comma così modificato dall' art. 84, comma 1, lett. h), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell' art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

(21) Comma inserito dall' art. 84, comma 1, lett. i), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell' art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

(22) Comma così modificato dall'art. 2, comma 35-sexies, D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 settembre 2011, n. 148. Successivamente il presente comma era stato modificato dall'art. 12, comma 1, lett. b), D.L. 22 dicembre 2011, n. 212; tale modifica non è stata confermata dalla legge di conversione (L. 17 febbraio 2012, n. 10).

(23) La Corte costituzionale, con sentenza 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272 (Gazz. Uff. 12 dicembre 2012, n. 49 - Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010 e in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27, L. 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale del presente comma.

(24) La Corte costituzionale, con ordinanza 17 - 21 giugno 2013, n. 156 (Gazz. Uff. 26 giugno 2012, n. 26, 1^a Serie speciale), ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli articoli 5, comma 1, 8, comma 5, 13 e 16 sollevate, in riferimento agli articoli 3, 11, 24, 76, 77 e 111 della Costituzione, in riferimento agli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848), nonché in riferimento agli articoli 47, 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

1. RATIO DELL'ISTITUTO

Cassazione Civile Sezione III – Rel. Dott.ssa Vivaldi – sentenza 3 dicembre 2015 n. 24629:

“La disposizione di cui all’art. 5 d.lgs n. 28 del 2010, di non facile lettura, deve essere interpretata conformemente alla sua ratio.

*La norma è stata costruita **in funzione deflattiva** e, pertanto, va interpretata alla luce del principio costituzionale del ragionevole processo e dunque, dell’efficienza processuale.*

*In questa prospettiva la norma, attraverso il meccanismo della mediazione obbligatoria, mira – per così dire – **a rendere il processo la extrema ratio**: cioè l’ultima possibilità dopo che le altre possibilità sono risultate precluse”.*

Corte Costituzionale - sentenza 6 dicembre 2012 n. 272:

“Infine, quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell’esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a conseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l’accesso alla giustizia”

2. SUL PRIMO INCONTRO (ART. 5 COMMA 2-BIS)

Parte della giurisprudenza di merito ha prospettato una interpretazione che consentirebbe al mediatore ed al giudice di valutare l’effettività del primo incontro.

Tribunale di Firenze – Dr Scionti – sentenza 15 ottobre 2015 n. 3497:

“L’effettivo esperimento del procedimento di mediazione non è rimesso alla mera discrezionalità delle parti, con libertà di queste, una volta depositata la domanda di avvio della procedura e fissato il primo incontro dinnanzi al mediatore, di manifestare il proprio disinteresse nel procedere al tentativo, ma costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L’art. 8 del succitato d.lgs 28/2010 nel prevedere che il mediatore, durante il primo incontro, debba invitare le parti e i loro avvocati “ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione”, deve difatti essere interpretato nel senso di attribuire al mediatore il compito di verificare l’eventuale sussistenza di concreti impedimenti all’effettivo esperimento della procedura e non già quello di accertare la volontà delle parti in ordine alla opportunità di dare inizio alla stessa.

Se così non fosse non si tratterebbe, nella sostanza, di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa al mero arbitrio delle parte con sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflattiva. Ciò ribadito, nel caso di specie non può dirsi realmente svolto il tentativo di mediazione.

... le parti presenti al primo incontro davanti al mediatore si sono limitate a manifestare la loro intenzione di non dare seguito alla procedura obbligatoria, senza fornire ulteriore e più specifica indicazione degli impedimenti all'effettivo svolgersi del procedimento e rendendo, di fatto, necessaria l'applicazione della sanzione comminata dall'art. 5/1bis del d.lgs 28/2010. A nulla vale la circostanza che siano state ambedue le parti ad impedire l'effettivo tentativo di mediazione con la loro concorde – ingiustificata – volontà di sottrarsi ad esso, ciò comportando piuttosto che ciascuna di esse sarà sottoposta alla sanzione indicata dalla legge, vale a dire alla dichiarazione di improcedibilità della rispettiva domanda proposta”.

Tribunale di Monza – Dott. De Giorgio – ordinanza 14.7.2015:

“letto ed applicato l'art. 5, comma 2, D.Lgs. 4 marzo 2010 n.28, dispone l'esperimento della mediazione ed assegna termine alle parti di quindici giorni per depositare la relativa domanda dinanzi a un organismo scelto dalle stesse, avuto riguardo ai criteri di cui all'art. 4, comma 1, del D.Lgs. 28/2010, salva la facoltà per le parti di scegliere concordemente un organismo avente sede in luogo diverso da quello indicato nell'art. 4 citato;

precisa che le parti dovranno essere presenti dinanzi la mediatore personalmente e con l'assistenza legale di un avvocato iscritto all'Albo;

precisa altresì che per “mediazione disposta dal giudice” si intende che il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e che le parti –anziché limitarsi al formale primo incontro adempiano effettivamente all'ordine del Giudice, partecipando alla conseguente procedura di mediazione”

Tale interpretazione si pone in netto e inconciliabile contrasto con la sentenza del Consiglio di Stato sull'appello incidentale proposto dall'Unione Nazionale della Camere Civili (patrocinata dagli Avv.ti De Notaristefani de Vastogirardi e Storace).

L'U.N.C.C. aveva reiterato la questione di legittimità costituzionale relativa al comma 2 dell'art. 5 del d.lgs n. 28 del 2010 *“il quale, in un contesto nuovamente connotato dall'obbligatorietà del previo ricorso alla mediazione e dalla sua strutturazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale in determinate materie..., consente al giudice, anche in sede di appello, di imporre alle parti l'esperimento della procedura di mediazione”*. Tra l'altro, l'eccezione era stata prospettata con riferimento all'interpretazione giurisprudenziale sopra ricordata ovvero sul *“presupposto che la previsione di cui al ricordato comma 2 dell'art. 5 obblighi l'interessato, a seguito dell'ordinanza del giudice che impone la mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione, non già a limitarsi al primo incontro, ma ad esperire la vera e propria procedura di mediazione”*.

Il Consiglio di Stato rilevava la necessità di un prioritario esame dell'appello incidentale, *“atteso:*

a) che la sua ipotetica fondatezza comporterebbe la possibile incostituzionalità delle stesse norme primarie a monte della censurata disciplina regolamentare;

b) che siffatta questione, ove ritenuta non manifestazione infondata, imporrebbe la rimessione alla Corte costituzionale anche d'ufficio”

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'obbligatorietà della mediazione e non del solo primo incontro “**appare in frontale contrasto col dettato normativo.**

Infatti, al di là di quanto appresso meglio si dirà in ordine all'essere il primo incontro parte integrante del procedimento di mediazione e non qualcosa di estraneo ad esso, rileva il chiaro tenore testuale del comma 2-bis del medesimo art. 5, il quale, con previsione certamente applicabile anche alla fattispecie regolata dal precedente comma 2 dispone “... Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo”.

“In altri termini, posto che il primo incontro non costituisce un passaggio esterno e preliminare della procedura di mediazione, ma ne è invece parte integrante alla stregua del chiaro tenore testuale dell'art. 8 del d.lgs n. 28 del 2010, e dal momento che tale fase il legislatore ha inteso configurare come obbligatoria per chiunque intenda adire la giustizia in determinate materie, indipendentemente dalla scelta successiva se avvalersi o meno della mediazione (al punto da qualificare l'esperimento del detto incontro come condizione di procedibilità dell'azione), ne discende la coerenza e ragionevolezza della scelta di scaricare i relativi costi non sulla collettività generale, ma sull'utenza che effettivamente si avvarrà di detto servizio”

Già il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (sentenza n. 1351/2015) aveva “escluso che la nuova disciplina introdotta nel 2013, pur stabilendo nei termini visti l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione, comportasse una significativa incisione del diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., essendo essa circondata da cautele idonee a prevenire un serio pregiudizio di tale diritto: in tal senso andrebbero le previsioni dell'assistenza obbligatoria del difensore, della specializzazione dei mediatori e, soprattutto, della circoscrizione dell'obbligatorietà al solo primo incontro di cui al comma 1 dell'art. 8 del d.lgs 28 n. 2010, all'esito del quale l'interessato può decidere di non proseguire nella procedura di mediazione”

(così Consiglio di Stato – Quarta Sezione – sentenza 17 novembre 2015 n. 5230).

Pare coerente con la successiva pronuncia del Consiglio di Stato, l'ordinanza del **Tribunale di Taranto del 16 aprile 2015 – Dr. Casarano** che, con la seguente motivazione:

“per quel che concerne la disciplina della mediazione, quando sia disposta dal giudice, e cioè quando si atteggia come condizione di procedibilità, e non vi sia quindi possibilità di rinnovarla in caso di inerzia, dovendosi dichiarare l'improcedibilità della domanda, un'interpretazione giurisprudenziale tende a far sì che il suo esperimento sia effettivo, e non si esaurisca alla fin fine in una forma di rallentamento ulteriore del processo.

Questo risultato viene perseguito affermandosi che l'obbligo di esperire la mediazione gravi su entrambe le parti.

Occorre però intendersi sulla portata applicativa del predetto obbligo.

In primo luogo solo nel caso di inerzia dell'attore potrà seguire l'improcedibilità della domanda e non di certo quando vi incorra la sola controparte.

Non può ovviamente applicarsi all'attore una sanzione processuale per un fatto addebitale ad altri.

Che vi sia però un obbligo di mediazione effettiva a carico di entrambe le parti si desume dal disposto ex art. 8, co. 4 bis (dopo l'abrogazione del successivo comma 5 da parte della C.C.), del d.lgs. n. 28 del 2010: si sanziona infatti la mancata partecipazione della parte al procedimento di mediazione senza giustificato motivo.

E nell'espressione mancata partecipazione si deve intendere compresa non solo l'ipotesi dell'assenza ma anche il rifiuto ingiustificato di partecipare alla mediazione, trattandosi di condotte omissive equivalenti, in quanto idonee entrambe a frustrare la stessa possibilità di tentare la mediazione (in coerenza anche con l'art. 88 c.p.c. sul dovere di lealtà).

E le sanzioni sono rappresentate dalla possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova ex art. 116 c.p.c. e dal versamento di una somma pari al contributo unificato questo secondo quando però la parte sia costituita (ossia euro 660,00 nel caso in esame, pur se iscritto a debito per la provvisoria ammissione al gratuito patrocinio dell'attore).

Non può tuttavia il perseguimento dello scopo dell'effettività della mediazione spingersi sino al punto di ritenere che si applichi la sanzione dell'improcedibilità anche quando l'attore si rifiuti di partecipare immotivatamente alla mediazione sin dalla fase preliminare ("non voglio mediare...voglio invece proseguire con la causa").

Allo scopo non può essere dirimente il disposto ex art. 5, comma 2 bis d.lgs. n. 28/2010: "Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo".

L'espressione "senza l'accordo" infatti comprende anche il caso in cui la parte non voglia comunque mediare.

Peraltro l'aver la legge previsto per la mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, nel senso lato precisato, la sanzione ex art. 116 c.p.c., ossia il trarre argomenti di prova, e quella pecuniaria sopra precisata, implica necessariamente la prosecuzione del processo, che evidentemente non si concilia con la ipotizzata improcedibilità.

In terzo luogo l'art. 8, I co., citato, quando regola il passaggio dalla fase preliminare della mediazione al suo effettivo esperimento, presuppone che nel c.d. primo incontro le parti debbano acconsentire alla mediazione: "...il mediatore...invita poi le parti ed i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento".

E non può trattarsi della sola possibilità tecnica (diritti indisponibili, litisconsorte pretermesso, etc.), posto che l'invito ad avere il placet è indirizzato dal mediatore anche alle parti e non solo agli avvocati.

Pertanto l'obbligo di effettiva mediazione grave si su entrambe le parti costituite, ma nel senso che se anche vi sia un rifiuto ingiustificato, oltre che l'assenza ingiustificata, possono seguire le sanzioni tassativamente previste dalla legge.

Non può però l'effettività dell'obbligo spingersi fino al punto da sanzionare con l'improcedibilità della domanda l'attore (o il convenuto qualora abbia spiegato riconvenzionale), quando si rifiuti senza giustificato motivo di partecipare al procedimento di mediazione nel c.d. primo incontro davanti al mediatore.

E' opportuno poi che le parti siano messe a conoscenza delle sanzioni cui andrebbero incontro, in caso di mancata partecipazione alla mediazione disposta dal giudice.

ha così disposto:

“visto l'art. 5, co. 1 bis, del d.lgs. 28/2010 assegna alle parti il termine di giorni 15 per la presentazione della domanda di mediazione con riguardo alle riconvenzionali spiegate.

Visto l'art. 5, co., II, dispone l'esperimento della mediazione giorni, anche per le domande proposte dal ricorrente ed assegna alle parti eguale termine di quindici giorni.

Avverte che si intende realizzata la condizione di procedibilità quando le parti sono comparse davanti al mediatore ed un accordo comunque non sia stato raggiunto.

La predetta attività, svolta dal mediatore ai sensi dell'art. 1, co I, lett. a) del d.lgs. n. 28 del 2010, deve essere consacrata nel verbale dallo stesso redatto, pur se in maniera sommaria.

L'assenza senza giustificato motivo della parte costituita, al pari di un rifiuto ingiustificato alla mediazione, sarà suscettibile di essere sanzionata nei modi di legge (art. 8, IV bis e cioè possibilità di trarre argomenti di prova ex art. 116 c.p.c. e sanzione pari al contributo unificato, ossia nel caso di specie euro 660,00; potranno poi rilevare in caso di proposta rivelatasi congrua nel corso del processo le ulteriori sanzioni previste dall'art. 13 del d.lgs. 28 del 2010 ed art. 96, III co., c.p.c.).

Beninteso in caso di assenza della parte che abbia proposto una domanda, potrà seguire la sanzione dell'improcedibilità”.

3. PARTECIPAZIONE DELLE PARTI AL PRIMO INCONTRO²

La giurisprudenza di merito risulta propensa a ritenere necessaria la partecipazione personale delle parti agli incontri di mediazione, non reputando sufficiente la comparizione del difensore.

“Il giudice

sciogliendo la riserva che precede e letti gli atti:

– rilevato, con riferimento alla mediazione, che le parti non hanno partecipato personalmente alla procedura risultando rappresentate dai propri difensori;

– ritenuto al riguardo che l’esplicito riferimento operato dalla legge (art. 8) alla circostanza che “...al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l’assistenza dell’avvocato...” implica la volontà di favorire la comparizione personale della parte quale indefettibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi, limitando a casi eccezionali l’ipotesi che essa sia sostituita da un rappresentante sostanziale, pure munito dei necessari poteri;

– che pertanto mentre certamente soddisfa il dettato legislativo l’ipotesi di delega organica del legale rappresentante di società, al contrario il mero transeunte impedimento a presenziare della persona fisica dovrebbe invece comportare piuttosto un rinvio del primo incontro;

– rilevato, altresì, che i difensori delle parti, all’uopo delegati, hanno manifestato al mediatore la mera volontà dei deleganti di non procedere all’esperimento della procedura di mediazione;

– ritenuto al riguardo che le procedure di mediazione ex art. 5, comma 1-bis (ex lege) e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.), sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio, essendo addirittura previsti a pena di improcedibilità dell’azione; che difatti, per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all’effettivo esperimento della medesima e non sulla volontà delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa alla mera volontà delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflativa;

– ritenuto per quanto sopra chiarito che nel caso di specie il tentativo di mediazione, pur ritualmente iniziato, non risulta altrettanto ritualmente condotto a termine; che pertanto le parti devono essere rimesse dinanzi al mediatore affinché, in ottemperanza all’interpretazione sopra offerta, prosegua e si esaurisca l’esperimento della procedura di mediazione; che nel caso di specie l’onere di nuovo impulso, nel termine di cui al dispositivo, deve essere posto a carico della parte opposta, dal momento che nell’ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo – come da costante giurisprudenza della Suprema Corte – è da ritenersi quest’ultima parte attrice in senso sostanziale con l’esercizio in giudizio dell’azione monitoria, di cui la fase di opposizione rappresenta mera prosecuzione eventuale;

² C. MOTTIRONI “Mediazione delegata – Sull’onere di comparizione personale delle parti nel procedimento di mediazione delegata” in Giur. It. 2015, 8-9, 1885

– ritenuto per quanto sopra chiarito che nel caso di specie il tentativo di mediazione, pur ritualmente iniziato, non risulta altrettanto ritualmente condotto a termine;

– che pertanto le parti devono essere rimesse dinanzi al mediatore affinché, in ottemperanza all'interpretazione sopra offerta, prosegua e si esaurisca l'esperimento della procedura di mediazione;

– che nel caso di specie l'onere di nuovo impulso, nel termine di cui al dispositivo, deve essere posto a carico della parte opposta, dal momento che nell'ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo – come da costante giurisprudenza della Suprema Corte – è da ritenersi quest'ultima parte attrice in senso sostanziale con l'esercizio in giudizio dell'azione monitoria, di cui la fase di opposizione rappresenta mera prosecuzione eventuale”

(così Tribunale di Firenze – Sezione specializzata in materia di impresa – Dott. Scionti - ordinanza 17 marzo 2014)

“Il Giudice,

- dato atto che, per come risulta dal relativo verbale, in sede di primo incontro svoltosi davanti al mediatore non comparsa la parte chiamata in causa;

- Ritenuto che le disposizioni di cui agli artt. 5, comma 5bis e 8 d.lgs 28/2010, come modificato dalla legge n. 98/2013, lette alla luce del contesto europeo nel quale si collocano impongono di ritenere che l'ordine del giudice è da ritenersi osservato soltanto in caso di presenza della parte (o di un di lei delegato), accompagnato dal difensore (e non anche in caso di comparsa del solo difensore, anche quale delegato della parte), in quanto:

a) la natura della mediazione di per sé richiede che all'incontro del mediatore siano presenti di persona (anche e soprattutto) le parti: l'istituto, infatti, mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore;

b) i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, sono senza dubbio già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità ... di talché non avrebbe senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore in vista di una (dunque, inutile) informativa;

c) l'ipotesi in cui all'incontro davanti al mediatore compaiono i soli difensori, anche in rappresentanza delle parti, non può considerarsi in alcun modo mediazione, come si desume dalla lettura coordinata dell'art. 5, comma 1-bis e dell'art. 8, che prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti (personale o a mezzo di delegato, cioè di soggetto comunque diverso dal difensore);

- ritenuto in definitiva che le parti devono comparire, personalmente o a mezzo di un delegato, (e sempre comunque assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs n. 28/2010) all'incontro col mediatore”

(così Tribunale di Bologna – Dott. Gianniti – ordinanza 11 novembre 2014)

“Il G.I., a scioglimento della riserva assunta all’udienza del 1.07.2015, esaminato il fascicolo:

Rilevato che dal verbale dell’ultimo incontro di mediazione prodotto, che documenta l’esito negativo della procedura di mediazione, emerge il dubbio che parte convenuta opposta non abbia partecipato regolarmente alla detta procedura, disposta da questo G.I. ex art. 5, co. 2, D.Lgs. 28/2010 e regolarmente avviata da parte opponente, avendo partecipato il solo legale della parte opposta, pur se munito di procura speciale (cfr da ultimo Trib. Vasto, Ord. 23.06.2015 e Sent. 9.03.2015 la prima in Altalex.it 31.07.2015 e la seconda in Mondoadr.it, sezione giurisprudenza; Trib. Firenze Ord. 19.03.2014 in Mondoadr.it; Trib. Monza 20.10.2014, Ord. RG. 13253/13, Est. Litta Modignani);

Considerato che il legale, nelle mediazioni c.d. obbligatorie, tanto quelle ex lege, ovvero per materia, ex art. 5, co. 1 bis, D.Lgs. 28/2010, quanto quelle iussu iudicis, relative a mediazioni demandate, ex art. 5, co. 2, D.Lgs. cit., ha una mera funzione di assistenza della parte comparsa e non di sua sostituzione e rappresentanza;

Rilevato che non è prodotto il verbale del primo incontro, la cui produzione è necessaria per verificare il rispetto del disposto dell’art. 8, co. 1, D.Lgs. 28/2010, per il quale “al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l’assistenza dell’avvocato”;

Rilevato inoltre che l’eventuale improcedibilità della domanda giudiziale dell’opposta per parte della giurisprudenza (Trib. Ferrara, Sent. 7.01.2015; Trib. Rimini, Sent. 5.08.2014; Trib. Varese Ord. 18.05.2012, ecc.) determinerebbe la revoca del decreto ingiuntivo e per altra parte (Trib. Firenze, Sent. 30.10.2014, in Mondoadr.it; Trib. Siena, Ord. 25.6.2012, est. Caramellino, Loc. ult. cit., ecc.) determinerebbe la conferma dell’ingiunzione e la sua irrevocabilità”

(così Tribunale di Pavia – Dott. Marzocchi – ordinanza 14.9.2015)

“Va evidenziato che ai sensi e per l’effetto del secondo comma dell’art. 5 decr.lgs. 28/10 come modificato dal D.L. 69/13 è richiesta l’effettiva partecipazione al procedimento di mediazione demandata, laddove per effettiva si richiede che le parti non si fermino alla sessione informativa e che oltre agli avvocati difensori siano presenti le parti personalmente; e che la mancata partecipazione (ovvero l’irrituale partecipazione) senza giustificato motivo al procedimento di mediazione demandata dal giudice oltre a poter attingere, secondo una sempre più diffusa interpretazione giurisprudenziale, alla stessa procedibilità della domanda, è in ogni caso comportamento valutabile nel merito della causa”

(così Tribunale di Roma – Dott. Moriconi – ordinanza 26 ottobre 2015)

“Il Giudice

rilevato che dal verbale di mediazione risulta che (l’istituto di credito) non ha partecipato al procedimento di mediazione; senza giustificato motivo; visto l’art. 8 comma 4 bis D. Lvo n. 28/2010 (e successive modificazioni); condanna

(l’istituto di credito) al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio, mandando in cancelleria per quanto di competenza”

(così Tribunale di Firenze – Dott. Guida – ordinanza 3 giugno 2015)

“ritenuto, peraltro, che, in considerazione della natura della causa, del concreto oggetto di lite, del valore di essa e di quanto sopra indicato con riferimento alle contrastanti prove documentali in ordine alle reciproche pretese, emerge l’opportunità che le parti sperimentino un procedimento di mediazione ai sensi del decreto citato, ex art. 5/2 decreto cit. (su disposizione del giudice), da intendersi comunque a pena di improcedibilità della domanda; ritenuto, con riferimento a detto procedimento: 1) in primo luogo, che l’esplicito riferimento operato dalla legge (art. 8) alla circostanza che ” ...al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l’assistenza dell’avvocato ...” implica la volontà di favorire la comparizione personale della parte, quale indefettibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi, dovendo limitarsi a casi eccezionali l’ipotesi che essa sia sostituita da un rappresentante sostanziale, pure munito dei necessari poteri; 2) inoltre, che le procedure di mediazione ex art. 5, comma 1 bis (ex lege) e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.), sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio, essendo addirittura previste a pena di improcedibilità dell’azione; che difatti, per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all’effettivo esperimento della medesima e non sulla volontà delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, di mediazione non obbligatoria bensì facoltativa e rimessa al mero arbitrio delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflattiva”

(così Tribunale di Siracusa – Dott.ssa Muratore – ordinanza 17 gennaio 2015)

“Comunque, in caso di mancata accettazione della proposta in questione, questo giudice disporrà la mediazione ex officio iudicis.

Sul punto è bene ricordare che, al di là dei casi di mediazione obbligatoria ex lege, la legge 98/13 ha pure stabilito che il giudice può – anche in grado di appello e valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione ed il comportamento delle parti – disporre l’esperimento del procedimento di mediazione a pena di improcedibilità della domanda. La legge 98/13 attribuisce quindi al giudice il potere di imporre alle parti di intraprendere un procedimento di mediazione nel corso del processo (in passato, invece, il giudice poteva solo invitarle a svolgere un tentativo stragiudiziale di mediazione, attendendo l’eventuale risposta positiva delle parti), in tal modo creando una nuova condizione di procedibilità (sopravvenuta) per ordine del giudice. Si tratta di una norma che rimette al giudice l’effettività di tale canale di accesso alla mediazione (che opera non quale filtro preventivo alle liti, ma successivo e non per questo meno utile ed efficace) e può operare in ogni lite, purché abbia ad oggetto diritti disponibili;

Peraltro, la mediazione ex officio iudicis può essere disposta anche per i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge 98/13 (e ciò in forza del principio per cui tempus regit actum ed in quanto il nuovo comma 2 dell’art. 5 del d.lgs. 28/10 attribuisce un nuovo potere discrezionale al

magistrato che va considerato come una nuova facoltà processuale e quindi applicabile dal momento dell'entrata in vigore della norma a tutti i procedimenti, compresi quelli pendenti) nonché pure per le materie diverse da quelle assoggettate a mediazione obbligatoria ex lege in base al comma 1 bis dell'art. 5 del d.lgs. 28/10 (il che sembra del tutto evidente se si considera che per le materie di cui al citato comma 1 bis è già prevista una forma di mediazione obbligatoria ed a nulla varrebbe la mediazione ex officio iudicis).

Con particolare riferimento ai giudizi pendenti, va poi osservato che nelle materie già selezionate dal Legislatore per la mediazione obbligatoria ex lege (come la responsabilità medico-sanitaria rivendicata nel presente giudizio) può ritenersi sussistente una "presunzione semplice" di opportunità, avendo già la normativa formulato ex ante una prognosi favorevole quanto all'efficacia del procedimento di mediazione.

A ciò si aggiunga che la mediazione ex officio iudicis può poi essere disposta anche se una delle parti del processo è una Amministrazione Pubblica. Nelle fonti normative non si rinvencono, infatti, disposizioni che escludono le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della disciplina introdotta. Pertanto, la normativa in materia di mediazione in ambito civile e commerciale trova applicazione anche in riferimento al settore pubblico, come pure si legge nella circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 9/2012. È bene adesso svolgere qualche considerazione in relazione alle conseguenze derivanti dalla mancata attivazione ad opera delle parti della mediazione prescritta dal giudice. La soluzione preferibile è quella che ritiene necessaria l'emissione di una sentenza di improcedibilità della domanda, restando però da chiarire se tale tipo di decisione sia da ritenere non adottabile ogniqualvolta venga instaurato il procedimento di mediazione disposto dal giudice o se occorra qualcosa di più per ritenere adempiuto l'ordine giudiziale.

Secondo Trib. Firenze, sez. II civile, 19.3.2014 le condizioni verificatesi le quali può ritenersi correttamente eseguito l'ordine del giudice e può quindi considerarsi formata la condizione di procedibilità sono: 1) che vi sia stata la presenza personale delle parti; 2) che le parti abbiano effettuato un tentativo di mediazione vero e proprio (ed anche per Trib. Firenze, sez. spec. impresa, 17.3.2014 occorre la comparizione personale delle parti).

Nel suo articolato e ben strutturato ragionamento il giudice fiorentino (ord. 19.3.2014) parte dalla considerazione per cui l'art. 5 e l'art. 8 del d.lgs. 28/10 sono formulati in modo ambiguo, posto che nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore ed a verificare la volontà di iniziare la mediazione (l'art. 8 prevede, infatti, che "durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento"). Tuttavia, nell'art. 5, comma 5 bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria. Non avrebbe molto senso, secondo il Tribunale di Firenze, parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. Ciò a prescindere dalle difficoltà di individuare con precisione scientifica il confine tra la fase c.d. preliminare e la mediazione vera

e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma.

Pertanto, il Tribunale di Firenze ha ritenuto necessario, al fine di spiegare la detta ambiguità interpretativa, ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE).

Sei sono gli argomenti che hanno portato il Tribunale di Firenze a ritenere necessaria, per la formazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale dopo la mediazione ex officio iudicis, la presenza effettiva delle parti nel procedimento di mediazione e l'effettivo avvio di un sostanziale tentativo di mediazione:

1) i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010, senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico). Non avrebbe dunque senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa;

2) la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione. D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1 bis e l'art. 8 prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti;

3) ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione;

4) l'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. Dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea) e, per quanto concerne il Tribunale di Firenze, presso l'URP (v. articolo 11 del protocollo Progetto Nausica 2) e da ultimo, sempre nell'ambito di tale Progetto, presso l'ufficio di orientamento gestito dal Laboratorio Unaltromododell'Università di Firenze;

5) l'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice

abbia già svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti"), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede, dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto;

6) l'art. 5 della direttiva europea 2008/52/CE distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invito (sempre da parte del giudice) per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

Alla luce delle considerazioni che precedono il giudice fiorentino ha considerato quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, che ruota attorno all'esigenza di tentare realmente di pervenire ad una soluzione non giudiziale della controversia, ed ha affermato la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata.

Un'altra strada interpretativa è quella seguita (allo stato) dal Tribunale di Milano (strada, però, inaugurata prima della presa di posizione di Firenze): la condizione di procedibilità è soddisfatta anche quanto sia tenuto solo il primo incontro di mediazione senza accordo (l'incontro di cui all'art. 8 comma 1 d.lgs. 28/2010). Le differenze non sono di scarsa rilevanza. Nel primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti ed i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Si tratta, dunque, secondo il Tribunale di Milano, dell'incontro dedicato alla cd. valutazione di mediabilità e, cioè, dell'anticamera del procedimento mediativo.

Secondo il primo indirizzo illustrato (Tribunale di Firenze), per soddisfare la condizione di procedibilità questo primo incontro non basta: occorre dare effettivamente inizio alla procedura. Per il secondo indirizzo segnalato (Tribunale di Milano) questa prima relazione al tavolo di mediazione è già sufficiente.

La lettura che conferisce maggiore razionalità all'istituto è certamente quella fiorentina e ciò almeno per quanto riguarda l'effettivo tentativo di mediazione, considerato che è invece difficile sostenere che le parti debbano essere personalmente presenti, essendo loro diritto conferire eventualmente una procura di carattere sostanziale ad un altro soggetto (che può pure essere l'avvocato difensore).

Sussiste, però, un nodo interpretativo da risolvere. Il Legislatore ha espressamente regolato il regime giuridico sotteso alla condizione di

procedibilità e previsto, all'art. 5 comma 2 bis, che «quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo». La disposizione, dunque, sembra richiamare espressamente "il primo incontro" di cui all'art. 8 comma I cit.

Il giudice non potrebbe quindi esigere, al fine di ritenere correttamente formata la condizione di procedibilità, che la mediazione sia stata tentata anche oltre il primo incontro.

Tuttavia, egli può comunque richiedere che in questo primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettivo.

Certo, è vero che può sembrare che in questo primo incontro il mediatore potrebbe non avere neppure la possibilità di tentare un accordo se le parti non vogliono che ciò accada. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 8 del nuovo d.lgs. 28/10, "durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento".

Una prima lettura delle disposizioni normative pare giustificare un'interpretazione per cui se le parti e i loro avvocati non vogliono effettuare un vero tentativo di conciliazione (magari per non pagare il compenso all'organismo di mediazione) ben possono esprimere in questa prima parte del primo incontro, di natura preliminare, la loro volontà contraria all'inizio di una mediazione e il tutto finisce lì. La disposizione normativa in questione, così interpretata, sarebbe molto discutibile in quanto rischierebbe di rendere la mediazione di fatto facoltativa. Il mediatore potrebbe pure pensare, alla luce di tale disposizione normativa, di non potere neppure tentare di verificare se effettivamente le posizioni delle parti sono inconciliabili. Se, infatti, in quest'ultimo caso si può parlare di un fallimento della mediazione, nel caso teoricamente consentito dal legislatore di manifestazione (anche ad opera di una sola delle parti) della sua volontà contraria alla mediazione vi sarebbe un aborto legale della mediazione. Peraltro, se si ritiene che ogni parte può impedire fin dall'inizio l'effettivo svolgimento del procedimento di mediazione, ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento e gli altri sarebbero tutti in una posizione di soggezione. Ed è da credere che tale diritto potestativo verrebbe spesso esercitato se si considera che, come accennato, è stato aggiunto il comma 5 ter dell'art. 17 del d.lgs. 28/10, secondo cui nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione.

Tuttavia, una corretta interpretazione (in linea con la ratio della direttiva europea – ed è noto che gli operatori nazionali sono tenuti, secondo la Corte di giustizia UE, a tentare un'interpretazione delle disposizioni nazionali conforme alle norme europee – che mira ad agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario) è quella che ritiene che il mediatore, nell'invitare le parti e i loro procuratori a esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione, deve verificare se vi siano i presupposti per poter procedere nell'effettivo svolgimento della mediazione (il cui procedimento comunque già inizia con il deposito dell'istanza di mediazione). Tali presupposti sono, ad esempio, l'esistenza di una delibera che autorizza l'amministratore di condominio a stare in mediazione (così come

previsto dalla legge 220/12) o l'esistenza di un'autorizzazione del giudice tutelare se a partecipare alla mediazione deve anche essere un minore ovvero la presenza di tutti i litisconsorti necessari. Il mediatore non dovrebbe chiedere, come invece ritenuto da molti, se le parti vogliono andare avanti. Egli non deve verificare la "volontà" delle parti e dei procuratori, ma li invita ad esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione. E nel punto in cui la norma dice che "nel caso positivo, procede con lo svolgimento" essa non va intesa nel senso che se gli avvocati dicono che c'è tale possibilità si va avanti, mentre se dicono che non sussiste questa possibilità non si procede oltre. È il mediatore che, tenuto conto di quello che dicono le parti e gli avvocati, valuta se sussiste questa possibilità (nella norma, infatti, non si legge "nel caso di risposta positiva", ma "nel caso positivo"). Si comprende, quindi, il motivo per cui il comma 5 ter dell'art. 17 del d.lgs. 28/10 contempla (come il comma 2 bis dell'art. 5) la possibilità di un accordo tra le parti in sede di primo incontro (prevedendo che in caso di mancato incontro non è dovuto compenso all'organismo).

In conclusione, in caso di mancata accettazione della proposta conciliativa formulata dal giudice, verrà disposta la mediazione ex officio iudicis quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, condizione che si riterrà formata soltanto se nel primo incontro il tentativo di mediazione sarà effettuato dalle parti in modo effettivo.

Né rileva che la mediazione sia già stata tentata in via preventiva, in forza del d.lgs. 28/2010 nella versione antecedente la declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Consulta, in quanto parte convenuta non si è presentata in quella procedura (mentre dovrà presentarsi nella futura, eventuale mediazione ex officio iudicis) e poiché, dopo l'espletamento della CTU, vi sono ora maggiori possibilità di addivenire ad una soluzione transattiva basata sulle risultanze dell'accertamento peritale"

(così Tribunale di Palermo – Dott. Ruvolo – ordinanza 16 luglio 2014)

4. MEDIAZIONE E CONSULENZA TECNICA

Aspetto interessante e foriero di opposti orientamenti è quello relativo alla ammissibilità ed efficacia della consulenza tecnica disposta nell'ambito di un procedimento di mediazione al quale non abbiano partecipato tutte le parti interessate.

“5. La consulenza in mediazione in assenza della parte convocata - sua valenza ed utilizzabilità nella mediazione e nella causa.

Si tratta ora di verificare se ed in che misura l'ammissibilità della consulenza in mediazione nei termini esposti dalla suddetta giurisprudenza, siano pertinenti ed applicabili alla presente fattispecie, che se ne distingue, principalmente,

1) perché in questo caso l'unica parte convocata non ha ritenuto di aderire e partecipare alla mediazione, mentre le altre, pur chi informata della convocazione della società convenuta (cioè la sua assicurazione, terza chiamata), non sono state convocate;

2) perché la consulenza è stata disposta dal mediatore, e svolta dall'esperto, su richiesta della sola parte presente, l'attrice.

Non vi sono valide ragioni in punto di diritto per escludere la possibilità che anche in assenza (per mancanza di adesione e partecipazione) della parte convocata, possa essere disposta una consulenza da parte del mediatore, richiestone dal solo istante presente.

Ed invero:

a) se si ammette (come è stato dimostrato possibile), l'effettuazione da parte del mediatore di una proposta, anche nel caso di assenza della parte convocata, in quanto ciò sia previsto dal Regolamento dell'Organismo (per inciso nel caso che ci occupa nessuno dei convenuti ha contestato l'esistenza di tale previsione del regolamento dell'Organismo compulsato dall'attrice), è di manifesta ed inconfutabile evidenza che l'espletamento di una consulenza può facilitare il mediatore nella formulazione del contenuto della proposta stessa;

b) in termini di pura logica, prima ancora che di stretto diritto, la mancata presenza della parte convocata non può di per sé costituire impedimento all'espletamento di un'attività espressamente prevista come fattibile in mediazione (sarebbe come dire, per rendere meglio l'idea e non per trasferire in mediazione norme processuali, che in presenza di contumacia del convenuto in causa non possa essere disposta una consulenza tecnica; oppure che, pur esso costituito ma non presente alle operazioni peritali, il CTU non possa procedere).

E' evidente l'aporia. Ciò che un sistema ordinato e liberale deve garantire è la possibilità concreta del contraddittorio. La società convenuta è stata, ed è incontestato, regolarmente convocata ed ha ritenuto, volontariamente, di non partecipare alla mediazione (altra e diversa è la situazione delle altre parti, convenute e terza);

c) l'espletamento della consulenza avviene mediante la scelta dell'esperto ad opera dell'organismo di mediazione e specificamente del mediatore, il che non rende equiparabile la consulenza in mediazione alla consulenza di parte nella quale il rapporto fra l'esperto e la parte è evidentemente quello di un incarico commissionato dal cliente al professionista non certo con l'obiettivo di accertare tout court la verità dei fatti (il che non vuol dire che il consulente di parte sia

incaricato di scrivere menzogne, quanto che il suo compito non può di molto discostarsi, ragionevolmente, dall'evidenziazione ed enfaticizzazione degli aspetti della vicenda favorevoli al suo cliente, fosse altro perché in caso contrario libero sarebbe il cliente di cestinare la relazione, cosa che non potrà mai accadere nel caso di nomina dell'esperto da parte del mediatore);

d) l'acquisizione della relazione peritale può offrire quelle ulteriori utilità (ricavabili grazie alla informalità della procedura di mediazione) di cui si è accennato supra. Ciò in misura tanto maggiore quanto più la serietà dell'organismo e la competenza del mediatore e dell'esperto siano in grado di supplire ai deficit ancora presenti in questo sottosistema.

Invero, in presenza di un accertamento tecnico ben effettuato, da parte di un professionista iscritto nell'albo dei C.T.U. del tribunale, il mediatore e la parte presente possono studiare e porre in essere ulteriori attività dirette a riattivare il dialogo con la parte assente, ad esempio con l'invio alla medesima della relazione, con l'invito a esaminarne il contenuto e a partecipare ad un incontro, all'uopo fissato, per discutere se e quali possibilità possano trarsi da questo nuovo scenario.

Come pure il mediatore, se richiesto, potrebbe formulare (come accaduto in questa vicenda) una proposta inviata alla parte assente, per quanto ne possa conseguire.

Nel caso poi che non si raggiunga l'accordo, nella causa che segua la relazione dell'esperto potrà egualmente produrre delle utilità, ove il suo contenuto sia di valore, e con le caratteristiche necessarie richieste dalla giurisprudenza menzionata al paragrafo 4 che precede.

In particolare il giudice potrà, come ritenuto possibile nel caso in esame, formulare una proposta ai sensi dell'art.185 bis.

In questo caso, per la natura (non decisionale) e lo scopo (finalizzato alla conciliazione) del provvedimento, l'utilizzo (della consulenza) potrà estendersi anche a soggetti che non abbiano partecipato alla mediazione per non essere stati convocati, come nel caso di specie, l'assicurazione (chiamata in causa) della società ed i due medici (non assicurati dalla stessa assicurazione terza chiamata dalla società, diversamente da quanto erroneamente opinato dal dott. ...).

(così Tribunale di Roma – Dott. Moriconi – ordinanza causa rg 33187/13)

“Osservato che nel corso della procedura di mediazione, a cui la banca non si è presentata, il mediatore nominava un consulente tecnico per la verifica della contestazioni formulate dall’attrice in ordine all’applicazione di interessi superiori al tasso soglia tempo per tempo vigente.

...

Rilevato che la circostanza che la perizia disposta dal mediatore sia o meno rituale non inficia l’attendibilità dell’esame condotto dal (consulente), il quale veniva a ciò incaricato non dalla parte, ma da un terzo estraneo alla lite, quale è l’organismo di mediazione.

Rilevato che, alla luce della perizia in atti, appare sussistere il fumus boni iuris’

(così Tribunale di Parma – Dott.ssa Chiari – ordinanza 17 marzo 2015)

“riservata l’ammissione di CTU medica e di eventuale CTU contabile econometrica.

Ritenuto peraltro opportuno disporre l’esperimento del procedimento di mediazione in vista di una possibile conciliazione della lite che possa eventualmente coinvolgere anche gli altri condebitori i quali, diversamente dalla sig.ra ... , non hanno proposto opposizione al decreto;

Viste le modifiche introdotte dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 e, in particolare, l’art. 5, co. 2, D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28;

Dispone

l’esperimento del procedimento di mediazione, ponendo l’onere dell’avvio della procedura di mediazione a carico della Banca opposta e avvisando entrambe le parti che, per l’effetto, l’esperimento del tentativo di mediazione – presenti le parti o i loro procuratori speciali e i loro difensori – sarà condizione di procedibilità della domanda giudiziale e che, considerato che il giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato con il presente provvedimento, la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti;

Giova rilevare che l’art. 5 del D.Lgs. 28/2010 sia al comma 1 che al comma 2 fa riferimento esclusivo alla funzione di assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione. In mancanza di tale dualità possono derivare conseguenze sia sul regolamento delle spese del giudizio fino ad influire sulla stessa procedibilità della domanda giudiziale;

Visti gli artt. 8, co. 4-bis, D.Lgs. 28/2010, 91 e 96 cpc;

Invita il mediatore a verbalizzare le eventuali assenze ingiustificate e quale, tra le parti presenti, dichiara di non voler proseguire nella mediazione oltre l’incontro preliminare;

Invita mediatore e parti a valutare, già in sede di mediazione e per economicità processuale, l’opportunità di svolgere una consulenza tecnica econometrica”
(così Tribunale di Pavia – Dott. Marzocchi – ordinanza 18 maggio 2015)

5. OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO – PARTE ONERATA³

In caso di opposizione a decreto ingiuntivo relativo ad una delle materie con mediazione obbligatoria, dopo l'udienza di concessione o sospensione della provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c., entrambe le parti sono obbligate all'esperimento del tentativo di conciliazione. Nelle materie con mediazione facoltativa, il giudice – ai sensi del secondo comma art. 5 d.lgs – può imporre la mediazione delegata.

Su chi incombe l'onere di attivazione della mediazione per evitare la dichiarazione di improcedibilità della domanda?

Sino alla decisione della Corte di Cassazione si sono contrapposte due interpretazioni.

5.1. Prima interpretazione: l'onere incombe sull'opposto in quanto attore in senso sostanziale

“Difatti, posto che il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ha ad oggetto l'accertamento dei fatti costitutivi della pretesa creditoria fondante l'emissione del decreto ingiuntivo opposto, la sanzione dell'improcedibilità dovrà innanzitutto colpire la domanda sostanziale azionata da (opposto) in sede monitoria, con conseguente revoca dell'opposto decreto”

(così Tribunale di Firenze, sentenza 15 ottobre 2015 n. 3497)

“L'articolato normativo in esame ha dato adito a dubbi sfociati in orientamenti interpretativi contrapposti, qui di interesse per individuare l'effettiva parte del processo tenuta alla introduzione del giudizio di mediazione: secondo taluni, l'improcedibilità conseguente alla mancata attivazione della fase conciliativa, colpirebbe la “domanda giudiziale” e, dunque, quella portata dal decreto ingiuntivo; secondo altri, invece, essa colpirebbe l'opposizione e, pertanto, la formale richiesta della parte opponente.

L'opinione conforme al dato legislativo è la prima.

L'onere di Legge è posto a carico di “chi intende esercitare in giudizio un'azione” (v. art. 5 comma I). Orbene, secondo un costume giurisprudenziale radicato e costante, da ultimo convalidato dalle Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. Un., sentenza 9 settembre 2010 n. 19246) e confermato dagli arresti più recenti (Cass. civ., sez. I, sentenza 14 aprile 2011 n. 8539 in www.tribunale.varese.it), l'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, il quale, sovrapponendosi allo speciale e sommario procedimento monitorio, investe il giudice del potere-dovere di statuire sulla pretesa originariamente fatta valere con la domanda di ingiunzione e sulle eccezioni e difese contro la stessa proposte, con la conseguenza che il processo non verte attorno alla legittimità o liceità della ingiunzione. Si vuol dire che “attore sostanziale” (e, dunque, chi agisce in giudizio, nei sensi di cui all'art. 5 comma I cit.) è il creditore e non il debitore che proponga opposizione. A carico dello stesso, un onere è configurabile solo in caso di domande in riconvenzione o verso terzi, ma non certo per il solo fatto di avere (dovuto) proporre l'opposizione. L'atto di opposizione, infatti, non costituisce una iniziativa processuale

³ E. BENIGNI “Mediazione – Incombe sull'opponente ex art. 645 c.p.c. l'onere di proporre l'istanza di mediazione” in Giur.It. 2015, 5, 112

autonoma, ma la reazione difensiva all'impulso procedimentale altrui. Peraltro, una interpretazione differente, evidentemente crea uno squilibrio irragionevole ai danni del debitore che non solo subisce l'ingiunzione di pagamento a contraddittorio differito, ma nella procedura successiva alla fase sommaria viene pure gravato di un altro onere che, nel procedimento ordinario, non spetterebbe a lui. E ciò sulla base di una scelta discrezionale del creditore. Si può, dunque, precisare che, nel caso di specie, il soggetto tenuto ad attivarsi per evitare la declaratoria di improcedibilità, è la parte opposta, attore sostanziale e creditore effettivo”

(così Tribunale di Varese – Dott. Buffone – ordinanza 18 maggio 2012).

“Poiché, per dato pacifico, nessuna delle parti provvedeva ad avviare la suddetta procedura (cfr. verb. ud. 17.9.15), non vi è dubbio che il presente giudizio debba essere definito con una pronuncia di improcedibilità. Si pone tuttavia la questione, dibattuta tra le parti (cfr. verb. ud. 17.9.15 e verb. ud. 1.10.15), se l'improcedibilità riguardi il mero giudizio di opposizione, con conseguente consolidamento del titolo monitorio, ovvero se riguardi la domanda originariamente proposta in via monitoria, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto. In altre parole, è necessario stabilire quale parte avrebbe dovuto attivarsi, se la parte attrice in senso formale (nella fattispecie, gli opposenti) o se la parte attrice in senso sostanziale (nella fattispecie, la banca opposta).

Una prima tesi dottrinale e giurisprudenziale riconduce la condizione di procedibilità in esame al genus delle ipotesi inattività delle parti da cui deriva l'estinzione del giudizio (artt. 102, 181, 307 e 309 c.p.c.). Per cui, se la parte che ha introdotto in giudizio (dunque, se del caso, anche la parte opponente) la quale ha evidentemente interesse alla sua coltivazione non attiva la procedura di mediazione obbligatoria in ossequio all'ordine del giudice, sarà esposta alla declaratoria di improcedibilità dell'azione come dalla stessa introdotta (se del caso, quindi, alla declaratoria di improcedibilità del giudizio di opposizione) (cfr. Trib. Firenze, sent. 30.10.14). In tale solco interpretativo si è altresì sostenuto che la tesi della improcedibilità della domanda proposta in sede monitoria (con conseguente revoca del decreto ingiuntivo), da un lato, evocerebbe l'idea paradossale di una sopravvenuta improcedibilità di una domanda già definita a mezzo del pronunciamento di un titolo e, dall'altro lato, postulerebbe una sorta di sanzione processuale che non consta abbia uguali nell'ordinamento (quello monitorio, appunto) (cfr. Trib. Rimini, sent. 5.8.14; Trib. Chieti, sent. 8.9.15).

La suddetta tesi, inoltre, imporrebbe al creditore un adempimento al fine di consentire la celebrazione di un giudizio (quello di opposizione) cui il creditore medesimo non avrebbe alcun interesse (per essere già munito di un titolo), in contrasto con la peculiarità del giudizio di opposizione, la cui instaurazione è rimessa alla libera scelta dell'ingiunto. In altri termini, se l'opponente ha l'onere di introdurre il giudizio di opposizione, si dovrebbe ritenere che su di esso esclusivamente gravi l'onere di coltivare lo stesso giudizio e, pertanto, che su di esso gravino anche gli effetti pregiudizievoli di una eventuale improcedibilità (cfr. Trib. Nola, sent. 24.2.15).

Si è infine sostenuto che la revoca del decreto ingiuntivo non impedirebbe al creditore di ripromuovere la medesima azione monitoria, così gravando il

sistema di plurime identiche domande in violazione della ratio deflattiva sottesa alla media-conciliazione (cfr. Trib. Chieti, sent. 8.9.15 cit.).

Appare maggiormente condivisibile, tuttavia, quel diverso orientamento che, nell'ambito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, individua nel creditore opposto la parte onerata ad assolvere la condizione di procedibilità prevista dalla legge (esperimento della mediazione obbligatoria). Per cui, nell'ipotesi di mancata attivazione della procedura di media-conciliazione, si determinerà l'improcedibilità dell'azione, così come originariamente proposta mediante il deposito del ricorso monitorio, con la conseguente e necessaria revoca del decreto ingiuntivo opposto (Trib. Ferrara, sent. 7.1.15). Ciò, innanzitutto, perché il creditore opposto è, in senso effettivo e sostanziale, l'attore alla cui iniziativa è imputabile l'introduzione del thema decidendum del successivo giudizio di opposizione ovvero l'introduzione di quella pretesa che costituisce, in una logica unitaria, sia l'oggetto della fase monitoria sia l'oggetto del giudizio di opposizione (ove, evidentemente, introdotto). In altri termini, la fase dell'opposizione non costituisce un autonomo procedimento, ma costituisce una (sia pur eventuale) continuazione della fase monitoria nell'ambito di un unico giudizio, giudizio che, non a caso, secondo la giurisprudenza di legittimità pende sin dal momento del deposito del ricorso per decreto ingiuntivo (cfr., ex multis, Cass., ord. 4.9.14, n. 18707, e Cass., ord. 3.9.09, n. 19120).

Inoltre, la tesi della improcedibilità del giudizio di opposizione, con conseguente caducazione del decreto ingiuntivo opposto, evoca la logica del giudizio impugnatorio, costantemente rifiutata o sconfessata dalla giurisprudenza di legittimità, perché in qualche modo l'opponente, così come l'appellante, dovrebbe coltivare l'azione per non esporsi ad una declaratoria di improcedibilità (il primo dovrebbe attivarsi un funzione della mediazione, così come il secondo deve costituirsi in termini ai sensi dell'art.348, comma primo, c.p.c.).

La Cassazione, tuttavia, ha sempre affermato che, a prescindere dalla sussistenza dei presupposti per l'emissione del decreto ingiuntivo, il giudizio di opposizione non ha carattere impugnatorio e deve comunque incentrarsi sul vaglio di fondatezza della pretesa azionata dal creditore in sede monitoria (cfr., a vario titolo, ex multis, Cass., sent. 23.7.14, n. 16767; Cass., sent. 28.9.06, n. 21050; Cass., sent. 16.3.06, n. 5844; Cass., sent. 27.3.07, n. 7526; Cass., sent. 26.10.00, n. 1426; Cass., sent. 28.9.94, n. 7892; Cass., sent. 19.7.86, n. 4668). Tanto che non assume alcuna rilevanza l'eventuale insussistenza, ad esempio, della esigibilità o dei fatti costitutivi del credito al momento della emissione del titolo monitorio, se l'esigibilità od i fatti costitutivi sussistano al momento della decisione nel successivo giudizio di opposizione (cfr. Cass., sent. n. 5844/06 cit.; Cass., sent. 24.1.79, n. 528).

Quanto all'obiezione che si incentra sul rifiuto concettuale di una ipotesi di sopravvenuta improcedibilità di una domanda già definita con il pronunciamento di un titolo, si può agevolmente osservare che, nel momento in cui è proposta opposizione, la domanda monitoria non può dirsi definita mediante un titolo consolidato con effetti di giudicato (effetti suscettibili di determinarsi solo in caso di mancata opposizione, rigetto della stessa o estinzione del relativo giudizio). In altre parole, se il titolo monitorio può essere revocato in caso di accoglimento dell'opposizione nei confronti dello stesso

spiegata, non si comprende perché lo stesso titolo non possa essere revocato in difetto delle condizioni dell'azione come originariamente proposta dal creditore. Quanto all'interesse di quest'ultimo, non si può ritenere che lo stesso sia già soddisfatto dal titolo monitorio perché, in caso di accoglimento della spiegata opposizione, tale titolo è suscettibile di essere revocato. Dunque, diversamente da quanto affermato dai sostenitori della tesi opposta a quella che qui si preferisce, ben può ritenersi che l'attivazione della procedura di mediazione corrisponda all'interesse del creditore ingiungente giacché, ove quest'ultimo non provveda, il titolo monitorio è destinato alla caducazione per improcedibilità della domanda come originariamente proposta nei confronti del soggetto ingiunto.

Si noti, infine, che la possibile riproposizione della medesima azione monitoria (che frusterebbe la ratio deflattiva sottesa all'obbligatorietà della mediazione) risponde allo stesso principio di riproponibilità dell'azione monitoria in caso di revoca del titolo monitorio per ragioni di rito. 3. In conclusione, deve essere dichiarata l'improcedibilità dell'azione monitoria come originariamente proposta dalla odierna banca opposta e deve conseguentemente essere revocato il decreto ingiuntivo n. 1737 del 25.9.14, pronunciato dall'intestato Tribunale ed in questa sede opposto” (così Tribunale di Cuneo – Dott. Lombardo – sentenza 1.10.2015)

5.2. Seconda interpretazione: l'onere incombe sull'opponente.

“La domanda che diviene improcedibile è, nel giudizio che si instaura in seguito all'opposizione a decreto ingiuntivo, la domanda formulata con l'atto di citazione in opposizione (ed eventualmente con la comparsa di risposta o con comparse di terzi), che è l'atto che ha dato origine al procedimento di opposizione, nel quale l'opponente ha la veste processuale di attore (ciò che significa essenzialmente che l'onere di impedire che il decreto divenga definitivo è messo all'iniziativa processuale dell'ingiunto: senza opposizione il decreto diviene definitivo; se il processo si estingue il decreto diviene definitivo).

Questo importa, in ossequio ai principi processuali propri di tale procedimento speciale (ai quali, è bene ricordarlo, la normativa in tema di mediazione non deroga espressamente), che all'estinzione (o, come nel caso di specie, all'improcedibilità) del procedimento di opposizione consegua il consolidarsi degli effetti del decreto ingiuntivo (art. 653 c.p.c.; conforme Trib. Busto Arsizio 15.6.2012).

Ritenere, al contrario, che la mancata instaurazione del procedimento di mediazione conduca alla revoca del decreto ingiuntivo importerebbe un risultato “eccentrico” rispetto alle regole processuali proprie del rito, in quanto si porrebbe in capo all'ingiungente opposto l'onere di coltivare il giudizio di opposizione per garantirsi la salvaguardia del decreto opposto, in contrasto con l'impostazione inequivoca del giudizio di opposizione come giudizio eventuale rimesso alla libera scelta dell'ingiunto.

Sul piano degli effetti concreti ciò condurrebbe ad un risultato opposto rispetto a quello – deflattivo per il sistema giudiziario -che l'istituto della mediazione si propone di raggiungere, imponendo ad una parte (l'opposto) che già è munita di un titolo (il decreto ingiuntivo) che si consolida in caso di estinzione del giudizio (di opposizione) e che può dirsi non interessata alla prosecuzione della

lite, di attivarsi anche laddove l'altra parte (l'opponente), non si dimostri più interessata all'esito della stessa (e ciò, come sovente avviene in caso di opposizioni dilatorie, in seguito all'emissione dei provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c.); dunque, in presenza di una situazione di accomodamento di entrambe le parti sul contenuto del decreto ingiuntivo opposto, verrebbe onerato l'opposto di proseguire il giudizio al fine di esperire il (a questo punto davvero inutile) procedimento di mediazione; peraltro, la parte opposta che dovesse avere sostenuto spese vive nell'ambito di tale subprocedimento, non essendoci più ostacoli di procedibilità sino alla decisione definitiva del merito, difficilmente sarebbe indotta all'abbandono della lite, anche in presenza di un atteggiamento di sostanziale abbandono da parte dell'opponente; ciò importerebbe la permanenza di una causa sul ruolo invece che l'eliminazione della stessa; ancora, in caso di inosservanza dell'onere di procedere a mediazione, in seguito alla revoca del decreto opposto ed in seguito all'eventuale fallimento del tentativo di mediazione successivamente esperito, la causa di merito verrebbe puntualmente riproposta, con l'effetto pratico che tale interpretazione condurrebbe (come detto sempre in ipotesi di fallimento della mediazione) alla permanenza della lite sul ruolo del giudice invece che alla formazione del giudicato sul rapporto oggetto del decreto ingiuntivo. Deve quindi ribadirsi che il mancato esperimento della mediazione, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, non importa revoca del decreto stesso" (così Tribunale di Rimini – Dott. Bernardi – sentenza 5 agosto 2014).

“Controversa è invece la questione, ove la mediazione omissa attenga ad un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Secondo un primo indirizzo che, valorizza la consolidata giurisprudenza circa l'oggetto del giudizio di opposizione, la declaratoria di improcedibilità avrebbe ad oggetto la domanda sostanziale proposta in via monitoria.

Viene infatti richiamato in proposito il principio, peraltro condivisibile, secondo cui

il processo di esecuzione verte sul rapporto dedotto in giudizio dal creditore e non esclusivamente sulla legittimità del D.I., e che l'onere probatorio e le relative facoltà processuali vanno valutate non avendo riguardo alla qualità formale di attore e convenuto in opposizione, bensì con riferimento alla rilevanza sostanziale della rispettiva posizione processuale (per cui il ricorrente in monitorio, formalmente convenuto in opposizione, è da considerarsi attore in senso sostanziale, mentre l'opponente è convenuto sostanziale). Ne segue che il convenuto opposto, titolare delle pretese creditorie azionate ed oggetto del giudizio di opposizione, sarebbe l'unico soggetto che, al di fuori dei casi di domanda riconvenzionale, propone la “domanda giudiziale” e che pertanto dovrebbe subire gli effetti della declaratoria di improcedibilità. Tale soggetto, pertanto, concludono i fautori di tale tesi, avrà l'onere di promuovere la mediazione, subendo, in alternativa, gli effetti deteriori della relativa omissione.

Diversamente argomentando, si osserva, “vi sarebbe un irragionevole squilibrio ai danni del debitore che non solo subisce l'ingiunzione di pagamento a contraddittorio differito, ma nella procedura successiva alla fase sommaria, viene pure gravato di altro onere che, nel procedimento ordinario, non spetterebbe a lui. E ciò sulla base di una scelta discrezionale del creditore”

(Trib. Varese sentenza 18.5.2012, est. Buffone, reperibile su siti internet specializzati).

Secondo invece un diverso orientamento, che muove dalla ritenuta scarsa chiarezza obbiettiva delle disposizioni letterali utilizzate e che valorizza la particolare disciplina giuridica del giudizio di opposizione, è stata sostenuta, in caso di omessa mediazione, la improcedibilità della opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del D.I. opposto (Trib. Prato, sent. 18.7.2011, est. IANNONE; Trib. Rimini sent. 5.8.14 est. BERNARDI in sito MONDO ADR, Trib. Siena 25.6.2012, est. Caramellino). Ad avviso di questo Giudice, pur consapevole della obbiettiva controvertibilità della questione, la tesi corretta è la seconda. Essa, infatti, è l'unica che si armonizza con i principi generali in materia di effetti della inattività delle parti nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e che valorizza la stessa ratio deflattiva del procedimento di mediazione.

Va premesso che la mancata attivazione della mediazione disposta dal giudice, al di là della terminologia utilizzata dal Legislatore e dalla sanzione prevista (improcedibilità della domanda giudiziale, anche in appello), altro non è che una forma qualificata di inattività delle parti, per avere le stesse omesso di dare esecuzione all'ordine del giudice.

E' noto che secondo la legge processuale l'inattività delle parti rispetto a specifici adempimenti comporta, di regola, l'estinzione del processo (si pensi all'inosservanza all'ordine giudiziale di integrazione del contraddittorio nei confronti di litisconsorte necessario, alla mancata rinnovazione della citazione, alla omessa riassunzione del processo, alla mancata comparizione delle parti a due udienze consecutive - artt 102, 181, 307 e 309 c.p.c.).

L'estinzione non produce peraltro particolari effetti sotto il profilo sostanziale, salvo che nelle more della pendenza del giudizio estinto non sia maturata qualche decadenza o prescrizione di natura sostanziale.

Recita, infatti, l'art. 310, I co. c.p.c. che "l'estinzione del processo non estingue l'azione".

In buona sostanza, la parte, che vede "cadere" il processo a seguito di declaratoria di estinzione, ben potrà avviare una nuova iniziativa processuale, riproponendo la medesima domanda di merito.

Tale regola, però, non vale in caso di estinzione riguardante il giudizio di opposizione a D.I..

E' infatti previsto che, in tal caso, "il decreto, che non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva" giustamente disposto di cui all'art. 653, I co. c.p.c..

Secondo la costante interpretazione della giurisprudenza di legittimità, concorde la dottrina, tale disposizione va intesa nel senso che l'estinzione del giudizio di opposizione produce gli stessi effetti dell'estinzione del giudizio di impugnazione: il decreto ingiuntivo opposto diviene definitivo ed acquista l'incontrovertibilità tipica del giudicato. (CASS. N. 4294/2004; n. 849/00).

Non sarà pertanto possibile riproporre l'opposizione e resteranno coperti da giudicato implicito tutte le questioni costituenti antecedente logico necessario della decisione monitoria (cfr sul punto, tra le altre, Cass. 15178/00).

Evidente è l'analogia di ratio e di disciplina tra l'estinzione dell'opposizione a D.I. e quella del processo di appello (art. 338 c.p.c. secondo cui "l'estinzione del giudizio di appello... fa passare in giudicato la sentenza impugnata...").

Si pensi, ancora, alla sanzione processuale prevista in caso di tardiva costituzione in giudizio dell'opponente.

Sul punto è consolidata la giurisprudenza di legittimità nel senso di ritenere che in tal caso l'opposizione è improcedibile (tra le tante, CASS. N. 15727/06; nello stesso senso Cass. n. 25621/08), con passaggio in giudicato del D.I. (così come si evince dal combinato disposto di cui agli artt. 647 e 656 c.p.c.).

Trattasi di disposizione che trova il suo corrispondente in fase di appello nell'art. 348, I co. c.p.c., il quale espressamente prevede la sanzione dell'improcedibilità dell'appello, se l'appellante non si costituisce nei termini. E' pacifico che anche in tal caso la sentenza di primo grado passa in giudicato. Ancora, si pensi all'inammissibilità dell'opposizione, perché proposta dopo il termine di cui all'art. 641 c.p.c., ed alla analogia di trattamento rispetto al mancato rispetto in fase di impugnazione dei termini perentori di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c..

Tale disciplina risponde all'elementare esigenza di porre a carico della parte opponente/appellante, che si avvale dei rimedi previsti per evitare il consolidarsi di provvedimento giudiziale idoneo al giudicato e per ottenerne la revoca/riforma, l'onere di proporre e coltivare ritualmente il processo di opposizione/ di gravame, ponendo in essere ritualmente tutti gli atti di impulso necessari.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che la interpretazione delle disposizioni di cui al D. Lgs. N. 28/10 e s.m.i. in materia di conseguenze dell'omessa mediazione non possa prescindere dalla particolare natura dei giudizi cui essa si riferisce, e segnatamente dalle peculiarità del giudizio di opposizione a D.I., che presenta i suddetti aspetti di analogia con i giudizi impugnatori.

Al fine di non optare per una interpretazione dell'art. 5, II co. D. Lgs citato, incoerente e dissonante con le suddette peculiarità, deve pertanto ritenersi che nell'opposizione a D.I., così come per i procedimenti di appello, la locuzione "improcedibilità della domanda giudiziale" debba interpretarsi alla stregua di improcedibilità/estinzione dell'opposizione (o dell'impugnazione in caso di appello) e non come improcedibilità della domanda monitoria consacrata nel provvedimento ingiuntivo."

(così Tribunale di Chieti – Dott. Ria – sentenza non definitiva 8 settembre 2015).

“Ritiene questo giudice di aderire al diverso e non isolato orientamento (Cfr. Trib. Rimini, 05.8.2014) che, muovendo dalla necessità di fornire alla disciplina dettata dal d.lgs. 28/2010 una interpretazione sistematica, che sia coerente non solo con l'intero universo normativo in materia di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ma, altresì, con la ratio che ha animato il legislatore dell'Istituto della mediazione obbligatoria, individuando nell'opponente il soggetto su cui graverebbe l'onere di coltivare il giudizio e, quindi, anche gli effetti pregiudizievoli di un'eventuale improcedibilità. Con la conseguenza che, una volta dichiarata l'improcedibilità dell'opposizione, il corollario giuridico di detta pronuncia non potrà che essere la conferma del decreto ingiuntivo opposto.

A ben vedere, infatti, tale opzione ermeneutica è quella che meglio si armonizza col contesto normativo in cui si inserisce il giudizio di opposizione e, in

particolare, con il sistema di sanzioni previste dall'ordinamento a fronte dell'inattività del debitore ingiunto.

Si fa riferimento, in primo luogo, alla disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 647 e 650 c.p.c. in virtù del quale, dichiarata l'inammissibilità dell'opposizione tardiva, il decreto acquista esecutività.

Medesima sanzione è prevista, poi, dal richiamato art. 647 c.p.c. per l'ipotesi di costituzione tardiva dell'opponente.

Viene in rilievo, infine, il dettato dell'art.653 c.p.c. che, per il caso di dichiarazione dell'estinzione del giudizio ai sensi dell'art. 307 c.p.c. , stabilisce che "il decreto che non ne sia già munito acquista efficacia esecutiva".

D'altro canto, come pure correttamente evidenziato dall'opposto, ritenere che la mancata instaurazione del procedimento di mediazione conduca alla revoca del decreto ingiuntivo in capo all'ingiungente comporterebbe che, in contrasto con le regole processuali proprie del rito si porrebbe in capo all'ingiungente opposto l'onere di coltivare il giudizio di opposizione per garantirsi la salvaguardia del decreto opposto, con ciò contraddicendo la ratio del giudizio di opposizione che ha la propria peculiarità nel rimettere l'instaurazione del giudizio – e, quindi, la sottoposizione al vaglio del giudice della fondatezza del credito ingiunti – alla libera scelta del debitore.

Del resto, se solo si considera che l'opposto è già munito di titolo che, come visto, è destinato a consolidarsi nel caso di mancata opposizione, appare evidente che è proprio l'opponente la parte più interessata all'esito del giudizio di opposizione.

Come anticipato in premessa, poi, una soluzione interpretativa appare maggiormente coerente anche con la finalità deflattiva che ha accompagnato l'introduzione da parte del legislatore dell'Istituto della mediazione: il formarsi del giudicato sul decreto ingiuntivo opposto, infatti, esclude che possa mettersi nuovamente in discussione tra le parti il rapporto controverso mediante la riproposizione della medesima domanda.

Pertanto, alla stregua di tutte le considerazioni esposte l'opposizione va dichiarata improcedibile e, per l'effetto, dichiarato esecutivo il decreto ingiuntivo ...

Le spese del giudizio seguono la soccombenza ..."

(così Tribunale di Nola – Dott.ssa Frallicciardi – sentenza 24.2.2015)

5.3. L'interpretazione della Corte di Cassazione: l'onere incombe sull'opponente⁴.

Cassazione Civile Sezione III – Rel. Dott.ssa Vivaldi – sentenza 3 dicembre 2015 n. 24629:

"Quindi l'onere di esperire il tentativo di mediazione deve allocarsi presso la parte che ha interesse al processo e ha il potere di iniziare il processo.

Nel procedimento per decreto ingiuntivo cui segue l'opposizione, la difficoltà di individuare il portatore dell'onere deriva dal fatto che si verifica una inversione logica tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, nel senso che il creditore del rapporto sostanziale diventa l'opposto nel giudizio di opposizione.

⁴ Un primo commento, critico, è offerto dal Prof. BRUNO CAPPONI "Il giudice, extrema ratio?" in *Questione Giustizia* 17 gennaio 2016 e reperibile all'indirizzo <http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-extrema-ratio-17-01-2016.php>

Questo può portare ad un errato automatismo logico per cui si individua nel titolare del rapporto sostanziale (che normalmente è l'attore nel rapporto processuale) la parte sulla quale grava l'onere. Ma in realtà – avendo come guida il criterio ermeneutico dell'interesse e del potere di introdurre il giudizio di cognizione – la soluzione deve essere quella opposta.

Invero, attraverso il decreto ingiuntivo, l'attore ha scelto la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo.

È l'opponente che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore.

È dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perché è l'opponente che intende precludere la via breve per percorrere la via lunga.

La diversa soluzione sarebbe palesemente irrazionale perché premierebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice.

Del resto, non si vede a quale logica di efficienza risponda una interpretazione che accolti al creditore del decreto ingiuntivo l'onere di effettuare il tentativo di mediazione quando ancora non si sa se ci sarà opposizione allo stesso decreto ingiuntivo.

È, dunque, l'opponente ad avere interesse ad avviare il procedimento di mediazione pena il consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo ex art. 653 c.p.c..

Soltanto quando l'opposizione sarà dichiarata procedibile riprenderanno le normali posizioni delle parti: opponente convenuto sostanziale, opposto – attore sostanziale.

Ma nella fase precedente sarà il solo opponente, quale unico interessato, ad avere l'onere di introdurre il procedimento di mediazione; diversamente, l'opposizione sarà improcedibile”

Reggio Emilia, 18 gennaio 2016

Avv. Mauro Filippini