

OSSERVATORIO DELLA
GIURISPRUDENZA IN
MATERIA DI MEDIAZIONE
CIVILE E COMMERCIALE
marzo 2016

a cura di Rita Bevacqua

Si segnalano alcune pronunce in materia di mediazione civile e commerciale che, nel solco della giurisprudenza, che da due anni andiamo esaminando, tentano di fugare dubbi interpretativi e forniscono adeguate soluzioni agli operatori (avvocati, mediatori e organismi).

Saranno, pertanto, riportati di seguito i passi a nostro parere più significativi delle ordinanze e delle sentenze in questione.

La Cassazione ad ottobre 2015, si pronuncia sulla dibattuta questione su chi ha l'onere di esperire la mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Come afferma la Suprema Corte, nel procedimento per decreto ingiuntivo, cui segue l'opposizione, la difficoltà di individuare il portatore dell'onere deriva dal fatto che si verifica un'inversione logica tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, nel senso che il creditore del rapporto sostanziale diventa l'opposto nel giudizio di opposizione. Tuttavia è sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione e che ha interesse ad avviarlo altrimenti si consoliderebbero gli effetti del decreto ingiuntivo.

Il Tribunale di Ferrara, con l'ordinanza del 7.1.2016 ritorna, tuttavia, sulla questione affermando che la domanda azionata è quella del creditore con ricorso per decreto ingiuntivo; domanda rispetto alla quale il debitore si trova ad essere convenuto in senso sostanziale e, pertanto, al creditore spetta l'onere di instaurare la procedura di mediazione.

La successiva ordinanza del Tribunale di Firenze del 17.01.2016 si allinea a Ferrara stabilendo, diversamente dalla Cassazione, che dopo l'opposizione e dopo l'emissione delle ordinanze ex artt. 648, 649 c.pc. l'onere di iniziare la mediazione grava sull'opposto a pena di improcedibilità della sua domanda

Sul tema, invece, del primo incontro sono interessanti le pronunce del Tribunale di Firenze del 15 ottobre 2015 e del Tribunale di Roma del 25.01.2016, la seconda affronta anche il tema del significato della riservatezza in mediazione e precisa che essa riguarda solo il contenuto sostanziale dell'incontro, cioè, il merito della lite.

In ogni caso il mediatore nel verbale del primo incontro, deve verbalizzare le dichiarazioni delle parti relative alle modalità di partecipazione.

Il Tribunale di Verona, con l'ordinanza. del 23.12.2015 si esprime sul rapporto tra le procedure stragiudiziali della mediazione e della negoziazione assistita prevedendo che l'art. 3 c. 5 DL 132/2014 stabilisce che se la mediazione è obbligatoria va esperita anche nel caso di esito negativo della negoziazione assistita obbligatoria e a maggior ragione se la negoziazione assistita è facoltativa

Sempre il Tribunale di Verona, sul problema se la mediazione sia condizione di procedibilità anche nei processi oggettivamente, e soggettivamente complessi, afferma che quando il tentativo di mediazione non è stato esperito rispetto alla domanda principale esso va esteso a tutte le domande ad essa cumulate.

Per ultima, ma non meno interessante, è l'ordinanza del Tribunale di Roma dell' 1.2.2016 in merito alla mediazione delegata.

Il giudice pone una particolare attenzione alla mediazione delegata al fine di affinare meglio questo strumento, al ruolo del giudice ed ai vantaggi della stessa.

In particolare si afferma che in mediazione non è un semplice invito, ma un ordine presidiato da sanzioni e che, anche per i soggetti pubblici, la partecipazione al procedimento è obbligatoria.

Sulla scia dell'ormai affermato principio di “effettività della mediazione” è l'ordinanza del Tribunale di Civitavecchia del 15.01.2016, mentre la Corte di appello di Reggio Calabria ritorna sul tema dell'accordo di mediazione in materia di usucapione e della sua efficacia.

CORTE DI CASSAZIONE
sentenza del 7.10.2015

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.

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.

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.

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

E' 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 accolli 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.

E' 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.

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 accoli 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.

E' 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.

The background of the slide is a solid orange color with a pattern of various leaf shapes in a slightly darker shade of orange, scattered across the surface. The text is centered in the upper half of the slide.

TRIBUNALE DI FIRENZE
sentenza del 15.10.2015

La domanda introdotta da parte opposta con ricorso monitorio e sfociata nell'emissione del decreto ingiuntivo n ... 2013 di questo Tribunale qui opposto, così come la riconvenzionale avanzata dagli oppositori in citazione, devono essere dichiarate improcedibili a norma dell'art. 5 bis del D. Lgs. 28/2010 (come modificato dal D.L. 21.6.2013, n. 69, convertito in L. 9.8.2013).

Come già rilevato in sede di ordinanza del ... 2014, al cui specifico contenuto si rinvia, l'effettivo esperimento del tentativo di mediazione non è rimesso alla mera discrezionalità delle parti, con conseguente libertà di queste, una volta depositata la domanda di avvio della procedura e fissato il primo incontro davanti al mediatore, di manifestare il proprio disinteresse nel procedere al tentativo, ma costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale

L'articolo 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 parti 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 ritualmente svolto il tentativo di mediazione.

Alla luce del verbale prodotto in atti da parte opposta all'udienza del ... 2015, le parti presenti al primo incontro davanti al mediatore si son 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. 5/1 bis 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.

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 Banca in sede monitoria, con conseguente revoca dell' opposto decreto. D'altro lato, indipendentemente, dalla parte opposta, analoga volontà di non procedere nel merito del tentativo era manifestata altresì da parte opponente, la cui riconvenzionale –come sopra anticipato- deve essere altrettanto dichiarata improcedibile

The background of the slide is a solid orange color, decorated with various silhouettes of leaves and flowers in a slightly darker shade of orange, scattered across the surface.

CORTE D'APPELLO DI REGGIO
CALABRIA
sentenza del 12.11.2015

Gli accordi conciliativi in materia di usucapione, invece, rientrano tra gli atti ed i contratti elencati nell'art. 2643 c.c., per i quali gli effetti della pubblicità sono regolati non dall'art. 2651 c.c., bensì dalle norme degli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c., che si improntano al principio della continuità delle trascrizioni che sorregge il sistema della pubblicità con riferimento agli acquisti derivativo-traslativi.

Di conseguenza, gli accordi di conciliazione, anche se trascritti, non sono assimilabili alle sentenze di accertamento dell'usucapione, essendo inopponibili ai terzi che vantano titoli anteriormente trascritti o iscritti che in qualche modo possano essere pregiudicati dagli accordi medesimi.

E' quindi da escludere che il verbale di conciliazione in tema di usucapione possa avere effetti liberatori (cd. *usucapio libertatis*) sul bene usucapito, non potendosi opporre ai terzi estranei all'accordo l'acquisto a titolo originario del bene e la retroattività degli effetti dell'usucapione.

In altre parole, come si è osservato in dottrina, mentre la sentenza di usucapione ha la forza di radicare un diritto nuovo in capo all'usucapiente al quale i terzi non possono opporre i loro diritti in base alle regole fissate negli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c., l'accordo conciliativo attribuisce all'usucapiente un diritto che può far valere nei confronti dei terzi nei limiti dei diritti spettanti all'usucapito e nel rispetto delle regole sulla continuità delle trascrizioni, sicché tale accordo non può in alcun modo danneggiare terzi soggetti estranei al medesimo che vantino legittimi titoli anteriormente trascritti o iscritti (il che del resto ben si comprende tenuto conto della diversa garanzia che è in grado di assicurare la sentenza di usucapione rispetto all'accordo conciliativo).

Ne discende che agli accordi de quibus non si applica il consolidato orientamento giurisprudenziale (richiamato dall'appellante), secondo cui in caso di conflitto tra avente causa del precedente proprietario ed usucapiente non prevale chi ha trascritto per primo il suo titolo di acquisto, ma prevale colui che ha acquistato a titolo originario anche in caso di mancata trascrizione della sentenza di accertamento (dato il valore di mera pubblicità notizia assegnato alla pubblicità di cui all'art. 2651 c.c.). Gli accordi con cui si accerta l'usucapione non sono infatti, come già detto, opponibili a terzi che vantino pretese nei confronti del soggetto usucapito ovvero sui beni oggetto di accertamento, in forza di un titolo trascritto o iscritto anteriormente agli accordi medesimi. Precisamente, l'operatività del meccanismo regolato dall'art. 2644 c.c. impone che sia rispettato il principio della continuità delle trascrizioni ex art. art. 2650 c.c. e, quindi, che il titolo di ciascun avente causa (ivi compreso colui che assume di aver usucapito) trovi corrispondenza e giustificazione in un titolo trascritto a favore del dante causa. In assenza di un titolo di proprietà (ovvero di altro diritto reale, a seconda delle ipotesi) trascritto a favore del dante causa le trascrizioni successive e, dunque, anche la trascrizione dell'accordo accertativo dell'usucapione, avranno effetto, secondo il disposto del 2° comma dell'art. 2650 c.c., solo allorquando l'atto anteriore di acquisto sarà trascritto. Trascritto il titolo di proprietà, le successive trascrizioni o iscrizioni produrranno effetto secondo il loro ordine rispettivo, nel rispetto dei principi di cui all'art. 2644 c.c..

Ed allora, data la differenza sostanziale tra gli effetti della pubblicità della sentenza di usucapione e gli effetti della pubblicità degli accordi conciliativi, è di tutta evidenza che il verbale di conciliazione in esame, anche se venisse trascritto, non sarebbe in ogni caso opponibile né al creditore pignorante né al creditore ipotecario

The background of the slide is a solid orange color, decorated with various silhouettes of leaves and flowers in a slightly darker shade of orange. The silhouettes are scattered across the page, with some larger leaves on the right side and smaller ones on the left.

TRIBUNALE DI CIVITAVECCHIA
ordinanza del 15.1.2016

.....verificato che la procedura di mediazione, prevista quale condizione di procedibilità della domanda è stata esperita dagli attori e dagli interventori ma non si è conclusa non essendo iniziata dopo il primo incontro, letto ed applicato il combinato disposto dall'artt. 8, comma 1 e 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 come modificato dal c.d. Decreto Del Fare n. 69/2013, convertito in legge,

fissa in “proseguo di prima udienza” la data del 2.12.2016 ore 10.30 disponendo la prosecuzione del procedimento di mediazione con il suo inizio ovvero la rinnovazione del procedimento entro il termine di 15 giorni.

Riserva all'esito ogni altra valutazione sulle questioni preliminari e di merito sollevate dalle parti.

The background of the slide is a solid orange color, decorated with various silhouettes of leaves and flowers in a slightly darker shade of orange. These elements are scattered across the page, with a higher concentration on the left and right sides, framing the central text.

TRIBUNALE DI FERRARA
sentenza del 7.1.2016

La questione su cui dibattono le parti e su cui questo giudice è chiamato a decidere è quella inerente la sorte del decreto ingiuntivo opposto: se esso debba essere revocato o se, per contro, esso divenga definitivo in conseguenza della improcedibilità della esecuzione.

Ritiene questo giudice che la causa di opposizione a decreto ingiuntivo debba essere considerata procedimento unico con riguardo alla fase sommaria di richiesta ed ottenimento del decreto, e non possa essere qualificata come fase, diversa ed ulteriore, di impugnazione del decreto ingiuntivo: “in altri termini, il procedimento che si apre con la presentazione del ricorso e si chiude con la notifica del decreto di ingiunzione non costituisce un processo autonomo rispetto a quello aperto dall’opposizione, ma da luogo a una fase di un unico giudizio, in rapporto al quale funge da atto introduttivo, in cui è contenuta la

proposizione della domanda, il ricorso presentato per chiedere il decreto di ingiunzione” (Cass. 1586 del 2012 in parte motiva).

In ragione della natura del credito e del supposto probatorio di cui gode la legge consente al creditore di chiedere ed ottenere un provvedimento di condanna al pagamento di una somma o alla consegna di una cosa inaudita altera parte, in esito ad una cognizione tipicamente sommaria da parte del giudice adito: la cognizione piena ed ordinaria è rimessa ad una fase eventuale e successiva, la cui instaurazione è rimessa alla iniziativa del debitore ingiunto.

Una volta notificato il decreto, e quindi instaurato il contraddittorio con il debitore, quest' ultimo ha sostanzialmente due possibilità: prestare acquiescenza al decreto e consentire il passaggio in giudicato o proporre, nei termini di legge, opposizione contestando la pretesa creditoria azionata. In tale secondo ed ultimo caso si instaura un giudizio a cognizione piena che segue le regole ordinarie.

Il giudizio di opposizione riguarda la domanda azionata, in forma sommaria, dal creditore con il ricorso monitorio: è il ricorso monitorio a segnare i limiti del thema decidendum della opposizione, tanto che è il creditore opposto, malgrado nel meccanismo della instaurazione successivo della instaurazione del giudizio di cognizione piena giochi il ruolo di convenuto, a rivestire la qualifica di attore in senso sostanziale.

La domanda azionata è quella del creditore con ricorso per decreto ingiuntivo: domanda rispetto alla quale il debitore ingiunto si trova ad essere convenuto in senso sostanziale. La opinione sul punto della S.C. è conforme: l'opposizione avverso il decreto ingiuntivo non è azione di impugnazione della validità del decreto stesso (per tutte, Cass. 1052/1995), ma introduce un ordinario giudizio di cognizione diretto ad accertare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'ingiungente opposto – che assume la posizione sostanziale di attore – (e delle eccezioni e delle difese fatte valere dall'opponente); con la conseguenza che la sentenza che decide sull'opposizione deve accogliere la domanda, rigettando l'opposizione medesima, quante volte riscontri che le condizioni dell'azione proposta in sede monitoria sussistano al momento della decisione (Cass. 23583 del 2010 in parte motiva).

Ed ancora in parte motiva Cass. n. 8539 del 2011: “è opportuno premettere che 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 l’opponente, pur assumendo normalmente la veste di attore, viene a trovarsi nella posizione sostanziale di convenuto, mentre l’opposto, formalmente convenuto, dev’essere considerato attore dal punto di vista sostanziale.”

Quindi la norma di cui al D.lgs 28 del 2010, laddove stabilisce che “l’esperienza del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale” deve essere interpretata e applicata in relazione alla domanda azionata nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, ovvero alla domanda spiegata dal creditore opposto.

Nonostante l'attore in senso formale sia il debitore opposto, attore in senso sostanziale è il creditore e quindi a lui spetta l'onere di instaurare la procedura di mediazione. In considerazione della natura peculiare del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo la legge ha espressamente previsto che la mediazione non debba essere esperita obbligatoriamente prima del deposito del ricorso monitorio, ma ha stabilito che la obbligatorioità diviene operativa dopo la pronuncia del GI della opposizione sulle richieste ex artt. 648 e 649 c p c, ovvero dopo la celebrazione della udienza ex art. 183 c p c.

Ritiene questo giudice che l'onere dell' esperimento della mediazione spetti al creditore ingiungente e successivamente opposto, in ragione della individuazione della domanda spiegata in giudizio e della sua titolarità in senso sostanziale.

Di conseguenza, se la mediazione non viene promossa, a divenire improcedibile è la domanda del creditore azionata in ricorso monitorio con conseguente decadenza del decreto ingiuntivo. Non si ignorano le obiezioni mosse da taluna giurisprudenza di merito in riferimento a tale posizione

Si rileva, da parte di chi sostiene che la improcedibilità comporti la definitività del decreto incumbendo l'onere della instaurazione della mediazione alla parte opponente:

- che è irragionevole che un provvedimento che la legge ha indicato come suscettibile di passare in giudicato debba decadere: tale argomentazione prova troppo in quanto il decreto ingiuntivo è solo potenzialmente in grado di assumere efficacia di giudicato, e tale eventualità è rimessa alla mancata tempestiva opposizione;
- che non è coerente pretendere che sia il creditore a promuovere un adempimento che attiene alla attivazione del processo instaurato dal debitore, quando il creditore dispone già di un titolo: tale motivazione attinge alla stessa ratio che fonda la argomentazione precedente. Il creditore ha un titolo la cui definitività è subordinata alla mancata opposizione; la proposizione della opposizione impedisce il formarsi del titolo esecutivo e trasferisce la vertenza sulla esistenza e quantificazione del credito nella sede della cognizione piena, rimettendo in discussione tutto il titolo.

– che la revoca del decreto non impedirebbe al creditore di promuovere nuovo ed analogo ricorso monitorio di identico contenuto con conseguente aggravamento del carico giudiziario; tale argomentazione farebbe pesare motivazioni di politica giudiziaria legate alla esigenza deflattiva sulla interpretazione della norma in punto di improcedibilità non tenendo conto che sempre quando un decreto ingiuntivo viene revocato per motivi di rito è pacifico che il creditore possa nuovamente ripercorrere la via monitoria.

Inoltre pare del tutto ragionevole che la spesa, sia pure non di significativo importo, della procedura di mediazione sia posta a carico della parte che ha promosso la domanda e non di chi vi resiste in giudizio: se il creditore avesse scelto la via ordinaria per ottenere l'accertamento del proprio credito e la condanna del debitore all'adempimento è pacifico che l'onere della mediazione sarebbe stato a suo carico.

Queste le considerazioni, ne consegue la revoca del decreto ingiuntivo per improcedibilità della domanda monitoria.

TRIBUNALE DI FIRENZE
ordinanza del 17.1.2016

Non è in discussione che debba essere esperito il procedimento di mediazione, mentre è dubbio su quale delle parti incomba l'onere di avviarlo.

Tale incertezza deriva dalla natura della causa, un giudizio d'opposizione a decreto ingiuntivo, nel quale, com'è noto, si ha l'inversione dei ruoli formali delle parti, rispetto alle reciproche posizioni sostanziali, in quanto l'opponente è al contempo "convenuto sostanziale" ed "attore formale", viceversa l'opposto è "attore sostanziale" e "convenuto formale". Il nodo interpretativo da sciogliere riguarda chi, tra opponente ed opposto, abbia l'onere di iniziare il procedimento di mediazione.

Precedenti sentenze di questo Tribunale hanno risolto il dilemma processuale ritenendo che onerato sia l'opposto, in qualità di "attore sostanziale", in stretta coerenza col principio della domanda (v., *ex coeteris*, Tribunale Firenze, sent. n. 473/2015)

.....La decisione del Supremo Collegio non è condivisibile e produce un ampio spettro di considerazioni in chiave critica.

Per esigenza di sintesi, preme qui almeno sottolineare, sul piano generale, che il creditore che propone ricorso monitorio non sceglie una linea deflativa, ma persegue l'interesse a munirsi, quanto prima, di un titolo esecutivo; specularmente, il debitore, facendo opposizione, non intende precludere la via breve per percorrere la via lunga; egli, semmai, esercita, nei tempi e nelle forme propri del procedimento d'ingiunzione, il diritto inviolabile alla difesa in giudizio, costituzionalmente garantito (art. 24 Cost). Venendo al *thema* cruciale della questione, nel rispetto del più elementare canone dell'ermeneutica, non si può trascurare l'esegesi testuale del dato normativo, sorprendentemente pretermessa dal *dictum* della Cassazione.

In base al combinato disposto dei commi 4, lett. a), 1 bis dell'art. 5 citato, nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, riguardanti controversie in materie (come i contratti bancari) per le quali il preventivo esperimento della mediazione è condizione di procedibilità, il procedimento di mediazione deve (necessariamente) essere introdotto dopo che il giudice ha emesso le ordinanze ex artt. 648, 649 cod. proc. civ. sulla provvisoria esecutività del titolo monitorio (che, si noti bene, possono riconoscere, ma anche negare esecutività al decreto ingiuntivo) .

In altre parole, la nuova condizione di procedibilità (l'esperimento del procedimento di mediazione) non determina una sospensione della consueta scansione del procedimento d'ingiunzione, nel senso che, anche attualmente, dopo la novella che ha introdotto il congegno di ADR, il debitore ingiunto, per evitare che il decreto ingiuntivo divenga definitivo, è tenuto, ai sensi dell'art. 641 comma 1 cod. proc. civ., a fare opposizione.

Lo scenario processuale costruito dalla Cassazione che, in sostanza, contempla l'avvio del procedimento di mediazione, da parte del debitore ingiunto, prima che egli proponga opposizione, nonché una conseguente declaratoria di procedibilità dell'opposizione — appare del tutto avulso dalle disposizioni processuali in tema di mediazione. Infatti se l'ingiunto anziché proporre tempestivamente opposizione avviasse la mediazione non si avrebbe alcuna declaratoria procedibilità della domanda, come invece prospettato dalla Cassazione, ma l'unico effetto processuale di rilievo (per così dire: decisivo) sul procedimento d'ingiunzione, instaurato dal ricorrente con il deposito della ricorso monitorio, consisterebbe nel definitivo consolidamento del decreto ingiuntivo non opposto nel termine di legge.

Nessun elemento testuale consente di affermare che la domanda di mediazione proposta dall'ingiunto, nelle more dell'opposizione, precluda il maturare del termine dell'art. 641 comma 1 cod. proc. civ..

L'effetto impeditivo della "decadenza" della domanda di mediazione, previsto dal comma 6 dell'art.5 citato, si realizza solo se la mediazione è condizione di procedibilità della domanda.

È fuori discussione, dunque, che l'ingiunto debba fare opposizione e che, solo successivamente, dopo la pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione (le ordinanze ex artt. 648, 649 cod. proc. civ.), si ponga il

problema di stabilire quale sia la parte tenuta ad avviare il procedimento di mediazione.

In conclusione, traendo le fila del ragionamento, si può continuare ad affermare che, nel procedimento d'ingiunzione riguardante materie per le quali la mediazione è obbligatoria, come i contratti bancari, dopo che l'opponente ("convenuto sostanziale") ha proposto opposizione e dopo che sono state emesse le ordinanze ex artt. 648, 649 cod. proc. civ., l'onere d'iniziare la mediazione grava sull'opposto ("attore sostanziale"), a pena d'improcedibilità della (sua) domanda, introdotta col deposito del ricorso per decreto ingiuntivo.

The background of the slide is a solid orange color with a pattern of various leaf shapes in a slightly darker shade of orange, scattered across the surface. The text is centered in the upper half of the slide.

TRIBUNALE DI ROMA
ordinanza dell'1.2.2016

La mediazione demandata dal giudice (art. 5 co.II° decr.legisl.28/10 come modificato dal decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69) che richiede anch'essa da parte del giudice attenzione e studio, ma non dovendo contenere una proposta specifica è certamente meno impegnativa.

In questo contesto, è possibile prevedere, al fine di incrementare l'efficacia del provvedimento rispetto al modello della semplice e anodina ordinanza di invio in mediazione, la presenza di indicazioni motivazionali, così come già sperimentato nell'ambito della proposta del giudice.

Mentre però in quel caso (art. 185 bis) tali indicazioni erano funzionali a propiziare nelle parti l'accoglimento della proposta del giudice, nel caso della mediazione demandata, si tratta di operazione diversa.

In questo contesto il giudice segnala alle parti ed al mediatore i punti fondamentali sui quali è opportuno orientare e centrare la discussione nella ricerca dell'accordo.

Anche in questo caso (come nella proposta ex art. 185 bis), il giudice segnala, prudentemente e con lealtà gli aspetti salienti di maggiore o minore forza delle posizioni delle parti e delle risultanze istruttorie, al fine esclusivo di favorire le migliori condizioni di confronto dialogo e soluzione del conflitto

Il vantaggio della mediazione demandata rispetto alla proposta del giudice si manifesta ulteriormente nell'armamentario sanzionatorio che è costituito da : improcedibilità delle domande da chiunque proposte se il procedimento conciliativo non stato promosso, ovvero è stato esperito in modo irrituale (secondo le chiare ed espresse indicazioni esposte nell'ordinanza di invio in mediazione); e, ove di ragione, argomenti di prova a carico ex art. 116 cpc nell'accezione prevista dall'art.8 co.4 bis del decr.lgs.28/201096 co III°

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.....

The background is a solid orange color with a pattern of various leaf shapes in a slightly darker shade of orange. The leaves are scattered across the page, with some larger and more prominent than others. In the center, there is a white rectangular box containing text.

TRIBUNALE DI ROMA
ordinanza del 25.1.2016

Il procedimento di mediazione è improntato alla riservatezza il che sta a significare che al fine di consentire l'effettiva possibilità delle parti di poter parlare liberamente senza la remora che eventuali dichiarazioni a sé sfavorevoli possano essere utilizzate nella causa, non si devono verbalizzare (da parte del mediatore) né possono essere provalate *da chiunque* (compresi gli avvocati delle parti) tali dichiarazioni che neppure possono essere oggetto di testimonianza *et similia...*

Occorre però perimetrare con esattezza giuridica tale principio. Che, in primo luogo, non vale, per espressa disposizione di legge (art. 9 cit.) contro la volontà della parte dichiarante

Inoltre, per coerenza logico-giuridica con quanto testé osservato a proposito della tutela della libertà di dialogo che va garantita alle parti, il principio relativo alla riservatezza delle dichiarazioni delle parti deve essere riferito al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione, vale a dire al merito della lite.

Ogni qualvolta, invece, tali dichiarazioni, quand'anche trasposte al di fuori del procedimento di mediazione, riguardano circostanze che attengono alle modalità della partecipazione delle parti alla mediazione e allo svolgimento (in senso

procedimentale) della stessa, va predicata la assoluta liceità della verbalizzazione e dell'utilizzo da parte di chicchessia. Ed invero, in tale ambito una compiuta verbalizzazione è necessaria al fine di consentire al giudice la conoscenza del contenuto della condotta delle parti nello specifico contesto di cui trattasi; conoscenza indispensabile in relazione alle previsioni del *decr.lgs.28/2010* relative alla procedibilità delle domande ed all'art.8 co. 4 bis dello stesso decreto, nonché, in via generale dell'art.96 cpc

Sarebbe infatti un'assoluta aporia prevedere da una parte che il giudice debba e possa sanzionare la mancata o irrituale partecipazione delle parti al procedimento di mediazione e per contro precludergli la conoscenza e la valutazione degli elementi fattuali che tale ritualità o meno integrano.

Per la medesima ragione, **deve essere verbalizzata** dal mediatore **la risposta di ciascuna delle parti interpellate alla *fatidica* domanda (del mediatore) *sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione*** (art. 8 co. 1° quinto periodo decr.lgs.28/2010)

A tale proposito, oltre alla dichiarazione consistente nella risposta alla predetta domanda, è necessario e doveroso che venga verbalizzata **la ragione del rifiuto a proseguire nella mediazione vera e propria** .

Ciò, sempre che la parte dichiarante la esponga e chiedi la relativa verbalizzazione (peraltro nell'ambito delle attività del mediatore, sarebbe buona prassi degli organismi fornire alle parti, oltre le informazioni che la legge prevede, quelle relative allo stato della giurisprudenza sulle questioni più rilevanti e di interesse in tema di mediazione).

Conclusivamente, il mediatore deve trascrivere ogni circostanza – quand’anche consistente in dichiarazioni delle parti – utile a consentire (al giudice) le valutazioni di competenza, altrimenti impossibili, attinenti alla partecipazione (o meno) delle parti al procedimento di mediazione ed allo svolgimento dello stesso, come pure le circostanze che attengono al primo incontro informativo. In relazione al quale la parte che rifiuta di proseguire può esporne la ragione chiedendo che venga trascritta, con il correlativo obbligo del mediatore di verbalizzarla.

Il mediatore non è né un collaboratore del giudice né un suo ausiliario, ma lo schema della legge prevede, in sommo grado nella mediazione demandata, una serie di link che non possono essere ignorati fra il procedimento di mediazione e la causa.

Fra essi vanno ricordati in primo luogo la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 commi 1 bis e 2, nonché le conseguenze della mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo di cui all'art. 8 co. 4 bis, gli effetti nella causa della proposta del mediatore di cui all'art. 13, l'efficacia di titolo esecutivo del verbale di accordo ove regolarmente asseverato dagli avvocati che abbiano assistito le parti che hanno aderito alla mediazione di cui all'art.12 e, benché non espressamente affermato dalla legge, la producibilità nella causa della relazione dell'esperto di cui all'art. 8 co. 4 .

Una corretta verbalizzazione da parte del mediatore delle circostanze che attengono a segmenti del procedimento di mediazione che, in vario modo, rilevano e si riverberano nella causa, si appalesa quindi più che utile, doverosa e necessaria.

Ed il giudice svolge a tale fine una fondamentale attività didattica e di raccordo, nella grande varietà di condotte, non sempre approvabili, che emergono dall'esame dei verbali degli organismi di mediazione

La natura dell'incontro di mediazione di cui all'art 8 co. quinto della legge .

Sulla base di una interpretazione meramente letterale delle norme (cf. pure il comma 2 bis dell'art.5 della legge) ove le parti, o una di esse, neghino, a domanda del mediatore, che sussista *la possibilità di iniziare la procedura di mediazione*, si potrebbe ritenere che il procedimento di mediazione sia concluso e la condizione di procedibilità della domanda giudiziale realizzata.

L'erroneità di tale opzione interpretativa è agevolmente dimostrabile.

Sarebbe a dire, in altre parole, che da una parte la legge prescrive che per introdurre (o proseguire) la causa occorre che venga esperito il procedimento di mediazione (che consiste in ciò che è ben descritto nella lettera a. dell'art.1 della legge, nonché negli artt. 8 commi 2-4 ed nell'art.11 della legge) e dall'altra che anche se le parti (ed in particolare il proponente la domanda) dichiarano di non voler effettuare la mediazione (che conseguentemente non si è svolta) ... la mediazione si considera svolta e la procedibilità attinta

Un perfetto ossimoro.

Aderendo a tale accezione si deve postulare che le parti abbiano il diritto potestativo di decidere di non svolgere la mediazione (finanche quando il giudice lo ha ordinato !), ottenendo il medesimo vantaggioso risultato (procedibilità, assenza di sanzioni per la mancata partecipazione) che la mediazione fosse stata esperita davvero.

Conclusione questa del tutto azzardata ed irrazionale

In mancanza di qualsiasi dichiarazione, autorizzativamente verbalizzata, della parte, sulla ragione del rifiuto di proseguire nel procedimento di mediazione, tale rifiuto va considerato non giustificato.

Le conseguenze di tale rifiuto – ingiustificato- di procedere nella mediazione sono sovrapponibili alla mancanza *tout court* della (partecipazione alla) mediazione: non della mediazione, in virtù della dichiarazione dell'istante-attrice di voler procedere. Con quanto ne può conseguire.

Non può infatti essere oggetto di dubbio che il mero incontro informativo (che, per come configurato dalla legge, nulla ha a che vedere con lo specifico merito della controversia insorta fra le parti), non possa giammai, e specialmente nella mediazione demandata, neppure con i più acrobatici sforzi dialettici, essere parificato allo svolgimento dell'esperimento della mediazione.

La quale, giova ricordarlo, consiste nell' *“attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”* (così testualmente l'art. 1 co.1 lett. A della legge).

TRIBUNALE DI VERONA
sentenza del 18.12.2015

.....è alquanto controverso, sia in dottrina che in giurisprudenza, se la norma succitata trovi applicazione anche nei processi oggettivamente e soggettivamente complessi, come quello di specie, e quindi se la mediazione sia condizione di procedibilità anche delle domande fatte valere nel corso del processo dal convenuto, dai terzi intervenienti volontari o su chiamata e pure dallo stesso attore, sotto forma di *reconventio reconventionis*; peraltro i maggiori dubbi riguardano il caso in cui la domanda cumulata sia inedita, ossia si venga ad aggiungersi ad una domanda principale che è già stata sottoposta a mediazione;

per contro, qualora non si sia svolto un tentativo di conciliazione rispetto alla domanda principale, come è accaduto nel caso di specie, non si vedono ragioni per non estendere la mediazione a tutte le domande ad essa cumulate che vi siano soggette e quindi, con riguardo al caso di specie, sia alla domanda attorea che a quella della convenuta nei confronti della terza chiamata, che a quella risarcitoria avanzata dai terzi intervenuti, la quale, va evidenziato, si fonda sul medesimo titolo di quella degli attori;

The background of the slide is a solid orange color with a pattern of various leaf shapes in a slightly darker shade of orange, scattered across the surface. The text is centered in the middle of the slide.

TRIBUNALE DI VERONA
sentenza del 23.12.2015

.....occorre infatti rammentare che l'art. 3, comma 5 primo periodo del d.l. 132/2014, convertito nella legge 162/2014, prevede che: *“Restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di mediazione e conciliazione, comunque denominati...”*; tale norma impone espressamente il cumulo tra negoziazione assistita obbligatoria e procedure stragiudiziali obbligatorie, per legge o per previsione contrattuale o statutaria, salvo che la controversia non sia soggetta a mediazione obbligatoria ex lege, perché in tal caso solo questa procedura va esperita; per essere ancora più chiari: l'esito negativo di una procedura stragiudiziale prevista obbligatoriamente per una determinata controversia non esonera le parti dall'esperimento della negoziazione assistita che sia prevista per quella stessa controversia e viceversa;

è evidente peraltro, pur in mancanza di una chiara previsione normativa, che lo stesso iter va seguito nel caso, come quello di specie, in cui in relazione ad una controversia soggetta a mediazione obbligatoria sia stata prima esperita una negoziazione assistita facoltativa; del resto una simile sequenza non appare in astratto inutilmente dilatoria, a differenza di quella inversa (negoziiazione esperita dopo il fallimento della mediazione) poichè consente il passaggio ad una procedura stragiudiziale che presenta un valore aggiunto rispetto alla prima, costituito dall'intervento di un terzo imparziale, che può favorire l'esito conciliativo;