

OSSERVATORIO GIURISPRUDENZIALE SULLA MEDIAZIONE CIVILE

A CURA DI RITA BEVACQUA

TRIBUNALE DI PALERMO ORDINANZA
DEL 16 LUGLIO 2014

TRIBUNALE DI FIRENZE SENTENZA DEL
24.9.2014

TRIBUNALE DI ROMA SENTENZA DEL
29.9.2014

TRIBUNALE DI AVEZZANO ORDINANZA
DEL 29.10.2014

TRIBUNALE DI FIRENZE DEL 30.10.2014

Con l'ordinanza del Tribunale di Palermo del 16.7.2014 si interviene, dopo il Tribunale di Firenze ed il Tribunale di Milano, per chiarire il significato del primo incontro e quando deve considerarsi avverata la condizione di procedibilità.

Il giudice di Palermo partendo dall'esame dei due diversi orientamenti seguiti da Milano e da Firenze sembra orientarsi verso una terza via.

Se da un lato richiede l'effettività del tentativo di mediazione, dall'altro ritiene difficile sostenere che le parti debbano essere personalmente presenti.

Infine, affinché si consideri avverata la condizione di procedibilità, afferma che il mediatore non deve verificare la volontà delle parti di andare in mediazione quanto deve valutare se esiste la possibilità di iniziare la mediazione.

Un altro tassello si aggiunge, dunque, all'interpretazione giurisprudenziale sul primo incontro: si tratterebbe di un incontro preliminare cui la parte deve intervenire al fine non tanto di manifestare la propria volontà di fare la mediazione quanto per consentire al mediatore di valutare la reale possibilità di un accordo.

Tribunale di Palermo

ordinanza 16.7.2014

.....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*).....

.....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 rinvengono, 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 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

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.

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).

TRIBUNALE DI FIRENZE SENTENZA DEL 24.9.2014

....Ritiene il Tribunale che la condizione di procedibilità non si sia avverata per mancato esperimento del procedimento di mediazione.....il mancato avveramento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale comporta la revoca del decreto ingiuntivo in considerazione che attore in senso sostanziale è l'opposto.....

La sentenza del Tribunale di Firenze del 24.9.2014 va evidenziata per due profili:

1- ritiene non avverata la condizione di procedibilità con riferimento ad un verbale di mediazione dal quale emergeva che le parti avevano dichiarato al primo incontro che non c'erano i presupposti oggettivi per sviluppare ipotesi conciliative; con ciò osservando che dopo che il giudice dispone la mediazione le parti non hanno più la scelta dello strumento.

2- revoca il decreto ingiuntivo, cioè la domanda giudiziale.

TRIBUNALE DI ROMA SENTENZA DEL 29 SETTEMBRE 2014

La sentenza in esame risolve due problematiche:

- 1- la possibilità di avviare la mediazione in un giudizio di querela di falso
- 2- quando si realizza la condizione di procedibilità ai sensi dell'art.5 c.2 bis del Decreto legislativo 28/2010

.....va evidenziato che nel giudizio civile di querela di falso non intervengono interessi pubblicistici (come accade in sede penale), e ciò neppure nelle ipotesi estreme. Si immagini (verosimilmente potrebbe rientrarvi il caso in esame), in cui sia impugnato di falso un atto pubblico. Anche in questo caso, la circostanza che all'esito del giudizio il giudice civile potrebbe ravvisare ipotesi di reato a carico di taluno, con quanto ne consegue in termini di trasmissione degli atti al titolare dell'azione penale, non viene meno la piena disponibilità degli interessi sottesi alla promozione della causa civile.

Come dimostra la circostanza che l'esito del giudizio è l'accertamento della genuinità o meno dello specifico contenuto di un atto, in ordine alla quale è previsto che il giudice ai fini di accertarlo (art. 222 c.p.c) ammette i mezzi istruttori che ritiene idonei, e dispone i modi e i termini della loro assunzione. Fra tali mezzi è sicuramente ammissibile la confessione. Attingibile anche (ma non solo) a mezzo dell'interrogatorio formale.

Se la parte che ha impugnato di falso confessa la veridicità della scrittura, cosa che incontrovertibilmente è ammissibile e possibile sia concettualmente e sia in punto di diritto, si produrranno due conseguenze: da una parte che la causa avrà fatto regolarmente il suo corso raggiungendo uno degli esiti possibili, dall'altra che si avrà la dimostrazione della piena disponibilità del diritto del soggetto che ha avanzato la querela di falso.

Risulta pertanto dimostrata in modo incontrovertibile la piena legittimità dell'invio in mediazione, anche sotto il profilo della disponibilità del diritto dell'attrice.

Le questioni principali e fondamentali che vanno esaminate, de iure condito, riguardano la necessaria presenza personale delle parti nel procedimento di mediazione e la necessità o meno che al mediatore sia consentito di svolgere l'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 l'art. 1 co. 1 lettere A e B del decr.lgs. 28/2010)

Al secondo interrogativo veniva data risposta positiva, già nella vigenza della precedente normativa primaria, dal giudice della Sezione Distaccata di Ostia del Tribunale di Roma con la sentenza 22.8.2012 nella causa srl SDPCA c. srl GUU 1

Come supra ricordato l'art. 5 del decreto legislativo 28/10 prevede che chi intenda esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia nelle materie indicate dalla stessa norma sia tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione.

L'orientamento interpretativo (del decr. legisl. 28/10) che si ritiene debba essere preferito a proposito del contenuto formale o sostanziale di tale precetto è per la soluzione contenutistica, vale a dire che non sia sufficiente, per radicare l'avveramento della condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziale nei casi di cui al primo comma dell'art. 5 cit. la semplice proposizione della domanda di mediazione alla quale non segua effettivamente la presenza e la partecipazione (almeno) della parte istante davanti al mediatore.

Il Ministero della Giustizia già con la circolare 4 aprile 2011 – Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti osservava quanto segue:

“Preme evidenziare che si ritiene non corretto l’inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l’incontro fissato del responsabile dell’organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l’istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell’organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata.

Una siffatta previsione non può, infatti, essere considerata conforme alla disciplina normativa in esame nei casi di operatività della condizione di procedibilità di cui all'art.5 del d.lgs.28/2010.L'inserimento di tale previsione nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione non può che essere ritenuta in contrasto con la norma primaria (art.5 del d.lgs 28/2010) che esige che, per determinate materie, deve essere preliminarmente esperito il procedimento di mediazione: il che postula che si compaia effettivamente dinanzi al mediatore designato, il quale solo può constatare la mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione.

La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l'istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione.

Ove, invece, si ritenesse legittima tale previsione regolamentare, si produrrebbe l'effetto, non consentito, di un aggiramento della previsione che ha imposto l'operatività della condizione di procedibilità per talune materie. In realtà, in tale caso, deve ritenersi che il rilascio da parte della segreteria di un organismo della dichiarazione di conclusione del procedimento non può assurgere ad atto valido ed efficace ai fini dell'assolvimento dell'onere di esperire previamente il tentativo di conciliazione; ciò in quanto la mancata comparizione anche del solo istante, dinanzi al mediatore, impedisce di ritenere correttamente iniziato e proseguito il procedimento di mediazione.

A dare ulteriore conforto a tale impostazione è la circostanza che ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. 28/2010 e dell'art. 7 del d.m. 180/2010, il mediatore può formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione; in ogni caso, è il mediatore che deve verificare se effettivamente la controparte non si presenti, essendo tale comportamento valutabile dal giudice nell'effettivo successivo giudizio, ai sensi dell'art. 8, comma quinto, del d.lgs. 28/2010

E', inoltre, rilevante considerare che, nel corso del procedimento di mediazione, il mediatore potrebbe ragionare con l'unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all'altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore. In conclusione: la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, sia pure con le modalità sopra indicate, con la conseguenza che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, l'unico soggetto legittimato secondo legge a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore e non la segreteria dell'organismo di mediazione.

Il contatto delle parti con il mediatore mediante fax, telegramma et similia NON integra la condizione di procedibilità prevista dalla norma

.....l'interrogativo, all'altro quesito, nasce da due norme di nuovo conio e precisamente dall'art. 8 comma primo, periodo quarto del decr.lgs. 28/10 come modificato dal d.l. 69/2013 prevede 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; e dall'art. 2 bis dell'art. 5 del decr.lgs. 28/10 come modificato dal d.l. 69/2013 secondo cui 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.

E' legittimo interrogarsi infatti se tali norme autorizzino (o addirittura impongano) una interpretazione alla stregua della quale la condizione di procedibilità si possa considerare realizzata:

a. anche laddove non vi sia un incontro (delle parti e/o dei loro avvocati) con il mediatore;

.

.....Ebbene si ritiene la sostanziale conformità (sia pure con la consapevolezza del relativismo storico della interpretazione normativa, che per quanto ci occupa deve confrontarsi con una cultura nazionale ancora largamente distante dalla media conciliazione) al decreto legislativo 28/10 della disposizione che prevede che ove sussiste obbligatorietà del tentativo di mediazione è necessario che l'invitante si presenti in ogni caso (vale a dire anche nel caso in cui la parte chiamata non abbia dato alcuna risposta ovvero abbia dichiarato di non avere interesse a presenziare al tentativo di media conciliazione) davanti al mediatore

Ciò in quanto deve essere il mediatore ad accertare ed attestare la mancata comparizione della controparte e la conclusione negativa del procedimento di mediazione.

Diversamente opinando si correrebbe il rischio, specialmente nell'attuale periodo di ancora diffusa diffidenza verso l'istituto della mediazione, di prestare il fianco a condotte delle parti non corrette (in quanto sostanzialmente aventi lo scopo di bypassare tout court la mediazione ovvero, che è lo stesso, di espropriare surrettiziamente il mediatore delle funzioni che la legge gli attribuisce).

.....Quanto alla situazione sub a) ritiene il giudicante che un'interpretazione piana e del tutto coerente con il contenuto e lo spirito delle norme in commento, consenta di affermare che laddove non vi sia un incontro (delle parti e/o dei loro avvocati) con il mediatore non si possa considerare realizzata la condizione di procedibilità della domanda.

Va premesso che i provvedimenti generali emessi dal Ministero della Giustizia ricordati in nota 1) ritengono che il mediatore debba comunque acquisire la presenza delle parti (o almeno di quella istante) solo nel caso di mediazione obbligatoria

.....Il citato art.2 bis dell'art. 5 del decr.lgs. 28/10 come modificato dal d.l. 96/2013 prevede al fine di considerare avverata la condizione di procedibilità che si sia verificato almeno un primo incontro dinanzi al mediatore sia pure conclusosi senza l'accordo.

Poiché solo con acrobazie dialettiche si potrebbe parificare l'incontro (fisico) di cui parla la norma ad un incontro solo cartaceo, qual'è quello che si determina, come nel caso in esame, in presenza di missive, telegrammi, fax o simili, inviati, dalle parti renitenti, al mediatore, si deve affermare con certezza che in questo secondo caso, che è quello che qui interessa, non si sia realizzata la condizione di procedibilità prevista dalla legge.

TRIBUNALE DI AVEZZANO

ORDINANZA DEL 29.10.2014

Con la ordinanza in esame il Tribunale afferma che il decreto che omologa il verbale di conciliazione di cui all'art.12 del D.Lgvo n.28/2010 è titolo esecutivo e pertanto non va apposta la formula esecutiva e può essere intrapresa la procedura esecutiva

Considerato che il decreto di omologa del verbale di conciliazione secondo il disposto di cui all'art 12 d.lvo 28/2010 deve intendersi alla stregua di titolo esecutivo; che non risulta pertanto a tal fine indispensabile l'apposizione della formula esecutiva e che tale interpretazione, peraltro suffragata da autorevole dottrina, trae convincimento dall'assunto secondo cui il legislatore ha espressamente indicato i casi in cui è indispensabile tale ulteriore adempimento formale; che, pertanto, va da sé come nel silenzio della legge il solo decreto di omologa possa essere sufficiente per intraprendere la procedura esecutiva; che tale soluzione risulta ulteriormente rafforzata dalla lettura sistematica degli artt 474 e 475 c.p.c.; che, in particolare, tale ultima norma espressamente disciplina le ipotesi residuali in presenza delle quali è richiesta la specifica e preventiva apposizione della formula esecutiva; che dalla circostanza che l'art 475 c.p.c. non richiami la categoria degli atti ai quali la legge attribuisce una specifica efficacia esecutiva deve ritenersi che per il provvedimento di omologa della conciliazione che rientra all'interno di tale ampio genus, non sia necessaria la formula esecutiva

TRIBUNALE DI FIRENZE

SENTENZA DEL 30.10.2014

Premesso che è pacifico il mancato esperimento nel termine assegnato del procedimento di mediazione delegata ai sensi dell'art. 5, II co. D. Lgs 28/2010 e s.m.i., deve valutarsi in questa sede la conseguenza di tale omissione, avuto riguardo alla particolare natura del giudizio qui instaurato (opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 645 e ss c.p.c., con proposizione di domanda riconvenzionale e con riconventio riconventionis ai sensi dell'art. 96 c.p.c. della parte opposta).

La disposizione citata prevede che “... il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione ed 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 comma 4 della medesima disposizione prescrive inoltre che i commi 1 bis e 2, e cioè quelli che prevedono la mediazione obbligatoria prima del giudizio, ovvero la mediazione delegata dal giudice per le cause già pendenti, non si applicano “ nei procedimenti di ingiunzione, inclusa l’opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione” (lett. a).

Ad avviso del giudicante con tale disposizione si è inteso escludere sia che la proposizione del ricorso monitorio o della opposizione in materia rientrante tra quelle per le quali è prevista la necessaria mediazione ante causam, siano condizionate da tale incombente, sia che in tali procedimenti e nel susseguente giudizio di opposizione sino a quando siano stati adottati i provvedimenti, ritenuti evidentemente urgenti ed incompatibili con i tempi della mediazione, di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c., possa essere disposta la mediazione delegata dal giudice.

La ratio di tale disciplina è evidente. Si è cioè ritenuto che lo svolgimento della procedura di mediazione fosse sostanzialmente incompatibile con le peculiari caratteristiche del procedimento monitorio, caratterizzato dalla rapidità e assenza di previa attivazione del contraddittorio, e dell'opposizione, il cui termine di proponibilità è contingentato dall'art. 641 c.p.c.

Alla luce di tale disposizione ne segue che, in caso di pretesa azionata in via monitoria, l'esperimento della mediazione è possibile solo quando è proposta opposizione, e comunque dopo l'adozione dei provvedimenti, considerati urgenti e *latu sensu* cautelari, sulla esecutività del provvedimento monitorio emesso.

Ciò posto, fermo restando che ai sensi dell'art. 5, co. II, citato, il mancato esperimento della mediazione delegata dal giudice, così come nel caso di mediazione ante causam, comporta la "improcedibilità della domanda giudiziale", è assai discusso in dottrina e giurisprudenza chi abbia l'onere di promuovere la mediazione, e quindi abbia interesse ad evitare la declaratoria di improcedibilità, in caso di mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo. E' evidente infatti che, in una causa ordinaria, l'interesse a promuovere la mediazione sarà sempre dell'attore, in quanto parte che mira ad ottenere sentenza di merito sulla domanda proposta.

Il convenuto potrà infatti avere interesse ad eseguire la mediazione solo laddove abbia proposto domanda riconvenzionale, ovvero comunque confidi nella probabile emissione di una pronuncia di merito favorevole, come tale idonea al giudicato sostanziale ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Negli altri casi, l'eventuale declaratoria di improcedibilità non pregiudica direttamente il convenuto, che anzi vede allontanarsi il rischio di una pronuncia di merito sfavorevole.

Controversa è invece la questione, ove la mediazione omessa 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”

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.....

Ad avviso di questo Giudice, pur consapevole della obbiettiva controvertibilità della questione, la tesi corretta 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.....

.....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. Invero, la tesi per prima indicata appare fondata essenzialmente, al di là delle suggestioni relative allo scollamento tra qualità formale e sostanziale delle parti, peraltro costituente anch'esso caratteristica di tale tipo di procedimento, su una mera interpretazione letterale della disciplina, secondo cui "l'improcedibilità della domanda giudiziale" sarebbe senz'altro da individuare, anche ai sensi dell'art. 39 ultimo comma c.p.c., nell'originario ricorso monitorio. Peraltro, così argomentando, si verrebbe a configurare, come è stato evidenziato in dottrina, una singolare "improcedibilità postuma" che dovrebbe colpire un provvedimento giudiziario condannatorio idoneo al giudicato sostanziale, già definitivamente emesso, ancorché sub giudice

Si tratterebbe, in sostanza, di sanzione processuale che non consta abbia uguali nell'ordinamento processuale.

Il tutto senza considerare l'inopportunità di porre nel nulla una pretesa che già stata scrutinata positivamente dall'autorità giudiziaria, sia pure non nel contraddittorio delle parti, con provvedimento idoneo al giudicato sostanziale. Si aggiunga che in tal caso, ove la domanda sia una pretesa creditoria di condanna, dovrebbe allora ritenersi, con riferimento al giudizio di appello, che la inosservanza della mediazione disposta dal giudice dovrebbe comportare, ove la sentenza di primo grado abbia interamente accolto la domanda ed il gravame sia stato proposto dal debitore condannato che non abbia avanzato alcuna riconvenzionale, l'integrale travolgimento non solo del giudizio di appello, ma anche di quello di primo grado e della sentenza impugnata.

Fare riferimento alla domanda sostanziale, ed alla nozione di attore in senso sostanziale, porterebbe ciò all'inevitabile conseguenza, sempreché nelle more non siano maturate decadenze o prescrizioni, che il processo potrebbe ricominciare da zero (nuovo ricorso monitorio, conseguente opposizione ecc.).

Dove sia la ratio deflattiva dell'istituto della mediazione delegata, così interpretata, resta incomprensibile. In realtà in caso di omessa mediazione nell'opposizione a D.I. non si avrebbe alcun deflazione mento effettivo, bensì il raddoppio dei processi e degli adempimenti. Il creditore che non ottiene soddisfazione dal processo "improcedibile" non esiterà, nella maggior parte dei casi, a riproporre in via giudiziale la medesima domanda. Si aggiunga che la soluzione interpretativa proposta esalta la portata e l'efficacia deflattiva dell'istituto, essendo evidente che il formarsi del giudicato rende non più ulteriormente discutibile il rapporto controverso, con conseguente rigetto in rito dell'eventuale riproposizione della medesima domanda (o di altre con questa incompatibili). Le questioni poste a base dell'opposizione a DI, come nel caso dell'appello, una volta dichiarate "improcedibili", non potrebbero essere più utilmente riproposte.

”.

Né d'altra parte può ritenersi, così come sostenuto nella citata pronuncia dal Tribunale di Varese, che tale soluzione circa l'opposizione a D.I., creerebbe "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

Invero, non può ravvisarsi alcuna disparità irragionevole nella circostanza che la scelta tra i diversi strumenti processuali attivabili dall'attore sostanziale possa comportare oneri e costi diversi per la parte convenuta. D'altra parte non seriamente contestabile la piena legittimità e compatibilità del rito monitorio e della disciplina codicistica dell'opposizione con i principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e ciò anche se è indubbio che la scelta tra le diverse opzioni possibili di esercizio del diritto di azione, e segnatamente quella del rito monitorio, pone a carico della parte ingiunta oneri diversi ed ulteriori (si pensi solo al termine più breve per proporre l'opposizione, rispetto a quello di cui all'art. 163 bis c.p.c., e di costituzione in giudizio, ovvero ai costi di iscrizione a ruolo e di notifica della causa di opposizione) rispetto a quelli che la stessa deve assolvere, ove evocata in giudizio in via ordinaria.

Ciò che è certo è che i costi della promozione della mediazione, che consistono in sostanza nella mera redazione ed invio della richiesta all'organismo di mediazione con pagamento delle spese di segreteria per poche decine di euro, per la loro obbiettiva modestia, non possono certo considerarsi di per sé tali da far valutare irragionevole la scelta legislativa in questione.

D'altra parte va richiamato il combinato disposto di cui agli artt. 5 comma 2 bis e 17, comma 5 ter D. Lgs. N. 28/10, così come introdotti dal DL 69/13 conv. L. 98/13, da cui si evince, da un lato, che la condizione di procedibilità della domanda giudiziale “si considera avverata se il primo incontro avanti al mediatore si conclude senza l'accordo” e, dall'altro, che “nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione”.

Non sembra pertanto che porre l'onere dell'avvio della mediazione a carico del debitore opponente comporti alcun sacrificio economicamente apprezzabile.

Si aggiunga che tale opzione interpretativa, che pone a carico della parte opponente l'onere della proposizione della mediazione, dovrà applicarsi, ovviamente, non solo nei giudizi ex art. 645 c.p.c., ma ogni qualvolta il processo abbia già prodotto un provvedimento idoneo al giudicato ex art. 2909 c.c. (es. ordinanze ex art. 186 bis e ter c.p.c. ecc.). Anche in tal caso la omessa mediazione comporterà la intangibilità del provvedimento adottato, con le inevitabili conseguenze circa gli antecedenti logici della decisione e l'oggetto del giudicato

In tutti gli altri casi, ovviamente, non può che prendersi atto della scelta legislativa circa la sanzione processuale applicata, di mero rito, e della conseguente possibilità di riproposizione della domanda senza limiti, salva l'eventuale maturazione di decadenze o prescrizioni

Interessante e condivisibile la sentenza in esame del Tribunale di Firenze che sposa la tesi secondo cui la mancata mediazione rende improcedibile il giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo e non la domanda giudiziale relativa al procedimento monitorio e pone a carico del debitore opponente l'onere dell'avvio della mediazione