

n. 6/2016

Roma, maggio 2016

MEDIAZIONE E GIUDIZI DI OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

Recenti sviluppi giurisprudenziali sull'onere di attivazione e sul rifiuto di proseguire la mediazione.

1. L'ordinanza.

Con l'ordinanza del 17.01.2016, il Tribunale di Firenze è tornato sulla nota questione in ordine all'individuazione della parte processuale sulla quale far ricadere l'onere di attivare il procedimento di mediazione in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, fornendo una interpretazione in senso difforme rispetto a quanto ritenuto nell'orientamento della Corte di Cassazione con la altrettanto recente pronuncia n. 24628 del 3.12.2015.

Nonostante l'intervento del Supremo Collegio fosse stato caldeggiato proprio dalla giurisprudenza di merito - al fine di comporre un contrasto interpretativo sorto tra quanti ritenevano l'onere di attivare la mediazione posto a carico dell'opposto e quanti, diversamente, guardavano all'opponente come il soggetto gravato di un siffatto onere - i Giudici non hanno ritenuto detta sentenza meritevole di avallo.

Il Tribunale di Firenze, infatti, ha accolto criticamente la pronuncia della Corte di Legittimità, registrandone presunti punti deboli.

Come è noto, chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa, tra le altre, ad una controversia in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione (art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. 28/2010). Tuttavia, detto procedimento non è obbligatorio e, pertanto, non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale **nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione** (art. 5, comma 4, D.Lgs. cit.). Ciò significa che, nei procedimenti per ingiunzione, il carattere obbligatorio della mediazione rimane latente e prenderà vigore solo nella fase eventuale dell'opposizione e, precisamente, dopo la prima udienza, deputata, tra l'altro, alla concessione della provvisoria esecutorietà.

La giurisprudenza di merito si è quindi interrogata in ordine all'individuazione della parte sulla quale incombe l'obbligo di attivare il procedimento di mediazione. Il dubbio ha sempre riguardato se tale onere gravi in capo all'opponente - convenuto in senso sostanziale - ovvero

all'opposto - attore in senso sostanziale - e le soluzioni, già prima dell'intervento dei Giudici di Legittimità, hanno portato con sé conclusioni diametralmente opposte.

La questione - in sede di opposizione a decreto ingiuntivo - non è di poco conto, considerato che il mancato esperimento della mediazione comporta conseguenze irreversibili che, a seconda della scelta effettuata, possono tradursi nella conferma o nella revoca del decreto.

Sul punto, maggioritario, anche prima dell'intervento della Cassazione, risultava l'orientamento di quanti ritenevano l'onere in parola posto a carico della parte opponente.

Tuttavia, i Giudici fiorentini con l'ordinanza del 17.01.2016 si sono distaccati nettamente dalla sentenza n. 24269/2015 della S.C., stabilendo che **l'attivazione della mediazione spetta al creditore opposto** e che, in caso contrario, **il decreto ingiuntivo decade automaticamente, con liberazione del debitore da ogni obbligo di pagamento.**

Secondo il giudice toscano, dunque, l'onere di attivare la mediazione grava sull'opposto (attore sostanziale), a pena d'improcedibilità della sua domanda introdotta con il deposito del ricorso per decreto ingiuntivo, coniano una sorta di «invalidità postuma».

Il Tribunale di Firenze è giunto a qualificare la sentenza della Cassazione strutturata su presupposto non corretto: *“applicazione della condizione di procedibilità per la proposizione della opposizione al decreto ingiuntivo anziché nel momento successivo*

alla proposizione...” e così tentando di costruire un ragionamento incentrato molto di più sulla mediazione che sul processo.

Lo scopo della mediazione è - secondo il giudice toscano - offrire un vantaggio e un'opportunità alle parti e non inutilmente ostacolarle nell'accesso alla giustizia. Essa, quindi, serve a richiamare l'attenzione della parte che intenda adire il giudice su *“se non vi sia in realtà un metodo più adeguato a soddisfare i propri interessi rispetto alla definizione eteronoma del conflitto”*, una soluzione *“più mirata, flessibile e, ove possibile, rigenerativa di rapporti in una fase stragiudiziale”*.

In verità, l'ordinanza resa dal Tribunale di Firenze appare singolare, anche, alla luce del precedente orientamento espresso proprio dallo stesso Tribunale con sentenza del 30.10.2014, ove *“pur consapevole della obbiettiva controvertibilità della questione”*, era stata dichiarata l'improcedibilità dell'opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del decreto opposto¹.

Detta soluzione veniva, all'epoca, privilegiata dai giudici gigliati, in quanto idonea a consentire armonia con i principi generali in materia di inattività delle parti, posto che, in fondo, la mancata attivazione della mediazione altro non sarebbe che l'omessa attuazione di un ordine del giudice.

Osservava infatti il Tribunale che l'inattività delle parti di regola produce

¹ In tal senso anche Trib. Prato, 18 luglio 2011, est. Iannone; Trib. Rimini, 5 agosto 2014, est. Bernardi.

l'estinzione del processo e che, se è vero che l'art. 310 c.p.c. prevede che *"l'estinzione del processo non estingue l'azione"*, è anche vero che detta regola non può valere con riferimento all'estinzione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. L'art. 653, co. 1, c.p.c., dispone infatti che, nella ipotesi in esame, *"il decreto, che non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva"*. Tale disposizione va intesa nel senso che l'estinzione del giudizio di opposizione produce gli stessi effetti dell'estinzione del giudizio di impugnazione (art. 338 c.p.c. secondo cui *"l'estinzione del giudizio di appello... fa passare in giudicato la sentenza impugnata"*): dunque, il decreto ingiuntivo opposto diviene definitivo ed acquista l'incontrovertibilità propria del giudicato². Non sarà pertanto possibile riproporre l'opposizione e resteranno coperti da giudicato implicito tutte le questioni costituenti antecedente logico necessario della decisione monitoria.

Le riportate argomentazioni svolte proprio dal Tribunale di Firenze, sembrano ancora più lodevoli alla luce dell'intervento in materia del Supremo Collegio con la sentenza n. 24629/15, cionondimeno, esse sono state disconosciute dallo stesso Tribunale di Firenze che ne era stato sostenitore (sic!).

2. Il primo incontro di mediazione ed il rifiuto di proseguire.

In tema di mediazione, altra questione interessante è stata resa oggetto di recente

² Cfr. anche Cass. n. 4294/2004.

pronuncia del Tribunale di Roma che, con ordinanza del 25.01.2016, ha affrontato il caso del rifiuto di una parte a proseguire la mediazione oltre il primo incontro, di fatto parificando tale rifiuto alla mancata comparizione di una parte.

Il Tribunale di Roma ha sostenuto che: *"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 faticosa domanda (del mediatore) sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione [...]. 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 sponga e chieda la relativa verbalizzazione [...].** La ragione del non voler proseguire oltre l'incontro informativo non è affatto irrilevante per la parte. **E se, di sicuro, il mediatore non è tenuto a richiedere ad essa la ragione di tale rifiuto, neppure può esimersi dalla relativa verbalizzazione, ove richiesta dall'avente diritto.** 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”.

Dalla pronuncia esaminata si ricava, da un lato, il dovere del Mediatore di verbalizzare i motivi di rifiuto al proseguimento della mediazione (ove detta verbalizzazione sia richiesta dalla parte stessa) e, dall'altro, che in mancanza di qualsiasi dichiarazione sulla ragione del rifiuto a proseguire, tale rifiuto va considerato non giustificato e dunque equiparato alla mancata partecipazione.

Una simile scelta interpretativa viene giustificata nel provvedimento in esame a ben vedere sulla base di una tecnicistica distinzione tra merito della lite e atti di svolgimento del procedimento³.

Pur nella difficoltà oggettiva di distinguere nettamente tra rito e merito nell'ambito della mediazione, il Tribunale romano ha, tuttavia, tratto dal rifiuto non giustificato della parte a proseguire, conseguenze non pienamente in linea con gli orientamenti anche internazionali in materia e alquanto pericolose.

Infatti, a tale proposito occorre tenere presente che anche in ambito internazionale (ove si è posto il quesito se privilegiare le esigenze della riservatezza

³ Il Tribunale romano, infatti sostiene che il principio di riservatezza opera solo per il merito della lite e non per gli atti di svolgimento del procedimento e per il rifiuto espresso al primo incontro di proseguire la mediazione.

e verbalizzare solo in punto di comparsa o meno delle parti ed esito del primo incontro, o se, invece, consentire alle parti di inserire a verbale la *dissenting opinion* rispetto alla chiusura anticipata della procedura), è sempre, alla fine, prevalso il principio della riservatezza. E questo finanche nei paesi di *common law* in cui le proposte delle parti durante il processo sono pacificamente previste (si pensi all'istituto della *offer to settle*) e, nei quali, non si registra sui verbali di mediazione altro che l'indicazione o meno della partecipazione delle parti e l'esito della procedura. Dunque, anche nel nostro paese, appare azzardato imboccare soluzioni interpretative che, oltre a non trovare conforto nel dato normativo, si rivelano anche lesive di quel principio di riservatezza che conferisce specificità all'istituto della mediazione.

*

All'ordinanza del Tribunale romano hanno fatto seguito ulteriori soluzioni rese da altri Tribunali di merito. E' il caso, ad esempio, della sentenza del 3.02.2016 del Tribunale di Busto Arsizio che, esprimendosi in punto di condotta delle parti al primo incontro di mediazione, ha censurato quell'atteggiamento teso esclusivamente ad aggirare l'applicazione effettiva della normativa in materia di mediazione.

Il Tribunale di Busto Arsizio ha così stigmatizzato il comportamento delle parti volto esclusivamente a ritenere la mediazione una causa di improcedibilità del giudizio e non una *chance* di definizione alternativa del contenzioso.

In aggiunta, il Tribunale ha trasmesso un principio estremamente rilevante, relativo alla necessità della **partecipazione personale delle parti** anche al primo incontro, laddove la partecipazione esclusiva dei difensori per esprimere il rifiuto a proseguire la mediazione viene valutata come mancato perfezionamento della condizione di procedibilità della domanda con retroattività delle conseguenze al provvedimento monitorio che viene dunque revocato.

In altre parole il Tribunale di Busto Arsizio ha ritenuto che la partecipazione dei soli difensori, anziché delle parti personalmente, non valga ad integrare la condizione di procedibilità del giudizio di opposizione, con la conseguenza che la parte deve considerarsi non comparsa e, quindi, non esperita la mediazione, con conseguente revoca del decreto opposto.

3. Mediazione e rapporto di garanzia.

In materia di mediazione nei rapporti bancari risulta interessante anche la pronuncia resa dal Tribunale di Milano il 13.01.2016.

Il Giudice milanese, infatti, nella fattispecie sottoposta al suo esame di opposizione a decreto ingiuntivo proposta dai garanti, rigettando l'eccezione di improcedibilità formulata dagli opposenti, ha ritenuto non obbligatorio il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ove l'opposizione abbia ad oggetto non il rapporto bancario ma i rapporti di garanzia ad esso collegati, che non costituirebbero materia sottoposta alla

condizione di procedibilità di cui all'art. 5 D.Lgs n. 28 del 2010.

4. Conclusioni.

In conclusione, a prescindere dalla scelta di campo che può operarsi in materia di mediazione obbligatoria, emerge un dato rilevante dall'analisi degli orientamenti interpretativi sopra riportati che impone una seria ponderazione da parte degli operatori del diritto in ordine alle scelte da effettuare.

Infatti, i rischi insiti in simili orientamenti, aggravati da un eventuale e futura acquisizione generale dei principi in essi espressi, sono due:

- 1) che il creditore opposto, ove non promuova egli stesso il procedimento di mediazione in sede di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto, si trovi di fronte a Giudici che ritengono suo onere la proposizione della mediazione - pur in contrasto con il diverso pensiero espresso in sede di legittimità - con la conseguente revoca del decreto ingiuntivo ottenuto;
 - 2) che la mancata partecipazione personale della parte al primo incontro di mediazione, senza che la stessa rilasci **al difensore idonea procura a rappresentarla ed assisterla**, sia considerata una condotta elusiva dell'intento proprio della mediazione e venga equiparata alla mancata partecipazione *tout court* alla mediazione, con le stesse conseguenze di cui sopra.
- Pertanto sotto un profilo strettamente operativo è consigliabile, nell'opposizione a decreto ingiuntivo, qualora il decreto sia stato munito della formula di provvisoria

esecutività ed eventualmente cautelato mediante iscrizione ipotecaria e/o avvio delle azioni esecutive, **che comunque il creditore opposto introduca la mediazione per evitare che, sulla base dell'orientamento espresso dal Tribunale di Firenze, possa venire revocato il decreto.**

Allo stesso modo, è consigliabile, in sede di primo incontro di mediazione, che la parte, eventualmente impossibilitata a presenziare personalmente - tanto più ove trattasi di enti istituzionali - munisca il difensore di idonea procura specificamente volta a conferire poteri di rappresentanza nella mediazione, al fine di evitare l'applicazione dell'orientamento sopra esaminato in punto di condotta delle parti nel procedimento di mediazione.

Avv. Isabella Alfisi
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.