
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Mediazione ed opposizione a d.i.: su chi grava l'onere di proporre la mediazione? Opponente oppure opposto?

L'onere di proporre la domanda di mediazione verte, in caso di opposizione a decreto ingiuntivo, sull'opponente e non sull'opposto, con la conseguenza che, in caso di omessa mediazione, sussiste improcedibilità della opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo opposto.

Tribunale di Firenze, sezione terza, sentenza del 30.10.2014

...omissis...

2) Il mancato esperimento della mediazione delegata

Premesso che è pacifico il mancato esperimento nel termine assegnato del procedimento di mediazione delegata ai sensi dell'art. 5, Il co. D.Lgs. n. 28 del 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 riconvenio 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 incumbente, 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" (Trib. Varese sentenza 18.5.2012, est. Buffone, reperibile su siti internet specializzati; analoga opzione interpretativa è stata accolta anche da questa stessa sezione del Tribunale nell'ordinanza 17.3.2014, NRG 15408/13, est. Scionti, reperibile su internet, e nella Sent. 24.9.2014, NRG 16792/13, est. Guida, inedita).

Secondo invece un diverso orientamento, che muove dalla ritenuta scarsa chiarezza obbiettiva delle disposizioni letterali utilizzate e che valorizza la particolare disciplina giuridica del giudizio di opposizione, è stata sostenuta, in caso di omessa mediazione, la improcedibilità della opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del D.I. opposto (Trib. Prato, sent. 18.7.2011, est. IANNONE; Trib. Rimini sent. 5.8.14 est. BERNARDI in sito MONDO ADR, Trib. Siena 25.6.2012, est. Caramellino).

Ad avviso di questo Giudice, pur consapevole della obbiettiva controvertibilità della questione, la tesi corretta è la seconda. Essa, infatti, è l'unica che si armonizza con i principi generali in materia di

effetti della inattività delle parti nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e che valorizza la stessa ratio deflattiva del procedimento di mediazione.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trattasi di disposizione che trova il suo corrispondente in fase di appello nell'art. 348, I co. c.p.c., il quale espressamente prevede la sanzione dell'improcedibilità dell'appello, se l'appellante non si costituisce nei termini.

E' pacifico che anche in tal caso la sentenza di primo grado passa in giudicato.

Ancora, si pensi all'inammissibilità dell'opposizione, perché proposta dopo il termine di cui all'art. 641 c.p.c., ed alla analogia di trattamento rispetto al

mancato rispetto in fase di impugnazione dei termini perentori di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c..

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

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che la interpretazione delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 28 del 2010 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, Il co. D.Lgs. n. 28 del 2010 , 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 iudice.

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 è 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 cioè 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 deflazionamento 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 è 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 del 2010, così come introdotti dal D.L. n. 69 del 2013 conv. L. n. 98 del 2013, 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.

Conclusioni

Va pertanto dichiarata l'improcedibilità dell'opposizione e della domanda riconvenzionale proposta.

Analogamente va sanzionata la domanda ex art. 96 c.p.c. avanzata da parte opposta.

Resta assorbita ogni questione di merito.

Spese del giudizio

Considerata la complessità della questione, la mancanza di precedenti di legittimità, e la presenza di orientamenti giurisprudenziali di merito e dottrinali difformi, anche di questo Ufficio, le spese di lite vanno interamente compensate.

p.q.m.

Visto l'art. 281 quinquies c.p.c.

Il Tribunale di Firenze, III Sez. Civ., definitivamente decidendo, ogni altra e contraria istanza disattesa, così provvede:

- 1) DICHIARA Improcedibile l'opposizione e la domanda riconvenzionale proposte dall'opponente e quella ex art. 96 c.p.c. avanzata da parte opposta;
- 2) DICHIARA la irrevocabilità del D.I. xxxxxxx Empoli;
- 3) COMPENSA le spese di lite.

Così deciso in Firenze, il 30 ottobre 2014.

Depositata in Cancelleria il 30 ottobre 2014.

Giudice Ghelardini