GIUSTIZIA INSIEME

Processo Civile

La Corte di Cassazione chiarisce a chi spetti l'onere di promuovere la mediazione a seguito di un decreto ingiuntivo

di Mauro Mocci

20 novembre 2020

La Corte di Cassazione chiarisce a chi spetti l'onere di promuovere la mediazione a seguito di un decreto ingiuntivo

di Mauro Mocci

Sommario: 1. La vicenda – 2. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite – 3. L'inquadramento normativo – 4. La decisione e le motivazioni – 5. Le conseguenze.

1. La vicenda

A fronte di un pagamento azionato mediante decreto ingiuntivo, i clienti di una Banca proposero rituale opposizione, sul presupposto che l'Istituto di credito avesse applicato interessi usurari. Una volta concessa la provvisoria esecuzione parziale, il giudice assegnò termine per la presentazione della domanda di mediazione, secondo l'art. 5 comma 1° D.Lgs. n.28 del 4 marzo 2010, che per l'appunto prevede – fra le ipotesi di mediazione obbligatoria – anche i rapporti bancari. Nessuna delle parti provvide a tale incombente, sicché il Tribunale, trattandosi di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale (diversamente dalle cause agrarie, ove la mediazione obbligatoria funge da condizione di proponibilità), dichiarò l'improcedibilità

dell'opposizione e l'esecutorietà del provvedimento monitorio. La Corte d'Appello territoriale dichiarò, a sua volta, inammissibile il gravame, ai sensi degli artt. 348-*bis* e 348-*ter*, ed i soccombenti ricorsero avanti la Suprema Corte, sulla scorta di un unico complesso motivo.

2. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

Con ordinanza interlocutoria del 12 luglio 2019 n. 18741, la Terza Sezione Civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente, sollecitando la trattazione del ricorso da parte delle Sezioni Unite, sulla questione dirimente dell'individuazione della parte tenuta a promuovere il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. In tal senso, il collegio ha recepito il motivo di impugnazione, volto ad investire la Corte in ordine al contrasto sussistente in dottrina e nella giurisprudenza di merito fra due posizioni radicalmente differenti.

Nel silenzio della norma processuale di riferimento, l'indirizzo in allora dominante – di cui capofila in giurisprudenza è stata Cass. Sez. III 3 dicembre 2015 n. 24629**[1]** – ha ritenuto che, essendo l'opponente il soggetto interessato alla proposizione del giudizio di cognizione, su di lui dovesse ricadere l'onere di promuovere la procedura di mediazione. E' interessante, in proposito, quanto afferma l'ordinanza della Suprema Corte Sez. 6-1 n. 23003 del 16 settembre 2019: "*essendo il tentativo obbligatorio di mediazione strutturalmente legato ad un processo fondato sul contraddittorio (in tal senso, relativamente alla procedura conciliativa obbligatoria di cui all'oggi abrogato art. 412-bis c.p.c., Corte Cost. n. 376/2000), grava sulla parte che promuove un simile giudizio l'onere di assolvere tale condizione di procedibilità.....nel procedimento monitorio un processo fondato sul contraddittorio, ossia il giudizio di cognizione ordinaria, consegue solo all'eventuale opposizione dell'ingiunto: pertanto, spetta a quest'ultimo – e sempre a condizione che sia domandata la concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo o la sospensione della stessa – l'esperimento nei termini del tentativo obbligatorio di mediazione, essendo nel suo interesse definire alternativamente il giudizio... da ciò logicamente consegue che, in caso di mancato assolvimento di tale condizione di procedibilità, sarà la sua azione (proposta sotto forma di opposizione) a rimanere travolta dalla declaratoria di improcedibilità...dunque, la "logica del contraddittorio" viene adeguatamente garantita proprio assicurando al destinatario della ingiunzione la possibilità di definire in via extragiudiziaria la controversia nella fase del giudizio di merito instaurato a seguito di opposizione (la cui proposizione è soggetta a termine perentorio che, in difetto di espressa norma di legge, non viene ad essere sospeso dalla proposizione della istanza di mediazione divenendo definitivo ed irrevocabile il decreto di condanna in caso di omessa attivazione dell' opponente)".*

Quest’orientamento è stato seguito dalla maggioranza dei giudici di merito e da una parte (minoritaria invero) della dottrina[2].

La gran parte degli autori ed anche alcuni giudici di merito[3] hanno invece evidenziato la condizione dell’opposto nel giudizio monitorio, quale attore in senso sostanziale, e la circostanza che la mediazione obbligatoria viene imposta dal legislatore non all’atto della proposizione del ricorso, ma nella fase a cognizione ordinaria (art. 5 comma 4° D.Lgs. n. 28/2010). In altri termini, l’opposizione conseguirebbe il risultato di ripristinare la disciplina normale dei procedimenti di cognizione, introdotti attraverso l’atto di citazione, che obbliga chi agisce in giudizio – nelle materie specificamente previste dal D.Lgs. in parola – a promuovere la relativa procedura. Da ciò la conclusione che dovrebbe spettare appunto alla parte opposta l’iniziativa della mediazione.

Il persistente contrasto giurisprudenziale fra le predette opinioni ha dunque motivato l’ordinanza di rimessione da parte della terza sezione civile, la quale ha altresì affermato di non reputare condivisibile un’ulteriore tesi, per così dire “a metà strada”, secondo la quale l’onere di attivarsi per il procedimento mediatorio muterebbe a seconda dell’intervenuta concessione o no della provvisoria esecuzione. Nel primo caso graverebbe sull’opponente, nell’altro sull’opposto, legando così la mediazione all’interesse concreto, ma momentaneo, della parte in causa. Si tratta di una soluzione, com’è evidente, non in linea con il principio generale della certezza del sistema, che regola *a priori* la mediazione sulla scorta della domanda, di cui costituisce condizione di procedibilità.

3. L’inquadramento normativo

L’art. 5 comma 1°-*bis* recita: *“Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione”* ovvero altro meccanismo di risoluzione stragiudiziale specificamente dettato per materie particolari. *“L'esperimento del procedimento di mediazione* – prosegue la norma – *è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all' articolo 6.*

Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.”

Con riguardo alla specifica materia monitoria, il 4° comma lett. a) del predetto articolo aggiunge che il comma 1-*bis* non si applica *“nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione”.*

In altri termini, per dirimere il potenziale conflitto fra due discipline, volte entrambe ad ottenere l’effetto finale di abbassare il carico processuale – l’una attraverso un intento deflattivo alla fonte (mediante la composizione stragiudiziale), l’altra attraverso un procedimento acceleratorio – ma la cui interferenza avrebbe potuto condurre ad un’eterogenesi del risultato, il legislatore ha inserito il momento della mediazione obbligatoria, una volta esaurita la fase sommaria del procedimento d’ingiunzione.

4. La decisione e le motivazioni

Con la sentenza n. 19596, depositata il 18 settembre 2020, le Sezioni Unite hanno fissato il seguente principio di diritto: “*Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo"**[4]*.

Il contenuto decisorio della sentenza muove dall’analisi delle argomentazioni portate dai due orientamenti a sostegno delle rispettive tesi – l’una legata fondamentalmente alla valorizzazione dell’interesse dell’opponente all’instaurazione di un giudizio ordinario, per evitare il passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo, l’altra volta a rimarcare il ruolo sostanziale dell’opposto e le conseguenze processuali meno radicali che deriverebbero dalla caducazione del provvedimento (con la possibilità di ripresentarlo o di proporre comunque un’azione ordinaria) – e perviene alla conclusione di dover mettere un punto fermo, al fine di ricomporre la spaccatura fra i giudici di merito giacché “*l’effetto di prevedibilità delle decisioni giudiziarie si va affermando come un valore prezioso da preservare, anche in termini di analisi economica del diritto*”. In tal modo, la Corte ha adempiuto alla sua funzione nomofilattica, regolando ed uniformando l’interpretazione giurisprudenziale del diritto (art. 65 Ord. Giud).

Innanzi tutto, sotto un profilo sistematico, le Sezioni Unite affermano che una lettura delle norme di cui al D. Lgs. n. 28/2010 (in particolare gli artt. 4 comma 2°, 5 comma 1°-*bis* e 5 comma 6°) coordinata con i principi generali in tema di azione darebbe univocamente conto del fatto che l'onere di intraprendere la mediazione incomba sul creditore opposto (attore in senso sostanziale).

Altro argomento determinante viene rinvenuto nella struttura del procedimento monitorio, in cui la mediazione è collocata dal legislatore in esito alla fase sommaria, dopo la decisione sulla provvisoria esecuzione. In proposito, è pur vero che l'art. 5 comma 4 lett. a) preclude la mediazione "fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione", ma, in realtà, il momento nel quale si perfeziona il contraddittorio corrisponde alla notifica dell'atto di citazione in opposizione, allorquando "il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito" (art. 645 comma 2° c.p.c.). La fase della concessione o del diniego della provvisoria esecuzione è in realtà eventuale, giacché l'intimante potrebbe astenersi dal chiederla: si tratta dunque di una scelta pratica, dettata essenzialmente dalla constatazione che, usualmente, la domanda di concessione (in mancanza di una provvisoria esecuzione anticipata) viene formulata in sede di prima udienza: tuttavia, com'è evidente, i termini della questione non vengono spostati.

Le Sezioni Unite svolgono altresì un fondamentale richiamo alle differenti conseguenze che deriverebbero dall'inerzia delle parti e dalla successiva pronunzia di improcedibilità. In questo senso, onerare senza successo l'opponente significherebbe determinare il passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo, mentre porre l'iniziativa a carico dell'opposto condurrebbe alla revoca del provvedimento monitorio, il che non precluderebbe una sua riproposizione o l'inizio di un'azione di cognizione ordinaria. E d'altronde – prosegue la Corte – neppure è logico, agli effetti sanzionatori, equiparare la posizione dell'intimato che accetta l'ingiunzione a quella dell'intimato che, invece, reagisce, promuovendo il procedimento di opposizione (l'unico riconosciutogli dalla legge).

Ultima, ma evidentemente non ultima per importanza, l'argomentazione legata alla giurisprudenza costituzionale, secondo cui le forme di accesso alla giurisdizione condizionate al previo adempimento di oneri sono legittime purché ricorrano certi limiti e comunque sono illegittime le norme che collegano al mancato previo esperimento di rimedi amministrativi la conseguenza della decadenza dall'azione giudiziaria. A tale riguardo, la sentenza nota correttamente come la procedura di mediazione, pur essendo espressione di una finalità

deflattiva (coerente col principio costituzionale della ragionevole durata del processo) è però recessiva nel contrasto con la garanzia del diritto di difesa. In realtà, l'aporia è solo apparente, giacché si tratta di stabilire la parte sulla quale gravi l'onere di intraprendere la mediazione e non di mettere in gioco i due valori.

5. Le conseguenze

Le conseguenze della sentenza n. 19596 del 2020 sono suscettibili di ripercuotersi su un numero elevato di processi, considerato che il decreto ingiuntivo è lo strumento correntemente utilizzato in tutte le ipotesi di credito per somme liquide e che, come già detto, la mediazione è obbligatoria in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5 comma 1-*bis* D. Lgs. n. 98/2010)**[5]**. Per il futuro la strada è segnata.

Si tratta invece di esaminare la sorte dei giudizi ancora in corso, a seguito della pronunzia *de qua* , giacché quelli esauritisi con il passaggio in giudicato o con la revoca del provvedimento – ovviamente per il mancato esperimento della mediazione – non sono più soggetti a modifiche.

Ma anche laddove, in tesi, il tentativo di conciliazione fosse già stato espletato dall'opponente, o di propria iniziativa o su impulso d'ufficio, sarebbe illogico far retrocedere il processo alla fase antecedente. Residuano allora – nella "fascia intermedia" di concreta applicazione del *dictum* della Suprema Corte – le ipotesi in cui il giudice "*rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa*" oppure "*quando la mediazione non è stata esperita*"(art. 1-*bis* D.Lgs. n. 28/2010): in entrambi i casi, occorre fissare la prima udienza dopo la scadenza del termine di decadenza per il deposito del verbale (art, 6) ed, ove il tentativo non sia stato intrapreso, concedere "*contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione*". In particolare, spetterà a parte opposta attivarsi tutte le volte che controparte abbia iniziato il procedimento, senza però portarlo a termine, ovvero nessuno abbia preso l'iniziativa.

Potrebbe però essere intervenuta la decadenza ed, a questo proposito, occorre chiedersi se ricorra l'affidamento qualificato in un consolidato indirizzo interpretativo di norme processuali, come tale meritevole di tutela con il "*prospective overruling*", il quale, come insegna la Suprema Corte (Sez. Un. 12 febbraio 2019 n. 4135)**[6]**, può essere riconosciuto solo in presenza di stabili

approdi interpretativi della Cassazione, eventualmente a Sezioni Unite, i quali soltanto assumono il valore di "*communis opinio*" tra gli operatori del diritto, se connotati dai caratteri di costanza e ripetizione.

Nella specie, il mutamento del precedente orientamento giurisprudenziale, che si fondava su Cass. n. 24629/2015 e sulle successive Cass. n. 25611/2016 e Cass. n. 23003/2019, e che dunque poteva dirsi ragionevolmente stabile, potrebbe rendere appunto applicabili i principi in materia di "*overruling*".

A tale proposito, la giurisprudenza ha riconosciuto il principio dell’effettività dei mezzi di azione e difesa a tutela della parte che abbia fatto incolpevole affidamento sull'interpretazione corrente al momento del comportamento rivelatosi, "*ex post*", difforme dalla corretta regola processuale **[7]**. Pertanto, sulla scorta di tale opinione, dovrebbe reputarsi accoglibile la domanda di parte opposta, volta a promuovere la mediazione, pur dopo la scadenza del termine per il deposito del verbale e pur sempre entro la data fissata dal giudice per la prosecuzione del giudizio.

[1] Tale sentenza è stata pubblicata e variamente commentata. Si pùò leggere in *Riv. dir. proc.,* 2016, 4-5, 1283, con nota di G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria;* in *Guida dir.*, 2016, 3, 12, con nota di M. MARINARO, *Una diversa soluzione accrescerebbe l’onere della parte creditrice*; in *Foro it.,* 2016, I, 1319, con note di M. BRUNIALTI e D. DALFINO, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mancato esperimento della mediazione obbligatoria. Mediazione ed opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva;* in *Giur. it.* , 2016, 1, 71, con nota di E. BENIGNI, *Mediazione ed opposizione a decreto ingiuntivo: onerato dell’avviso è l’opponente.*

[2] In giurisprudenza, anche *Cass, 16 settembre 2019 n. 23003, inedita;* Trib. Verona, 28 settembre 2017 in *Foro it.*, 2018, I, 328; Trib. Vasto, 30 maggio 2016, *ivi*, 2016, I, 3649; Trib. Milano, 9 dicembre 2015, in *Società*, 2016, 1151; Trib. Nola, 24 febbraio 2015 e Trib. Firenze 30 ottobre 2014, in *Giur. it.*, 2015, 1123. In dottrina cfr. G. TRISORIO LIUZZI, in *Giusto proc. civ.,* 2016, 111; E. BENIGNI, *Incombe sull’opponente ex art. 645 c.p.c. l’onere di proporre l’istanza di mediazion*e, in Giur. it. 2015, 1125.

[3] In dottrina si possono ricordare C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto Processuale Civile, XXVII ed,* Torino 2019, III, 43; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria, op. cit.;* A. TEDOLDI, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it*, 2012, 12, 2621. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Ferrara, 7 gennaio 2015, in *Foro it.* 2015, I, 3732, Trib. Firenze 17 gennaio 2016, in *Società,* 2016, 1148.

[4] Fra i primi commenti, in senso favorevole G. SPINA, *Le Sezioni Unite su mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: prime osservazioni tra prevedibilità delle decisioni e overruling*, in *Nuova proc. civ.* 4, 2020; contrario G. D'ELIA, *E' a carico del creditore-opposto l'onere di promuovere la procedura di mediazione obbligatoria*, in *Il Caso*, 2020, 2.

[5] E' interessante osservare come notevoli problemi di diritto intertemporale si pongano tutte le volte che la questione abbia a che vedere con un decreto ingiuntivo. Si potrebbe fare l'esempio di Cass. Sez. Un. n. 19246 del 9 settembre 2010, relativa alla dimidiazione dei termini di costituzione dell'opponente, in *Giust. civ.*, 2011, 9, 1, 2101, con nota di F. Cordopatri.

[6] Pubblicata in *Foro it.*, 2019, 5, I, 1639, con nota di V. CAPASSO, *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità.*

[7] Cfr. Cass. 26 ottobre 2011 n. 22282, in *Riv. giur. trib.*, 2012, 6, 502, con nota di G.M. Cipolla; Cass. 27 dicembre 2011 n. 28967, in *Nuova giur. civ.*, 2012, 5, 1, 412, con nota di C. Viale; Sez. Un. 11 luglio 2011 n.15144, in *Foro it.* 2011, 12, I, 3343, con nota di R. Caponi. Più di recente, Cass. 29 marzo 2018 n. 7833, Cass. 14 marzo 2018 n. 6159, inedite. Per un approfondimento sull'applicabilità dell'*overruling* cfr. G. SPINA *op. cit.* § 5.