

Corte di Cassazione, Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19596

Pres. Travaglino – Rel. Cirillo

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.

(*Omissis*) Ritengono queste Sezioni Unite che l'orientamento inaugurato dalla più volte citata sentenza n. 24629 del 2015 non possa essere confermato e che il contrasto esistente nella giurisprudenza vada composto stabilendo che l'onere di attivare il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è a carico del creditore opposto. Militano in questo senso argomenti di carattere testuale, logico e sistematico e tale interpretazione deve ritenersi l'unica costituzionalmente orientata. 5.1. Il punto di partenza non può che essere il dato normativo. A questo proposito, il Collegio rileva innanzitutto come le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010 non siano neutre ai fini che qui interessano. Vi sono, infatti, alcuni articoli che, pur non affrontando direttamente il problema in esame, non potrebbero armonizzarsi con la tesi che pone l'onere di promuovere la procedura di mediazione a carico della parte opponente. La prima norma è quella dell'art. 4, comma 2, del d.lgs. cit. il quale, nel regolare l'accesso alla mediazione, stabilisce come debba essere proposta la relativa domanda e specificamente dispone, al comma 2, che "l'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa". È una caratteristica tipica del nostro sistema processuale il fatto che sia l'attore, cioè colui il quale assume l'iniziativa processuale, a dover chiarire, tra le altre cose, l'oggetto e le ragioni della pretesa. Appare almeno curioso, quindi, ipotizzare che l'opponente, cioè il debitore – ossia chi si è limitato a reagire all'iniziativa del creditore – sia costretto ad indicare l'oggetto e le ragioni di una pretesa che non è la sua. La seconda disposizione è contenuta nell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, il quale dispone, tra l'altro, che chi "intende esercitare in giudizio un'azione" relativa a una controversia nelle materie ivi indicate "è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto". Anche qui si deve confermare quanto si è detto a proposito dell'art. 4, comma 2; l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione è posto dalla legge a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione, e non c'è alcun dubbio che tale posizione sia quella dell'attore, che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è il creditore opposto (c.d. attore in senso sostanziale). Non a caso, infatti, l'art. 643, terzo comma, cod. proc. civ. stabilisce che la notificazione del decreto ingiuntivo determina la pendenza della lite. Sul punto non è il caso di

dilungarsi, perché la giurisprudenza di questa Corte, con l'avallo dell'unanime dottrina, è pacifica in questo senso. La terza disposizione significativa è quella dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 28 del 2010, il quale dispone che "dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale". È agevole collegare questa previsione con gli artt. 2943 e 2945 cod. civ., i quali regolano gli effetti della domanda giudiziale sull'interruzione della prescrizione e l'ultrattività dell'effetto interruttivo in caso di estinzione del processo (art. 2945, terzo comma, cit.). L'art. 5, comma 6, anzi, prevede pure un effetto impeditivo della decadenza "per una sola volta". Va da sé che non appare logico che un effetto favorevole all'attore come l'interruzione della prescrizione si determini grazie ad un'iniziativa assunta dal debitore, posto che l'opponente nella fase di opposizione al monitorio è, appunto, il debitore (convenuto in senso sostanziale). È possibile, dunque, trarre una prima conclusione di carattere testuale e cioè che le tre norme ora richiamate sono univoche nel senso che l'onere di attivarsi per promuovere la mediazione debba essere posto a carico del creditore, che è appunto l'opposto. 5.2. A questi argomenti letterali si affiancano ragioni di ordine logico e sistematico. Un primo argomento è stato già anticipato nelle precedenti riflessioni. Come si è detto, infatti, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è l'opposto ad avere la qualità di creditore in senso sostanziale. La legge ha voluto che nel giudizio monitorio l'onere di attivazione della procedura di mediazione obbligatoria fosse collocato in un momento successivo alla decisione delle istanze sulla provvisoria esecuzione; a quel punto, non solo è certa la pendenza del giudizio di opposizione, ma può anche dirsi che la causa si è incanalata lungo un percorso ordinario. Instaurata l'opposizione e sciolto il nodo della provvisoria esecuzione, non ha più rilievo che il contraddittorio sia differito; e dunque appare più conforme al sistema, letto nella sua globalità, che le parti riprendano ciascuna la propria posizione, per cui sarà il creditore a dover assumere l'iniziativa di promuovere la mediazione. La contraria soluzione è dissonante rispetto alla ricostruzione sistematica del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo; giudizio che – sia detto per inciso – è stato ormai da tempo definito da questa Corte, con l'avallo di autorevole dottrina, come suddiviso in due fasi, la prima a cognizione sommaria e la seconda a cognizione piena. L'opposizione a decreto ingiuntivo non è l'impugnazione del decreto, ma "ha natura di giudizio di cognizione piena che devolve al giudice dell'opposizione il completo esame del rapporto giuridico controverso, e non il semplice controllo della legittimità della pronuncia del decreto d'ingiunzione" (così la sentenza 9 settembre 2010, n. 19246, di queste Sezioni Unite). Tanto che il giudice può anche revocare il decreto e condannare l'opponente al pagamento di una somma minore. Un secondo argomento sistematico si deduce confrontando le diverse conseguenze derivanti dall'inerzia delle parti a seconda che si propenda per l'una o per l'altra soluzione. Se, infatti, si pone l'onere in questione a carico dell'opponente e questi rimane inerte, la conseguenza è che alla pronuncia di improcedibilità del giudizio di opposizione farà seguito l'irrevocabilità del decreto

ingiuntivo; se l'onere, invece, è a carico dell'opposto, la sua inerzia comporterà l'improcedibilità e la conseguente revoca del decreto ingiuntivo; il quale ben potrà essere riproposto, senza quell'effetto preclusivo che consegue alla irrevocabilità del decreto. Nella prima ipotesi, quindi, definitività del risultato; nella seconda, mero onere di riposizione per il creditore, il quale non perde nulla. I Tribunali italiani hanno discusso ampiamente su questo punto, che ha diviso anche la dottrina. Uno degli argomenti che sono stati portati in adesione alla sentenza n. 24629 del 2015, infatti, è che il decreto ingiuntivo, per sua stessa attitudine, è un provvedimento idoneo a passare in giudicato; ciò risulta sia dall'art. 647 cod. proc. civ. – in base al quale il decreto diventa esecutivo in caso di mancata opposizione – sia dall'art. 653 cod. proc. civ., il quale ricollega un identico effetto all'estinzione del processo di opposizione al decreto stesso. Tale argomento, indubbiamente suggestivo, risulta però recessivo in considerazione della diversità delle situazioni. Come correttamente ha rilevato il Procuratore generale nella requisitoria scritta, "non vi è possibilità di assimilazione tra l'inerzia 'sanzionata' con l'esecutività del decreto a norma dell'art. 647 cit., perché un processo non è stato neppure instaurato o, se lo è stato, si è estinto de iure per mancata costituzione, e la attivazione del giudizio seguita da tempestiva costituzione, espressione, all'opposto, della volontà di difendersi". In altri termini, poiché l'opponente si è attivato promuovendo il giudizio di opposizione – che è, in concreto, l'unico rimedio processuale che la legge gli riconosce in presenza di un provvedimento monitorio – ricollegare alla sua inerzia nel promuovere il procedimento di mediazione un effetto identico appare un'evidente forzatura, stante la non confrontabilità delle due situazioni. 5.3. Si giunge, così, ai rilievi di natura costituzionale. Com'è noto, la Corte costituzionale è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità della c.d. giurisdizione condizionata ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni che prevedevano, appunto, simili forme di giurisdizione. (*omissis*) La giurisprudenza costituzionale, quindi, fornisce un ulteriore e decisivo argomento nel senso che si è delineato. Dovendo scegliere tra due contrapposte interpretazioni, le Sezioni Unite non possono che preferire quella che appare in maggiore armonia con il dettato costituzionale; porre l'onere di promuovere il procedimento di mediazione a carico dell'opponente si traduce, in caso di sua inerzia, nella irrevocabilità del decreto ingiuntivo come conseguenza del mancato esperimento di un procedimento che non è giurisdizionale. È indubbio, come la sentenza n. 24629 del 2015 ha ricordato, che la procedura di mediazione ha una finalità deflattiva, in armonia col principio costituzionale della ragionevole durata del processo; ma è altrettanto evidente che – come ha ancora rilevato il Procuratore generale – nel conflitto tra il principio di efficienza (e ragionevole durata) e la garanzia del diritto di difesa, quest'ultimo deve necessariamente prevalere. Le ragioni poste a sostegno della tesi qui recepita dimostrano come sia priva di fondamento la costruzione, in precedenza ricordata, che vorrebbe porre l'onere della procedura di mediazione a carico ora dell'opponente ora dell'opposto, a seconda che sia stata o meno concessa la provvisoria esecuzione.

Simile interpretazione, oltre a prestare il fianco ad evidenti ambiguità, è in contrasto con l'esigenza di dare al sistema una lettura il più possibile chiara ed univoca, che sia in grado di dissipare i dubbi degli interpreti e degli operatori del diritto. Rilevano le Sezioni Unite, infine, che l'approdo ermeneutico odierno è pienamente in armonia con le conclusioni raggiunte dal medesimo Collegio nelle recenti sentenze 28 aprile 2020, n. 8240 e n. 8241, le quali hanno esaminato problemi diversi, ma tuttavia relativi a questioni *lato sensu* assimilabili a quella odierna, relative al tentativo obbligatorio di conciliazione nell'ambito dei servizi di telefonia nel contesto del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. 5.4. Deve essere enunciato, pertanto, 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".

UNA CONDIVISIBILE PRESA DI POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE SULL'ONERE DI ATTIVARE LA MEDIAZIONE NEI GIUDIZI DI OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

RITA MARUFFI

*Professore aggregato
nell'Università di Milano-Bicocca*

1. – Con una pronuncia¹ attesa da tempo e, come vedremo, condivisibile nel suo contenuto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute, a seguito della rimessione degli atti ad opera della terza sezione², sul discusso problema dell'individuazione della parte cui spetti la proposizione dell'istanza di mediazione obbligatoria, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo.

¹ Sulla pronuncia delle Sezioni Unite n. 19596 del 18 settembre 2020, v. i commenti di G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e procedimento di ingiunzione: l'intervento delle sezioni unite*, in *Quest. Giust.*, 2020; D. DALFINO, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Foro it.*, 2020, I, 3434; M. CAPUTO, *Onere della mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Ilprocessocivile.it*, 2 novembre 2020. Fa espressamente applicazione di questo principio, citando la pronuncia delle Sezioni Unite, App. Salerno, 2 novembre 2020, n. 1140, in *DeJure*.

² Cass., 12 luglio 2019, n. 18741, su cui v. il commento di C. CONSOLO, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo equo processo, garanzia di difesa versus ovvia breve durata del processo negato*, in *Corr. giur.*, 2019, 1279 ss.

Per comprendere in che termini si ponga la questione, occorre ricordare, anzitutto, che il d.lgs. 28 del 2010 consente di accedere alla tutela monitoria, con esclusione dell'obbligo di attivare la mediazione in via preliminare. Pertanto è possibile ottenere immediatamente un decreto ingiuntivo anche se la pretesa azionata è riconducibile a una delle materie indicate dall'art. 5 del d.lgs. 28 del 2010.

A seguito della proposizione del giudizio di opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, la mediazione, tuttavia, deve essere attivata, ma solo dopo che il giudice si sia pronunciato sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, come risulta dal comma 4 dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010. L'obbligo di utilizzare il procedimento stragiudiziale, escluso dunque nella fase di accesso alla tutela monitoria, torna attuale in quella, eventuale, a cognizione piena, nata dall'iniziativa del debitore ingiunto.

Questa disciplina suscita non poche perplessità, anzitutto sul piano della politica legislativa. Non convince, in particolare, l'idea di un ricorso alla mediazione successivo all'accesso alla tutela monitoria, posto che, dopo l'emissione di un provvedimento giudiziale come il decreto, diminuiscono sensibilmente le possibilità che le parti raggiungano un accordo amichevole. Nella maggior parte dei casi, in effetti, la mediazione attivata nella fase di opposizione si rivela inidonea allo scopo, come risulta dalla prassi applicativa.

Proprio sulla base di questa consapevolezza, evidentemente, il legislatore, quando ha introdotto la negoziazione assistita, ha preferito adottare la soluzione opposta: l'art. 3 del d.lgs. n. 132 del 2014 stabilisce espressamente che l'invito alla negoziazione assistita (nei casi in cui è obbligatoria) è escluso per i procedimenti di ingiunzione "inclusa l'opposizione".

Ma questo intervento non ha indotto il legislatore a modificare la disciplina della mediazione, che è rimasta invariata, suscitando anche un dubbio di legittimità costituzionale, respinto tuttavia, dalla Corte investita dalla questione, sulla base di un'asserita difformità fra i due istituti³.

³ Corte Cost. 18 aprile 2019, n. 97. La Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 4, lett. a), d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, censurato, in riferimento all'art. 3 Cost., osservando che nonostante gli istituti presentino dei profili di omogeneità "è tuttavia ravvisabile nella mediazione un fondamentale elemento specializzante, che assume rilievo al fine di escludere che si sia al cospetto di situazioni sostanzialmente identiche disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, ovvero che la scelta legislativa di trattare diversamente, con riguardo al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, le due fattispecie possa ritenersi manifestamente irragionevole e arbitraria" e prosegue osservando che "Più precisamente, il procedimento di mediazione è connotato dal ruolo centrale svolto da un soggetto, il mediatore, terzo e imparziale, là dove la stessa neutralità non è

Non resta quindi che prendere atto di questo abbinamento fra tutela monitoria e mediazione, non proprio felice nemmeno sul piano della sua regolamentazione. Come già rilevato, in base all'art. 5 comma 4 del d.lgs. n. 28 del 2010, l'esclusione dell'obbligo di mediazione permane fino a che il giudice non si sia pronunciato *ex art.* 648-649 c.p.c.

Non è chiaro, però, se debba essere, a quel punto, il debitore opponente a esperire il procedimento di mediazione, o se viceversa sia il creditore opposto a doversi attivare. Si tratta di un problema – di estrema rilevanza pratica, vista la notevole diffusione del procedimento monitorio – su cui la Cassazione si era già pronunciata in passato: la sentenza n. 24629 del 3 dicembre 2015⁴ aveva posto in capo all'opponente l'onere di attivarsi, al contrario di quanto stabilito nella decisione in commento, secondo cui, come vedremo, invece, è il creditore che ha ottenuto il decreto che deve formulare l'istanza di mediazione.

La soluzione accolta nel 2015, e successivamente ribadita in un provvedimento del 2019⁵, si fondava principalmente sull'idea che la parte su cui avrebbe dovuto gravare l'onere della mediazione obbligatoria avrebbe dovuto coincidere con quella che aveva interesse a introdurre il giudizio di merito – e quindi con l'opponente. A sostegno di questa conclusione si invocava una lettura costituzionalmente orientata della norma, in riferimento, in particolare, alla necessità di garantire l'attuazione del principio della ragionevole durata del processo. Si sosteneva, in sostanza, che fosse il debitore a doversi attivare perché con l'opposizione egli avrebbe optato per la via più dispendiosa dal punto di vista dell'economia processuale. Il creditore, al contrario, facendo ricorso al rito speciale, avrebbe scelto "la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale".

ravvisabile nella figura dell'avvocato che assiste le parti nella procedura di negoziazione assistita".

⁴ Su Cass. 3 dicembre 2015, n. 24629 v., fra gli altri, i commenti di G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, *Riv. dir. proc.*, 2016, 1284 ss.; D. DALFINO, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva*, in *Foro it.*, 2016, I, 1325; G. TRISORIO LIUZZI, *Sull'onere di promuovere la mediazione dopo l'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 111 ss.; F. FERRARIS, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria: una questione ancora aperta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 202 ss.; F. CAMILLETI, *Mediazione obbligatoria e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Contratti*, 2016, 1161. Sulla questione v. inoltre, senza pretesa di completezza, i contributi di A. TEDOLDI, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2012, 12, 2620 ss. a favore della tesi che addossa l'onere della mediazione al creditore opposto; a favore della tesi, che risulta minoritaria, secondo cui l'onere incomberebbe all'opponente, posto che rileverebbe la posizione di attore in senso processuale v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2017, 75 ss.

⁵ Cass. 16 settembre 2019, n. 23003, in *Foro it.*, 2019, I, 3515.

In quest'ottica l'instaurazione del giudizio di opposizione sembra meritevole di essere di per sé criticata. Ma se si considera che attraverso l'art. 645 c.p.c. si consente al debitore di esercitare legittimamente il suo diritto di difesa (diritto di cui egli è stato solo provvisoriamente privato nella fase *inaudita altera parte*, pena l'incostituzionalità del procedimento monitorio ex artt. 633 ss. c.p.c.), ci si rende immediatamente conto di quanto poco convincenti siano queste argomentazioni. Il perseguimento di obiettivi di economia processuale, per quanto apprezzabile, non può giustificare, infatti, in alcun modo, la svalutazione del principio del contraddittorio, che costituisce uno dei valori fondamentali del nostro ordinamento.

Non stupisce, quindi, che, nei confronti della pronuncia, si siano da subito levate le critiche degli interpreti, compatti nell'evidenziare le debolezze del ragionamento della Corte⁶. La posizione espressa in sede di legittimità, inoltre, non ha convinto del tutto nemmeno la giurisprudenza di merito, che ha continuato a mostrarsi divisa sul punto⁷.

2. – Con il recente intervento, che qui si commenta, le Sezioni Unite della Cassazione, interpellate dalla terza sezione⁸, sono tornate sulla questione, disattendendo la tesi accolta nel 2015. Hanno stabilito, come già anticipato, che l'onere di attivare il procedimento di mediazione, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, sia a carico del creditore opposto.

Il ragionamento svolto per giungere a questa conclusione, è assai articolato. Vale la pena di sintetizzarlo dando conto di alcuni passaggi fondamentali. In primo luogo anche la Suprema Corte non può fare a meno

⁶ La Corte peraltro sottolineava come fosse irragionevole addossare l'onere di mediazione al creditore prima di essere a conoscenza dell'eventuale instaurazione del giudizio di opposizione. Ma, come rilevato da G. BALENA, *Opposizione a d.i.*, cit., 1283 ss., questa argomentazione "è certamente frutto di una svista" posto che la mediazione deve essere avviata dopo la pronuncia dei provvedimenti relativi alla provvisoria esecutività ex artt. 648-649 c.p.c.

⁷ Fra le sentenze più recenti che hanno aderito alla posizione espressa dalla Suprema Corte nel 2015 v. Trib. Caltagirone 4 agosto 2020, n. 233, in *DeJure*; App. Ancona 20 novembre 2019, n.1554, in *DeJure*, Trib. Napoli 19 luglio 2019, n. 7358, in *DeJure*; a favore della tesi che pone invece in capo al creditore opposto l'onere di attivare la mediazione, si vedano, fra le altre, Trib. Milano 30 gennaio 2019, in *ilprocessocivile.it*, 14 giugno 2019; Trib. Grosseto 7 giugno 2018, n. 566, in *DeJure*; Trib. Milano 6 dicembre 2016, in *DeJure*; per un'ulteriore soluzione interpretativa v. inoltre Trib. Pavia, 26 settembre 2016, in *Dir. & Giust.*, 2016, secondo cui sarebbe "possibile che, per le caratteristiche del giudizio, sia il magistrato a poter scegliere discrezionalmente, caso per caso, quale parte deve essere onerata dell'avvio della mediazione".

⁸ V. i rif. in nota 2.

di rilevare la mancanza di coerenza di alcune delle scelte compiute dal legislatore, proprio in riferimento a quanto si è già osservato a proposito del diverso trattamento di mediazione e negoziazione assistita.

Le riflessioni della Cassazione si dirigono, poi, verso la giurisprudenza formatasi in materia, incentrandosi dapprima sul precedente del 2015, per individuare, subito dopo, le ragioni “di carattere testuale, logico e sistematico”, a favore dell’opinione che sia il creditore opposto e non il debitore opponente il soggetto onerato di attivare il procedimento di mediazione.

Due sono, a mio avviso, le argomentazioni risolutive individuate dalla Corte a favore della tesi accolta, già ampiamente messe in luce dalla dottrina che si era occupata dalla questione⁹. La prima attiene alle caratteristiche della legislazione in materia di mediazione. Le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010 mostrano inequivocabilmente l’esistenza di una correlazione fra l’iniziativa di esercitare un’azione in giudizio e l’obbligo di esperire il procedimento. Ciò si ricava sia dall’art. 4, sia dall’art. 5, comma 1-*bis*, sia dall’art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 28 del 2010, in materia di effetti della domanda di mediazione, come rileva la Corte. Addossare l’onere di attivare la mediazione al debitore, che con la proposizione del giudizio di opposizione reagisce a un’iniziativa giudiziaria già intrapresa, significa ignorare l’esistenza di questa correlazione, fissata in modo chiaro dal legislatore, e dimostrata dagli elementi di diritto positivo. Come autorevolmente osservato, inoltre, “è il pretendente aggressivo che deve dare il primo segnale di disponibilità a ritornare sulla via del dialogo”¹⁰.

Vi è poi un’altra ragione decisiva, a sostegno dell’impostazione che attribuisce all’opposto l’onere di esperire la mediazione. Mi riferisco alle conseguenze derivanti dall’inerzia delle parti, secondo la soluzione che si intenda accogliere: mentre se si pone a carico del creditore l’obbligo di attivare la mediazione – da proporsi, come già ricordato, dopo la pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione – il decreto ingiuntivo verrà revocato, previa declaratoria di improcedibilità della domanda formulata in sede monitoria¹¹, se lo si pone a carico del

⁹ V., per tutti, G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, cit., 1283 ss.

¹⁰ Così C. CONSOLO, *Mediazione*, cit., 1279 ss.

¹¹ Osserva, inoltre, G. BALENA, *Mediazione obbligatoria*, cit., 1283 ss., che, in mancanza di una disposizione in materia, l’improcedibilità può essere riferita solo alla domanda, dal momento che il giudizio di opposizione “è retto dalla medesima domanda formulata dal debitore in via monitoria”. Ne deriva che il giudizio potrebbe proseguire per eventuali domande riconvenzionali, in caso di improcedibilità della domanda formulata in sede monitoria per omessa attivazione del procedimento di mediazione.

debitore, in caso di mancato avvio del procedimento, il decreto, a seguito dell'improcedibilità del giudizio di opposizione, si consoliderà, diventando così immutabile.

La mancata presentazione della domanda di mediazione nel termine assegnato dal giudice, pregiudicherebbe quindi, in questa seconda ipotesi, in modo definitivo il debitore, per il solo fatto di non avere rispettato un adempimento di carattere stragiudiziale. Si tratterebbe, tuttavia, di una sanzione priva di qualsiasi giustificazione positiva, dal momento che il tessuto normativo della mediazione prevede come conseguenza di carattere generale, correlata alla mancata proposizione dell'istanza, l'improcedibilità della domanda, senza tuttavia precluderne la riproposizione. Sarebbe inoltre una sanzione così sproporzionata che si potrebbero sollevare alcuni dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina¹².

3. – Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, il principio di diritto enunciato dalla Corte in questa decisione va accolto sicuramente con favore. Va peraltro segnalato che, una volta risolto il problema fondamentale dell'individuazione della parte onerata di attivarsi, in materia di rapporti fra giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione, restano aperte alcune questioni dal notevole impatto pratico, risolte con qualche difficoltà dagli interpreti, a causa della mancanza di chiarezza della normativa.

Mi limito a segnalare alcuni dubbi che possono sorgere in relazione al modo di operare del meccanismo che attribuisce al creditore opposto l'onere di attivare la mediazione, in assenza di indicazioni specifiche al riguardo. La questione nasce dall'art. 5, comma 4, che, limitandosi a prevedere, in modo lapidario, l'inapplicabilità del comma 1-*bis* e 2 "fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione", pone il problema di come, a seguito di quei provvedimenti, la disciplina contenuta nel decreto, e concepita per il processo ordinario di cognizione, si possa adattare alle peculiarità del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo.

Viene in rilievo, in particolare, il comma 1-*bis* dell'art. 5, in base al quale l'attore deve preliminarmente promuovere il procedimento di mediazione; se non lo fa, il giudice deve assegnare il termine di 15 giorni per consentire alle parti di presentare la domanda, a pena di improcedibilità.

L'attivazione della mediazione deve precedere l'instaurazione del processo ordinario di cognizione *ex* art. 163 c.p.c. Invece in caso di tutela monitoria, l'obbligo di esperire il procedimento diviene attuale, come già abbondantemente sottolineato, solo dopo che il giudice si sia pronunciato sull'esecutività del decreto. La soluzione più ragionevole, pertanto, sembra

¹² G. BALENA, *Mediazione*, cit., 1283 ss.

quella ormai largamente accolta in giurisprudenza, secondo cui alla concessione dei 15 giorni per l'esperimento della mediazione il giudice provvede subito dopo quelle pronunce¹³.

4. – A questo punto, tuttavia, si pone l'ulteriore e controverso problema delle conseguenze derivanti da un'eventuale tardiva attivazione della mediazione. La soluzione dipende in larga misura dalla natura che si intenda riconoscere al termine in questione.

Secondo una prima tesi, non si tratterebbe di un termine perentorio¹⁴, posto che l'art. 152, comma 2, c.p.c., ricollega tale qualificazione a una dichiarazione espressa, assente in tal caso.

In base quest'impostazione, che ha ricevuto le critiche di chi ritiene, invece, che il carattere perentorio di un termine possa anche ricavarsi in via interpretativa,¹⁵ andrebbe allora qualificato come ordinatorio. Si porrebbe però ugualmente il problema delle conseguenze derivanti dalla sua inosservanza, nell'ipotesi in cui non sia stata chiesta la proroga entro la scadenza, come stabilito dall'art. 154 c.p.c.

Secondo una parte della dottrina l'inizio della mediazione, anche oltre il termine assegnato dal giudice, basterebbe a evitare la declaratoria di improcedibilità¹⁶. Il *favor mediationis*, non dovrebbe, tuttavia, a mio avviso, spingersi al punto da ipotizzare la concessione di un termine ulteriore alle parti per attivare il procedimento, nel diverso caso in cui, alla ripresa del processo non fosse stata nemmeno presentata l'istanza¹⁷. Sembra dunque ragionevole ritenere che, trascorso il termine di durata del procedimento, pari a tre mesi, oltre ai quindici giorni assegnati, qualora non sia stata

¹³ V. *ex multis* Trib. Napoli, 28 settembre 2020, in *DeJure*.

¹⁴ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 137; in giurisprudenza v. riferimenti contenuti alla nota immediatamente successiva.

¹⁵ Sul punto v., tra le altre, Trib. Lecce 3 marzo 2017, in *Dir. & Giust.* 20 giugno 2017 che fa derivare il carattere perentorio dallo scopo e dalla funzione adempiuta da questo termine; Trib. Savona, 27 settembre 2018, *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Firenze 4 giugno 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2374, con nota di E. BENIGNI, *L'avvio tardivo della mediazione determina l'improcedibilità della domanda*. Escludono invece che si tratti di un termine perentorio, Trib. Milano 27 settembre 2016, in *Il caso.it*, 2016; Trib. Roma 14 luglio 2016, in *DeJure*; Trib. Bologna, 11 dicembre 2017, n. 21109, *Redazione Giuffrè*, 2018.

¹⁶ V. ad es. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Comm. del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 253 ss.

¹⁷ D. DALFINO, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., 253 ss., secondo il quale il giudice in caso di mancata proposizione del procedimento dovrebbe mettere in moto "il meccanismo diretto al recupero dell'attività non compiuta in precedenza".

proposta la mediazione, il giudice dinanzi al quale il giudizio di opposizione prosegue, debba dichiarare la domanda definitivamente improcedibile¹⁸.

Va infine segnalato che la natura processuale del termine è stata messa in dubbio da un autore, che lo ritiene correlato, invece, all'esercizio di un potere sostanziale¹⁹.

Di fronte a queste incertezze, provocate da un dettato normativo che, in materia di rapporti fra mediazione e tutela monitoria, oggettivamente è poco chiaro, l'interprete non può che provare un senso di insoddisfazione. Sarebbe bastato un piccolo sforzo da parte del legislatore per non creare una disciplina così lacunosa, che alimenta i dubbi, creando danni notevoli agli operatori.

Abstract

**MEDIATION REQUEST AND OBJECTION TO THE ORDER FOR
PAYMENT IN THE LIGHT OF A RECENT SUPREME COURT DECISION.**

Lo scritto esamina il problema dell'individuazione della parte cui spetti la proposizione dell'istanza di mediazione obbligatoria, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, alla luce della recente e condivisibile pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

This paper examines the problem of identifying the party to whom the mediation request as a mandatory step is due, raising an objection to the order for payment, in the light of the recent decision of the Supreme Court.

¹⁸ V. in riferimento a una questione non dissimile, M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art.8 della l. n. 24/17*, in *Riv. arb.*, 2018, 107.

¹⁹ M. STELLA, *La natura del termine per dare inizio alla mediazione e le conseguenze del suo mancato rispetto*, in *Corr. giur.*, 2018, 92, a commento di Trib. Vasto 27 settembre 2007.