

### III CONVEGNO NAZIONALE DELLA CONSULTA DEI LEGALI SUNIA

15-16 Settembre 2016

#### LA MEDIACONCILIAZIONE: RISVOLTI GIURICI E PRATICI

##### **Premessa: l'evoluzione normativa e lo sviluppo pratico della mediazione**

Con il Decreto Legislativo 4 Marzo 2010 n. 28 è stata introdotta nel nostro ordinamento la procedura di mediazione quale meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie (c.d. ADR) giuridiche civili e commerciali.

Si è trattato, indubbiamente di una svolta di notevole portata che – come tale – ha dato seguito a numerose reazioni da parte degli addetti ai lavori, per primi gli avvocati.

Tale meccanismo, infatti, per come congegnato, veniva reputato – ad una prima superficiale valutazione – come avente l'effetto di sminuire la capacità professionale del procuratore nel perseguire una definizione bonaria delle controversie ed, inoltre, consentiva anche ad altre categorie professionali (commercialisti, dottori in legge ecc..) di svolgere un ruolo attivo nella mediazione stessa.

Per di più, il testo originario prevedeva l'obbligo di esperire il tentativo di mediazione prima di accedere alla Giustizia laddove si vertesse in particolari materie tassativamente indicate.

Proprio tale aspetto, visto come una limitazione ingiustificabile all'accesso alla tutela giurisdizionale dei propri diritti, ha spinto a porre la normativa del D.Lgs 28/10 al vaglio della Corte Costituzionale la quale, con Sentenza n. 272/2012 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 di detto Decreto Legislativo nella parte in cui imponeva l'obbligatorietà di detta procedura individuando in ciò una violazione, fra l'altro, dell'art. 24 della Costituzione.

Tale pronuncia – unita al clima di diffidenza generale che aveva accolto questo nuovo istituto – portò la mediazione ad essere relegata a strumento del tutto marginale.

Tuttavia, ormai la strada era segnata e con Decreto Legge 69 del 2013, convertito con modificazioni in legge 98/2013, è stata riformata la procedura di mediazione giungendo (salvo marginali modifiche approntate con la L. 162/2014) al testo ad oggi vigente.

Con il c.d. Decreto del fare viene di fatto reintrodotta la mediazione obbligatoria in alcune materie prevedendo però un primo incontro gratuito fra le parti dirette ad una corretta informativa delle stesse sulle caratteristiche della mediazione; gli avvocati – ai quali vengono imposti obblighi di informativa del cliente in merito alla possibilità di esperire il tentativo di mediazione - vengono considerati mediatori di diritto (salvo l'obbligo di partecipare a corsi di formazione e di aggiornamento); viene poi prevista la possibilità di attribuire efficacia esecutiva ai verbali di accordo mediante sottoscrizione da parte degli avvocati che certifichino la non contrarietà dell'accordo stesso alle norme imperative e di ordine pubblico.

Occorre dire che l'obbligatorietà del tentativo di mediazione nella materie tassativamente indicate dall'art. 5, pena l'improcedibilità della domanda, è stato reintrodotta "a termine" ossia per 4 anni, fino al prossimo 2017; data in cui – verificati i risultati raggiunti – verrà con tutta probabilità adottata una decisione definitiva.

A ben vedere, dopo oltre 6 anni dalla sua prima introduzione e a conclusione del periodo di sperimentazione prevista dalla L. 98/13, l'istituto sembra prendere sempre più campo ed iniziare a superare le difficoltà anche culturali iniziali come dimostrano i dati forniti dal Ministero.

Nel periodo relativo al primo trimestre 2016, si registrano 76.083 nuovi procedimenti di mediazione iscritti, dato sostanzialmente in linea con i trimestri precedenti (82.489 nel primo trimestre del 2015, 84.210 nel secondo, 62.581 nel terzo e 75.656 nel quarto trimestre del 2015).

Tra le controversie maggiormente trattate in mediazione nel primo trimestre 2015 rimangono quelle in tema di contratti bancari (circa il 22%), di diritti reali (14%), **di locazione (12%) e condominio (11%)**.

L'aderente compare nel 46% dei casi e quando le parti accettano di sedersi al tavolo della mediazione dopo il primo incontro si giunge all'accordo conciliativo nel 43% dei casi (tutti dati in linea con le precedenti rilevazioni).

In via generale, si giunge all'accordo nel 37,6% dei casi se si tratta di mediazione volontaria, nel 21,4% se obbligatoria e nel 13,9% se demandata dal giudice.

Tra le controversie nelle quali si registra una maggiore percentuale di comparizione dell'aderente vi sono quelle che riguardano rapporti tra parenti (successioni ereditarie: 60,1%; divisione: 57,1%; patti di famiglia: 56,3%).

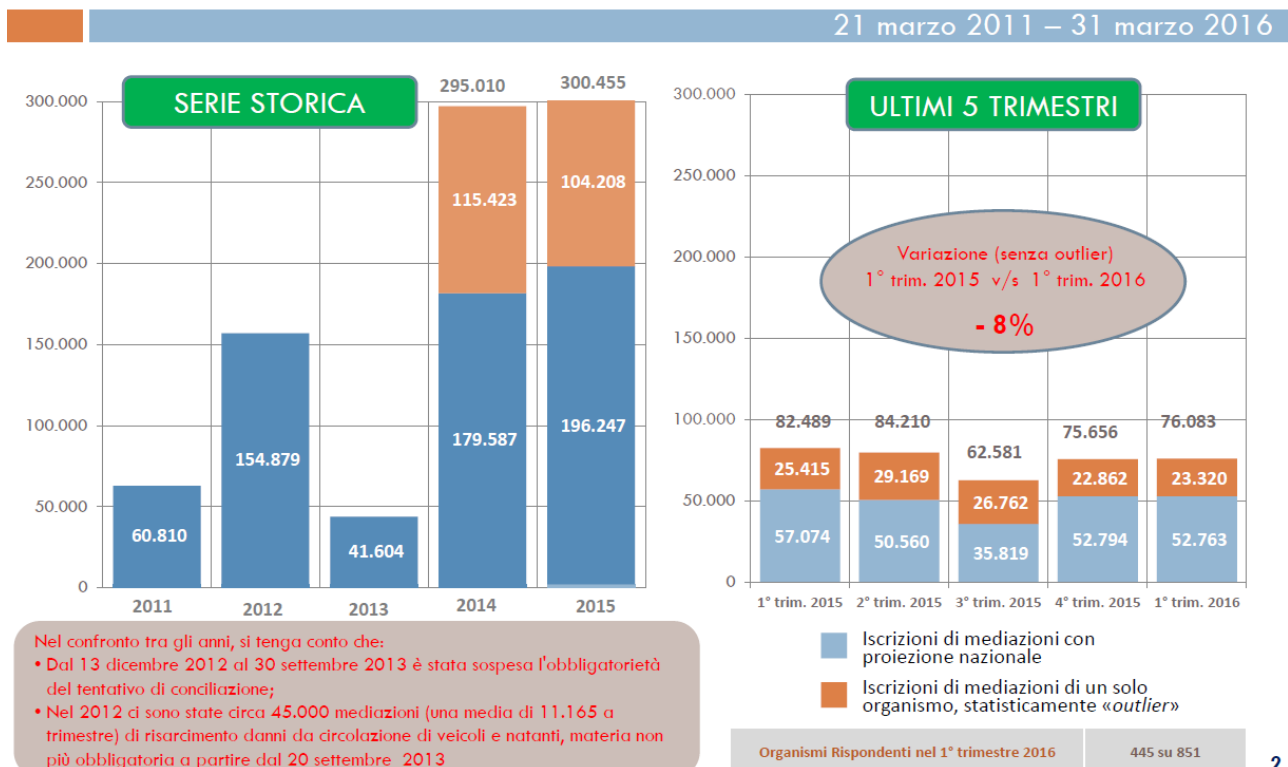
**Tra il 50 e il 55%, invece, l'aderente compare nelle controversie in materia di diritti reali, locazione, condominio** e affitto di aziende, mentre la percentuale scende a circa il 45% in caso di contratti bancari, tra il 35 e il 40% in tema di risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa, contratti finanziari e risarcimento danni da responsabilità medica e, a solo il 13,4% in tema di contratti assicurativi.

Quanto alla presenza dell'avvocato in mediazione, nelle mediazione volontarie il 62% dei proponenti è assistito dal proprio legale, mentre tra i chiamati in mediazione ben l'83% è assistito da un avvocato.

Analizzando poi l'andamento dei dati nel corso degli anni (tolto l'anno 2013 in cui a seguito della Sentenza C. Cost. 272/12 e prima della reintroduzione dell'obbligatorietà ad opera della L. 98/13, i numeri scesero drasticamente) le percentuali sia delle adesioni alle richieste di mediazione, sia degli esiti positivi delle procedure sono in lento ma costante aumento.

## Iscrizioni di mediazioni:

### Rilevazione statistica con proiezione nazionale

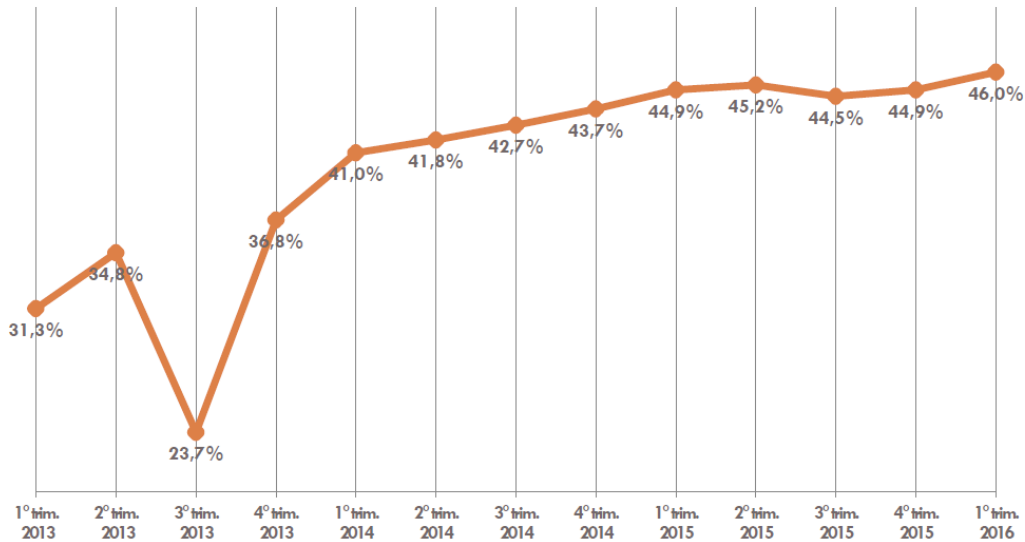


Nel confronto tra gli anni, si tenga conto che:

- Dal 13 dicembre 2012 al 30 settembre 2013 è stata sospesa l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione;
- Nel 2012 ci sono state circa 45.000 mediazioni (una media di 11.165 a trimestre) di risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti, materia non più obbligatoria a partire dal 20 settembre 2013

## Trend di comparizione dell'aderente nei procedimenti definiti

1° gennaio 2013 – 31 marzo 2016



9

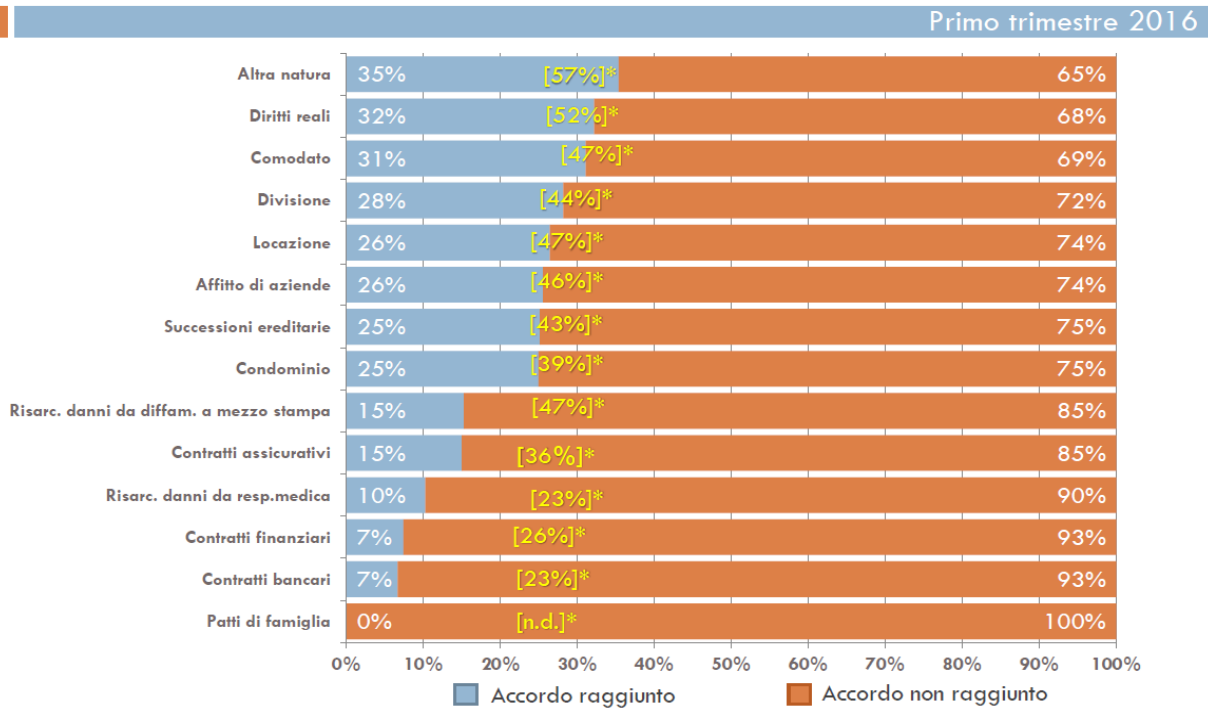
## Comparizione dell'aderente per materia

1° trimestre 2016

Materia	% aderenti comparsi	Graduatoria della comparizione per materia
Successioni ereditarie	60,1%	60,1%
Divisione	57,1%	57,1%
Patti di famiglia	56,3%	56,3%
Diritti reali	55,0%	55,0%
Locazione	52,3%	52,3%
Condominio	51,7%	51,7%
Affitto di aziende	50,5%	50,5%
Contratti bancari	44,9%	44,9%
Comodato	43,0%	43,0%
Altra natura	42,4%	42,4%
Risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa	40,9%	40,9%
Contratti finanziari	39,9%	39,9%
Risarcimento danni da responsabilità medica	35,3%	35,3%
Contratti assicurativi	13,4%	13,4%

10

## Analisi dell'esito per materia con aderente comparso



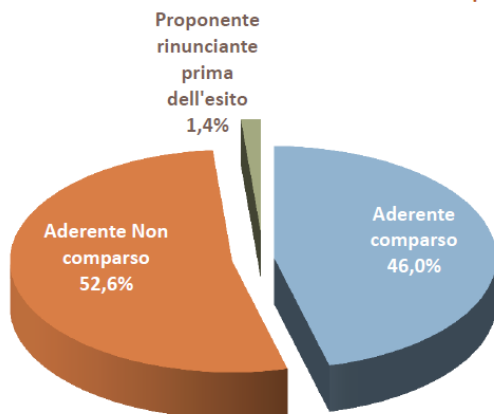
\* % di procedimenti che si chiudono con l'accordo quando le parti accettano di incontrarsi per un tentativo di conciliazione

11

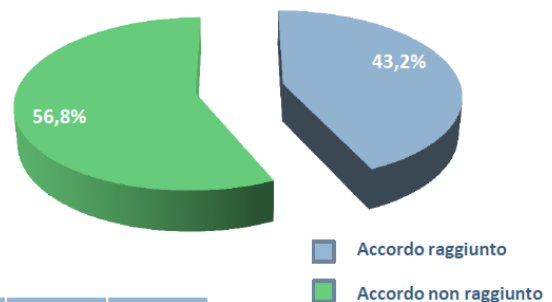
## Esito delle mediazioni

Primo trimestre 2016

### Presenza delle parti



### Esito della mediazione (quando le parti accettano di sedersi al tavolo della mediazione dopo il primo incontro)

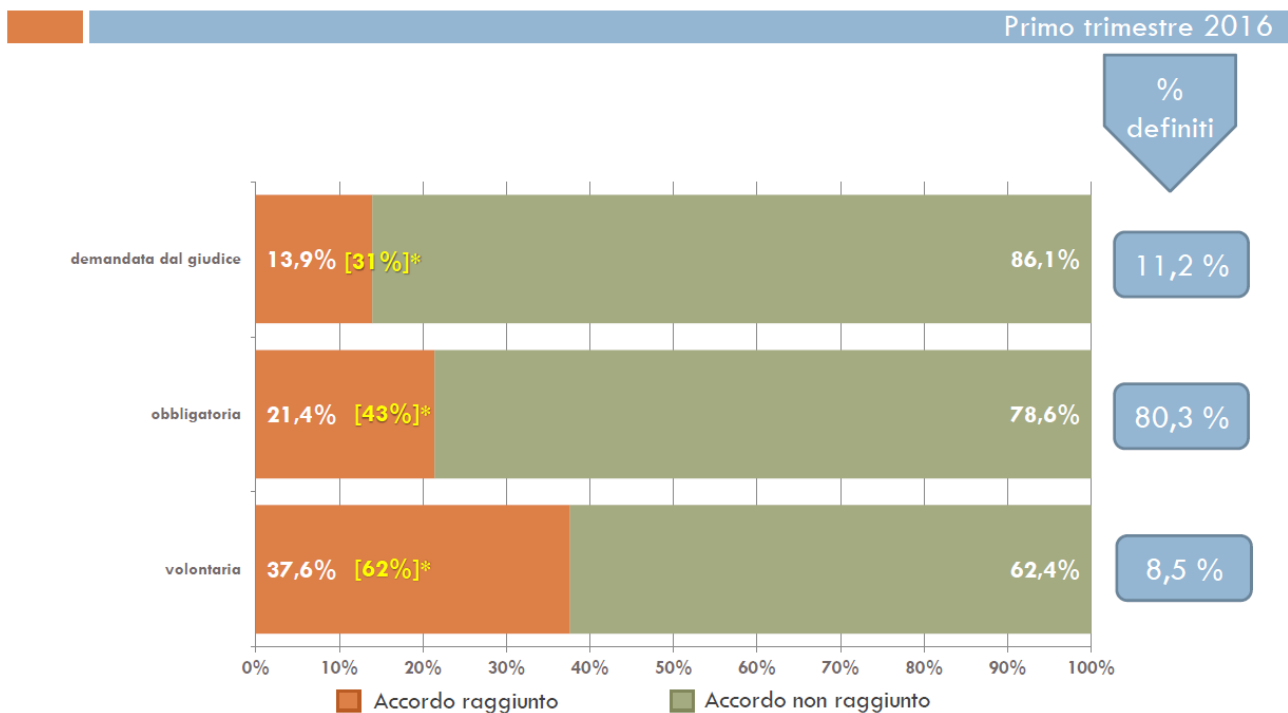


	03/2011 – 12/2012	2013	2014	2015
Aderente comparso	27,0%	32,4%	40,5%	44,9%
di cui Accordo raggiunto	43,9%	42,4%	47,0% (*)	43,5% (*)

(\*) Dal 2014 sono state escluse le mediazioni in cui gli aderenti hanno partecipato solo al primo incontro conoscitivo

5

## Esito della mediazione per tipologia di procedimento



\* % di procedimenti che si chiudono con l'accordo quando le parti accettano di incontrarsi per un tentativo di conciliazione

12

### Brevi cenni sugli aspetti giuridici più rilevanti

A) La mediazione civile può avere ad oggetto ogni controversia sia civile che commerciale che riguardi diritti disponibili e mira – mediante l'aiuto di un soggetto terzo ed imparziale – al raggiungimento di una composizione amichevole della controversia.

La stessa viene attivata volontariamente da chi ritiene di far valere un proprio diritto mediante deposito di una domanda presso appositi Organismi riconosciuti ed accreditati presso il Ministero.

La volontarietà di detta procedura trova, come detto, delle eccezioni tassative contenute nell'art. 5 D.Lgs 28/10 che prevede il preventivo esperimento del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Le materie sono:

- Condominio;
- Diritti reali;
- Divisione;
- Successioni ereditarie;
- Patti di famiglia;
- Locazione;
- Affitto azienda;
- Risarcimento danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità;
- Contratti assicurativi, bancari ed assicurativi;

In dette materie le parti devono essere obbligatoriamente assistite dall'avvocato.

Se non viene esperito il preventivo tentativo di mediazione il Giudice, su eccezione di parte o d'ufficio, rileva l'improcedibilità e concede un termine di 15 gg alle parti per esperire il tentativo di mediazione. Qualora non venga esperito il tentativo, la domanda sarà dichiarata improcedibile.

- B) Fanno eccezione a tale obbligo propedeutico le ipotesi in cui si proceda (anche in dette materie) mediante:
- Procedimento per ingiunzione;
  - Procedimenti di convalida di licenza o di sfratto;
  - ATP;
  - Procedimenti possessori;
  - Opposizione all'esecuzione forzata;
  - Procedimenti in camera di consiglio;
  - Azione civile esercitata nel processo penale;
- C) Le parti devono partecipare personalmente alla procedura di mediazione e devono essere informate dai loro avvocati per iscritto pena l'annullabilità del contratto fra avvocato ed assistito. La mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione può essere valutata dal Giudice come argomento di prova ex art. 116 c.p.c. e può dar luogo alla condanna al pagamento in favore dello stato di un importo pari al contributo unificato dovuto per il giudizio.
- D) L'accordo eventualmente raggiunto ha valore di titolo esecutivo per l'esecuzione forzata, di consegna e rilascio, degli obblighi di fare e non fare nonché per l'iscrizione giudiziale qualora sia sottoscritto anche dagli avvocati che ne certifichino la conformità alle norme imperative ed ordine pubblico. In caso si debba procedere all'esecuzione sulla base di tale titolo non sarà quindi necessario l'omologa da parte del Presidente del Tribunale ma il precetto deve contenere la completa trasposizione dell'accordo.

### **La mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione ed i termini per la sua attivazione in caso di mediazione delegata dal Giudice**

Come abbiamo visto la mediazione in alcune materie costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria. In caso di mancato esperimento del tentativo prima dell'introduzione della causa, il Giudice (su eccezione di parte o d'ufficio) rileva tale circostanza ed assegna alle parti un termine per introdurre la mediazione.

Nel caso in cui la procedura non venga poi esperita il giudice con Sentenza dichiara improcedibile la domanda (in tal senso vedi Trib. Siena 25/06/12, Lamezia Terme 22/06/12, Roma – Sez. Ostia 26/03/12) con condanna alle spese.

L'esigenza di esperire il tentativo di mediazione può emergere anche a seguito della domanda riconvenzionale svolta da convenuto. Anche in tal caso il Giudice concederà il termine per l'introduzione della procedura di mediazione e, in caso di mancato esperimento dello stesso, dichiarerà improcedibile la domanda.

Altro caso è l'ipotesi in cui la mediazione sia demandata dal Giudice. In questo caso, nel quale la condizione di procedibilità prescinde dalla materia, tutte le domande, indifferentemente, quelle degli attori, quelle dei convenuti e quelle dei terzi, sono soggette a mediazione, e in questo caso aver confinato l'oggetto della mediazione ad una parte soltanto della controversia comporta che l'improcedibilità si propaga a tutte le domande (Trib. Roma, 27/11/14).

L'art. 5 co 2 D.Lgs 28/10 prevede il termine di 15 gg per introdurre la mediazione delegata dal Giudice.

Nulla dice circa la natura del termine e, quindi, nulla viene espressamente sancito per il caso di mancato rispetto dello stesso.

Una interpretazione conforme allo spirito della mediazione come strumento di risoluzione amichevole delle controversie e di meccanismo teso a garantire anche una funzione deflattiva dovrebbe portare ad individuare il termine come meramente ordinatorio.

Pertanto, ciò che importa è che il tentativo venga poi effettivamente esperito in tempo utile prima dell'udienza di rinvio fissata dal Giudice.

Tuttavia, occorre però porre attenzione a detto termine in quanto il Tribunale di Firenze (Dott. Ghelardini, Sent. del 04/06/15) ha ritenuto lo stesso debba considerarsi perentorio con conseguente improcedibilità della domanda laddove il tentativo, seppur esperito, sia stato introdotto oltre il termine di 15 gg.

Secondo il Giudice, infatti *“il carattere della perentorietà del termine può desumersi, anche in via interpretativa tutte le volte che, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, lo stesso debba essere rigorosamente osservato (in questo senso Cass. n. 14624/00, 4530/04).*

*Non si dubita ad esempio, che, il termine per proporre opposizione a decreto ingiuntivo di cui all'art. 641 c.p.c., pur non espressamente dichiarato perentorio da tale disposizione, abbia tale qualità, sia perché tale procedimento presenta taluni caratteri del procedimento impugnatorio, la cui proposizione è secondo i principi generali sempre scandita da rigorosi termini processuali, sia perché la mancata osservanza di tale termine comporta esecutorietà del decreto ex art. 647 c.p.c..*

*Ritiene il giudicante che a conclusione analoga si debba pervenire in caso di mancato rispetto del termine concesso dal giudice ex art. 5, II co., ultimo periodo D. Lgs. citato per il deposito della domanda di mediazione. La implicita natura perentoria di tale termine si evince dalla stessa gravità della sanzione prevista, l'improcedibilità della domanda giudiziale, che comporta la necessità di emettere sentenza di puro rito, così impedendo al processo di pervenire al suo esito fisiologico.*

*Apparirebbe assai strano che il legislatore, da un lato, abbia previsto la sanzione dell'improcedibilità per mancato esperimento della mediazione, prevedendo altresì che la stessa debba essere attivata entro il termine di 15 gg, dall'altro, abbia voluto negare ogni rilevanza al mancato rispetto del suddetto termine.*

*In proposito è solo il caso di rilevare che, anche a ritenere di natura ordinatoria e non perentoria il termine di 15 gg per l'avvio della mediazione, la mancata proposizione di tempestiva istanza di proroga comporta inevitabilmente secondo la prevalente giurisprudenza, che si condivide, la decadenza dalla relativa facoltà processuale (così, in materia di conseguenze del mancato rispetto di termini ordinatori processuali, non prorogati, cfr, di recente, Cass. N. 589/2015, n. 4448/13, e con pronunce più risalenti, Cass. n. 4877/05; 1064/05; 3340/97).”*

In senso conforme si è espresso anche il Tribunale di Monza con sentenza n 156 del 21/01/16: *“L'art.5 d.lgs. 28/2010 dispone che il Giudice, nel caso in cui il procedimento non sia stato espletato, sospende la causa per tre mesi, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Si tratta di un termine ordinatorio, con la conseguenza che la parte a carico della quale è posto l'onere di instaurare il procedimento può ottenere dal giudice una proroga, sempreché depositi tempestivamente l'istanza prima della scadenza del termine stesso. In caso contrario, dal tardivo deposito dell'istanza di mediazione, consegue l'improcedibilità della domanda”*

### **La presenza personale delle parti e l'effettività del tentativo di mediazione**

Inoltre la mediazione, per ritenersi ritualmente esperita e consentire (in caso di esito negativo) l'avveramento della condizione di procedibilità, richiede la presenza personale delle parti al primo incontro.

Ormai costantemente la giurisprudenza si è orientata nel senso di non ritenere correttamente esperita la mediazione laddove siano presenti esclusivamente i difensori delle parti o, ancor di più, laddove le parti si siano limitate ad inviare un fax in cui davano atto della loro volontà di non attivare la procedura.

In tal senso si è pronunciato più volte il Tribunale di Firenze (ordinanza del 19/03/14, dott.ssa Breggia; Sent. 42/16 dott. Ghelardini) ed anche altri Tribunali quali Roma (Sent. del 29/09/14) Bologna (Sent. del 5/06/14) Vasto (Sent. del 23/06/15), Siracusa (Sent. del 11/09/15), Monza (Sent. del 14/07/15), Verona (Sent. del 08/09/15), Pavia (Sent. del 9/03/15).

*“Il “primo incontro” cui allude la suddetta disposizione, non può che essere quello delle parti, cioè di tutte le parti del giudizio, avanti al mediatore. D'altra parte, come già affermato da questo Tribunale nella sentenza 19.3.2014 (giudice dott.ssa BREGGIA) al primo incontro di fronte al mediatore deve non solo procedersi ad opera del mediatore ad una attività informativa circa la funzione e la modalità della mediazione, ma anche effettuarsi una vera e propria attività di mediazione di merito sulle questioni oggetto di lite, salva la facoltà delle parti di non procedere oltre nella mediazione, ove non sia raggiunto accordo al primo incontro.*

*Segue da quanto sopra che la parte che ha interesse ad assolvere la condizione di procedibilità ha l'onere di partecipare agli incontri avanti al mediatore. Invero, se al primo incontro le parti possono raggiungere l'accordo, come si evince a contrario dalla disposizione citata, è evidente che esse devono prima di tutto partecipare ad esso.*

*Ovvio che la mancata partecipazione alla mediazione della parte non onerata ex lege non potrà avere alcuna rilevanza ai fini della procedibilità della domanda attorea, non potendo certo la parte diligente subire un pregiudizio per la mancata collaborazione di quella che non ha interesse.*

*Ciò peraltro non esclude che la parte onerata, e cioè l'attore nei procedimenti ordinari, abbia in ogni caso l'onere di partecipare al primo incontro avanti al mediatore, che sarà anche quello conclusivo ove l'altra parte non compaia, ovvero anche a tutti quelli in cui in concreto si articola il procedimento mediatorio”.*

*... “La logica dell'istituto è, chiaramente, nel senso di onerare chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero proporre appello, non solo di promuovere la mediazione, ma anche di partecipare al relativo procedimento al fine di rendere possibile un accordo tra le parti in quella sede. In caso di mancata partecipazione alla mediazione della parte che ha l'onere di esperire il procedimento mediatorio non sarebbe ragionevole ritenere applicabili le sole sanzioni di cui all'art. 8 citato. Si renderebbe cioè possibile alla parte onerata di assolvere alla condizione, assicurando la procedibilità della propria domanda, semplicemente attivando il procedimento e non mediante “l'esperimento” dello stesso.*

*In conclusione va quindi sanzionato con l'improcedibilità il comportamento della parte onerata ex lege che non compaia avanti al mediatore.” (Trib. Firenze Sent. 42/16).*

Anche la Circolare ministeriale 20 dicembre 2011 ha precisato che *“nei casi in cui vi è obbligatorietà del tentativo di conciliazione, è essenziale che l'invitante si presenti davanti al mediatore, non potendo, diversamente, chiedere il rilascio dell'attestazione di conclusione del procedimento di mediazione. In questo caso, il mediatore dovrà attestare la mancata comparizione della controparte e la segreteria dell'organismo potrà ri lasciare l'attestato di conclusione del procedimento di mediazione”.*

Addirittura la giurisprudenza si sta spingendo anche oltre nel senso di richiedere che il tentativo di mediazione sia effettivo.

Anche in questo caso la pronuncia di riferimento e l'Ordinanza del 19/03/14 del Tribunale di Firenze (Dott.ssa Breggia) secondo la quale, in caso di mediazione delegata, affinché possa ritenersi correttamente eseguita la mediazione (e la condizione di procedibilità avverata) sono necessari due presupposti:

1. la mediazione deve svolgersi con la presenza personale delle parti;
2. l'ordine del giudice di esperire la mediazione ha riguardo al tentativo di mediazione vero e proprio.



Secondo il Giudice, infatti, *“ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori.*

*Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione.*

*L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati”*

Nell'art. 8. co. 1, d.lgs. n. 28/10 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 2 bis, si parla di *“primo incontro concluso senza l'accordo”*. Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di *“mancato accordo”* se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. Per *“mediazione disposta dal Giudice”* si intende quindi che il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere - adempiano effettivamente all'ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l'esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità.

In senso conforme anche il Tribunale di Rimini con provvedimento del 16/07/14 secondo cui: *“Qualora le parti si siano limitate a rifiutare di iniziare la procedura dopo la mera illustrazione da parte del mediatore della “funzione e modalità di svolgimento della mediazione”, la mediazione non è stata intrapresa effettivamente e, quindi, dove procedersi a mediazione effettiva, a pena dell'improcedibilità della domanda ex art. 5,2° comma D.Lgs. n. 28/2010”*

Infine si segnala come la convocazione in mediazione debba essere svolta anche nei confronti della parte eventualmente contumace (Trib Roma 10/04/14).

### **Individuazione del soggetto su cui grava l'onere di attivare la procedura di mediazione**

Il soggetto onerato all'attivazione della mediazione è colui che intende far valere un proprio diritto che rientri nelle materie tassativamente indicate nell'art. 5 D.Lgs 28/10.

Abbiamo visto però che sussistono delle eccezioni a tale obbligatorietà laddove, pur rientrandosi in dette materia, si agisca mediante alcuni particolari tipologie di strumenti giuridici.

Infatti, colui che intenda procedere per il recupero di canoni di locazione, può utilizzare lo strumento dell'ingiunzione di pagamento senza dover preventivamente esperire il tentativo di mediazione pur rientrando in una delle materie obbligatori (la locazione, appunto).

In questi casi, però, la mediazione è solo rimandata all'ipotesi di successiva opposizione e conseguente instaurazione del procedimento di merito.

Proprio questo caso ha creato notevole dibattito in giurisprudenza in relazione all'individuazione del soggetto onerato all'introduzione del procedimento di mediazione.

La **giurisprudenza di merito** ha fatto ricadere tale onere talvolta in capo all'opponente altre volte in capo al medesimo opposto.

A favore della **prima tesi**, quella che fa ricadere sull'opponente - convenuto in senso sostanziale - l'onere di avviare il procedimento di mediazione si schierano il Tribunale di **Firenze**, quello di **Nola** e da ultimo il Tribunale di **Monza**, a mente dei quali *“Alla dichiarazione d'improcedibilità*

*dell'opposizione a d.i. per mancato esperimento della mediazione prevista quale condizione di procedibilità della domanda consegue la conferma del d.i. opposto*" (Tribunale Nola, 24/02/2015).

Tale tesi, si fonda essenzialmente sulle **analogie presenti tra i giudizi di opposizione a d.i. e quelli impugnatori**, per i quali all'improcedibilità della domanda consegue l'estinzione del giudizio; è preferibile che per le opposizioni a D.I., al pari dei procedimenti di appello, l'asserzione relativa alla "improcedibilità della domanda giudiziale" venisse interpretata come "improcedibilità/estinzione dell'opposizione", come del resto avviene nel caso di impugnazione in appello, e non quale improcedibilità della domanda monitoria consacrata nel provvedimento ingiuntivo. Diversamente opinando, si verrebbe a configurare, una improcedibilità, peraltro successiva, che intaccherebbe un provvedimento giudiziario idoneo al giudicato sostanziale, quale appunto il d.i., già ritualmente emesso, ancorché *sub iudice*. Sostenere il contrario e, pertanto, che al mancato esperimento della mediazione conseguirebbe la revoca del d.i. opposto, oltre a contraddire lo spirito deflattivo della mediazione, comporterebbe la creazione di un precedente non conosciuto dall'ordinamento processuale italiano.

La **seconda tesi, che vorrebbe far ricadere sull'opposto** - attore in senso sostanziale - l'onere di esperire il tentativo di mediazione sotto pena, in mancanza, della revoca del d.i., trova il suo fondamento nel dato letterale della norma, la quale pone a carico di "**chi intende esercitare in giudizio un'azione**", l'onere della mediazione.

Nel caso dell'opposizione a d.i. s'instaurerebbe un ordinario giudizio di cognizione, nel quale, colui il quale esercita l'azione risulta proprio l'opposto, attore in senso sostanziale, sul quale conseguentemente incomberebbe il suddetto onere.

Si è sostenuto che "l'atto di opposizione, infatti, non costituisce una iniziativa processuale ma la reazione difensiva all'impulso procedimentale altrui. Peraltro, una interpretazione differente, evidentemente crea uno squilibrio irragionevole 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 un altro onere che, nel procedimento ordinario, non spetterebbe a lui".

È intervenuta sul punto la **Corte di Cassazione con la sentenza n. 24629 del 3 dicembre 2015 (Rel. Vivaldi)** per la quale "la disposizione di cui all'art. 5 d. lgs. 28 del 2010, di non facile lettura, deve essere interpretata conformemente alla sua ratio", ovvero, "la norma è stata costruita in funzione deflattiva e, pertanto, va interpretata alla luce del principio costituzionale del ragionevole processo e, dunque, dell'efficienza processuale".

Ciò posto, la Corte riconosce che "nel procedimento per decreto ingiuntivo cui segue l'opposizione, la difficoltà di individuare il portatore dell'onere deriva dal fatto che si verifica una inversione logica tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, nel senso che il creditore del rapporto sostanziale diventa l'opposto nel giudizio di opposizione".

Detta inversione "può portare ad un errato automatismo logico cui si individua nel titolare del rapporto sostanziale (che normalmente è l'attore nel rapporto processuale) la parte sulla quale grava l'onere".

Tuttavia, "avendo come guida il criterio ermeneutico dell'interesse e del potere di introdurre il giudizio di cognizione – la soluzione deve essere quella opposta".

Continuando in tale direzione, infatti, deve ritenersi che è "l'opponente che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore".

Pertanto, è "sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perché è l'opponente che intende precludere la via breve per percorrere la via lunga".

La Corte conclude statuendo che: "soltanto quando l'opposizione sarà dichiarata procedibile riprenderanno le normali posizioni delle parti: opponente – convenuto sostanziale, opposto – attore sostanziale. Ma nella fase precedente sarà il solo opponente, quale unico interessato ad avere l'onere di introdurre il procedimento di mediazione; diversamente, l'opposizione sarà improcedibile".

Nonostante il chiarimento offerto dalla Suprema Corte il contrasto non appare ancora sanato, visto che vi sono recenti pronunce di contrario avviso contrario avviso (**Tribunale di Firenze, 17 gennaio 2016, Rel. Guida**) e rilevano che *“il creditore che propone ricorso monitorio non sceglie una linea deflattiva, ma persegue l'interesse a munirsi quanto prima di un titolo esecutivo; specularmente il debitore facendo opposizione non intende precludere la via breve per percorrere la via lunga; egli semmai esercita nei tempi e nelle forme propri del procedimento di ingiunzione il diritto inviolabile alla difesa in giudizio, costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.)”*

Meno dubbi, fortunatamente, sembrano esserci per il caso analogo di opposizione a convalida di sfratto in cui appare pacifico che ad attivare la mediazione debba essere l'intimante e non l'opponente.

Tale soluzione trova la sua ratio nel fatto che, a differenza dell'opposizione a decreto Ingiuntivo, nel caso di citazione per convalida, l'intimante non è ancora in possesso di alcun titolo che possa avere effetto di giudicato e, pertanto, il mancato esperimento del tentativo di mediazione non può che riverberarsi sull'azione di licenza o sfratto intentata. Diversamente, ritenere che l'onere gravi sull'opponente, porterebbe all'assurdo che, qualora questi non rispettasse l'onere impostogli, sarebbe improcedibile l'opposizione ma mancherebbe un provvedimento (la convalida) atto ad avere il potere di giudicato.

### **La mediazione in caso di impugnazione della delibera condominiale.**

La mediazione ha effetti sospensivi dei termini di prescrizione e decadenza eventualmente imposti all'esercizio dell'azione giudiziale.

Tuttavia, detto effetto deriva dalle comunicazioni alle parti e non dal semplice deposito della domanda presso l'organismo competente.

Tale precisazione riveste una importanza fondamentale laddove i termini per l'esercizio dell'azione sono particolarmente ridotti, come il caso della impugnazione della delibera condominiale.

Come ben precisato (fra le tante) dal Tribunale di Palermo con la Sentenza del 18/09/15 *“Il termine di decadenza per l'impugnazione della delibera assembleare viene sospeso – per una sola volta – dalla domanda di mediazione; ma non dal giorno della sua presentazione, bensì dal momento della comunicazione alle altre parti”*.

Una volta introdotta tempestivamente la procedura, qualora questa non abbia esito positivo, la legge prevede che *“se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo”* (Art. 5 co 6).

Sembra potersi ritenere che in caso di esito negativo il ricorrente abbia un ulteriore termine (“medesimo termine”) di 30 gg per proporre l'impugnativa della delibera davanti al Giudice.

Tuttavia, merita segnalare come il Tribunale di Palermo, con la sentenza n. 4951 del 18/09/15 ha statuito che *“L'iscrizione della causa al ruolo va fatta entro i giorni rimanenti per promuovere l'azione giudiziaria e non entro un mese dalla data del deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'Organismo”*.

Nel caso di specie la domanda di mediazione era stata comunicata al condominio il 28° giorno. Fallito il tentativo, secondo il Giudice palermitano, il ricorrente avrebbe avuto solo due residui giorni per iscriverla al ruolo la causa di opposizione alla delibera assembleare e non un ulteriore termine di 30 gg.

Non avendo rispettato tale termine residuo, l'impugnazione è stata dichiarata inammissibile.

Tale tesi lascia però qualche perplessità.

L'art. 8 della Direttiva 2008/52/CE, sotto la rubrica «Effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza», affermava già che *“gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per*

*il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza”.*

Non è, pertanto, nella lettera né nello spirito del comma 6 dell’art. 5, d. lgs. n. 28/2010, concludere, al pari di quanto fatto dal Tribunale di Palermo nella sentenza in commento, che, ai fini dei trenta giorni *ex art. 1137 c.c.*, il procedimento di mediazione funzioni come fosse una causa di sospensione, nel senso che, alla cessazione di esso, consacrata dal deposito del verbale presso la segreteria dell’organismo, il termine riprende a correre dal punto di progressione che aveva raggiunto al momento della comunicazione della domanda di comunicazione.

La comunicazione della domanda di mediazione è stata intesa dal legislatore come evento idoneo ad impedire la decadenza da un diritto (quale, in particolare, quello di impugnazione ai sensi dell’art. 1137 c.c.), non in quanto costituisca la manifestazione di una volontà sostanziale, bensì in quanto instaura un **rapporto diretto a realizzare un accordo conciliativo**. L’inizio della mediazione non vale, però, a sottrarre definitivamente alla decadenza il diritto esercitato nell’ipotesi in cui il tentativo di conciliazione sortisca esito negativo, nel qual caso decorre un secondo, ed ultimo, identico termine decadenziale: questa ricostruzione non si pone in contrasto con l’istantaneità dell’effetto impeditivo ed il suo ricollegarsi al compimento di un solo ed unico atto, atteso che la decadenza opera sul diritto e non sulla conciliazione o sull’azione giudiziaria.

Può, al limite, contestarsi che la domanda di mediazione dia luogo ad un vero e proprio impedimento della decadenza, producendo essa, semmai, soltanto uno sdoppiamento dello stesso termine, in maniera da consentire che non si produca l’effetto della perdita del diritto nella pendenza del procedimento di mediazione. Quel che certamente appare inaccettabile è attribuire alla comunicazione dell’istanza di mediazione, come fatto dal Tribunale di Palermo, una sorta di effetto “impeditivo – sospensivo” del termine di decadenza, perdurante fino alla consacrazione della mancata conciliazione, alla stregua di quanto stabilito in tema di prescrizione dall’art. 2945, comma 2, c.c., stante per di più l’inapplicabilità ai termini di decadenza delle regole della prescrizione sancita dall’art. 2964 c.c.

### **Omologabilità dell’accordo.**

L’accordo raggiunto in mediazione ha l’efficacia di titolo esecutivo.

Qualora sia sottoscritto anche dagli avvocati i quali certifichino la non contrarietà alle norme imperative e di ordine pubblico, il verbale non necessita neppure dell’omologa da parte del Presidente del Tribunale.

Laddove, però, gli avvocati non lo abbiano sottoscritto e non sia stata – quindi – effettuata la valutazione di compatibilità con le norme suddette – per poter attribuire l’efficacia di titolo esecutivo al verbale di accordo occorre ricorrere all’omologa da parte del Presidente del Tribunale.

In questo caso occorre però avere l’accortezza di rendere il verbale più completo possibile anche in relazione alle pretese avanzate dalle parti ed i titoli da cui le stesse derivano.

Infatti, secondo quanto stabilito dal Tribunale di Firenze (2/07/15): *“qualora nel verbale manchi totalmente l’indicazione del titolo posto a base dell’accordo, data la natura del tutto astratta e non titolata dell’accordo, non è possibile accertare i presupposti di cui all’art. 12 del d.lgs. 28/2010 richiesti per l’omologazione dell’accordo. La richiesta di omologazione va quindi respinta, salva l’integrazione da parte dell’istante delle informazioni mancanti anche attraverso la produzione di copia della domanda di mediazione nonché della dichiarazione di adesione della controparte.*

*La radicale mancanza di ogni indicazione circa la causa delle pretese creditorie rende impossibile verificare la conformità dell’accordo all’ordine pubblico o a norme imperative in quanto, pur tenendo conto delle caratteristiche di riservatezza tipiche della mediazione (v. artt. 9 e 10 d.lgs. n. 28/2010), è evidente che ai fini dell’omologazione ex è necessario mettere il giudice in grado di effettuare le valutazioni di sua competenza con la sintetica indicazione del titolo sottostante alle*

*pretese creditorie, mentre l'indicazione dell'oggetto della controversia come "liquidazione del debito" è puramente astratta e non consente le predette valutazioni".*

### **I costi della mediazione nei casi di cliente ammesso al gratuito patrocinio.**

La questione che si pone è se il compenso professionale dell'avvocato che ha assistito una parte nella procedura di mediazione, prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, possa essere posto a carico dello Stato.

Va premesso che la questione non è espressamente affrontata nella disciplina in materia di mediazione. L'art. 17 dl Dlg. 28/2010, al comma 5-bis, infatti, prevede che quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5 comma 2, all'organismo non sia dovuta nessuna indennità dalla parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato ai sensi dell'art. 76 del t.u. sulle spese di giustizia (D.p.r. n. 115/2002). A tal fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, nonché a produrre la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

Anche di recente, la pronuncia della S.C. del 19 aprile 2013, n. 9529 riconferma l'orientamento ricordato: l'attività professionale di natura stragiudiziale che l'avvocato si trovi a svolgere nell'interesse del proprio assistito, non è ammessa, di regola, al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in quanto esplicantesi fuori del processo. Per cui il relativo compenso si pone a carico del cliente. Tuttavia, se tale attività venga espletata in vista di una successiva azione giudiziaria, essa è ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato ed il professionista non può chiederne il compenso al cliente ammesso al patrocinio gratuito, incorrendo altrimenti in responsabilità disciplinare.

Dal principio affermato dalla S.C., si desume dunque che l'avvocato, il quale non può chiedere il compenso al cliente pena la sanzione disciplinare, deve poterlo chiedere allo Stato.

La cauta apertura della S.C. può agevolmente essere valorizzata e coordinata con la disciplina della mediazione obbligatoria introdotta dal d.lgs. n. 28/2010 perché, nei casi in cui il procedimento giudiziario (rispetto al quale la mediazione costituisce condizione di procedibilità) inizi o prosegua, l'attività dell'avvocato ben integra la nozione lata di attività giudiziale accolta dalla Corte, ossia di attività strumentale alla prestazione giudiziale e svolta in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentazione e difesa in giudizio.

Più problematico sembra il caso in cui la mediazione abbia avuto esito positivo: in tal caso, secondo alcuni, non avrebbe svolgimento nessuna 'fase processuale' nell'ambito della quale liquidare il compenso e non sarebbe possibile considerare il compenso per il difensore che ha assistito la parte in mediazione a carico dello Stato.

Secondo il Tribunale di Firenze, (dott.ssa Breggia) *"Occorre dunque tentare di ricostruire il sistema alla luce della normativa in tema di mediazione, della Costituzione e delle fonti europee. Un'interpretazione sistematica e teleologica delle norme richiamate induce il Giudice a ritenere che l'art. 75 sopra citato comprenda sempre la fase della mediazione obbligatoria pre-processuale. Tale conclusione (che vale anche per la mediazione demandata dal giudice ex art. 5, comma 2 d.lgs. n. 28/2010) è sostenuta dalle seguenti considerazioni.*

*Innanzitutto la conclusione accolta trova elementi di sostegno nell'ambito del diritto comunitario (a partire dall'art. 47 della c.d. Carta di Nizza, secondo cui <<a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia>>) e della disciplina con cui l'Italia ha recepito la direttiva europea sul Legal aid, volta a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie frontaliere civili (Direttiva 2002/8/CE del Consiglio del 27/1/2003)*

*"Il d.lgs. 27.5.2005, n. 116, che ha recepito la direttiva, prevede all'art. 10 che << Il patrocinio è, altresì, esteso ai procedimenti stragiudiziali, alle condizioni previste dal presente decreto, qualora*

*l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa>>.”*

*“Sulla base di queste considerazioni, deve reputarsi che la connessione tra fase mediativa e processo, talmente forte da configurare una condizione di procedibilità, vada riconosciuta già in astratto. Non appare rilevante dunque che poi, in concreto, in base cioè al concreto risultato della mediazione, il processo non abbia più luogo perché divenuto inutile alla luce dell'accordo raggiunto. Questo è proprio lo scopo della connessione voluta dal legislatore, connessione che non è eliminata ma anzi esaltata proprio nel momento in cui il raggiungimento dell'accordo in mediazione rende inutile il successivo processo, assicurando quell' interesse generale di cui parla Corte cost. n. 276/2000 citata. Il senso della connessione non sta nel fatto che la mediazione sia un antecedente cronologico delle fasi processuali, ma nella funzione della mediazione: questo sistema offre alle parti di ricercare una soluzione più adeguata al loro conflitto rispetto alla rigidità della decisione giurisdizionale; inoltre, gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.5 Molteplici sono gli interessi che possono essere soddisfatti, se le parti riescono a riprendere le fila del proprio conflitto: in tutti i casi in cui questo avvenga e si concluda un accordo, la mediazione - obbligatoria - esaurisce la sua funzione rispetto al processo, che è quella di renderlo superfluo. Si tratta del massimo della connessione perché lo scopo della previsione della condizione di procedibilità non può che essere quello di un richiamo alle potenzialità dell'autonomia privata, rimesse in gioco nella sede mediativa, per evitare il procedimento giudiziario quando non sia davvero necessario.*

*In definitiva, la mediazione (obbligatoria) è sempre connessa e funzionale alla fase processuale anche se poi questa in concreto non abbia luogo”*

*... “In definitiva, un'interpretazione sistematica teleologica delle norme richiamate induce il Giudice a ritenere che l'art. 75 cit., secondo cui l'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse, comprenda la fase della mediazione obbligatoria pre-processuale anche quando la mediazione, per il suo esito positivo, non sia seguita dal processo. Si tratta infatti di una procedura strettamente connessa al processo, dal momento che condiziona la possibilità avviarlo (o proseguirlo, per la mediazione demandata dal giudice); d'altronde nel caso di successo della mediazione, si realizza il risultato migliore non solo per le parti, ma anche per lo stato che non deve sostenere anche le spese del giudizio”*

Tramite suddetta interpretazione si può quindi legittimamente sostenere la riconducibilità dei compensi dell'avvocato alla normativa del gratuito patrocinio anche nei casi di assistenza al procedimento di mediazione conclusosi positivamente.

## **Conclusioni**

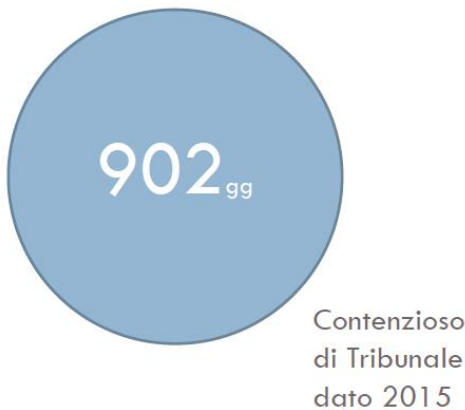
A parere dello scrivente la mediazione rappresenta una valida opportunità data sia alle parti sia agli avvocati in quanto consente di garantire la tutela degli interessi delle parti anche “oltre” il diritto sostanziale.

Consente cioè di svincolarsi dal rigido formalismo codicistico per poter pervenire ad un riconoscimento di interessi che spesso sono troppo sfaccettati per poter essere previsti legislativamente e finiscono, pertanto, per non trovare un reale riconoscimento nelle norme di legge. Inoltre, la mediazione ha il notevole vantaggio della celerità che, se paragonata alle ahimè note tempistiche giudiziarie, rappresenta esso stesso un benefit da non sottovalutare. La durata media di un procedimento di mediazione è di 80 gg (nel primo trimestre del 2016) contro oltre 900 gg di durata del contenzioso davanti alla giustizia ordinaria:

## Durata delle procedure

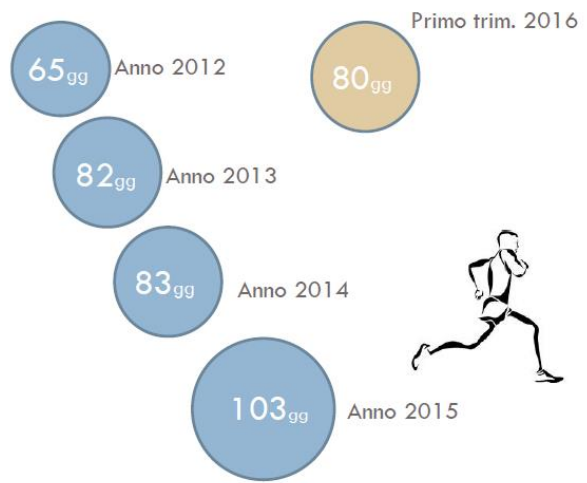
Durata delle procedure e confronto con la giustizia ordinaria

### TRIBUNALE



### MEDIAZIONE

Aderente comparso e accordo raggiunto



16

Chiaramente anche la mediazione ha degli aspetti largamente migliorabili in quanto non deve ridursi ad una sorta di mercanteggiamento che finisce per rappresentare una sorta di “mezzo diritto” in cui doversi accontentare per evitare costi e tempi di un giudizio.

La mediazione, viceversa, deve essere utilizzata per ottenere quel qualcosa in più che l’ordinamento non potrebbe riconoscerci in quanto il nostro effettivo interesse in quella particolare circostanza non è di fatto codificato.

Tale trasformazione, a mio avviso, passa anche dal ruolo attivo che l’avvocato deve svolgere nell’assistere la parte in mediazione cercando di prepararsi e preparare la parte assistita per far emergere i reali interessi da cercare di soddisfare in mediazione.

Firenze – Fiuggi, 15 Settembre 2016

Avv. Emanuele Rindori