

L'assenza ingiustificata della Banca in mediazione, parte convenuta opposta, comporta la revoca del decreto opposto

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Ordinario di Forlì, in persona del dott. Emanuele Picci, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nel procedimento iscritto al n. 2549 di registro generale dell'anno 2015, avente ad oggetto: contratti bancari, mediazione obbligatoria;

promosso da

XXXXX XXXXX (c.f. XXXXX) e XXXXX XXXXX (c.f.

XXXXX), rappresentati e difesi dall'avv. XXXXXXXXXXXXXXX(c.f.

), con distinte procure in atti;

opponenti

contro XXXXXXXXXXXXXXX), con procura in atti;

opposto

– ooOoo –

Conclusioni per XXXXX XXXXX+altri:

«rigettate tutte le eccezioni avversarie ed in particolare l'eccezione di improcedibilità della domanda per mancato esperimento del procedimento di mediazione per le argomentazioni in atti, IN VIA PRINCIPALE: rigettare, in ogni caso, perché illegittima, infondata per le motivazioni esposte in atti ogni avversa pretesa, azionata in via monitoria dalla Banca XXX , accertando e dichiarando l'inoperatività e/o inefficacia delle polizze fideiussorie di che trattasi e/o la nullità assoluta delle stesse per violazione dell'art. 2 della legge 287 del 1990, così come previsto dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato 14251 del 2005 e del provvedimento della Banca d'Italia nr 55 del 2005 così come argomentato in atti e/o comunque, l'intervenuta liberazione del fideiussore, stante anche la violazione del dovere di buona fede. Disponendosi la cancellazione delle ipoteche giudiziali iscritte sugli immobili degli opposenti in forza del DI emesso dal Tribunale di Forlì n 499/15 e/o la loro riduzione in ragione delle minori somme che dovessero risultare come effettivamente dovute. In via subordinata, accertarsi la minor somma dovuta in relazione a tutto quanto esposto e dedotto in atti, anche mediante idonea consulenza tecnica d'ufficio. In ogni

caso, sempre nel merito ed in via subordinata, e con riserva di gravame, per la denegata ipotesi in cui i Sig.ri XXXXX XXXXX e/o XXXXX XXXXX, singolarmente e/o in solido, fossero costretti a pagare in esecuzione delle polizze fideiussorie contratte, accertato e dichiarato il diritto di surroga e di regresso, ex artt. 1949, 1950, 1203 n. 3 cod. civ., nei confronti di YYY srl, condannare quest'ultima a restituire ai Sig.ri XXXXX XXXXX e/o XXXXX XXXXX quanto da essi versato, singolarmente e/o in solido, oltre interessi dal di del pagamento al saldo. IN VIA ISTRUTTORIA... Con vittoria di spese, competenze, rimborso forfettario, come per legge».

Conclusioni per Banca XXX:

«In via processuale e preliminare, dichiarare la nullità e, dunque, l'inammissibilità delle azioni proposte ex adverso. Nel merito, respingere tutte le domande e pretese formulate contro il Fondo di Garanzia, consorzio costituito ai sensi del D. Lgs. 659/1996, con sede legale in XXXXX (RM), Via, C.F., siccome inammissibili ed infondate, per i motivi tutti esposti in narrativa della comparsa di costituzione e risposta ed in atti successivi; e per l'effetto confermare il decreto ingiuntivo opposto. Nel merito, condannare, in solido tra loro e ciascuno per i propri titoli».

MOTIVI DELLA DECISIONE

1 Con atto di citazione ritualmente notificato, XXXXX XXXXX e XXXXX XXXXX hanno opposto il decreto ingiuntivo 499/15 del 11.03.2015, in forza del quale BANCA ROMAGNA COOPERATIVA ingiungeva anche nei loro confronti il pagamento dell'importo, pari ad € 58.609,82, oltre interessi convenzionali e spese. Avverso il medesimo provvedimento monitorio ma con separato atto di citazione, si sono opposti Immobiliare ZZZ s.r.l., quale debitrice principale, nonché AAA, BBB e CCC, in qualità di fideiussori, contestando la sussistenza e l'entità della somma ingiunta. La causa ha poi assunto il n. xxxx/15 di registro generale e proseguiva il suo corso separatamente all'odierno procedimento.

2. Giova premettere che la presente causa veniva inoltrata all'udienza del 14.10.2020 affinché, previa concessione dei termini per gli scritti conclusivi ex 190, c.p.c., venisse risolta la questione relativa alla procedibilità del giudizio, a seguito **della mancata partecipazione di parte convenuta opposta alla procedura di mediazione** (v. verbale di primo incontro del 28.12.2016 svoltosi presso l'Organismo di Mediazione XXXX). Con ordinanza del 16.01.2020, il Tribunale rappresentava alle parti il caso risolto dalla Corte di Cassazione, con sentenza n. 18068 del 5.07.2019, invitandole a precisare le conclusioni sul citato aspetto pregiudiziale.

3. La sentenza n. 19596 del 18.09.2020 resa a Sezioni Unite.

Prima di analizzare le singole problematiche poste dal caso odierno, è opportuno rammentare che, nel mese di settembre 2020, il Supremo Consesso dei giudici di legittimità è intervenuto per dirimere un contrasto giurisprudenziale, in ordine all'individuazione della parte tenuta ad attivare la procedura di mediazione nel caso di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Come anticipato, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 19596 del 18.09.2020, hanno statuito nel senso che: *“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”* (v. anche Cass., sez. 3, n. 159 del 8.01.2021).

Dunque, ai fini di identificare quale sia la parte obbligata non residuano dubbi: **avrebbe dovuto promuovere la procedura di mediazione Banca XXX, quale cessionaria della linea di credito azionata in sede monitoria da Banca YYY.**

Tale assunto costituisce la premessa logico-giuridica per svolgere le argomentazioni di cui ai paragrafi successivi. Per tale ragione, è necessario ripercorrere le tre coordinate che hanno portato le Sezioni Unite ad affermare il summenzionato principio di cui ai paragrafi successivi.

3.4 Per tale ragione, è necessario ripercorrere le tre coordinate che hanno portato le Sezioni Unite ad affermare il summenzionato principio di diritto.

Ciò appare imprescindibile poiché, alla luce di tale definitivo arresto giurisprudenziale, andranno poi rilette le sentenze di Cass. n. 8473/19 e Cass., n. 18068/19 che, pur temporalmente precedenti, affrontano il tema connesso (e consequenziale) dell'omessa partecipazione alla procedura di mediazione.

Il primo dato è testuale e viene esplicitato dalle Sezioni Unite chiarendo l'effettiva portata di tre disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 28 del 2010:

a) 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»*. **Come osservato dalla Suprema Corte, se il sistema processuale poggia innanzitutto sul principio della domanda, allora l'attore a dover chiarire l'oggetto e le ragioni della pretesa;**

b) 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»*. Pertanto, **l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione è posto dalla legge a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione, ossia all'attore;**

c) la terza disposizione è quella dell'art. 5, comma 6, del 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»*. La Suprema Corte prosegue: *«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)»*.

3.6 Il secondo ragionamento è di tipo logico-sostanziale e può essere riassunto nel modo seguente. Se con l'opposizione a decreto ingiuntivo s'instaura un ordinario giudizio di cognizione nel quale occorre verificare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'opposto (creditore in senso sostanziale), e se la procedura di mediazione è collocata temporalmente dopo la decisione sull'istanza di provvisoria esecuzione (in ipotesi di omessa proposizione prima del giudizio) allora, nel momento in cui sorge l'obbligo di attivarla, il procedimento è diventato a cognizione piena incanalandosi lungo un percorso processuale di tipo ordinario.

Pertanto, la soluzione più coerente con l'intero sistema quella che assegna gli oneri in modo analogo tra i diversi riti processuali: al primo (l'attore) il compito di dare prova del diritto fatto valere

(il credito) e l'allegazione dell'inadempimento del debitore, al secondo (convenuto) di dimostrare l'avvenuto adempimento o i fatti estintivi o modificativi di tale diritto. Per prendere posizione, il convenuto evidentemente deve conoscere l'oggetto e le ragioni della pretesa.

3.7 L'ulteriore argomento attiene alle conseguenze che si verificherebbero in caso di inerzia. Vanno cioè preferite, dovendo bilanciare l'efficienza del sistema processuale e la ragionevole durata dei procedimenti con il diritto di difesa, quelle che meno sacrificano quest'ultimo.

Pertanto, **nel caso di improcedibilità della domanda e revoca del decreto, il creditore opposto potrà sempre riproporre la domanda; al contrario, se l'onere di attivazione venisse posto sul debitore opponente, l'effetto sarebbe quello di rendere irrevocabile l'ingiunzione compromettendo definitivamente il suo diritto.**

4. Le sentenze di Cass., n. 8473/19 e Cass., n. 18068/19.

4.1 Una volta chiariti i cardini della pronuncia delle Sezioni Unite, si tratta ora di mantenerli fermi nell'analizzare le conseguenze nei casi di omessa partecipazione di parte convenuta opposta alla procedura di mediazione, allorché l'istanza di mediazione sia pervenuta all'organo di conciliazione su iniziativa di parte attrice opponente.

4.2 Come anticipato sopra, occorre dato conto di, n. 8473/19 e di Cass. n. 18068/2019.

Seguendo il medesimo solco interpretativo, le due pronunce affermano, in sintesi:

a) che l'art. 8 del lgs. n. 28/2010 **impone la presenza obbligatoria, oltre che degli avvocati, anche delle parti personalmente al primo incontro** e che non possano inviare in mediazione soltanto i loro avvocati;

b) ciò nonostante, non venendo in questione un atto di natura strettamente personale e pur non essendo auspicabile che ciò avvenga nel silenzio della legge che ciò non vieta, che la presenza in mediazione è delegabile ad altri, incluso il difensore stesso, purché il cliente conferisca detto potere in un atto distinto dalla procura alle liti (che eventualmente lo contenga), sia essa in forma di procura notarile sia se autenticata dal difensore medesimo. Pertanto, **che il potere di sostituzione va conferito con una procura speciale sostanziale, con una procura cioè dal valore non meramente processuale, ma attributiva della rappresentanza sostanziale della parte;**

c) con riferimento alla questione dell'effettività o meno del tentativo di conciliazione per ritenere procedibile la domanda, che il dato letterale dell'art. 8 e la necessità di interpretare in modo non estensivo le disposizioni relative a condizioni di procedibilità portano a ritenere che la specifica condizione di procedibilità costituita dal previo esperimento della mediazione debba ritenersi sussistente con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all'esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione ed alle modalità di svolgimento della mediazione, la parte può liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente proseguire la procedura di mediazione. Quindi, secondo i giudici di legittimità, **solo se le parti confermano di procedere con la successiva fase di discussione, il mediatore andrà avanti, altrimenti si arresterà alla fase preliminare, all'esito della quale sono dovute solo le spese, e non anche il compenso del mediatore** (v. art. 17, co. 5-ter, d. lgs. cit.);

d) se il chiamato non compare o comparendo dichiara di non essere interessato alla mediazione, **il mediatore darà atto dell'esito negativo della mediazione e nel successivo giudizio di merito il giudice trarrà eventualmente argomenti di prova ex 116, c.p.c. e potrà condannare il chiamato al pagamento di una somma pari al contributo unificato** (v. art.8, co. 4-bis, d.lgs.

28/2010). Ed anche se è il chiamante a non comparire o, comparendo, dichiara di non essere interessato alla mediazione, il mediatore, pur essendo presente la parte invitata, dovrà prenderne atto e chiudere con il verbale negativo sempre al termine dell'incontro preliminare. **Anche in questa ipotesi il giudice deve ritenere che la mediazione sia stata esperita e che la condizione di procedibilità sia integrata.**

5. La tesi “sostanzialistica” dei giudici di merito.

5.1 Se, da un lato, con le due pronunce citate, la 8473/19 e la n. 18068/2019, i giudici di legittimità hanno mostrato di confermare la tesi prevalente della giurisprudenza di merito, **volta cioè ad escludere che la procedura di mediazione possa essere una mera formalità da assolversi con la sola partecipazione dei difensori**, v. *sub. a)*; dall'altro lato, non hanno condiviso la tesi “sostanzialistica” più volte sostenuta dai giudici di merito, v. *subb. b) – d)*.

Il Tribunale ritiene di rivalutare le enunciazioni di cui ai *subb. b) – d)*.

5.2 È proprio convincimento che **un semplice incontro tra i soli difensori delle parti, ancorché muniti di procura speciale per la partecipazione alla mediazione (sub. b), non sia consentito dal momento che in seno alla procedura la funzione del legale è quella di mera assistenza alla parte comparsa.**

5.3 L'esplicito riferimento contenuto nell'art. 8, cit., secondo cui «[...] al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato» non solo scinde, a livello lessicale, la figura della parte personalmente da quella del difensore, i quali entrambi devono partecipare al primo incontro ed a quelli successivi, ma soprattutto **evidenzia come l'avvocato, sotto il profilo funzionale, non rappresenti (e sostituisca) la parte, bensì svolga un'attività di assistenza tecnica.**

5.4 Al contrario, **se l'avvocato spendesse realmente il suo potere di rappresentanza del cliente, allora non vi sarebbe ragione del perché il mediatore sia tenuto a fornire tutte le informazioni della procedura di mediazione al momento d. “filtro”, tenuto conto che il difensore è mediatore di diritto** e titolare degli obblighi informativi ex art. 4, co. 3, del d. lgs. 28/10 nei confronti del cliente: «All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione».

5.5 Sotto l'aspetto squisitamente pragmatico, se lo scopo dell'istituto della mediazione è quello di risolvere in via stragiudiziale una controversia, attraverso il raggiungimento di un accordo amichevole di definizione della controversia (v. ex 8, co. 3, d. lgs. n. 28/2010), **semberebbero frustrate tali istanze ove fosse riconosciuto al difensore l'ulteriore potere di rappresentare la parte. D'altronde, come già anticipato poc'anzi, il difensore mediatore ex lege ed ha il potere di risolvere bonariamente la vertenza anche al di fuori della procedura di mediazione.**

5.6 **Quindi, la presenza personale delle parti in mediazione è una condizione imprescindibile.** A conferma sia della necessaria presenza personale di cui al *sub. b)*, nonché del superamento del momento meramente informativo (c.d. “filtro”) ai fini dell'avveramento della

condizione di procedibilità, in ciò non condividendo i *subb. c) e d)*, depone anche l'analisi delle fasi di cui si compone la procedura di mediazione, e come essa si svolga in concreto.

5.7 Uno degli aspetti che è stato oggetto di pronunce dei giudici di merito riguarda appunto il c.d. "incontro filtro". Per quanto di interesse in questa sede, il decreto legge n. 69 del 21.06.2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 98 del 9.08.2013, da un lato, ha modificato l'art. 8, comma 1, del d. lgs. n. 28/10, dall'altro lato, ha introdotto il nuovo art. 5, comma 2-*bis*. Pertanto, dalla combinazione delle due disposizioni è dato desumere che:

i) al primo incontro, il mediatore espone i caratteri del procedimento di mediazione e verifica, con le parti e i relativi avvocati, la "possibilità" di incominciare le trattative: «*Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento*» (v. art. 8, co. 1, cit.);

ii) nel caso in cui detto incontro si concluda senza l'accordo, la condizione di procedibilità si considera avverata: «*Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*» (v. art. 5, co. 2- *bis*, cit.).

5.8 Dal dato letterale si evince che, ai fini dell'avveramento della condizione di procedibilità, debba tenersi un "primo incontro", al cui esito il mediatore prende atto del mancato raggiungimento dell'accordo oppure, in caso favorevole, procede all'espletamento della mediazione.

5.9 Il "**primo incontro**" di cui all'art. 5, 2-*bis*, cit. non coinciderebbe però con il c.d. "filtro", bensì con una fase successiva a quella preparatoria. In tale prospettiva, l'inciso secondo cui: «*il mediatore [...] invita [...] le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e [...]*» (art. 8, co. 1, seconda parte, lgs. n. 28/20), pare riferirsi ai presupposti essenziali per un procedimento validamente instaurato, separando il momento "informativo" da quello di interlocuzione "effettiva" tra i litiganti.

5.10 Alcuni autori hanno elencato una serie di ipotesi che **riempiono di significato il momento "filtro"**, cioè quello di verifica preliminare. Si pensi, ad esempio: a) alla carenza o alla mancata produzione della delibera che autorizza l'amministratore a rappresentare il condominio; c) alla carenza della procura (per il caso si ritenga ammissibile diversamente da quanto qui sostenuto) conferita dalla parte al soggetto delegato a rappresentarla nella procedura di mediazione; d) o ancora all'autorizzazione del giudice tutelare, nei casi previsti dalla legge, qualora alla mediazione debba partecipare un minore. Soltanto la corretta instaurazione del procedimento di mediazione consentirà di procedere oltre, cioè di superare il momento "filtro". **Dunque, tale corretta instaurazione è una condizione necessaria ma non ancora sufficiente per ritenere assolto l'onere di attivazione della procedura, e conseguentemente avverata la condizione di procedibilità.**

5.11 La giurisprudenza di merito si è diffusamente occupata del tema della partecipazione necessariamente personale delle parti alle diverse attività in cui si articola il procedimento di mediazione.

Al riguardo, è stato affermato che per considerare "*svolto correttamente*" il tentativo di mediazione, il c.d. "incontro filtro" non possa tenersi tra i difensori, neppure se forniti di idonea procura a conciliare la lite (v. Trib. Palermo 14 febbraio 2017; Trib. Napoli Nord 17 gennaio 2017; Trib. Pavia 1° aprile 2015; Trib. Pavia 30 marzo 2015; Trib. Pavia 9 marzo 2015; Trib. Pavia 10 febbraio 2015; Trib. XXXXX 19 febbraio 2015; Trib. Cassino 16 dicembre 2014; Trib.

Firenze 26 novembre 2014; Trib. Bologna 16 ottobre 2014; Trib. XXXXX 30 giugno 2014; Trib. Bologna 5 giugno 2014; Trib. Firenze 19 marzo 2014; Trib. Firenze 17 marzo 2014). **I giudici di merito hanno mostrato di aderire alla tesi inizialmente sostenuta dal Tribunale di Firenze** (cfr. Trib. Firenze 19 marzo 2014), secondo cui non solo occorre che le parti siano presenti al momento c.d. “filtro”, ma è necessario anche superare tale fase preparatoria, in cui il mediatore dà le informazioni: *«il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento»* (art. 8, co. 1, cit.).

5.12 In altri termini, **sulle parti grava l'onere pena la declaratoria di improcedibilità nei casi di mediazione obbligatoria ex 5, co. 1-bis, di andare oltre il semplice momento informativo e di seguire il mediatore nelle fasi iniziali del percorso stragiudiziale.**

Solo all'esito del momento c.d. “filtro” avente funzione meramente informativa, inizia la procedura di mediazione vera e propria, sicché soltanto da questo momento in poi le parti possono legittimamente abbandonare le trattative, non prima (cfr. Trib. XXXXX 19 dicembre 2016; Trib. Milano 27 aprile 2016; Trib. Taranto 16 aprile 2015; Trib. Pavia 1° aprile 2015, cit.; Trib. Palermo 17 marzo 2015; Trib. XXXXX 19 febbraio 2015; Giud. Pace Monza 28 gennaio 2015; Trib. Siracusa 17 gennaio 2015; Trib. Monza 20 ottobre 2014; Trib. Rimini 16 luglio 2014).

5.13 D'altronde, la partecipazione personale e l'effettività del tentativo sono due aspetti che emergono anche dalla “Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato”, detta anche “Commissione Alpa”.

Nella relazione finale si legge che le parti devono essere presenti: *«di persona oppure, per giustificati motivi, tramite un rappresentante diverso dall'avvocato che le assiste in mediazione (...) a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia»* (proposta di modifica dell'art. 8, comma 2).

D'altronde, **l'esigenza che il legislatore chiarisca la necessità che si svolga un incontro “sostanziale”, che non si esaurisca nel momento meramente informativo (“filtro”) se, da un lato, costituisce un approdo della giurisprudenza di merito, dall'altro lato, è un punto sul quale la Commissione Alpa suggerisce di intervenire:** *«All'inizio del procedimento il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e quindi procede con il suo esperimento []* (proposta di modifica dell'art. 8, comma 4).

5.14 Nell'ambito di tale prospettiva “sostanzialistica”, di indubbio interesse la sentenza del 9 marzo 2015 resa dal Tribunale di Vasto che elenca una serie di motivi che rendono legittimo il rifiuto ad aderire alla mediazione.

È stato ritenuto imprescindibile che il diniego del consenso intervenga, a livello temporale, dopo che il mediatore abbia fornito alle parti le informazioni relative alla modalità di svolgimento del procedimento, ai possibili vantaggi rispetto ad una soluzione giudiziale della controversia, ai rischi ragionevolmente prevedibili di un eventuale dissenso ed esistenza di efficaci esiti alternativi del conflitto; inoltre, che il rifiuto alla mediazione sia, sotto il profilo sostanziale, pertinente rispetto al merito della controversia e che sia plausibile in senso logico.

In altre parole, la parte non può rifiutarsi manifestando generici motivi di contrasto insuperabili (v. anche Trib. Vasto, 17 dicembre 2016).

5.15 Il Tribunale adito condivide questa tesi “sostanzialistica” tesa a cio spronare le parti ad impegnarsi nello sfruttare le potenzialità dell’istituto, senza che ciò si risolva in inutili, e spesso dannose, formalità relegando così la mediazione ad inutile orpello processuale.

5.16 Non si condivide il tentativo di una parte della giurisprudenza di merito di evitare di pronunciare l’improcedibilità, ampliando conseguentemente le conseguenze sfavorevoli a carico della parte che, senza giustificato motivo, ometta di partecipare al procedimento di mediazione.

A tal proposito, occorre iniziare dall’art. 8, comma 4-*bis*, del d. lgs. n. 28/2010, il quale stabilisce la possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova dal comportamento della parte assente ingiustificata e, con particolare riferimento alla mediazione obbligatoria, di condannarla al pagamento di una sanzione pecuniaria processuale di importo eguale al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Ad esempio, secondo Trib. XXXXX 26 marzo 2015, il comportamento di chi non partecipa alla mediazione costituirebbe condotta grave e disinteressata che giustificherebbe la condanna ex art. 96, co. 3, c.p.c.; in base a Trib. Firenze 3 giugno 2015, tale mancata partecipazione comporterebbe la condanna immediata al pagamento di una somma pari al contributo unificato in prima udienza; Trib. Palermo 29 luglio 2015 ritiene che si possa disporre la condanna in prima udienza, purché sia chiaro il motivo della mancata comparizione.

5.17 Esclusivamente la prospettiva “sostanzialista” (che reca con sé la dichiarazione di improcedibilità del giudizio a fronte della mancata presenza personale della parte all’incontro), permette di ricondurre l’istituto della mediazione entro un solco conveniente per le parti, e solo attraverso il loro impegno espresso personalmente ciò può accadere. Soltanto un confronto effettivo tra le parti consente di far emergere i loro concreti interessi davanti al mediatore.

5.18 Dal canto suo, il mediatore non può limitarsi a registrare le diverse posizioni senza assumere un ruolo “attivo”, svolgendo quasi una sorveglianza passiva dei litigi altrui. In realtà, il mediatore deve recepire le esigenze e gli interessi personali delle parti così da condurre le stesse ad un tentativo di conciliazione amichevole che rappresenti il frutto di un percorso intrapreso insieme.

5.19 Il c.d. «*accordo amichevole di definizione della controversia*» cui si riferisce l’art. 8, co. 3, cit., è il **frutto della presenza personale delle parti**, e tale risultato verrebbe evidentemente frustrato da un ruolo di co-protagonista in capo ad un soggetto diverso che, come il difensore assiste la parte e non la sostituisce (v. art. 8, co. 2, cit.).

Inoltre, il perimetro dell’*accordo amichevole* di cui all’art. 8 cit., può anche non coincidere con la vicenda oggetto della controversia processuale, pur dovendola ricomprendere interamente.

Difatti, il **mediatore deve tenere conto di tutti quegli interessi che, anche estranei al giudizio, sono propri della parte (da qui ancora la necessità che sia presente fisicamente quest’ultima) e che non troverebbero ingresso nel processo**, vuoi per i principi insiti nel processo civile, vuoi per le scansioni preclusive di cui esso si compone.

6. La mancata partecipazione del convenuto opposto, quale attore sostanziale.

6.1 A questo punto, si pone un interrogativo cui dare risposta.

Occorre cioè conciliare la tesi “sostanzialistica” qui propugnata rispetto alla previsione di cui all’art. 8, co. 4-*bis*, del d. lgs. n. 28/2010, secondo cui il giudice desume argomenti di prova dalla mancata presenza ingiustificata della parte.

6.2 Si tratta cioè di evitare di sovrapporre la sanzione (eventuale) di cui all’art. 8, 4-*bis*, cit., avente peraltro deterrenza scarsa o quasi nulla, con quella più incisiva (obbligatoria) dell’improcedibilità. In entrambi i casi, infatti, il presupposto è sempre lo stesso, cioè la mancata partecipazione personale della parte.

6.3 In verità, è la pronuncia delle Sezioni Unite di cui in premessa, la n. 19596/20, a fornire un decisivo argomento a sostegno.

Come sapientemente ricordato dalla Suprema Corte, l’intero sistema processuale si fonda sulla figura dell’onere.

6.4 Se occorre mantenere fermo l’onere di attivazione della procedura di mediazione in capo sempre alla stessa parte, a prescindere dal rito, con ciò identificando nell’attore – e quindi, in capo alla parte convenuta opposta nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo -, il soggetto tenuto a promuovere la mediazione, allora l’improcedibilità non può che essere annessa alla domanda, e quindi, conseguire all’omissione (e alla mancata presenza personale) dell’attore in mediazione.

6.5 Diversamente, il convenuto (l’opponente) può senz’altro richiedere la mediazione (come accaduto nel caso di specie), ma non ne sarebbe obbligato, con la conseguenza che, una volta chiamato dinanzi al mediatore, la sua assenza rileverebbe esclusivamente ai sensi dell’art. 8, co. 4-*bis*,

6.6 In altre parole, l’ordinamento configura l’onere nel diritto sostanziale ogniqualvolta assegna al soggetto l’ottenimento o la conservazione di un vantaggio, condizionandolo al compimento di un determinato atto.

Ugualmente nel processo, l’onere della prova richiede che la parte interessata a dimostrare un determinato fatto o rapporto (o la sua inesistenza), debba svolgere una determinata attività: rispettivamente all’attore spetta il compito di dare prova del diritto fatto valere (il credito) e l’allegazione dell’inadempimento del debitore, mentre al convenuto di dimostrare l’avvenuto adempimento o i fatti estintivi o modificativi di tale diritto.

Pertanto, l’attore che ha interesse a che venga soddisfatta la condizione di procedibilità *ex art. 5, co. 1-bis*, d. lgs. n. 28/10, avendo lui promosso il giudizio.

6.7 Dunque, la soluzione che diversifica le posizioni è preferibile:

i) chi intende agire, cioè l’attore deve promuovere la procedura di mediazione, nei casi in cui essa sia obbligatoria oppure nelle ipotesi di mediazione delegata dal giudice, a tal punto che, in caso di sua inattività, **la domanda promossa nel giudizio verrà dichiarata improcedibile. Affinché la condizione di procedibilità sia soddisfatta però non sufficiente depositare l’istanza di mediazione, bensì occorre che l’attore sia presente al primo incontro dinanzi al mediatore, a prescindere dalla presenza del chiamato con ciò tutelando l’attore da atteggiamenti inerti di controparte;**

ii) diversamente, a chi resiste nel giudizio, cioè al convenuto non posto l’onere (ha solo la facoltà) di attivare la mediazione, né deve presenziare fisicamente, a meno che non abbia, a sua volta, formulato una domanda in riconvenzionale. In quest’ultimo caso, il convenuto, quale attore *in parte qua*, ha interesse alla prosecuzione del giudizio, cioè all’avveramento della condizione, pertanto,

valgono le medesime argomentazioni *sub i*). Nell'ipotesi in cui, invece, egli abbia soltanto resistito in giudizio senza formulare domande, dall'omessa comparizione ingiustificata dinanzi al mediatore, il giudice può desumere argomenti di prova e, nei casi di mediazione obbligatoria, **può condannarlo al pagamento di una sanzione pecuniaria processuale di importo eguale al contributo unificato dovuto per il giudizio.**

6.8 Se entrambe le parti dovessero comparire al primo incontro ciò è sintomatico di un loro iniziale interesse a transigere la lite.

In occasione del "primo incontro", il mediatore fornirà alle parti le informazioni preliminari riguardo la procedura, i possibili vantaggi rispetto alla soluzione giudiziale, i rischi di un eventuale dissenso (v. Trib. Vasto, sopra cit.), dopodiché **superato il momento "filtro", egli esperirà il tentativo di mediazione offrendo ai comparenti un'ipotesi di accordo amichevole che tenga conto di tutti gli interessi manifestati dalle parti stesse, le quali saranno libere di accettarlo o meno.**

6.9 La soluzione prospettata appare in linea rispettivamente:

1. con l'**intenzione del legislatore di deflazionare il contenzioso** cui gli strumenti di A.D.R. tendono, evitando cioè che chi agisce in giudizio (l'attore) attribuisca all'istituto della mediazione nulla più che un mero adempimento formale, quasi fosse un ornamento del processo; tale sua convinzione resterebbe qualora rischiasse semplicemente la sanzione dell'art. 8, co. 4-*bis*, cit.;
2. con la **giurisprudenza costituzionale citata** anche da , n. 19596/20, in base alla quale le forme di accesso alla giurisdizione condizionate al previo adempimento di oneri sono legittime purché entro certi limiti. Richiedere che l'attore sia presente personalmente al "*primo*" incontro destinato anche ad essere "*ultimo*" qualora non compaia la controparte, appare ragionevole e costituisce un sacrificio esigibile, tenuto conto che detto modesto impegno preliminare ha lo scopo di evitare: "un buon numero di controversie, ben più onerose e lunghe rispetto ai tempi della mediazione obbligatoria" (cfr. Cass., n. 8473/19, cit.).

7. Una volta chiarito il convincimento del Tribunale, consegue agevolmente la soluzione del caso in oggetto. La procedura di mediazione veniva richiesta da parte attrice opponente e la controparte, pur regolarmente invitata, non compariva al primo incontro dinanzi al mediatore, il quale dava atto dell'impossibilità di dare corso alla procedura. **L'assenza ingiustificata di parte convenuta opposta, quale attore in senso sostanziale, comporta la dichiarazione di improcedibilità della domanda e la conseguente revoca del decreto opposto.**

In ragione della novità della questione trattata e del mutamento proposto rispetto alla giurisprudenza di legittimità, sussistono ragioni per una compensazione integrale delle spese.

p.q.m.

definitivamente pronunciando sul proc. n. 2549 dell'anno 2015, ogni diversa domanda ed eccezione assorbita o rigettata, così provvede:

dichiara l'improcedibilità della domanda e, per l'effetto, revoca nei confronti di XXXXX XXXXX e XXXXX XXXXX, il decreto ingiuntivo n. 499/15 del 11.03.2015;

compensa per intero le spese di lite;

dispone infine che, ai sensi dell'art. 52, d.lgs. n.196/03, in caso di diffusione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica, su riviste, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati.

Forlì, 29/01/2021.

Il Giudice

Dott. Emanuele Picci