
Comitato scientifico:

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

Mediazione obbligatoria: il mancato esperimento deve incidere sul convenuto opposto

Il convenuto opposto, titolare della pretesa creditoria azionata ed oggetto del giudizio di opposizione, è l'unico soggetto che, al di fuori dei casi di domanda riconvenzionale, propone la "domanda giudiziale" e che pertanto deve subire gli effetti della declaratoria di improcedibilità della stessa nel caso in cui non venga ritualmente espletata la procedura di mediazione obbligatoria ex D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod..

Tribunale di Ferrara, sentenza del 4.11.2015

...omissis...

Richiamati, quanto al fatto e allo svolgimento del processo, tutti gli atti e i verbali di causa, sulle conclusioni assunte dalle parti all'udienza del 28 ottobre 2015, all'esito della discussione orale, si osserva quanto segue.

La società xxx proposto rituale e tempestiva opposizione al decreto ingiuntivo n. 1617/2014 con il quale il Tribunale di Ferrara, su ricorso della società xxxxx in liquidazione e in concordato preventivo, ha ingiunto all'opponente il pagamento della somma capitale di Euro 59.030,26 (oltre interessi e spese di procedura) a titolo di canoni di locazione di cui al contratto del 18.12.2008 relativo all'immobile sito in (xxxxxx

Parte opposta si è costituita in giudizio per resistere, avanzando contestualmente istanza ex art. 648 c.p.c. per ottenere la concessione della provvisoria esecuzione del provvedimento monitorio, istanza che con ordinanza in data 11.4.2015 è stata accolta sul presupposto che:

- il contratto di locazione per cui è causa contiene, all'art. 6, una clausola in base alla quale al conduttore è precluso "far valere alcuna azione o eccezione se non dopo eseguito il pagamento dei canoni";

- la dedotta inagibilità dell'immobile per il periodo da giugno 2012 a luglio 2013 (che l'opponente ha inteso invocare a sostegno di una ritenuta non debenza dei canoni di locazione per le mensilità in questione) non è risultata supportata da alcun concreto riscontro documentale, essendo stato prodotto in atti solo un certificato di collaudo dell'immobile ma non anche il certificato specifico di inagibilità dello stesso a seguito del noto sisma del maggio 2012 (inagibilità, che peraltro, è porsa smentita dalla stessa parte opponente nella missiva prodotta sub doc. n. 3 fasc. di parte opposta);

- il controcredito eccepito in compensazione xxxx per Euro 19.377,43 è risultato già scomputato dalla parte locatrice in sede monitoria, senza che al riguardo l'opponente avesse offerto elementi concreti in senso contrario;

- l'assunto xxxx cui l'immobile sarebbe stato liberato nel giugno 2014 è risultato privo di qualsivoglia riscontro documentale, essendo pacifica ed incontrovertibile l'assenza di un formale verbale di riconsegna del bene, oltre al fatto che la disdetta prodotta sub doc. n. 3 fasc. xxxxxx non avrebbe potuto che operare decorso il termine (di 6 mesi) previsto nell'art. 1 del contratto;

- il controcredito per asserite migliorie vantato dall'opponente ed opposto in compensazione non è risultato supportato da alcun principio di prova scritta.

Concessa la provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo opposto, con la medesima richiamata ordinanza del 11.4.2015 le parti, ai sensi e per gli effetti di cui all' art. 5 D.Lgs. n. 28 del 2010 così come aggiornato dalla L. n. 98 del 2013 di conv. con mod. del D.L. n. 69 del 2013 , sono state invitate ad esperire il tentativo obbligatorio di mediazione.

Alla successiva udienza del 23.9.2015 i difensori hanno prodotto in giudizio documentazione in formato cartaceo attestante l'esito della mediazione attivata dall'opponente presso la Camera di Commercio di Ferrara, documentazione da

cui è emerso che all'incontro fissato per il 19.5.2015 dinanzi all'organismo di mediazione la società odierna opposta, attrice in senso sostanziale, non è comparsa (cfr. doc. n. 5 fasc. xxx), assenza espressamente motivata dalla società B. s.r.l. in liquidazione e in concordato preventivo sulla base di una ritenuta sostanziale inutilità del procedimento di mediazione, come spiegato in una preventiva comunicazione scritta inviata via pec alla controparte in data 15.5.2015 (cfr. doc. n. 6 xxxx)

Con ordinanza riservata del 23.9.2015 il Giudice ha sollevato d'ufficio la questione della effettiva procedibilità della domanda giudiziaria avanzata dalla odierna opposta, ai sensi e per gli effetti di cui all' art. 5 D.Lgs. n. 28 del 2010 come mod. dalla L. n. 98 del 2013 , questione in merito alla quale le parti hanno dedotto in sede di discussione orale alla successiva udienza del 28.10.2015, nella quale la causa è stata decisa mediante lettura del dispositivo.

La questione sollevata d'ufficio con l' ordinanza del 23.9.2015 ha effettivamente carattere dirimente e, avendo natura pregiudiziale, va trattata prima di procedere allo scrutinio del merito del thema decidendum delineato dalle domande e dalle eccezioni sollevate dalle parti.

Da quanto risulta dal verbale del procedimento di mediazione n. 211/2015, instaurato su iniziativa di xx., in sede di primo incontro svoltosi il 19.5.2015 davanti all'organismo di mediazione istituito presso la Camera di Commercio di xxxla xxxxx. in liquidazione e in concordato preventivo non è comparsa, avendo anticipato con una missiva spedita via pec alla controparte qualche giorno prima il proprio espresso rifiuto a partecipare all'incontro per una ritenuta sostanziale inutilità del tentativo di mediazione.

L'assenza obiettivamente ingiustificata della società B. xxxxx dalla mediazione ha, dunque, impedito di fatto l'espletamento di un procedimento cui la legge espressamente subordina la procedibilità delle domande giudiziarie nelle materie indicate nell' art. 5 D.Lgs. n. 28 del 2010, tra cui pacificamente vi rientra quella locatizia qui in esame.

In dottrina e in giurisprudenza si è, peraltro, posto il problema di chi abbia l'onere di promuovere la mediazione, e quindi abbia interesse ad evitare la declaratoria di improcedibilità, in caso di mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo.

Non vi è dubbio, infatti, che in una causa ordinaria l'interesse a promuovere la mediazione è verosimilmente sempre dell'attore, in quanto parte che mira ad ottenere sentenza di merito sulla domanda proposta.

Il convenuto può avere interesse ad attivare la mediazione solo laddove abbia proposto domanda riconvenzionale, ovvero comunque confidi nella probabile emissione di una pronuncia di merito favorevole, come tale idonea al giudicato sostanziale ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Negli altri casi, l'eventuale declaratoria di improcedibilità non pregiudica direttamente il convenuto, che anzi vede allontanarsi il rischio di una pronuncia di merito sfavorevole.

Più complessa, invece, è la questione, quantomeno all'apparenza, ove la mediazione omessa attenga ad un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Com'è noto, il comma 4 dell' art. 5 D.Lgs. n. 28 del 2010 cit. esclude la compatibilità tra mediazione obbligatoria e procedimenti per ingiunzione, prevedendo espressamente che, nell'ipotesi di domanda monitoriamente azionata, la procedura di mediazione, quale condizione di procedibilità ex lege, vada espletata solo dopo che il giudice adito in sede La Nuova **Procedura Civile** Direttore Scientifico: Luigi Viola di opposizione si sia pronunciato sulle istanze ex artt. 648 o 649 c.p.c.

Secondo un primo orientamento nell'interpretazione delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod. in materia di conseguenze dell'omessa mediazione si dovrebbe prendere atto delle peculiarità del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, che avrebbe, nella prospettazione dei sostenitori della tesi in esame, aspetti di analogia con i giudizi impugnatori: è stato, dunque, ritenuto che nell'opposizione a decreto ingiuntivo, così come per i procedimenti di appello, la locuzione "improcedibilità della domanda giudiziale" debba interpretarsi alla stregua di improcedibilità/estinzione dell'opposizione e non come improcedibilità della domanda monitoria consacrata nel provvedimento ingiuntivo (in questi termini, cfr., da ultimo, Trib. Chieti sent. 8.9.2015).

La tesi in questione, che muove da un presupposto che pare obiettivamente errato, non può, invero, essere condivisibile.

Il processo di opposizione a decreto ingiuntivo, infatti, verte non già sulla mera legittimità del provvedimento monitorio quanto piuttosto sul rapporto dedotto in giudizio dal creditore, sicché, al pari dell'onere probatorio, anche le relative facoltà processuali La Nuova **Procedura Civile** Direttore Scientifico: Luigi Viola vanno valutate non certo avendo riguardo alla qualità formale di attore e convenuto in opposizione, bensì con riferimento alla rilevanza sostanziale della rispettiva posizione processuale (per cui il ricorrente in monitorio, formalmente convenuto in opposizione, è da considerarsi attore in senso sostanziale, mentre l'opponente è convenuto sostanziale).

Da ciò segue che il convenuto opposto, titolare della pretesa creditoria azionata ed oggetto del giudizio di opposizione, è l'unico soggetto che, al di fuori dei casi di domanda riconvenzionale, propone la "domanda giudiziale" e che pertanto deve subire gli effetti della declaratoria di improcedibilità della stessa nel caso in cui non venga ritualmente espletata la procedura di mediazione obbligatoria ex D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod..

Diversamente argomentando, del resto, vi sarebbe un irragionevole squilibrio ai danni del debitore, il quale non solo subisce l'ingiunzione di pagamento a contraddittorio differito, ma nella procedura successiva alla fase sommaria verrebbe anche gravato di altro onere che, in un procedimento ordinario, non

spetterebbe a lui. E tutto ciò sulla base di una scelta del tutto discrezionale del creditore (così Trib. Varese, sent. 18.5.2012).

È dunque proprio l'opposto, in definitiva, che, quale attore in senso sostanziale, ha l'interesse e l'onere di promuovere o comunque di partecipare fattivamente alla mediazione, subendo, in alternativa, gli effetti deteriori della propria inerzia.

Nel caso di specie è accaduto che l'odierna opposta, xxx in liquidazione e in concordato preventivo, ha omesso del tutto ingiustificatamente di partecipare alla procedura di mediazione cui era stata invitata dalla controparte.

Va, pertanto, dato atto del mancato avveramento della condizione di procedibilità, ai sensi dell' art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod., circostanza che, nel caso di specie, impone le conseguenziali determinazioni decisorie di cui al dispositivo.

Alla declaratoria di improcedibilità della domanda monitoria della parte attrice in senso sostanziale non vi è, del resto, alternativa, non essendo praticabile la soluzione di assegnare alle parti un nuovo termine per la reiterazione della procedura di mediazione, ormai già definita.

L'art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod., che obbliga il giudice ad assegnare alle parti il termine per la presentazione della domanda di mediazione con fissazione di successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6, si applica, infatti, soltanto al caso in cui la mediazione è già iniziata ma non si è ancora conclusa e al caso in cui essa non è stata affatto esperita, ma non anche alla diversa ipotesi (come quella in esame) in cui la mediazione è stata introdotta tempestivamente ma inutilmente a causa della ingiustificata assenza (proprio) della parte che più aveva interesse alla prosecuzione del contenzioso giudiziario.

Considerato che la vertenza viene definita sulla base di una eccezione preliminare sollevata d'ufficio e tenuto altresì conto delle ragioni di merito che avevano indotto questo giudice ad accogliere l'istanza ex art. 648 c.p.c. di parte opposta, devono ritenersi sussistenti i presupposti per una integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

p.q.m.

definitivamente decidendo sulla causa N.R.G. 203/2015, ogni diversa domanda ed eccezione disattesa e respinta:

1. dichiara improcedibile l'azione monitoria promossa da B. s.r.l. in liquidazione in concordato preventivo per omesso espletamento della procedura di mediazione obbligatoria di cui al D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod. e, per l'effetto:

2. revoca il decreto ingiuntivo n. 1617/2014;

3. compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

Fissa in giorni 30 il termine per il deposito della motivazione.

Così deciso in Ferrara, il 28 ottobre 2015.

Depositata in Cancelleria il 4 novembre 2015.