

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (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 **CHIARAVALLOTTI** (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.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già 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) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

OPPOSIZIONE DECRETO INGIUNTIVO: SU CHI INCOMBE L'OBBLIGO DI AZIONARE LA MEDIAZIONE? URGE UN INTERVENTO CHIARIFICATORE

Articolo di **Saveria CUSUMANO**

Ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. [28/2010](#), chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, preliminarmente, a esperire il procedimento di mediazione che diviene, nei casi specificati, condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Al di fuori dei casi tassativamente elencati, esperire il procedimento di mediazione, (strumento di risoluzione della lite, vantaggioso per le parti, sia

sotto il profilo dei minori costi sia sotto il profilo della minor durata rispetto ad un ordinario processo di cognizione), non è condizione di procedibilità; perlomeno non lo è in via immediata.

Sono esclusi dal novero dell'obbligatorietà, i provvedimenti urgenti e quelli che, per struttura (semplificata) e funzione (accertamento sommario), hanno un impatto limitato sul sistema giustizia.

Infatti, il comma 4 dell'art 5 D.Lgs n. [28|2010](#), sancisce che il procedimento di mediazione non è obbligatorio e, pertanto, non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, (tra gli altri), anche nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione.

In altri termini, l'obbligatorietà della mediazione nei procedimenti di ingiunzione inizialmente esclusa, dovrà (necessariamente) essere attuata nella fase dell'opposizione ed esattamente, dopo la prima udienza, deputata, tra l'altro, alla concessione dei provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. (*V. Violante*).

Pertanto, proposta l'opposizione a decreto ingiuntivo, a seguito dell'udienza di comparizione delle parti nella quale il giudice si pronuncia sulla concessione o sospensione della provvisoria esecuzione, sorge l'onere di azionare l'istituto della mediazione; su chi tale onere incombe, stante il vuoto normativo, è problema fortemente dibattuto in dottrina e giurisprudenza.

Neppure la sentenza della Corte di Cassazione n. [24629 del 3 Dicembre 2015](#), intervenuta sul punto, è riuscita a dirimere il contrasto interpretativo della giurisprudenza di merito, sull'art 5 del [D. Lgs.n.28|2010](#).

DUE DIVERSI ORIENTAMENTI

Due i diversi orientamenti giurisprudenziali tra cui oscillano i giudici di merito e da cui discendono, inevitabilmente, conseguenze diametralmente opposte ed irreversibili.

Se, infatti, tale onere incombe sul creditore opposto (attore in senso sostanziale ma convenuto in senso processuale), laddove, questi, non aziona l'istituto della mediazione, ne consegue la revoca del decreto ingiuntivo opposto; se, di contro, tale onere incombe sul debitore opponente (convenuto in senso sostanziale ma attore in senso processuale) in caso di mancato esperimento della mediazione, si assisterà alla dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione e, quindi, alla conferma del decreto ingiuntivo.

Secondo il primo orientamento, l'onere di instaurare l'istituto della mediazione grava *sull'opponente*.

Pertanto, laddove il creditore opponente, ometta di azionare la mediazione, è lo stesso ad incorrere nella improcedibilità dell'azione con il conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo.

Tale orientamento, minoritario come si vedrà, è stato recepito dalla Corte di Cassazione che con la sentenza n. [24629 del 3 Dicembre del 2015](#), ha statuito che in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione verte sul debitore opponente.

L' iter argomentativo con cui gli Ermellini "giustificano" il principio testé menzionato, si rinviene nella ratio dell'art. 5 del D. Lgs n.[28|2010](#) e, quindi nel "principio della ragionevole durata del processo sulla quale può incidere

negativamente il giudizio di merito che il debitore opponente ha interesse ad introdurre”.

Per gli Ermellini, dunque “imporre di attivare l’istituto di mediazione alla parte che è già munita di un titolo esecutivo idoneo a consolidarsi in caso di estinzione dell’opposizione, realizzerebbe, sul piano degli effetti concreti, un risultato non convergente rispetto all’intento chiaramente deflattivo del Legislatore, che è alla base delle norme sulla mediazione di cui al D. Lgs.n. [28/2010](#)”; pertanto, per la Suprema Corte di Cassazione, “una soluzione differente risulterebbe irrazionale perché premierebbe la passività dell’opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice.”

Orientamento, questo, sposato da alcuni giudici di merito, tra i quali il Tribunale di Monza che, con sentenza del 21/1/2016 n. 156, ha statuito “il mancato verificarsi della condizione di procedibilità costituita dalla instaurazione del procedimento di mediazione, è destinato ad incidere esclusivamente e negativamente sul procedimento di opposizione e non anche sul decreto ingiuntivo i cui effetti, in ossequio ai principi processuali propri di tale procedimento speciale (cui, è bene ricordarlo, la normativa in tema di mediazione non deroga espressamente), divenendo improcedibile il relativo procedimento di opposizione si consolidano e non sono suscettibili di essere messi in discussione”.

Tuttavia, tale orientamento è, a tutt’oggi, come detto, minoritario nonostante l’intervento della Suprema Corte.

Di segno opposto a quanto prospettato dagli Ermellini, infatti, si rinvencono moltissime pronunce di merito, secondo cui la declaratoria di improcedibilità, per mancata attivazione dell’istituto di mediazione, ha per oggetto il decreto ingiuntivo e non il giudizio di opposizione, pertanto, in virtù di tale secondo e prevalente orientamento, ad esser gravato dell’onere di mediazione è il titolare della pretesa creditoria, sicché la sua mancata attivazione travolge, ancor prima dell’opposizione, lo stesso decreto ingiuntivo.

URGE INTERVENTO CHIARIFICATORE

Allo stato, quindi, tanti, troppi contrasti giurisprudenziali che se non risolti con un intervento del Legislatore atto a modificare il testo normativo, porteranno, inevitabilmente, a nuove decisioni della Corte di Cassazione, che laddove diverse e contrastanti, necessiteranno di un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite che assicuri l’uniforme interpretazione dell’art. 5 del D. Lgs n. 28/2010, riducendo (se non eliminando) disorientamenti nella giurisprudenza di legittimità.

A parere di chi scrive, l’orientamento maggiormente in linea con il tenore letterale del dettato normativo, è quello seguito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n.24629/2015, atteso che, il legislatore ha espressamente escluso il giudizio monitorio tra quelli per i quali ha previsto, quale condizione di procedibilità, l’istituto della mediazione.

Pertanto, diversamente argomentando, dovremmo ritenere che il Legislatore è incorso in una contraddizione, facendo rientrare dalla finestra ciò che aveva estromesso attraverso la porta e, così, consentendo una sorta di improcedibilità a posteriori dell’azione monitoria.

Ma, se è vero, come è vero che le ipotesi di improcedibilità “si impernano sul difetto di attività preliminari necessarie dell’impugnante, per cui

l'improcedibilità si pone come una species del genus inattività, oggettivamente limitata alla fase introduttiva...". (G. Fabbrini), non si può che giungere alla conclusione di ritenere inammissibile (se non illegittima) l' improcedibilità " a posteriori".

A ciò si aggiunge che, nell' esigenza di bilanciamento delle posizioni delle parti e, dunque, nel bilanciamento tra vantaggi e sacrifici conseguenti all'instaurazione dell'istituto di mediazione , spropositato ed eccessivo sarebbe lo svantaggio del creditore opposto, il quale, al momento dell'instaurazione del giudizio di opposizione, è già titolare di un diritto di credito che rischia di essere vanificato dalle esasperanti lungaggini di un giudizio di cognizione, senza dimenticare che, non di rado, il debitore ingiunto propone opposizione, (abusando del processo civile), al fine di ritardare il più possibile il pagamento. Si osserva, infine, che, la ratio che sottende alla obbligatorietà dell'istituto di mediazione è rappresentata, come osservato dagli Ermellini, dall'esigenza deflattiva del processo civile, esigenza che, certamente, non rispetta chi, opponendosi ad un giudizio monitorio, caratterizzato da sommarietà e specialità, instaura un ordinario giudizio di cognizione, che mal si concilia con le pressanti esigenze deflattive della macchina giudiziaria, cui è ispirato l'art. 5 D. Lgs n. [28/2010](#).

D'altra parte, di fronte a contrapposte interpretazioni, entrambe radicate e sostenute da una pluralità di ragionevoli argomenti, è logico e fisiologico che l'adeguamento della giurisprudenza di merito all'indirizzo affermato dalla Corte di cassazione possa richiedere del tempo nonché, probabilmente, l'intervento di nuove pronunce della Suprema Corte che riaffermino il precedente orientamento. Al fine di accelerare il consolidamento della giurisprudenza sul punto, sarebbe opportuno che, alla prossima occasione utile, il Primo Presidente disponga che, su questa questione di particolare importanza, la Corte pronunci a Sezioni Unite.