

esosità, così concludendo per la revoca del decreto ingiuntivo in esame, con vittoria di spese e competenze di lite.

Instaurato il contraddittorio, con comparsa di costituzione e risposta depositata per via telematica il 20.12.2017 si costituiva in giudizio [REDACTED] S.p.a., nella qualità sopra specificata, la quale contestava in fatto ed in diritto le avverse deduzioni e conclusioni - di cui invocava l'integrale rigetto, con il favore di spese e competenze di causa - evidenziando la piena legittimità del proprio operato sotto ogni profilo da controparte censurato e ribadendo la totale fondatezza della propria pretesa creditoria.

Il giudizio veniva istruito a mezzo produzione documentale e all'udienza del 24.2.2021 la causa veniva trattenuta in decisione sulle conclusioni dei procuratori delle parti, come in atti rassegnate, con concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito di scritti difensivi conclusionali.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Come noto, ai sensi del chiaro disposto di cui all'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, l'esperimento del procedimento di mediazione costituisce "*condizione di procedibilità della domanda giudiziale*", motivo per cui il mancato esperimento della stessa, nel termine all'uopo accordato dal Giudice, vizia irrimediabilmente il processo, precludendo così l'emanazione di una sentenza di merito.

Tale disciplina - evidentemente finalizzata a favorire la conciliazione della lite con l'intervento di soggetto terzo imparziale e, dunque, a deflazionare il contenzioso con positivi effetti sotto il profilo della ragionevole durata del processo - non pone problemi di natura costituzionale, né risulta lesiva dei precetti di cui alla normativa sovranazionale posta a tutela del diritto di azione e di accesso alla giustizia.

A tanto non appare ultroneo aggiungere come al termine *ex lege* assegnato per l'attivazione del procedimento di mediazione debba essere conferita natura perentoria, desumibile - 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 tal senso, Cass. n. 14624/00; 4530/04).

Nel caso in esame, infatti, la implicita natura perentoria di tale termine si evince dalla stessa gravità della sanzione prevista - ovvero l'improcedibilità della domanda giudiziale - che comporta la necessità di emettere una sentenza di puro rito, così impedendo al processo di pervenire al suo esito fisiologico, ossia ad una pronuncia sul merito della *res controversa*.

D'altro canto, anche a voler ritenere di natura ordinatoria (e non perentoria) il termine di 15 giorni per l'avvio della mediazione, la mancata proposizione di tempestiva istanza di proroga comporta inevitabilmente, secondo la condivisibile prevalente giurisprudenza, 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).

2. Par d'uopo, poi, osservare come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la recente sentenza n. 19596 del 18.9.2020, abbiano stabilito che l'onere di attivare il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo debba essere posto a carico del creditore opposto (quale creditore in senso sostanziale) militando in tal senso rilievi di carattere testuale, logico e sistematico, così sancendo il principio di diritto secondo cui "*nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi del D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1-bis, 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”.

3. A tanto va, altresì, aggiunto che con la sentenza n. 8473 del 27.3.2019 la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione ha affrontato e risolto una importante questione giuridica ovvero se nel procedimento di mediazione la parte che propone la mediazione sia tenuta a comparire personalmente davanti al mediatore, affinché il tentativo si possa ritenere compiuto, a pena di improcedibilità dell'azione proposta senza previo esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria, o se la stessa possa - e in che modo - farsi sostituire.

Nel premettere come il successo dell'attività di mediazione sia riposto nel contatto diretto tra le parti e il mediatore professionale il quale può, grazie alla interlocuzione diretta ed informale con esse, aiutarle a ricostruire i loro rapporti pregressi ed a trovare una soluzione che, al di là delle soluzioni in diritto della eventuale controversia, consenta loro di evitare l'acuirsi della conflittualità e definire amichevolmente una vicenda potenzialmente oppositiva con reciproca soddisfazione, favorendo al contempo la prosecuzione dei rapporti commerciali, il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, così imponendo alle stesse (o meglio, alla parte che intende agire in giudizio) questo impegno preliminare mediante il quale si confida di poter evitare (alle parti, e allo Stato più in generale) un buon numero di controversie, ben più onerose e lunghe rispetto ai tempi della mediazione obbligatoria.

Ed infatti, l'art. 8 prevede espressamente che al primo incontro davanti al mediatore debbano essere presenti sia le parti che i loro avvocati.

Ebbene, nella sopra richiamata pronuncia, la Corte di Cassazione ha chiarito che *“la previsione della presenza sia delle parti sia degli avvocati comporta che, ai fini della realizzazione delle condizione di procedibilità, la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato.*

Tuttavia, la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. In mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri.

Non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore.

Deve quindi ritenersi che la parte (in particolare, la parte che intende iniziare l'azione, ma identico discorso vale per la controparte), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente ad un incontro di mediazione, possa farsi sostituire da una persona a sua scelta e quindi anche - ma non solo - dal suo difensore.

Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all'art. 84). Quindi il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale.

Ne consegue che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione - in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge - non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benché possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale.

Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo



non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore.

Perciò, la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista.

La condizione di procedibilità può ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunicano la propria indisponibilità di procedere oltre”.

4. D'altra parte, non appare ultroneo ricordare che le norme che fissano condizioni di ammissibilità e procedibilità sono di ordine pubblico processuale, di talché la loro violazione è rilevabile anche d'ufficio in qualsiasi stato e grado del processo, risultando - altresì - sottratte al regime imposto dall'art. 101, comma 2 c.p.c. (in tal senso, si segnala Cassazione civile, sez. VI, 04/03/2019, n. 6218 e Cassazione civile sez. VI, 29/09/2015, n. 19372, che ha stabilito che “*In tema di contraddittorio, le questioni di esclusiva rilevanza processuale, siccome inidonee a modificare il quadro fattuale ed a determinare nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, non rientrano tra quelle che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c. (nel testo introdotto dall'art. 45, comma 13, della l. n. 69 del 2009), se rilevate d'ufficio, vanno sottoposte alle parti, le quali, per altro verso, devono avere autonoma consapevolezza degli incumbenti cui la norma di rito subordina l'esercizio delle domande giudiziali*”).

5. Tanto premesso, venendo all'esame della fattispecie oggetto di scrutinio nel presente procedimento, va rilevato come con ordinanza datata 18.1.2018 (comunicata alle parti in pari data) questo Tribunale abbia accordato alle medesime termine di giorni 15 per la presentazione della domanda di mediazione ai sensi dell'art. 5 del D. Lvo 28/2010, come modificato dal D.L. n. 69 del 2013, essendo la richiesta di pagamento ancorata ad un contratto di finanziamento e, dunque, sottoposta a mediazione obbligatoria.

Ebbene, dalle incontestate risultanze del processo verbale di mediazione del 26.2.2018 risulta inequivocabilmente che l'odierna parte opposta, seppur regolarmente convocata, non è comparsa innanzi all'organismo di mediazione né personalmente, né a mezzo soggetto opportunamente delegato, tant'è che detta procedura si è arrestata alla fase introduttiva e non ha dato esito favorevole per la mancata partecipazione del presunto creditore, il quale non ha inteso presenziare all'incontro tenutosi innanzi all'organismo di mediazione adito da parte opponente.

Tale assenza determinava, evidentemente, il fallimento della mediazione, che non poteva procedere utilmente senza una delle parti coinvolte nella causa e nella vicenda.

Come sopra ricordato, con la sentenza n. 8473/19 la Suprema Corte di Cassazione ha incidentalmente sostenuto la necessità della partecipazione personale della parte (quantomeno al primo incontro) al fine di ritenere verificata la condizione di procedibilità, stabilendo che “*sia l'argomento letterale - il testo dell'art. 8 - che l'argomento sistematico (...) depongono nel senso che l'onere della parte che intenda agire in giudizio (o che, avendo agito, si sia vista opporre il mancato preventivo esperimento della mediazione e sia stata rimessa davanti al mediatore dal giudice) di dar corso alla mediazione obbligatoria possa ritenersi adempiuto 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 e alle modalità di svolgimento della mediazione, può*



liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione”.

E' evidente, allora, che la mancata partecipazione (tanto personalmente, quanto a mezzo di soggetto delegato) al primo incontro da parte dell'opposto (ovvero del soggetto onerato ad introdurre la mediazione) ha determinato il non avveramento della condizione di procedibilità, in quanto l'onere di attivare il tentativo di mediazione deve necessariamente ricomprendere anche quello di partecipare al relativo procedimento, adeguatamente presenziando al primo incontro.

Detto altrimenti, l'omessa comparizione dell'opposto innanzi al mediatore si ripercuote in proprio danno in termini di improcedibilità della domanda dal medesimo originariamente veicolata nel ricorso monitorio, con la conseguenza che - per effetto di detta declaratoria - va disposta la revoca del decreto ingiuntivo in esame. Non vi è dubbio, infatti, che tale circostanza abbia determinato la sopravvenuta carenza di una condizione di procedibilità della domanda, ponendo così una questione pregiudiziale che assume valore assorbente e dirimente, precludendo lo scrutinio delle argomentazioni difensive svolte da ambo le parti nel merito dell'odierna *res controversa*.

6. Quanto, infine, alla disciplina delle spese e competenze di lite del presente giudizio - tenuto conto dei recentissimi e sopravvenuti arresti giurisprudenziali di cui si è dato conto in parte motiva, e del pregresso contrasto giurisprudenziale e dei dubbi interpretativi che lo accompagnavano - si ritiene sussistano i presupposti per disporre l'integrale compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale di Castrovillari - Sezione Civile, definitivamente pronunciando nella causa civile n. 1336/2017 R.G., ogni diversa istanza ed eccezione disattesa ed assorbita, così provvede:

- 1) Dichiarare l'improcedibilità della domanda principale azionata da parte creditrice, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto.
- 2) Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Castrovillari, il 27 maggio 2021.

Il Giudice
dott. Matteo Prato

