

L'ONERE DEL CREDITORE DI AVVIARE IL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

NOTA A SENTENZA DI CASSAZIONE CIVILE
SEZIONI UNITE, 18 SETTEMBRE 2020, N. 19596

1. INTRODUZIONE

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto di recente una questione a lungo dibattuta tra gli operatori del diritto, vale a dire quella relativa all'individuazione del soggetto onerato di avviare il procedimento di mediazione ex art. 5 d.lgs. n. 28/2010 (anche il “**Procedimento di Mediazione**”) in caso di opposizione (da parte del debitore) al decreto ingiuntivo ottenuto dal creditore (anche il “**Giudizio di Opposizione**”).

Il principio enunciato dalla Suprema Corte può essere compendiato in questi termini: è onere del creditore-opposto, una volta instaurato dal debitore-opponente il Giudizio di Opposizione, promuovere la mediazione (il mancato avvio comporterà la revoca del provvedimento opposto).

Ebbene, se da una parte l'esistenza di precedenti contrasti interpretativi rende scontato constatare un vuoto normativo sul punto, dall'altra parte una sintetica ricognizione delle ragioni testuali e logico-sistematiche a sostegno della soluzione adottata dalle Sezioni Unite offre un'occasione per rimarcare l'importanza pronuncia esaminata a grande impatto nel contenzioso civile; di fatti, il nostro processo è innegabilmente caratterizzato dalla presenza di una grandissima parte di materie soggette alla condizione di procedibilità della mediazione. Oggi, il dubbio su *chi* sia il soggetto onerato all'avvio della mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo è stato chiarito dalla giurisprudenza.

2. IL PRIMO ORIENTAMENTO DELLA CORTE SUPREMA.

Con un primo orientamento – inaugurato dalla Corte di Cassazione con la decisione della terza sezione n. 24629/2015 – veniva stabilito fosse onere del debitore-opponente instaurare il Procedimento di Mediazione c.d. demandata, a seguito delle pronunce ex artt. 648 o 649 c.p.c., *i.e.* dopo i provvedimenti giudiziali sulle istanze (eventuali) di concessione o di sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto opposto.

THE BURDEN FOR THE CREDITOR TO INITIATE THE MEDIATION PROCEDURE

NOTE ON THE DECISION OF THE SUPREME COURT,
JOINT DIVISION, SEPTEMBER 18, 2020, N. 19596

1. INTRODUCTION

With the above-mentioned decision, the Joint Division of the Italian Supreme Court has recently resolved a long-debated question regarding the identification of the party on which falls the burden of initiating the mediation procedure under Article 5 of Legislative Decree no. 28/2010 (“**Mediation Procedure**”) in case of opposition (by the debtor) to an injunction order obtained by the creditor (“**Opposition Proceeding**”).

The principle set out by the Supreme Court can be summarized in these terms: it is the burden of the creditor (who is formally *defendant* but substantially *claimant* in the Opposition Proceeding brought by the debtor) to start the Mediation Procedure (failure of which will follow the revocation of the injunction order).

Where on one hand the presence of previous interpretative contrasts makes it obvious to realize the existence of regulation gap on the subject, on the other hand a summary of the textual, logical and systematic arguments that support the solution adopted by the Joint Division offers an opportunity to underline the importance of the examined decision aimed to have a great impact in civil litigation; indeed, our civil procedure is undeniably characterized by Mediation Procedure as condition of procedural admissibility of the claim for a very large part of disputes. Today, the Supreme Court has finally clarified the doubt regarding the party that owns the burden of starting the Mediation Procedure in the Opposition Proceeding.

2. THE FIRST PRECEDENT SETTLED BY THE SUPREME COURT.

With a first case-law tendency – inaugurated by the Supreme Court with judgment of the third chamber n. 24629/2015 – it was established that, once the Opposition Proceeding is started by the debtor and the Court has given its decisions under Articles 648 or 649 of Italian civil procedural code (“**c.p.c.**”)– *i.e.* the decision on the requests regarding the provisional enforceability of the injunction –, it was debtor's burden to initiate the Mediation Procedure.

L'argomento a sostegno di tale soluzione è essenzialmente questo: l'opponente ha la veste processuale di attore, avendo mostrato interesse all'introduzione del Giudizio di Opposizione al provvedimento monitorio, e perciò su di lui grava la scelta se rimuovere o meno la condizione di procedibilità della propria domanda. La conseguenza per il debitore-opponente che non attivava, o non attivava tempestivamente, il tentativo di mediazione era una sentenza di estinzione del Giudizio di Opposizione e, per effetto del disposto di cui all'art. 653 c.p.c., la definitiva esecutorietà del decreto ingiuntivo.

3. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO.

La posizione espressa dalla Suprema Corte nelle pronunce sopra esaminate non è stata accolta da una parte della giurisprudenza di merito: diverse sono le pronunce che hanno optato per la soluzione specularmente opposta, ponendo a carico del creditore-opposto l'onere di dare attuazione al comma 4 dell'art. 5 del d. lgs 28/2010 e perciò di attivare il procedimento.

L'argomento principale su cui si fonda tale tesi è il principio per cui il creditore-opposto è attore in senso sostanziale del procedimento di opposizione e, perciò, titolare del diritto d'azione che esercita con ricorso per decreto ingiuntivo. Si ritiene dunque che, esaurita la fase di decisione sui provvedimenti cautelari (sospensione ovvero concessione della provvisoria esecuzione del decreto), le parti dovrebbero riprendere ciascuno il proprio ruolo processuale (creditore = attore; debitore = convenuto), con la conseguenza che è sul creditore-opposto che dovrà ricadere l'onere di cui si discute. Al mancato esperimento del procedimento entro i termini conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo senza alcuna preclusione del *ne bis in idem* e, quindi, il creditore-opposto potrà chiedere e ottenere un nuovo decreto ingiuntivo.

4. LA SOLUZIONE ADOTTATA DALLE SEZIONI UNITE.

Nella motivazione della sentenza la Suprema Corte individua tre ragioni a sostegno della soluzione adottata:

(1) *Argomento letterale.*

Innanzitutto, le Corti spiega che lo stesso legislatore nel dettare la disciplina di cui al d.lgs. 28/2010 ha già dato indicazioni che consentano di affermare come sia l'opposto

The argument in support of the said solution is essentially the following: in the Opposition Proceeding the debtor is formally the *plaintiff* and the one who has an interest in introducing the Opposition Proceeding on the merits of the claim brought by the creditor, and therefore it is his choice whether or not to remove the procedural condition of his request of the decision on the merit. The consequence for the debtor who did not activate, or did not activate promptly, the Mediation Procedure was an extinction sentence of the Opposition Proceeding which means the injunction order becomes *res judicata*. pursuant to Article 653 c.p.c.

3. THE CASE-LAW ORIENTATION.

The position expressed by the Supreme Court in the judgment examined above has not been accepted by part of the local Court of merit: there are several judgments that have opted for a opposite solution, placing on the creditor the burden of implementation of paragraph 4 of Article 5 of Legislative Decree 28/2010 and therefore the burden of starting the Mediation Procedure.

The main argument that supports such solution is the following: in the Opposition Proceeding the creditor is to be considered *claimant* in the substantive sense since he is entitled with the right of action which he in fact exercises with the request for injunction order. So, once the phase of decision on precautionary measures (suspension or grant of provisional enforcement of the injunction order) has been completed, the parties should each resume their procedural and substantive role (creditor = *plaintiff*; debtor = *defendant*), therefore it is the creditor that will have to bear the burden here discussed. If the Mediation Procedure is not carried out within the prescribed time limits, the injunction order will be revoked without any preclusion of *ne bis in idem* for the creditor and, therefore, he will be able to request and obtain a new injunction order.

4. THE SOLUTION ADOPTED BY THE JOINT DIVISION.

In the decision here examined the Supreme Court identifies three reasons in support of the adopted solution :

(1) *Literal argument.*

First of all, the Court explains that the law itself has already given indications that allow to affirm that it is the creditor (and not the debtor) the person burdened to

(e non l'opponente) il soggetto onerato di avviare il procedimento. Trattasi dei seguenti dati letterali: (1.a) l'art. 4 prevede che nell'istanza di mediazione debbano essere indicate "le ragioni della pretesa" e solo il creditore può indicare tali proprie ragioni; (1.b) l'art. 5, comma 1-bis dispone che è tenuto ad avviare la mediazione chi "intende esercitare in giudizio un'azione", e tale soggetto è indubbiamente il creditore che avvia la macchina giudiziaria con la propria azione, mentre il debitore intende solo resistere alla pretesa altrui; ed, inoltre, (1.c) l'art. 5 dispone che "dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale": sul punto, la Suprema Corte osserva che un effetto favorevole al creditore (i.e. l'interruzione della prescrizione) non può essere collegato ad un'iniziativa della sua il quale realizzerebbe così un interesse altrui.

(2) Argomento logico-sistematico.

Due rilievi fondamentali: (2.a) la scelta del legislatore di sospendere l'onere di avvio della mediazione fino al momento della pronuncia sulle istanze cautelari è indice del fatto che con tali pronunce si esaurisce la parte speciale del Giudizio di Opposizione a decreto ingiuntivo, e prende avvio il giudizio ordinario, talché risulta più conforme al sistema che il creditore-opposto riprenda il suo ruolo di attore e come tale sia onerato di avviare il Procedimento di Mediazione; (2.b) ricollegare all'inerzia del debitore-opponente di promuovere il Procedimento di Mediazione un effetto identico alla mancata proposizione dell'opposizione (cioè il passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo) risulta una evidente forzatura, stante la non confrontabilità delle due situazioni.

(3) Rilievi costituzionali.

L'individuazione del creditore-opposto come colui che è onerato ad avviare la mediazione, risulta maggiormente aderente alla Costituzione. Infatti, porre l'onere di promuovere il Procedimento di Mediazione a carico dell'opponente si traduce, in caso di inerzia, nella irrevocabilità del decreto ingiuntivo come conseguenza del mancato esperimento di un procedimento, cioè quello di mediazione, che non è di tipo giurisdizionale (ma appunto è un modo alternativo di risoluzione delle controversie). Tale soluzione lede inevitabilmente il diritto di difesa dell'opponente.

initiate the Mediation Procedure. The following literal elements from the aforementioned Legislative Decree support this argument: (1.a) Article 4 provides that in the request for mediation there must be indicated "the reasons of the claim" and, of course, only the creditor can indicate his reasons; (1.b) Article 5, paragraph 1-bis provides that who "intends to exercise an action in court" is required to start mediation first, and this subject is undoubtedly the creditor who activates judicial proceedings with his request for injunction order, while the debtor intends only to resist; and, finally, (1.c) Article 5 provides that "regarding the statute of limitation, the request for mediation produces the same effects as the judicial claim from the moment of its communication to the counterparties": on this point, the Supreme Court notes that such a favorable effect for the creditor can not be linked to an initiative of his counterparty.

(2) Logical and systematic argument.

Two fundamental considerations: (2.a) the Legislator's choice of suspending the burden of Mediation Procedure in the Opposition Proceeding (until the Court's decision on the precautionary requests) indicates that with such decisions the special part of the Opposition Proceeding is terminated, and the ordinary proceeding shall be initiated. Therefore, the creditor resumes his initial role as plaintiff and as such is burdened to initiate the Mediation Procedure; (2.b) placing the burden on the debtor and reconnecting to his inertia an identical effect of failure to start the Opposition Proceeding (i.e. the injunction order becomes *res judicata*) is obviously inappropriate, given the non-comparability of the two situations.

(3) Considerations base on Italian Constitution

Identifying the creditor as the party burdened to start the Mediation Procedure is more coherent with Italian Constitution. Indeed, putting this burden on the debtor means, in case of his inertia, the irrevocability of the injunction order, which, however, would be the consequence of failure at initiating a non judicial procedure, (precisely an ADR procedure) i.e. the Mediation Procedure. Such solution would, inevitably, violate the constitutional right of the debtor to defend himself from creditor's claims in a judicial procedure.

In conclusione, perciò, viene enunciato il seguente principio di diritto:

“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”.

In conclusion, the Court stated the following principle:

"in disputes subject to compulsory mediation pursuant to Legislative Decree no. 28 of 2010, Article 5, paragraph 1-bis, whose proceedings are introduced by a request for injunction order, once the relevant opposition proceeding has brought and the requests regarding the provisional enforceability of the injunction order have been decided, the burden of promoting the mediation procedure is borne by the opposed party [i.e. the creditor]; therefore, if this party does not activate the mediation, the ruling of procedural inadmissibility of the claim referred to in paragraph 1-bis will result in the revocation of the injunction order".