

# La mediazione delegata in appello innalza il muro del «respingimento giudiziario»

venerdì 22 aprile 2016

di **Finocchiaro Giuseppe** - Professore associato di diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Brescia

Mediazione

La recente ordinanza del 22 marzo 2016 con cui la Corte d'appello di Milano ha delegato in mediazione l'appello proposto da una banca per lamentare l'opponibilità alla controparte fallita di una cessione di credito nascente da prestazioni di trasporto merci, dà l'occasione per svolgere alcune minime riflessioni di portata generale in ordine all'abuso degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, intesi dalla magistratura esclusivamente come uno strumento di smaltimento delle pendenze.

Con ordinanza del 22 marzo 2016, la Corte ambrosiana ha delegato le parti di un giudizio pendente avanti a sé in grado di appello allo svolgimento della mediazione, ai sensi dell'art. 5, co. 2, D.Lgs. 4.3.2010, n. 28.

Da quanto emerge dalla (non esattamente succinta) motivazione dell'ordinanza, la vicenda processuale di cui la Corte territoriale è investita, è la seguente: per il pagamento di un credito nascente da prestazioni di trasporto merci, il curatore del fallimento di un'impresa ottiene decreto ingiuntivo. La presunta debitrice propone opposizione, affidata – principalmente – alla contestazione della sussistenza della legittimazione attiva del fallimento, per essere stato il credito ceduto con atto notificato anteriormente al fallimento ad un istituto bancario, pure chiamato in causa. Il tribunale adito respinge l'opposizione per difetto di prova dell'antioriorità della notifica di cessione del credito del debitore ceduto rispetto alla sentenza dichiarativa di fallimento,

sostenendo in particolare che, poiché la notificazione era avvenuta a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, non potesse applicarsi l'art. 2704 c.c. per essere il timbro postale apposto sull'involucro e non sull'atto contenente la dichiarazione di cessione. L'istituto bancario, affermandosi cessionaria del credito in virtù di atto anteriore all'apertura della procedura concorsuale e, pertanto, a questa opponibile, propone appello lamentando che il giudice di primo grado nel ritenere non opponibile l'atto di cessione, aveva violato le norme in tema di distribuzione dell'onere della prova: posto che il debitore ceduto aveva confermato la ricezione della cessione a mezzo sia raccomandata sia fax, gravava sul presunto creditore fornire la prova che il plico ricevuto dal debitore ceduto tramite raccomandata non contenesse al suo interno l'atto di cessione.

L'ordinanza meneghina serba il più assoluto riserbo in ordine ai possibili elementi donde trarre la veridicità delle affermazioni di fatto compiute dalle parti in causa, ma, dopo aver riportato il testo del cit. art. 5, co. 2, si attarda in una serie di osservazioni che sollevano una serie di gravi perplessità che non possono essere taciute.

Il provvedimento, infatti, esordisce osservando che tale norma «intende incentivare strumenti di risoluzione delle controversie proposti a facilitare l'accesso alla giustizia con l'assistenza di un mediatore qualificato...»: ma come è mai possibile discorrere di facilitazione dell'accesso alla giustizia in relazione ad una lite che non soltanto è già stata instaurata in sede giurisdizionale, ma perfino si trova in sede di impugnazione? in questo contesto il provvedimento con cui è disposta la mediazione delegata pare piuttosto come un mezzo per espellere la causa dal sistema giurisdizionale!

Prosegue chiarendo che la mediazione risponde «...al fine di promuovere una stabile composizione amichevole delle controversie...»: in effetti, tra i maggiori vantaggi degli strumenti di risoluzione delle controversie fondati sull'autonomia negoziale delle parti viene normalmente annoverata la possibilità per queste di giungere ad una soluzione che sia di reciproca soddisfazione, anche al di fuori dell'applicazione della stretta legalità cui è, invece, vincolato il giudice (=«composizione amichevole»), e, conseguentemente, evitando di individuare la parte vittoriosa contrapposta a quella soccombente, di agevolare la conservazione del rapporto da cui è nata la lite (=«stabile composizione»); ma nella specie vi è da chiedersi

come è mai possibile giungere ad una composizione: - non soltanto «amichevole», posto che la questione che contrappone le parti (riparto dell'onere della prova dei fatti necessari per dedurre la sussistenza o meno della data certa della notificazione della cessione del credito ai fini della sua opponibilità alla procedura concorsuale) è caratterizzata da un tecnicismo giuridico estremo che non consente di essere risolta che attraverso la stretta legalità? – ma anche «stabile», considerato che una delle parti è un fallimento, sicché sicuramente non continuerà l'esercizio dell'attività d'impresa?

La motivazione dell'ordinanza prosegue indicando che ulteriore fine della mediazione delegata è «... di ridurre i costi del contenzioso civile...»: ma dopo che il processo è già stato definito in primo grado con condanna alle spese, il cui capo è (come di consueto) specificamente appellato, come si può mai pensare che i costi possano essere ridotti? nonostante l'art. 17, co. 5-ter, D.Lgs. 4.3.2010, n. 28, stabilisca che «Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione», le parti (in particolare, nella specie, l'istituto di credito e la procedura concorsuale), che sarà estremamente improbabile si presentino personalmente in mediazione, saranno tenute a compensare comunque i propri difensori per questa attività aggiuntiva ed imprevista.

Il provvedimento ambrosiano precisa ancora che la mediazione non costituisce «...un'alternativa peggiore alla giurisdizione o all'arbitrato, in attuazione dell'art. 5 della direttiva 2008/52/CE...». Nonostante gran parte dei lettori potrebbe essere portata a pensare che, a fronte di provvedimenti giurisdizionali come quello in esame, difficilmente il mediatore può dare – in termini di capacità, preparazione ed equilibrio personali – minore affidamento degli organi giurisdizionali, deve precisarsi, giusta il Considerando 19 della Dir. 2008/52/CE, che la mediazione «non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa peggiore al procedimento giudiziario» nel senso che gli Stati membri devono assicurare che l'accordo di conciliazione sia munito della medesima efficacia esecutiva dei provvedimenti giurisdizionali, sicché, in virtù dell'art. 12, D.Lgs. 4.3.2010, n. 28, che attribuisce all'accordo di conciliazione la medesima efficacia esecutiva delle sentenze giurisdizionali, la precisazione si presenta come priva di qualsiasi rilievo, salvo quello meramente retorico.

L'ordinanza milanese prosegue rilevando che «...L'esercizio della facoltà descritta nella norma in esame è demandato alla discrezionalità del giudice, anche in fase di appello, a prescindere dall'obbligatorietà o meno della mediazione ante causam o dalla vigenza o meno della norma prima dell'introduzione della controversia...»: la considerazione – in linea di astratto principio – è sicuramente condivisibile: il tenore lessicale dell'art. 5 cit. sicuramente rimette alla «discrezionalità» del giudice la «facoltà» [su entrambi i concetti sarà inevitabile tornare oltre] di disporre la mediazione delegata ex co. 2, per assurdo, eventualmente anche in grado di appello, dopo il vano esperimento non soltanto della mediazione obbligatoria, ex co. 1-bis, e di una prima mediazione delegata in primo grado, ma anche di un tentativo di conciliazione giudiziale e/o di una proposta di conciliazione del giudice ex artt. 185 e 185-bis c.p.c. Ma una simile eventuale condotta non potrebbe non essere accolta se non con il vecchio adagio secondo cui errare humanum est, perseverare autem diabolicum!

E l'estensore del provvedimento in esame ben lo sa, tanto che si affretta ad aggiungere che l'esercizio di tale discrezionale facoltà «...è collegato a una preliminare considerazione della qualità delle parti e della particolarità della lite sottoposta al vaglio del giudice...».

Analogamente a quanto appena osservato, la considerazione è pienamente condivisibile in astratto, ma non è ben chiaro come possa ragionevolmente essere demandata in mediazione una controversia come quella descritta.

Una spiegazione a questa perplessità si trova nella conclusione della motivazione: «...Nel caso in questione, come sopra esposto, non appaiono sussistere ostacoli all'esercizio di detto potere giudiziale, finalizzato a promuovere una stabile composizione bonaria della controversia, inerente a una vicenda commerciale relativa alla cessione di crediti, non apparendo sussistere significativi squilibri d'interesse tra le parti o particolari esigenze di ottenere un'interpretazione autorevole della legge o un precedente vincolante».

Peccato che questa paia affetta da una serie di valutazioni che prestano il fianco a severe critiche:

- innanzi tutto, non può ammettersi che il giudice sia investito di «facoltà discrezionali», che potrebbe liberamente esercitare salvo l'individuare l'esistenza di limiti negativi: è ben vero che il giudice è

investito del potere di decidere la controversia, ma questo si atteggia nel contempo come un dovere di pronunciarsi nei confronti delle parti processuali: nel sistema costituzionale come emergente dall'art. 24 Cost., le parti private possono liberamente scegliere se agire (nonché difendersi) in giudizio, ma, ove lo facciano, il giudice è obbligato a decidere! il giudice può propriamente esercitare i poteri di cui è investito dalla legge esclusivamente al fine di assolvere a tale funzione costituzionale: alla luce del principio di economia processuale, il corretto approccio è, dunque, esattamente l'opposto di quello fatto proprio dalla pronuncia in commento: il corretto esercizio delle «facoltà discrezionali» attribuite al giudice presuppone non tanto l'assenza di limiti negativi, quanto piuttosto una prognosi positiva dei risultati conseguenti a tale esercizio (nella specie, la ragionevole previsione che la mediazione delegata possa concludersi con la soluzione concordata della controversia);

- in secondo luogo, viene completamente equivocata la natura della controversia: è ben vero che questa, come chiarito, trae origine da una «vicenda commerciale», ma ha il suo nucleo centrale nella questione se l'atto di cessione del credito è o meno opponibile al fallimento;

- ulteriormente vengono gravemente travisati gli elementi soggettivi della causa: dall'ordinanza non è dato comprendere la correttezza della valutazione secondo cui le parti in lite si troverebbero in una situazione di sostanziale equilibrio degli interessi (in linea di principio, pare potersene dubitare posto: - da un lato, che le parti in causa, la curatela di un fallimento, un istituto di credito ed un imprenditore, sono profondamente eterogenee; - dall'altro lato, che l'ammontare del credito oggetto del contendere è assai limitato per un istituto di credito, ma potrebbe essere di una certa rilevanza per l'imprenditore/debitore ceduto e per la procedura concorsuale), ma sicuramente viene pretermessa qualsiasi considerazione in ordine alla circostanza che nella specie la causa è caratterizzata dall'essere stata instaurata non soltanto su iniziativa della curatela di un fallimento (circostanza soggettiva che, come già evidenziato, rende irrilevante qualsiasi possibile interesse alla continuazione nel tempo dei rapporti commerciali da cui pure la controversia ha preso le mosse), ma anche nei confronti di una pluralità di parti (fallimento, debitore ceduto e cessionario), cosicché le probabilità che il procedimento di mediazione possa avere come esito la composizione bonaria, scemano

notevolmente essendo necessario trovare il consenso non di due, bensì di tre parti;

- da ultimo, pare inaccettabile la considerazione conclusiva secondo cui difetterebbero «particolari esigenze di ottenere un'interpretazione autorevole della legge o un precedente vincolante»: come già anticipato, l'art. 24 Cost. assicura alle parti private che vantino una pretesa nei confronti di altri la facoltà assolutamente libera e discrezionale di rivolgersi al giudice per ricevere tutela giurisdizionale, senza condizionarla alla ricorrenza di speciali «esigenze» (che a tutto concedere possono semplicemente rendere ancor più urgente la necessità della tutela giurisdizionale): il c.d. «diritto al giudice» è l'inevitabile rimedio costituzionale a fronte del generale divieto imposto ai consociati di farsi giustizia da sé, al fine di garantire la pace sociale.

L'ordinanza fin qui esaminata con cui viene disposta la mediazione delegata, non essendo né decisoria né definitiva, non è suscettibile di essere impugnata con alcun mezzo (potendo al più chiedersene la revoca) e, di conseguenza, si sottrae a qualsiasi sindacato di legittimità, cosicché non può certo censurarsene l'illegittimità, ma sicuramente – alla luce dei rilievi finora svolti – non è per nulla condivisibile in termini di opportunità, imponendosi all'attenzione del lettore soprattutto perché suscita ulteriori considerazioni di carattere generale.

L'ordinanza meneghina, infatti, lungi dall'essere un provvedimento isolato appare come l'estrinsecazione di un più vasto movimento sia giurisprudenziale sia legislativo di «respingimento della domanda di giustizia», da cui non si può non prendere le distanze.

Con specifico riguardo alle novità introdotte sul piano normativo, ove si volga lo sguardo a ritroso, volendo limitarsi alle numerosissime riforme processuali che si sono succedute a partire dal 2009, pur senza alcuna pretesa di esaustività, si possono ricordare:

- innanzi tutto, la «riforma della geografia giudiziaria» e la farraginoso istituzione dei «tribunali delle imprese», che hanno notevolmente ridotto la c.d. «giustizia di prossimità», così allontanando fisicamente il luogo in cui la funzione giurisdizionale è esercitata rispetto alle parti, le quali solitamente (salvi i litiganti istituzionali, come compagnie assicurative e istituti di credito) già avvertono come distanti, in quanto incomprensibili ed avvolte da misteri impenetrabili, le

formalità proprie della celebrazione del rito civile;

- in secondo luogo, il progressivo e continuo innalzamento del contributo unificato, che, accompagnato dalla soppressione di qualsiasi ipotesi di esenzione, ha ridotto significativamente le sopravvenienze;

- ulteriormente, il moltiplicarsi di condizioni di procedibilità dell'azione giudiziaria, nelle forme vuoi della mediazione obbligatoria, vuoi della negoziazione assistita;

- ancora, attraverso (soprattutto, ma non esclusivamente)

l'introduzione di quello che è regolarmente presentato dal Governo di turno come la panacea di tutti i mali della giustizia, cioè del famigerato «P.C.T.» (processo civile telematico), il costante aumento degli oneri e delle incombenze addossati ai difensori delle parti (che sono tenute a iscrivere le cause a ruolo, a caricare i documenti nel sistema informatico, a estrarre le copie degli atti processuali...);

- e poi la sempre più capillare distribuzione di sanzioni processuali nel caso di soccombenza o inammissibilità della domanda;

- con riguardo ai mezzi di impugnazione, la progressiva restrizione dei limiti di ammissibilità dei mezzi di impugnazione ordinari, sia dell'appello, sia del ricorso per cassazione;

- la pericolosissima diffusione di previsioni in cui il giudice viene esonerato dal dovere (che si è visto essere di diretta derivazione costituzionale) di far giungere il procedimento alla sua conclusione per così dire «fisiologica», cioè la decisione nel merito per i processi di cognizione e la soddisfazione coattiva dei creditori concorrenti nell'espropriazione forzata (si allude ovviamente ai famigerati artt. 348-bis c.p.c. e 164-bis disp. att. c.p.c., che, come ben noto, sanciscono la possibilità per il giudice, rispettivamente, dell'appello di dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione ove reputi che questa «non ha una ragionevole probabilità di essere accolta», e dell'esecuzione di disporre la «chiusura anticipata del processo esecutivo» ove reputi che «non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo»...

L'elencazione potrebbe agevolmente proseguire, ma quanto ricordato fin ora sembra più che sufficiente per dimostrare la fondatezza della tesi avanzata secondo cui l'ordinanza milanese in commento

costituisca soltanto l'ultima manifestazione di una ben più diffusa tendenza, condivisa anche dal legislatore, a respingere la domanda di giustizia, con qualunque mezzo, incluso quello di sospingere le parti verso le c.d. Alternative Dispute Resolutions, tra cui il procedimento di mediazione. Ma qui si riscontra l'errore di fondo: gli strumenti «alternativi» di risoluzione delle controversie sono tali perché diversi nei presupposti, nei mezzi, nei fini e nei risultati conseguibili e non perché possano costituire un sostituto, un surrogato o un succedaneo della tutela giurisdizionale.

#### Riferimenti normativi:

Cost., art. 24

C.c., art. 2704

C.p.c., artt. 185, 185-bis, 348-bis

Disp. att. c.p.c., art. 164-bis

D.Lgs. 4.3.2010, n. 28, artt. 5, 12 e 17