

# Riflessioni sulla nuova ipotesi di obbligatorietà del tentativo di mediazione per inadempimento delle obbligazioni contrattuali a causa della misure di contenimento della pandemia

**Autore:** Redazione

**In:** Diritto civile e commerciale

**di Beatrice Irene Tonelli**

Sommario

1. Le disposizioni dell'articolo 3 commi 6 bis e 6 ter del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13
2. Problemi interpretativi e applicativi
3. Conclusioni

## **1. Le disposizioni dell'articolo 3 commi 6 bis e 6 ter del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13**

Non è obiettivamente agevole orientarsi nella copiosa produzione normativa emergenziale emanata tra il febbraio e il giugno del 2020 per fronteggiare l'emergenza sanitaria e assicurare il contenimento del contagio da Covid 19, né ricostruire, in modo sistematico e in ottica costituzionale, gli interventi che hanno riguardato il settore della giurisdizione civile.

In considerazione della sua portata applicativa, appare meritevole di qualche riflessione l'introduzione della nuova condizione di procedibilità della domanda giudiziale, disciplinata dall'art. 3 comma 6 ter del D.L. 23.02.2020 n. 6, convertito con modificazione in L. 05.03.2020 n. 13, inserita dalla L. 25.06.2020 n. 70 in sede di conversione del D.L. 30.04.2020 n. 28. La disposizione quindi trova applicazione a decorrere

dal 30 giugno 2020.

La norma stabilisce testualmente che *"Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda"*.

Al fine di delimitare l'ambito di applicazione della condizione di procedibilità, così poco felicemente definita, l'esegesi della norma impone in primo luogo il coordinamento con la disposizione del comma 6 bis del medesimo articolo, introdotto dal D.L. 30.04.2020 n. 28, che recita *"Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"*.

E' evidente che i due commi hanno un ambito di applicazione non del tutto coincidente. La norma sostanziale, ovvero l' art. 3 comma 6 bis, detta una regola di giudizio, imponendo all'organo giudicante di valutare "sempre" l'incidenza del rispetto delle misure di contenimento dettate dalle disposizioni emergenziali *"del presente decreto"* per escludere la responsabilità del debitore per inadempimento o ritardato adempimento e relativi danni, e quindi di valutare la condotta del debitore rispettosa delle disposizioni governative dettate nel medesimo D.L. 6/2020 come causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore.

Si tratta di una norma di portata generale, che non distingue tra obbligazioni contrattuali o extracontrattuali, e che rimette al prudente apprezzamento del giudice del caso concreto la valutazione della effettiva rilevanza dei vincoli normativi rispetto alla condotta del debitore.

La norma processuale, ovvero l' art. 3 comma 6 ter, stabilisce invece che sono soggette alla condizione di procedibilità dell'esperimento del tentativo di mediazione solo le controversie di natura contrattuale in cui il rispetto delle misure emergenziali debba essere valutato come esimente ai sensi dell'art. 1218 e 1223 c.c., e non limitatamente alle disposizioni adottate dal D.L. 6/2020 ma anche ai provvedimenti successivi.

Si dovrebbe dedurre, quindi, che siano soggette a detta condizione di procedibilità le domande aventi ad oggetto la risoluzione del contratto per inadempimento del debitore e/o il risarcimento del danno per

mancato, inesatto o tardivo adempimento, ma anche le domande di risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità o eccessiva onerosità, e quelle di mancato tempestivo esercizio del diritto di recesso, in tutti i casi in cui l'inadempimento totale o parziale sia stato causato dal rispetto delle disposizioni emanate a livello nazionale o locale, legislativo o regolamentare o amministrativo, per il contenimento dell'epidemia.

## 2. Problemi interpretativi e applicativi

I confini della fattispecie oggetto della nuova condizione di procedibilità non sono così nitidi come si potrebbe essere indotti a ritenere ad una prima lettura, giacché la norma qualifica come rilevanti ai fini della esimente solo le condotte rispettose delle misure di contenimento, quindi solo i comportamenti che, se difformi dalle disposizioni, avrebbero dato luogo all'applicazione di una sanzione.

Si pensi, ad esempio, al soggetto positivo al virus e quindi obbligato alla quarantena. E' chiaro che in questo caso l'esecuzione della prestazione del debitore da svolgersi al di fuori del proprio domicilio è da ritenersi impossibile per causa a lui non imputabile.

Altra ipotesi può essere quella dell'impresa soggetta a chiusura obbligatoria che, per tale ragione, ha dovuto sospendere la produzione e non è stata in grado di consegnare la merce ordinata nel termine contrattualmente pattuito.

O ancora il caso del *tour operator* che, a causa della chiusura delle frontiere e dell'annullamento dei voli, non ha potuto eseguire in favore del viaggiatore la prestazione oggetto del contratto di pacchetto turistico.

Si è già evidenziato che la condizione di procedibilità riguarda esclusivamente obbligazioni di natura contrattuale, quindi non saranno soggette a tentativo obbligatorio di mediazione le domande risarcitorie relative, ad esempio, al risarcimento del danno aquiliano conseguente al contagio<sup>[1]</sup>.

Parimenti, data la natura non contrattuale, pur rientrando nell'ambito di applicazione dell'art. 3 comma 6bis, non saranno soggette alla condizione di procedibilità le controversie relative al caso del debitore condannato ad un *facere* (es. rimuovere materiali, eseguire lavori, rilasciare immobili ecc.) con comminatoria di sanzione ex art. 614bis c.p.c. per il ritardo, che a causa del *lockdown* non abbia potuto adempiere nel termine assegnato.

Ed ancora, non sono soggette alla condizione di procedibilità in esame le controversie in cui l'inadempimento sia conseguenza solo indiretta delle misure di contenimento, come il caso, assai frequente, di mancato adempimento di obbligazioni di natura pecuniaria (tipicamente, il pagamento dei canoni locatizi<sup>[2]</sup>) asseritamente riferibili alla perdita di guadagno causata dalla temporanea chiusura delle attività commerciali. In questi casi, infatti, l'inadempimento non è conseguenza diretta ed immediata del rispetto delle misure di contenimento e quindi esula dall'ambito di applicazione della norma in commento.

Sorge, a questo punto, un dubbio interpretativo, ovvero quale rilevanza attribuire al rispetto "putativo" delle misure di contenimento. Cosa accade nell'ipotesi in cui il debitore della prestazione, disorientato dalla ipertrofica produzione normativa, abbia confidato sulla validità di un determinato atto, poi annullato, o abbia ommesso o ritardato un adempimento nella convinzione, errata ma sorretta da buona fede, di dover rispettare una misura di contenimento non esistente o di contenuto diverso<sup>[3]</sup>? In questi casi la domanda è assoggetta alla condizione di procedibilità o meno?

E più in generale, come può il creditore della prestazione ritardata o inadempita avere certezza del fatto che la relativa domanda sia assoggettata a condizione di procedibilità? Siamo infatti di fronte ad una ipotesi del tutto peculiare e divergente dalla casistica vigente, perché l'applicazione della condizione di procedibilità di cui all' art. 3 comma 6 *ter* non dipende dalla materia del contendere, ovvero dal tipo di rapporto (es. locazione, comodato, affitto di aziende, telecomunicazioni) o di diritto (condominio, diritti reali) o di *causa petendi* (successione ereditaria, risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa), ma dipende dall'eventuale eccezione del debitore di non aver potuto adempiere puntualmente per causa a lui non imputabile in quanto determinata dal rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia.

Se il creditore agisce in via monitoria, la condizione di procedibilità non opera, per il disposto dell'art. 5 comma 4 D.Lgs. 28/2010, ed è onere del debitore opporsi ed eccepire l'obbligatorietà del tentativo di mediazione; in tal caso il giudice assegnerà il termine per la presentazione della domanda dopo aver provveduto sulla concessione della provvisoria esecutività dell'ingiunzione.

Ma se il creditore, non sussistendo i presupposti per agire in via monitoria, dovesse instaurare un ordinario giudizio di cognizione, si troverebbe nella impossibilità di avere certezza della assoggettamento di tale domanda alla condizione di procedibilità.

L'obbligazione contrattuale, infatti, potrebbe essere rimasta inadempita per ragioni indipendenti dall'adozione delle misure di contenimento, ma ciò costituisce accertamento di fatto oggetto dello stesso

giudizio di merito.

Con il paradosso che il debitore potrebbe costituirsi ed eccepire l'incolpevolezza del proprio inadempimento, o la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione, determinando con tale sola difesa l'assoggettamento della domanda alla condizione di procedibilità; in caso di fallimento del tentativo di mediazione, l'esito del giudizio potrebbe concludere per il rigetto della eccezione del convenuto e quindi l'accertamento, per così dire postumo, che la domanda creditrice non fosse assoggettata a condizione di procedibilità.

Si potrà ben dire che a tale ipotesi farà seguito una adeguata condanna alle spese di lite a carico del soccombente, anche per le spese di mediazione, ma non può sfuggire che la vittoria delle spese, che spesso rimane ineseguita, non costituisce adeguato ristoro per aver imposto all'attore un filtro al diritto di azione, e aver determinato un allungamento dei tempi del giudizio, un aggravio di spese, un aumento del rischio di non ottenere la soddisfazione del bene della vita per cui ha agito<sup>[4]</sup>.

Non solo, ma l'esperienza di questi primissimi tempi di applicazione della disposizione in oggetto ha registrato un dato interessante, ovvero che nella prassi le domande di mediazione sono prevalentemente introdotte dalla parte debitrice, il che costituisce già di per sé un efficace sistema per ritardare l'instaurazione della domanda giudiziale da parte del creditore.

Quanto al procedimento di mediazione, appare pacifico che trovi integrale applicazione la disciplina del D.lgs. 28/2010, benché la disposizione richiami solo l'art. 5 comma 1 *bis* che, come noto, elenca le liti privatistiche aventi ad oggetto diritti disponibili in cui è prevista l'obbligatorietà del tentativo di mediazione.

<sup>[1]</sup> Cfr. commento alla L. 70 /2020 elaborato dall'ufficio studi del Consiglio Nazionale Forense pubblicato su [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it)

<sup>[2]</sup> Va comunque evidenziato che tutte le controversie di natura locatizia e in materia di affitto di azienda sono già assoggettate alla condizione di procedibilità del tentativo di mediazione ex art. 5 comma 1 bis D.Lgs. 28/2010, quindi tale casistica sarà comunque trattata in sede di ADR a prescindere dalla rilevanza che, nel singolo caso di specie, possa aver avuto l'impatto della normativa emergenziale.

<sup>[3]</sup> Cfr. *"Tutte in mediazione obbligatoria le cause per gli inadempimenti COVID-19"* su

www.quotidianoguiridico.net del 07.07.2020

<sup>[4]</sup> Stando così le cose, vi è da chiedersi se la disposizione in oggetto sia compatibile con il quadro costituzionale e comunitario di riferimento. Come noto, la giurisdizione condizionata è costituzionalmente legittima se l'attività preliminare da compiere non è eccessivamente onerosa e se è finalizzata ad un miglior funzionamento dell'apparato giudiziale; parimenti, la condizione di procedibilità è compatibile con il diritto comunitario se la procedura stragiudiziale non conduce ad una decisione vincolante per le parti, se non impedisce la tutela cautelare, se ha gli stessi effetti della domanda giudiziale ed ha un termine massimo di durata, in base all'insegnamento della Corte di Giustizia della Comunità Europea sent. 18.03.2010 in

[www.curia.europa.eu/it/documentazione/unione.europea/corte.giustizia/sentenza/2010/03/18/146](http://www.curia.europa.eu/it/documentazione/unione.europea/corte.giustizia/sentenza/2010/03/18/146)

### 3. Conclusioni

La *ratio* della nuova condizione di procedibilità è chiara, ovvero evitare il pericolo di collasso del sistema giudiziario che avrebbe potuto essere pesantemente ingolfato dal proliferare di liti per il mancato o ritardato adempimento, derivanti dall'impatto che l'adozione delle misure emergenziali ha determinato sul sinallagma contrattuale.

Al tempo stesso, lo scopo del legislatore era quello di incentivare le parti a ricorrere a sistemi di risoluzione alternativa per raggiungere una composizione della lite in tempi rapidi e a costi più contenuti e predeterminati rispetto a quanto si possa ottenere dal sistema giudiziario civile, a maggior ragione nel periodo di contingente crisi economica che giustifica un rafforzamento del dovere di solidarietà a carico di tutti i consociati, e un potenziamento del dovere di collaborazione nel comporre le controversie.

Come si è accennato sopra, tuttavia, per espressa disposizione normativa non tutti i casi di inadempimento sono oggetto della condizione di procedibilità, ma solo quelli di natura contrattuale. E tale limitazione comporta un "concorso" con la disposizione relativa all'obbligatorio esperimento della negoziazione assistita per le domande giudiziali aventi ad oggetto il pagamento, a qualsiasi titolo, di una somma fino a 50.000,00<sup>[5]</sup>.

Si ha quindi un quadro complesso, per il quale se vi è domanda di pagamento fino a 50.000,00 a titolo extracontrattuale, pur collegata all'inadempimento determinato dalla applicazione delle misure di contenimento, si rientra nella ordinaria disciplina della negoziazione assistita.

Se la medesima domanda, invece, ha natura contrattuale, essa rientra nella nuova previsione di obbligatorietà della mediazione civile, e ciò in quanto il potenziale conflitto tra le due diverse condizioni di procedibilità è già risolto, *ex lege*, con la prevalenza della mediazione, in base all'art. 3, commi 1 e 5, del D.L. 132/2014, come convertito dalla L. 162/2014<sup>[6]</sup>.

La preferenza per la mediazione ha del resto ottenuto l'avallo della Corte Costituzionale<sup>[7]</sup> che ha recentissimamente affermato *"il procedimento di mediazione è connotato dal ruolo centrale svolto da un soggetto, il mediatore, terzo e imparziale, là dove la stessa neutralità non è ravvisabile nella figura dell'avvocato che assiste le parti nella procedura di negoziazione assistita (...) il compito - fondamentale al fine del suo esito positivo - di assistenza alle parti nella individuazione degli interessi in conflitto e nella ricerca di un punto d'incontro è svolto da un terzo indipendente e imparziale, nella negoziazione l'analogo ruolo è svolto dai loro stessi difensori: è conseguentemente palese come, pur versandosi in entrambi i casi in ipotesi di condizioni di procedibilità con finalità deflattive, gli istituti processuali in esame siano caratterizzati da una evidente disomogeneità"*.

La Consulta ha dunque ritenuto che le possibilità di successo della mediazione siano maggiori rispetto a quelle della trattativa negoziata solo con la partecipazione dei rispettivi avvocati, proprio per la presenza attiva del terzo imparziale e neutrale.

Se così è, allora appare irragionevole la disparità di trattamento introdotta dall'art. 3 comma 6 *ter* D.L. 6/2020 per il quale, a parità di rilevanza delle misure di contenimento come potenziale causa esimente, solo le obbligazioni contrattuali sono assoggettate al tentativo obbligatorio di mediazione, mentre quelle extracontrattuali restano assoggettate alla negoziazione assistita, e in ogni caso solo entro la soglia di euro 50.000,00.

Come pare irragionevole, per le ragioni esposte sopra, aver introdotto una condizione di procedibilità dai confini incerti.

In ottica critica, si può osservare che lo strumento per realizzare gli obiettivi voluti dal legislatore, ovvero da un lato stimolare le parti a tentare di raggiungere una composizione bonaria della lite tenendo nella necessaria considerazione la eccezionalità della situazione sanitaria ed economica, e dall'altro ridurre il carico giudiziario in una proficua ottica deflattiva del contenzioso, era già presente nel nostro ordinamento attraverso la mediazione demandata ex art. 5 comma 2 D.Lgs. 28/2010. Ed infatti, proprio per le peculiarità di ogni singola controversia, sarebbe stato estremamente più efficace e rispettoso dei

principi del giusto processo rimettere al giudice del caso concreto la valutazione della fondatezza delle eccezioni del convenuto e delle ragioni dell'attore, la mediabilità della lite, la convenienza per entrambe le parti del tentativo di composizione stragiudiziale, l'idoneità della mediazione a consentire nella fattispecie una migliore soddisfazione degli interessi in gioco.

Fermo restando che ciascuna parte ha sempre il potere di attivare il procedimento di mediazione facoltativa, ovvero di utilizzare questo strumento per la funzione che più autenticamente lo qualifica, come mezzo per esprimere l'autonomia negoziale dei titolari degli interessi coinvolti nella lite.

Al contrario, non pare rispondente ai principi di effettività della giurisdizione aver introdotto una condizione di procedibilità limitata nell'oggetto, perché riferita solo ai rapporti contrattuali, incerta nei suoi confini applicativi, perché di fatto dipendente dalla scelta difensiva della parte debitrice, e limitata nel tempo, perché circoscritta alle liti in cui il fatto costitutivo della pretesa risolutoria, o il fatto impeditivo della pretesa risarcitoria, sia l'impossibilità incolpevole o l'alterazione del sinallagma determinata dalle misure anti Covid-19 emanate da febbraio a giugno 2020, misure che, almeno secondo l'auspicio condiviso, non dovrebbero più essere adottate, o quantomeno non nella forma del rigoroso *lockdown*.

<sup>[5]</sup> Cfr. "*Mediazione obbligatoria per controversie da emergenza Covid 19*", in [www.adrintesa.it](http://www.adrintesa.it)

<sup>[6]</sup> Come noto, la disposizione citata fa salvi i casi in cui sia già previsto l'esperimento di uno speciale procedimento obbligatorio di conciliazione o mediazione, comunque denominato, e non vi è motivo per ritenere che trovi applicazione anche in caso di nuove previsioni di obbligatorio successivamente introdotte nell'ordinamento.

<sup>[7]</sup> Cfr. Corte Cost. sent. 18 aprile 2019, n. 97, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<https://www.diritto.it/riflessioni-sulla-nuova-ipotesi-di-obbligatorieta-del-tentativo-di-mediazione-per-inadempimento-delle-obbligazioni-contrattuali-a-cause-della-misure-di-contenimento-della-pandemia/>