



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MESSINA
SECONDA SEZIONE CIVILE

Il G.O.P. avv. Francesca Starvaggi ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 455/19 R.G.

tra

██████████ s.r.l. in liquidazione, P.I. ██████████ con sede in Messina,
viale ██████████ in persona del legale rappresentante pro tempore, dr
██████████ elettivamente domiciliata in via ██████████ presso lo studio
dell'avv. ██████████ che la rappresenta e difende

Attrice opponente

contro

██████████ S.p.A., P.I. ██████████ con sede in Milano, via ██████████ in
persona del dirigente procuratore speciale, dott. ██████████
elettivamente domiciliata in Brolo, via ██████████ presso lo studio dell'avv. ██████████
██████████ rappresentata e difesa dall'avv. ██████████

Convenuta opposta

Oggetto: Opposizione a decreto ingiuntivo.

Conclusioni delle parti: all'udienza del 15.12.2020 i difensori delle parti
precisavano le conclusioni come da verbale.



Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 21.01.2019, la società [REDACTED] S.r.l. in liquidazione proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 1976/2018 emesso dal Tribunale Messina in data 07.12.18, provvisoriamente esecutivo, notificato in data 11.12.18, con il quale le veniva ingiunto il pagamento in favore di [REDACTED] s.p.a. della somma di euro 32.942,08 - oltre interessi legali ex dlgs 231/02 e spese di procedura - per prestazioni e forniture.

L'opponente chiedeva, preliminarmente, la sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo per l'inesistenza dei presupposti per la sua concessione, l'inammissibilità/improcedibilità della richiesta monitoria per il mancato preventivo esperimento del tentativo di conciliazione presso il Co.re.com competente, e, nel merito, la revoca del decreto ingiuntivo deducendo la carenza di idonea prova scritta del credito e la violazione del principio di buona fede da parte di [REDACTED] per non aver comunicato l'anomalia del traffico telefonico.

Costituitasi l'opposta contestava integralmente l'atto introduttivo e chiedeva la conferma del decreto ingiuntivo. Con ordinanza del 28.06.2019 veniva rigettata l'istanza dell'opponente di sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo e venivano concessi i termini ex art. 183, VI c, c.p.c. per il deposito di memorie.

La causa veniva assunta in decisione sulle conclusioni indicate in epigrafe, con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

Motivi della decisione

Preliminarmente, va rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'opposizione formulata da parte convenuta a cagione della presunta tardività della citazione stessa.



Al riguardo, va rilevato che poiché risulta in atti dalla documentazione versata dall'opponente che il decreto ingiuntivo è stato notificato a mezzo pec in data 11.12.2018 e l'opposizione il 21.01.2019, non sussiste la rilevata tardiva proposizione della formulata opposizione.

Sempre in via preliminare, non va accolta l'eccezione dell'opponente di improcedibilità e inammissibilità della domanda per non avere, [REDACTED] s.p.a., esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.Re.Com..

A tal proposito occorre richiamare il principio di diritto sancito nella recentissima Sentenza del 28 aprile 2020, n. 8240, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, confermando il proprio precedente in materia di telecomunicazioni (Cass. 25611/2016), - e chiamate a decidere se, nella materia delle telecomunicazioni, il tentativo di conciliazione sia o meno obbligatorio con riferimento al procedimento monitorio - hanno così deciso: "In tema di controversie tra le società erogatrici dei servizi di telecomunicazioni e gli utenti, non è soggetto all'obbligo di esperire il preventivo tentativo di conciliazione, previsto dalla L. n. 249 del 1997, art. 1, comma 11, chi intenda richiedere un provvedimento monitorio, essendo il preventivo tentativo di conciliazione strutturalmente incompatibile con i procedimenti privi di contraddittorio o a contraddittorio differito". Nella predetta sentenza è stato, peraltro, chiarito che l'esclusione del previo esperimento del tentativo di conciliazione dalla fase che precede la richiesta e l'emissione del decreto ingiuntivo, in materia di telecomunicazioni, non esclude che il ricorso ad una forma di risoluzione alternativa della controversia non possa trovare una sua adeguata collocazione in un diverso momento, successivo ed eventuale, ovvero quando, con la proposizione della opposizione a decreto ingiuntivo, si apre la via del giudizio di cognizione ordinaria, in quanto, l'opposizione introduce un "normale" giudizio di



cognizione il cui oggetto è proprio l'accertamento del diritto azionato in monitorio. In questa fase - che è quella in cui viene effettivamente proposto un ricorso giurisdizionale - diviene quindi operativo l'obbligo fissato dalla L. n. 249 del 1997, art. 1, comma 11, di esperire il tentativo di conciliazione, nei limiti in cui esso è operativo in materia di telecomunicazioni, e quindi nel rispetto dei limiti fissati dall'art. 2, comma 2 del regolamento adottato con Delib. n. 173/07/CONS AGCOM che prevede "Sono escluse dall'applicazione del presente Regolamento le controversie attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime. In ogni caso, l'utente finale non è tenuto ad esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 3 per formulare eccezioni, proporre domande riconvenzionali ovvero opposizione a norma degli artt. 645 c.p.c. e segg."

La presente controversia, in quanto attinente al recupero del credito relativo alle prestazioni effettuate, non richiederebbe dunque neanche nella fase di cognizione l'esperimento del rimedio conciliativo. Poiché, peraltro, - come chiarito dalle Sezioni Unite - in ragione della *eadem ratio* con la mediazione civile, occorre fare riferimento al D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, il rimedio conciliativo avrebbe dovuto svolgersi dopo la pronuncia sulle istanze di concessione e di sospensione della provvisoria esecuzione del d.i., ex artt. 648 e 649 c.p.c.. Come già affermato dalla Corte in relazione alla mediazione obbligatoria disciplinata dal D.Lgs. n. 28 del 2010 (Cass. n. 32797 del 2019), inoltre, il mancato esperimento del rimedio alternativo di risoluzione della controversia obbligatoriamente previsto deve essere eccepito dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevato d'ufficio dal giudice, affinché questi ne tragga le conseguenze, non oltre la prima udienza del giudizio di primo grado (in tal senso già Cass. 13 novembre 2018, n.



29017; 13 aprile 2017, n. 9557; 2 febbraio 2017, n. 2703). Ed in mancanza della tempestiva eccezione del convenuto, ove il giudice di primo grado non abbia provveduto al relativo rilievo d'ufficio, è precluso al giudice di appello rilevarlo (Cassazione Sez. Un. Civ Sentenza 28 aprile 2020, n. 8240). Cosicché, nel caso in esame, il mancato esperimento del tentativo di conciliazione avrebbe dovuto essere rilevato su eccezione della parte opponente secondo le regole fissate dal D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 4, entro l'udienza di trattazione della causa. Il fatto che l'eccezione sia stata proposta per la prima volta in sede di comparsa conclusionale la rende comunque inammissibile.

Sempre in via preliminare, occorre rilevare che per giurisprudenza costante “La prova scritta richiesta dagli art. 633 ss. c.p.c. per l'emissione del decreto ingiuntivo può essere costituita da qualsiasi documento, eventualmente proveniente da terzi, ancorché privo di efficacia probatoria assoluta, da cui risulti, comunque, l'esistenza del diritto fatto valere monitoriamente”(Cassazione civile, sez. II, 18 aprile 2000, n. 4974). Inoltre, “ai fini della prova richiesta dalla legge per l'emissione del decreto ingiuntivo è sufficiente qualsiasi documento di sicura autenticità, anche non proveniente dal debitore, da cui risulti con certezza l'esistenza del diritto di credito fatto valere in giudizio” (Cassazione civile, sez. II, 12 luglio 2000, n. 9232) e “...costituisce prova scritta atta a legittimare la concessione del decreto ingiuntivo, a norma degli art. 633 e 634 c.p.c., qualsiasi documento, proveniente non solo dal debitore ma anche da un terzo, che, anche se privo di efficacia probatoria assoluta, sia ritenuto dal giudice idoneo a dimostrare il diritto fatto valere, fermo restando che la completezza della documentazione va accertata nel successivo giudizio di opposizione nel quale il creditore può fornire nuove prove per integrare, con efficacia retroattiva, quelle prodotte nella fase monitoria...” (Cassazione civile, sez. lav., 09 ottobre 2000, n. 13429). Non vi è dubbio, pertanto, che le fatture rimaste



insolute, unitamente all'estratto notarile delle scritture contabile, prodotte dalla società opposta, costituiscano titolo legittimante l'emissione del decreto ingiuntivo, conformemente al dettato di cui agli artt. 633 e 634 cpc

Nel merito, occorre chiarire innanzitutto – come ritenuto dall'orientamento consolidato della giurisprudenza e della dottrina - che l'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione in cui il giudice è tenuto ad accertare il fondamento della pretesa fatta valere col ricorso per ingiunzione, secondo le normali regole di ripartizione dell'onere della prova; per cui resta a carico del creditore – avente veste di attore per aver richiesto l'ingiunzione – la prova dell'esistenza del credito, ed a carico del debitore opponente – avente la veste di convenuto – quella degli eventuali fatti estintivi dell'obbligazione (cfr, fra le tante, Cass. 27 giugno 2000, n. 8718; Cass., 25 maggio 1999, n. 5055). Inoltre, in materia di responsabilità contrattuale, il contraente che agisce lamentando l'inadempimento ha il solo l'onere di provare il fondamento del suo diritto mentre può semplicemente allegare l'altrui condotta inadempiente. In questo caso sarà onere della controparte dimostrare in giudizio l'esattezza e completezza dell'adempimento posto in essere. A tal riguardo la giurisprudenza della Suprema Corte è unanime nell'affermare che "in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno o per l'adempimento deve provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi poi ad allegare la circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre al debitore convenuto spetta la prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento" (cfr. per tutte Cass. n.826 del 20.01.2015). Sempre in tema di principi generali in materia di onere probatorio, va poi ricordato che il primo comma dell'art. 115 c.p.c. dispone che



«salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita».

Ciò posto, nel caso in esame, la società opposta creditrice ha prodotto in giudizio i titoli su cui si fonda la pretesa creditoria azionata in monitorio, rappresentati dalle fatture relative alle prestazioni eseguite. Ed invero, occorre, rilevare che secondo l'orientamento costante della Corte di Cassazione “la fattura commerciale, avuto riguardo alla sua formazione unilaterale ed alla funzione di far risultare documentalmente elementi relativi all'esecuzione del contratto, si inquadra tra gli atti giuridici a contenuto partecipativo, consistendo nella dichiarazione indirizzata all'altra parte di fatti concernenti un rapporto già costituito”, con le conseguenze che, laddove “il rapporto è contestato tra le parti, la fattura stessa non può costituire un valido elemento di prova delle prestazioni eseguite, ma può al massimo costituire un mero indizio” (Cass. 18/02/1995 n. 1798; Cass. 03/07/1998 n.6502; Cass. 13/06/2006 n. 13651; Cass. 15/01/2009 n. 806; Cass. 28/06/2010 n.15383; Cass. 21/07/2003 n.11343; Cass. 17/12/2004 n. 23499; Cass. 05/08/2011 n.17050; Cass. 13/01/2014 n. 462, Cass. 12/01/2016 n. 299).

La contestazione che una parte svolge in ordine alla esistenza di un credito, quale risultante da una fattura commerciale, obbliga dunque la medesima a fornire la prova del credito stesso. E ciò anche laddove, intervenuto un pagamento parziale, il creditore reclami la differenza (Cass. 10/10/2011 n. 20802).

Se il mero valore indiziario della fattura consegue alla contestazione della stessa, ciò significa, secondo la giurisprudenza, che, in difetto, essa può costituire un valido elemento di prova quanto alle prestazioni eseguite ed al relativo ammontare (v. Cass. 6502/1998 e Cass. 23499/2004). Inoltre, “quando il rapporto contrattuale non sia contestato tra le parti, la fattura può costituire un valido elemento di prova e non un



mero indizio quanto alla prestazione ivi eseguita, specie nell'ipotesi in cui il debitore abbia accettato senza contestazioni le fatture stesse nel corso dell'esecuzione del rapporto" (Cass. civ. Sez. III, 15/05/2018, n. 11736).

Orbene, nel caso di specie, la parte opponente non ha contestato con l'opposizione l'esistenza del rapporto contrattuale, quanto genericamente l'effettività dei consumi. Ebbene l'estrema genericità della contestazione in giudizio, rispetto peraltro a fatti rientranti nella sfera di conoscibilità dell'opponente già prima del procedimento monitorio, senza che li abbia mai contestati (non vi è prova che le fatture siano state contestate), equivale a "non contestazione".

Pertanto, le fatture prodotte, per il principio di cui sopra, costituiscono nel caso *de quo* valido elemento di prova quanto alle prestazioni eseguite ed al relativo ammontare.

Per quanto sopra, deve questo Tribunale rigettare l'opposizione e confermare il decreto ingiuntivo opposto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, secondo i parametri di cui al D.M. n. 37/2018 applicando i valori medi previsti per ogni fase processuale svolta, tenuto conto del valore della controversia e dell'entità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale di Messina, definitivamente pronunciando sulla causa n. 455/19, ogni diversa domanda ed eccezione disattesa, così dispone:

- rigetta l'opposizione proposta da [REDACTED] s.r.l. in liquidazione avverso il decreto ingiuntivo n. 1976/2018 emesso dal Tribunale Messina in data 07.12.18 in favore di [REDACTED] S.p.a.;
- conferma e dichiara definitivamente esecutivo, per l'effetto, il decreto ingiuntivo n. 1976/2018 emesso dal Tribunale Messina in data 07.12.18 in favore di [REDACTED] S.p.a.;



- condanna parte opponente al pagamento, in favore della opposta, delle spese e compensi del presente giudizio che si liquidano in complessivi € 3.800,00, oltre spese generali, IVA, C.P.A. come per legge.

Così deciso in Messina in data 25.03.2021

Il G.O.P.
(avv. Francesca Starvaggi)

