





instaurare il relativo procedimento, concedendo all'uopo termine di quindici giorni ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Come risulta dal documento allegato alla memoria depositata il 17 gennaio 2019 dalla Banca [REDACTED] s.p.a., il procedimento di mediazione è stato attivato su impulso della società opposta e al primo incontro fissato dal mediatore per il giorno 18 luglio 2018 ha partecipato soltanto il difensore della Banca [REDACTED] s.p.a. *“PER LA PARTE ISTANTE: Banca [REDACTED] S.p.a. (...) è presente collegata in via telematica, l'avv. [REDACTED] del Foro di Frosinone, con studio in Frosinone via [REDACTED] che l'assiste e la rappresenta giusta procura in atti; NON SONO PRESENTI LE PARTI CHIAMATE”*.

All'udienza fissata per conoscere l'esito del procedimento di mediazione, la difesa della Banca [REDACTED] s.p.a. ha eccepito l'improcedibilità della domanda deducendo che *“nel giorno fissato per l'esperimento della mediazione davanti l'organismo di mediazione la parte opponente non si è presentata”* (v. il verbale dell'udienza del 18 gennaio 2019).

Con ordinanza del 17 aprile 2019 questo giudice - ritenendo che la questione relativa alla improcedibilità della domanda per omesso esperimento della mediazione fosse idonea a definire il giudizio - ha disposto il rinvio della causa per la precisazione delle conclusioni.

#### **Il mancato avveramento della condizione di procedibilità**

La società opposta ha chiesto che venga dichiarata improcedibile l'opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 1369 del 2016, perché gli oppositori non hanno aderito al procedimento di mediazione promosso da Banca [REDACTED] s.p.a., omettendo di presentarsi davanti al mediatore (pag. 2 della comparsa conclusionale).

Tale tesi non può essere condivisa.

Ai sensi dell'art. 8, comma 4-bis, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 *“Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio”*.

La mancata comparizione di una delle parti dinanzi al mediatore non comporta, dunque, di per sé l'improcedibilità del giudizio di opposizione.

Diversamente opinando si arriverebbe infatti ad una conclusione illogica (giacché basterebbe non partecipare al procedimento di mediazione diligentemente avviato dall'altra parte per fare dichiarare improcedibile il procedimento civile soggetto a mediazione) e in contrasto con l'art. 8, comma 4-bis, della legge n. 28 del 2010 (il quale prevede che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice possa desumere argomenti di prova nel successivo giudizio di merito ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.).

Ai fini della verifica dell'avveramento della condizione di procedibilità occorre invece verificare se, ai sensi dell'art. 5, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010, la parte che propone la mediazione sia tenuta a comparire personalmente davanti al mediatore, affinché il tentativo si possa ritenere compiuto, o se la stessa possa - e in che modo - farsi sostituire.

La questione è stata affrontata per la prima volta da Cass. 8473/2019, la quale ha affermato i seguenti principi:

a) l'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010 prevede espressamente che al primo incontro davanti al mediatore debbano essere presenti sia le parti che i loro avvocati,

b) la previsione della presenza sia delle parti sia degli avvocati comporta che, ai fini della realizzazione della condizione di procedibilità, la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato;

c) nella comparizione obbligatoria davanti al mediatore la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché dotato di apposita procura speciale sostanziale;

d) tale potere non può peraltro essere conferito al difensore con una procura speciale autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare alla mediazione in sostituzione della parte non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore.

Ne deriva che, al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità, non è necessaria la comparizione personale di entrambe le parti davanti al mediatore (v. *supra*), essendo all'uopo sufficiente la comparizione della parte che ha proposto la mediazione (personalmente o a mezzo di procuratore munito di procura speciale sostanziale).

Applicando al caso di specie tali principi - ribaditi da Cass. 18068/2019 - si osserva quanto segue.

Come risulta dal verbale del 18 luglio 2018 (v. *supra*), al primo incontro davanti al mediatore era presente soltanto il difensore della Banca [REDACTED] s.p.a., munito della sola procura alle liti già allegata in calce alla comparsa di costituzione e risposta.

Non essendo munita di una procura sostanziale rilasciata dalla Banca [REDACTED] s.p.a. al fine di essere rappresentata nel procedimento di mediazione, l'avv. [REDACTED] non aveva il potere di rappresentare la banca nel procedimento di mediazione, che non può dunque considerarsi ritualmente svolto.

Alla luce delle considerazioni che precedono si deve quindi ritenere che la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010 non si sia avverata.

#### **Gli effetti del mancato avveramento della condizione di procedibilità**

Quanto agli effetti del mancato avveramento della condizione di procedibilità nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, questo giudice ritiene di doversi uniformare al principio di diritto espresso da Cass., Sez. Un., 19596/2020 secondo cui "*Nelle controversie*

*soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengono 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”.*

Ad avviso di questo giudice non ricorrono i presupposti per discostarsi dal principio di diritto affermato dalla Corte Suprema, essendo la motivazione di tale sentenza fondata su argomenti senz'altro coerenti dal punto di vista logico-giuridico, con particolare riferimento al fatto che:

a) l'art. 4, comma 2, del d.lgs. cit., nel regolare l'accesso al procedimento di mediazione, stabilisce che *“l'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa”*. Nel nostro sistema processuale è l'attore - ovvero colui il quale assume l'iniziativa processuale - a dover chiarire quali siano l'oggetto e le ragioni della pretesa. Ad avviso delle Sezioni Unite sarebbe dunque *“almeno curioso”* ipotizzare che l'opponente - cioè il debitore che si è limitato a reagire all'iniziativa del creditore, chiedendo il rigetto della domanda formulata in via monitoria - sia costretto ad indicare l'oggetto e le ragioni di una pretesa che non è la propria;

b) l'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. cit. dispone a sua volta che chi *“intende esercitare in giudizio un'azione”* relativa ad una controversia nelle materie ivi indicate *“è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto”*. La legge impone dunque l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione in capo a colui che esercita un'azione, e non c'è alcun dubbio che tale posizione sia quella dell'attore che agisce per far valere un proprio diritto - e cioè, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il creditore opposto quale attore in senso sostanziale – come dimostra il fatto che, ai sensi dell'art. 643, terzo comma, c.p.c., la pendenza della lite è determinata dalla notificazione del decreto ingiuntivo e non dalla notificazione dell'atto di opposizione;

c) a tali argomentazioni fondate sul dato normativo, si affiancano ragioni di ordine logico e sistematico fondate essenzialmente sul fatto che nei procedimenti che iniziano con la proposizione della domanda in via monitoria – in cui il contraddittorio è eventuale e differito - il legislatore ha posticipato l'onere di attivazione della procedura di mediazione obbligatoria ad un momento successivo a quello della decisione delle istanze sulla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, ma non per questo ha inteso fare ricadere l'iniziativa della mediazione su un soggetto diverso da quello (il creditore) su cui l'iniziativa grava quando l'azione è proposta in via ordinaria.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non essendo stata soddisfatta la condizione di procedibilità ex art. 5, comma 2-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, la domanda proposta in via monitoria dalla Banca [REDACTED] s.p.a. nei confronti di [REDACTED] e [REDACTED] va dichiarata improcedibile, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo

opposto.

Non può infatti essere accolta la richiesta di rimessione in termini formulata dalla difesa della Banca [REDACTED] s.p.a. al fine di esperire nuovamente il procedimento di mediazione.

La società opposta ha invocato al riguardo l'applicazione dei principi in materia di c.d. *prospective overruling*, lamentando il fatto che il principio di diritto espresso da Cass., Sez. Un., 19596/2020 (nella parte in cui pone a carico della parte opposta l'onere di promuovere la procedura di mediazione) costituirebbe un inatteso *revirement* giurisprudenziale che giustificerebbe la rimessione in termini al fine di consentire alla società opposta di esperire la mediazione di cui è onerata.

La difesa della banca omette tuttavia di considerare che nel caso di specie la società opposta ha già spontaneamente avviato il procedimento di mediazione, che non si è tuttavia validamente svolto in ragione del fatto che la parte che lo ha promosso non ha partecipato al primo incontro svoltosi davanti al mediatore (v. *supra*).

Non essendo configurabile alcun *overruling* nella pronuncia di Cass. 8473/2019 (che ha enunciato per la prima volta quali debbano essere le condizioni affinché si possa ritenere che la partecipazione alla mediazione possa considerarsi effettiva), non sussistono dunque i presupposti per rimettere in termini la società opposta al fine di esperire il procedimento di mediazione.

L'istanza di rimessione in termini va dunque rigettata, senza che ciò comporti una lesione del diritto alla tutela giurisdizionale della creditrice, la quale ben potrà far valere il proprio diritto di credito promuovendo un nuovo giudizio, in via monitoria ovvero agendo in via ordinaria per l'accertamento del proprio credito.

Sussistono gravi motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio (art. 92, secondo comma, c.p.c.), tenuto conto del mutamento della giurisprudenza sulla questione relativa agli effetti del mancato esperimento della mediazione nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo.

#### P.Q.M.

Il giudice, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) dichiara improcedibile la domanda proposta dalla Banca [REDACTED] s.p.a. nei confronti di [REDACTED]
- 2) revoca il decreto ingiuntivo n. 1369 del 2016 emesso dal Tribunale di Frosinone;
- 3) compensa tra le parti le spese processuali.

Così deciso il 17 giugno 2021.

**Il giudice**

**Gianluca MAURO PELLEGRINI**