

N. 32710/2018 R.Gen.Aff.Cont.



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale di Napoli

2 SEZIONE CIVILE

Il Giudice, dott. Francesca Gomez De Ayala, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 32710/2018 R.Gen.Aff.Cont. e vertente

TRA

██████████ nato a Napoli il 24.08.1954 c.f. ██████████  
██████████ elettivamente domiciliato in Napoli alla via ██████████ n. ██████████  
██████████ presso lo studio dell'avv.to ██████████ che lo rappresenta e difende in virtù di procura in atti;

OPPONENTE

E

██████████ srl P.iva ██████████ e, per essa quale procuratore, ██████████  
srl P. iva ██████████ elettivamente domiciliata in La Spezia (SP) alla via ██████████  
██████████ n. ██████████ presso lo studio degli avv.ti ██████████ ed ██████████  
del Foro di La Spezia, che la rappresentano e difendono in virtù di procura in atti;

OPPOSTA

**Oggetto:** opposizione a decreto ingiuntivo n. 6156/2018 emesso dal Tribunale di Napoli sezione II in data 19.07.2018 e pubblicato in data 24.07.2018 in materia di finanziamento

**Conclusioni:** come da atti di causa e note di trattazione scritta depositate telematicamente dalle parti ai sensi del D.L. 34/2020

MOTIVAZIONI IN FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato alla società opposta ██████████  
██████████ ha proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 6156/2018 emesso





dal Tribunale di Napoli sezione II in data 19.07.2018 e pubblicato in data 24.07.2018 con il quale gli era stato ingiunto il pagamento in favore dell'opposta società della complessiva somma di € 13.367,74 oltre interessi e spese, per il mancato rimborso delle rate scadute dei finanziamenti n. 101123 e n. 38104 e, segnatamente € 6.535,78 in relazione al primo rapporto contrattuale ed € 6.831,96 in relazione al secondo. A fondamento della spiegata opposizione, l'opponente ha dedotto la carenza dei presupposti legittimanti l'emissione del decreto ingiuntivo, stante la inidoneità della originaria titolare del credito ad emettere la certificazione ai sensi dell'art. 50 TUB, la prescrizione del diritto in relazione al contratto stipulato in data 14.09.2004, contestando nel merito l'ammontare del credito azionato in monitorio anche in relazione agli interessi applicati e concludendo, previa revoca del d.i. opposto, per l'accertamento della prescrizione in relazione al contratto del 2004 ed, in ogni caso, per il rigetto della domanda di pagamento in quanto non provata ovvero, in subordine, per la riduzione del credito a seguito di sua rideterminazione.

Sebbene ritualmente citata [REDACTED] srl non si è costituita in giudizio e, pertanto, se ne dichiara in questa fase la contumacia.

Alla prima udienza del 19.04.2019, il Giudice su richiesta dell'opponente rinviava in prosieguo, onerando la parte all'espletamento della procedura di mediazione obbligatoria ex D.Lgs 28/2010 ed alla successiva udienza del 12.11.2019 il Giudice, dando atto dell'avvenuto deposito del verbale negativo di mediazione, rinviava su richiesta dell'opponente per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 14.01.2022. Con provvedimento del 18.01.2022 reso all'esito della trattazione scritta della causa ai sensi del D.L. 34/2020 il Giudice tratteneva la causa a sentenza concedendo alle parti i termini di cui all'art 190 cpc per il deposito degli scritti conclusionali.

Ritiene il Tribunale, invero in parziale modifica di un proprio precedente orientamento, che l'eccezione di improcedibilità della domanda sollevata dall'opponente per omessa partecipazione dell'opposta al procedimento di mediazione obbligatorio ex art. 5 D.Lgs 28/2010 sia fondata.





Come noto, il d.lgs. 28/2010 all'art. 5 ha introdotto, quale condizione di procedibilità per le controversie aventi a oggetto, tra gli altri, i contratti bancari/finanziari, l'esperimento di un procedimento di mediazione ai sensi del medesimo decreto, prevedendo altresì che, qualora il mancato esperimento della mediazione venga eccipito dal convenuto o rilevato dal giudice entro la prima udienza, quest'ultimo assegni alle parti il termine di quindici giorni per l'avvio del procedimento in parola.

Ai sensi dell'art. 5 cit., poi, il mancato esperimento della mediazione delegata dal giudice, così come nel caso di mediazione *ante causam*, comporta l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Occorre altresì evidenziare che l'art. 8 d.lgs. cit., dedicato al procedimento, prevede espressamente che al primo incontro davanti al mediatore debbano essere presenti sia le parti che i loro avvocati.

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.

L'onere gravante sul soggetto tenuto ad attivare il tentativo di mediazione, cioè, deve necessariamente ricomprendere anche quello di partecipare al relativo procedimento. Come è stato correttamente affermato, *“in caso di mancata partecipazione alla mediazione della parte che ha l'onere di esperire il procedimento mediatorio non sarebbe ragionevole ritenere applicabili le sole sanzioni di cui all'art. 8 d.lgs. 28 2010. Si renderebbe cioè possibile alla parte onerata di assolvere alla condizione, assicurando la procedibilità della propria domanda, semplicemente attivando il procedimento e non mediante l'esperimento dello stesso”* (Tribunale Reggio Emilia 12. I .2017).

Questione decisiva, allora, è stabilire quale sia la parte su cui grava l'onere di introdurre il procedimento di mediazione perchè è solo l'omessa partecipazione personale di questa parte a determinare, in definitiva, la mancata realizzazione della condizione di procedibilità.

Sul punto, l'acceso dibattito sorto nella giurisprudenza di merito e di legittimità all'indomani delle prime applicazioni pratiche della disciplina richiamata





è certamente destinato ad essere sopito per effetto del recente intervento chiarificatore della Suprema Corte che, a Sezioni Unite, ha sancito il principio di diritto secondo cui "*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*" (Cass. n. 19596/2020).

Va, altresì, aggiunto che con la sentenza n. 8473 del 27.3.2019 la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione ha affrontato e risolto una importante questione giuridica ovvero se nel procedimento di mediazione la parte che propone la mediazione sia tenuta a comparire personalmente davanti al mediatore, affinché il tentativo si possa ritenere compiuto, a pena di improcedibilità dell'azione proposta senza previo esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria, o se la stessa possa - e in che modo - farsi sostituire.

Nel premettere come il successo dell'attività di mediazione sia riposto nel contatto diretto tra le parti e il mediatore professionale il quale può, grazie alla interlocuzione diretta ed informale con esse, aiutarle a ricostruire i loro rapporti pregressi ed a trovare una soluzione che, al di là delle soluzioni in diritto della eventuale controversia, consenta loro di evitare l'acuirsi della conflittualità e definire amichevolmente una vicenda potenzialmente oppositiva con reciproca soddisfazione, il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, così imponendo alle stesse (o meglio, alla parte che intende agire in giudizio) questo impegno preliminare mediante il quale si confida di poter evitare (alle parti, e allo Stato più in generale) un buon numero di controversie, ben più onerose e lunghe rispetto ai tempi della mediazione obbligatoria.

Ed infatti, l'art. 8 prevede espressamente che al primo incontro davanti al mediatore debbano essere presenti sia le parti che i loro avvocati.





Ebbene, nella sopra richiamata pronuncia, la Corte di Cassazione ha chiarito che "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. Tuttavia, la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. In mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri. Non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore. Deve quindi ritenersi che la parte (in particolare, la parte che intende iniziare l'azione, ma identico discorso vale per la controparte), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente ad un incontro di mediazione, possa farsi sostituire da una persona a sua scelta e quindi anche - ma non solo - dal suo difensore. Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all'art. 84). Quindi il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale. Ne consegue che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione - in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge - non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benché possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale. Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore. Perciò, la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da





chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista. La condizione di procedibilità può ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunichino la propria indisponibilità di procedere oltre".

Sul punto è stato di recente affermato che "in ipotesi di mediazione delegata ex art. 5, commi 2 e 2-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, ciò che rileva, ai fini della sussistenza della condizione di procedibilità, è l'utile esperimento, entro l'udienza di rinvio fissata dal giudice, della procedura di mediazione - da intendersi quale primo incontro delle parti innanzi al mediatore e conclusosi senza l'accordo - e non già l'avvio di essa nel termine di quindici giorni indicato dal medesimo giudice delegante con l'ordinanza che la dispone" (Cass. civ. 40035/2021).

Non appare ultroneo ricordare che le norme che fissano condizioni di ammissibilità e procedibilità sono di ordine pubblico processuale, di talché la loro violazione è rilevabile anche d'ufficio in qualsiasi stato e grado del processo, risultando - altresì - sottratte al regime imposto dall'[art. 101 c.p.c.](#), comma 2 (in tal senso, si segnala [Cassazione civile, sez. 6^, 04/03/2019, n. 6218](#) e [Cassazione civile sez. 6^, 29/09/2015, n. 19372](#), che ha stabilito che "In tema di contraddittorio, le questioni di esclusiva rilevanza processuale, siccome inidonee a modificare il quadro fattuale ed a determinare nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, non rientrano tra quelle che, ai sensi dell'[art. 101 c.p.c.](#), comma 2, (nel testo introdotto dalla [L. n. 69 del 2009, art. 45](#), comma 13), se rilevate d'ufficio, vanno sottoposte alle parti, le quali, per altro verso, devono avere autonoma consapevolezza degli incombenti cui la norma di rito subordina l'esercizio delle domande giudiziali").

Tanto premesso, venendo all'esame della fattispecie oggetto di scrutinio nel presente procedimento, va rilevato come con ordinanza resa all'udienza del 19.04.2019 questo Tribunale (in aderenza ad un precedente orientamento giurisprudenziale) abbia accordato alla parte opponente il termine di giorni 15 per la





presentazione della domanda di mediazione ai sensi del D.Lgs n. 28/2010 art. 5 avendo la richiesta di pagamento ad oggetto un contratto di finanziamento e, dunque, essendo sottoposta a mediazione obbligatoria.

Ebbene, dalle incontestate risultanze del processo verbale di mediazione del 28.05.2019 risulta inequivocabilmente che l'odierna parte opposta, seppur regolarmente convocata (con pec del 3.05.2019), non è comparsa innanzi all'organismo di mediazione né personalmente, né a mezzo soggetto opportunamente delegato, tant'è che detta procedura si è arrestata alla fase introduttiva e non ha dato esito favorevole per la mancata partecipazione del presunto creditore, il quale non ha inteso presenziare all'incontro tenutosi innanzi all'organismo di mediazione adito da parte opponente nè ha ritenuto di mandare alcuna comunicazione al riguardo (cfr. verbale di mediazione del 28.05.2019 depositato telematicamente in data 7.11.2019).

Tale assenza determinava, evidentemente, il fallimento della mediazione, che non poteva procedere utilmente senza una delle parti coinvolte nella vicenda per cui è causa (ed, invero, il mediatore nel suddetto verbale dava atto della impossibilità di procedere per assenza della parte convenuta).

Come sopra ricordato, con la sentenza n. 8473/19 la Suprema Corte di Cassazione ha incidentalmente sostenuto la necessità della partecipazione personale della parte (quantomeno al primo incontro) al fine di ritenere verificata la condizione di procedibilità, stabilendo che "sia l'argomento letterale - il testo dell'art. 8 - che l'argomento sistematico (...) depongono nel senso che l'onere della parte che intenda agire in giudizio (o che, avendo agito, si sia vista opporre il mancato preventivo esperimento della mediazione e sia stata rimessa davanti al mediatore dal giudice) di dar corso alla mediazione obbligatoria possa ritenersi adempiuto con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all'esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione".





E' evidente, allora, che la mancata partecipazione (tanto personalmente, quanto a mezzo di soggetto delegato) al primo incontro da parte dell'opposta (ovvero del soggetto onerato ad introdurre la mediazione) ha determinato il non avveramento della condizione di procedibilità, in quanto l'onere di attivare il tentativo di mediazione deve necessariamente ricomprendere anche quello di partecipare al relativo procedimento, adeguatamente presenziando al primo incontro (nello stesso senso cfr. Tribunale Castrovillari sent. n. 600 del 28.05.2021).

Ne consegue che l'omessa comparizione dell'opposta innanzi al mediatore si ripercuote in proprio danno in termini di improcedibilità della domanda dal medesimo originariamente veicolata nel ricorso monitorio, con la conseguenza che - per effetto di detta declaratoria - va disposta la revoca del decreto ingiuntivo in esame. Non vi è dubbio, infatti, che tale circostanza abbia determinato la sopravvenuta carenza di una condizione di procedibilità della domanda, ponendo così una questione pregiudiziale che assume valore assorbente e dirimente, precludendo lo scrutinio delle argomentazioni difensive svolte nel merito dell'odierna res controversa.

Quanto, infine, alla disciplina delle spese e competenze di lite del presente giudizio - tenuto conto dei recentissimi e sopravvenuti arresti giurisprudenziali e del peggior contrasto giurisprudenziale e dei dubbi interpretativi che lo accompagnavano - si ritiene sussistano i presupposti per disporre l'integrale compensazione.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale di Napoli Sezione Seconda Civile, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sull' opposizione proposta da [REDACTED] avverso il d.i. n. 6156/2018 emesso dal Tribunale di Napoli sezione II in data 19.07.2018 e pubblicato in data 24.07.2018, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa ed assorbita, così provvede:

- 1) dichiara la contumacia di [REDACTED] srl;
- 2) dichiara improcedibile la domanda di pagamento della parte opposta e, per l'effetto, revoca il d.i. n. 6156/2018 emesso dal Tribunale di Napoli sezione II in data 19.07.2018 e pubblicato in data 24.07.2018;





3) compensa le spese di lite tra le parti.

Napoli, li 27.04.2022

Il Giudice

dott.ssa Francesca Gomez de Ayala

