

R.G. 8680
G.I.: dr. Enrico Quaranta
Oggetto: contratti bancari

Anno 2018
Sezione Civile
Nuovo rito

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE

in composizione monocratica, in persona del Giudice dr. Enrico Quaranta, ex art. 281-*quinquies* c.p.c. ha pronunciato la presente:

SENTENZA

TRA

residente alla _____, giusta procura in atti ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Arienzo (CE), C.so _____, ivi C.F. _____

-opponente-

E

S.P.A., con sede legale in Venezia Mestre (VE), Via _____, giusta procura del 10-11-2017, a ministero del dr. _____, Notaio in Mestre (Rep. n. 38916 – Racc. n. 13589: DOC. 1), rappresentata e difesa dall'Avv. _____, giusta procura in atti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. _____, sito in S. Maria C. V.,

-opposta-

FATTO

Con decreto n. 2011/2018, R.G. n. 3863/2018, emesso dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere il 1-08-2018 e notificato il 5-9-2018, veniva ingiunto a _____ il pagamento in favore di _____ S.p.a. della somma di € 9.026,83, oltre interessi come in ricorso, spese e competenze.

Tale somma era riveniente bensì da una cessione del credito derivante dal contratto 3915813 stipulato in data 14-07-2005 dal _____ con la _____ S.p.a. per la somma di € 10.000,00.

Con atto di citazione notificato in data 15/10/2018 l'ingiunto spiegava opposizione avverso il sopraindicato decreto perché venisse revocato e dichiarato nullo, con condanna avversa al pagamento delle spese.

In particolare l'opponente eccepiva:

- 1) la carenza di legittimazione della _____ S.p.a., in quanto il contratto di finanziamento del 14.07.2005, finalizzato all'acquisto di mobili, era stato da lui concluso con la _____ S.p.a., presuntivamente legittimata alla richiesta del credito;



- 2) che la _____ non aveva fornito alcuna prova di essersi resa cessionaria di tale contratto, né del consenso prestato da esso opponente, quale contraente ceduto;
- 3) che, a differenza della cessione del credito ove il consenso non costituiva requisito di validità ai fini della cessione, nell'istituto della cessione del contratto, realizzato attraverso un negozio trilaterale, il consenso risultava necessario al relativo perfezionamento;
- 4) che incombeva sul soggetto che invoca la cessione del contratto da un lato, l'avvenuta prestazione del consenso, dall'altro che la cessione avesse avuto ad oggetto la medesima posizione contrattuale originaria, attuando una mera sostituzione soggettiva;
- 5) che la deduzione in merito della Banca, fondata sulla clausola contrattuale attraverso la quale egli aveva apparentemente prestato un preventivo consenso alla cessione, era giuridicamente erronea e che, in ogni caso, ai sensi dell'art. 1370 c.c., essendo stato il contratto concluso a mezzo della sottoscrizione di un modulo prestampato predisposto dalla _____, essa andava comunque interpretata in favore dell'opponente;
- 6) che pertanto, la cessione del contratto, oltre ad essere non provata, non si era in ogni caso mai perfezionata, in assenza del consenso alla cessione del contraente ceduto;
- 7) che l'istituto bancario, in sede di ricorso introduttivo, non aveva specificato i criteri e i dati in base ai quali determinava il proprio credito, impedendo una corretta valutazione dell'ammontare della pretesa creditoria, rendendo difficile una compiuta difesa per l'opponente;
- 8) che il presunto credito risultava prescritto ex art. 2956 c.c., in quanto, dal 14.07.2005, l'opponente non aveva ricevuta alcuna richiesta di pagamento;
- 9) che il tasso applicato risultava illegittimo per anatocismo e usura;
- 10) la nullità del ricorso per carenza del requisito oggettivo, in violazione dell'art. 125 c.p.c., in quanto l'istituto bancario, nel fondare la propria pretesa sul contratto di finanziamento, non aveva specificato che fosse stato sottoscritto.

Concludeva quindi per l'accoglimento delle seguenti conclusioni: *"Piaccia all'Ecc.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, così provvedere: a) revocarsi l'impugnato D.I. n. 2011/2018, emesso dal Tribunale di S. Maria C.V., perché inammissibile, improponibile e comunque infondato in fatto e diritto; b) dichiarare la carenza di legittimazione passiva della S.p.a., in p.l.r.p.t.; c) in subordine, in accoglimento delle ragioni avanzate dall'istante, accertare e dichiarare la nullità, l'illegittimità e/o l'inefficacia del decreto ingiuntivo opposto, adottando ogni ed altro provvedimento conseguente; d) per l'effetto, dichiarare che nulla è dovuto dall'istante per le ragioni tutte espresse nei motivi del presente atto; e) condannare la _____ S.p.a., in p.l.r.p.t., al pagamento delle spese, diritti di causa con attribuzione. Mezzi istruttori riservati"*

Si costituiva in giudizio parte opposta con comparsa di costituzione ritualmente e tempestivamente depositata.

Ivi _____ S.p.a. eccepiva:

- 1) sull'asserita carenza di legittimazione, che nel caso di specie non era avvenuta una cessione di contratto ex artt. 1406 c.c. e seguenti, ma una cessione del credito, ex art. 1260 c.c. e seguenti, derivante dal contratto n. 3915813, stipulato in data 14.07.2005 dal _____ con la _____ S.p.a., con la conseguenza che la stessa era perfettamente opponibile all'opponente;
- 2) sulla carenza di prova scritta e sulle contestazioni sul quantum ingiunto, che in sede monitoria aveva prodotto: (i) il contratto di prestito personale n. 3915813; (ii) l'atto di cessione attraverso il quale aveva acquistato la titolarità del credito; (iii) la prova di erogazione delle somme di cui al contratto stipulato; (iv) la prova di notifica della cessione del credito ex art. 1264 c.c.; (v) l'estratto conto relativo al contratto le cui risultanze non erano state



specificamente contestate ex art. 115 c.p.c.; (vi) la lettera con cui la cedente aveva comunicato la decadenza dal beneficio del termine; adduceva pertanto che la documentazione fosse idonea a dimostrare la legittimità della pretesa creditoria azionata dalla deducente e che, diversamente, il debitore avrebbe dovuto fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento;

3) sul quantum, che la certificazione ex art. 50 T.U.B., depositata in sede monitoria, recava le registrazioni delle singole movimentazioni legate al rimborso del prestito, per cui il debitore avrebbe potuto procedere ad una compiuta difesa;

4) che il diritto di credito azionato non poteva dirsi prescritto, non potendo trovare applicazione l'art. 2956 c.c. invocato dall'opponente; la rateizzazione dell'unico debito in più versamenti, a suo dire, aveva comportato il frazionamento in distinti rapporti obbligatori e al contratto oggetto di lite poteva applicarsi unicamente il termine di prescrizione ordinario decennale decorrente dalla scadenza dell'ultimo rateo previsto nel piano di ammortamento (ovvero dal 15.08.2011). Prescrizione in ogni caso interrotta con la comunicazione del 07.08.2007 e la successiva notifica di cessione del credito con contestuale diffida al pagamento del 18.02.2012;

5) sull'asserita illegittimità per usura e anatocismo, che l'eccezione risultava inammissibile in quanto infondata, generica e sfornita di sostegno probatorio e destinata al rango di mera petizione di principio;

6) sulla nullità del decreto ingiuntivo ex art. 125 c.p.c., evidenziava che il ricorso depositato presentava gli elementi richiesti dalle norme, per cui l'eccezione andava respinta;

Formulata richiesta di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, stante l'evidente infondatezza dell'opposizione avversaria, meramente dilatoria, generica e sfornita di elementi di prova, la convenuta concludeva, *"Nel merito, in via principale: respingere ogni domanda ed eccezione avversaria, in quanto infondata in fatto e in diritto, per tutte le motivazioni esposte nella presente atto e, per l'effetto, confermare in ogni sua parte il decreto ingiuntivo opposto n. 2011/2018. In via subordinata: nella denegata, e non creduta, ipotesi di revoca, per qualsiasi ragione, del decreto ingiuntivo opposto, condannare comunque il Sig. [redacted], al pagamento, in favore di [redacted] S.p.A., dell'importo di Euro 9.026,83, oltre interessi di mora da calcolarsi al tasso contrattualmente stabilito, sulla sola quota capitale residua, dal dovuto al saldo effettivo, ovvero della diversa somma che sarà accertata nel corso del presente giudizio. In via istruttoria: con riserva di ulteriormente dedurre, argomentare e produrre, nei termini di cui all'art. 183, co. VI, nn. 1, 2 e 3, c.p.c., di cui si chiede sin d'ora l'ammissione."*

All'udienza del 20.05.2019 il giudice concedeva la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo.

Quindi all'udienza del 30.11.21 introitava la causa in decisione, concedendo alle parti i termini di rito per le comparse e le repliche ex art. 190 cpc.

Tuttavia, stante la possibile violazione da parte della [redacted] del disposto di cui all'art.8, co.1, d.lgs. 28/2010, nella parte in cui prevedeva l'obbligo della partecipazione della parte ovvero di un suo procuratore speciale, la causa veniva rimessa sul ruolo istruttorio con fissazione dell'udienza del 12.07.22, affinché i contraddittori prendessero posizione sulla questione così rilevata in via officiosa

Acquisite le memorie delle parti sul punto, a detta udienza il giudizio veniva introitato nuovamente in decisione ex art. 281-quinquies cpc.

MOTIVI DELLA DECISIONE



In premessa va chiarito che, di seguito alla proposizione di un'opposizione a decreto ingiuntivo, si instaura tra le parti niente altro che un ordinario giudizio di cognizione, avente ad oggetto l'accertamento della entità e sussistenza del credito azionato mediante la procedura monitoria.

Tale avviso risulta invero confermato da ultimo dalla Suprema Corte con la sentenza resa a Sezioni Unite il 27.12.2010, n. 26128, ove essa ha rammentato e sostenuto la correttezza dell'orientamento della sua pregressa giurisprudenza (peraltro, condivisa dalla dottrina e dalle pronunzie di merito) secondo cui l'opposizione a decreto ingiuntivo non è un'azione di impugnazione del decreto stesso, volta a farne valere vizi, ovvero originarie ragioni di invalidità (v. Cass. 15 maggio 2003, n. 7545; Cass. 19 maggio 2000, n. 6528.; Cass. 4 aprile 2001, n. 4985; Cass. 27 giugno 2000, n. 8718; Cass., 17 novembre 1997, n. 11417; Cass., 28 gennaio 1995, n. 1052), ma piuttosto rimedio volto ad instaurare un ordinario giudizio di cognizione, finalizzato all'accertamento dell'esistenza del diritto di credito fatto valere dal creditore con il ricorso *ex artt.* 633 e 638 c.p.c.

Detta controversia è quindi diretta ad accertare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'ingiungente opposto che assume la posizione sostanziale di attore – delle eccezioni e delle difese fatte valere dall'ingiunto opponente – che assume la posizione sostanziale di convenuto.

Le considerazioni che precedono trovano conferma laddove la Suprema Corte afferma che “*Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ha ad oggetto l'intera situazione giuridica controversa, sicché è al momento della decisione che occorre avere riguardo per la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione e dei presupposti di fatto e di diritto per l'accoglimento della domanda di condanna del debitore. Pertanto, la riscontrata insussistenza, anche parziale, dei suddetti presupposti, pur non escludendo il debito dell'originario ingiunto, comporta l'impossibilità di confermare la condanna nell'importo indicato nel decreto ingiuntivo, che dunque va sempre integralmente revocato.* (Cassa e decide nel merito, Trib. Como, 07/02/2007)” Cass. civ. Sez. III, 24-09-2013, n. 21840 (rv. 628154) c. l.

Ciò premesso, occorre qui vagliare i profili di rito connessi all'esperimento del tentativo di mediazione alla luce del recente *overruling* giurisprudenziale operato dalla Suprema Corte con la sentenza n. 19596/2020, attinente all'individuazione della parte sulla quale, appunto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, incomba l'onere di avviare il procedimento di mediazione.

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 eccepito 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.

Tuttavia, il medesimo articolo esclude dall'obbligo del tentativo obbligatorio sia il ricorso monitorio quanto la fase iniziale del giudizio di opposizione, prevedendo l'obbligatorietà di tale procedura, nelle materie espressamente individuate nel comma 1-bis, solo dopo che il giudice si sia pronunciato sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione.

La *ratio* di tale previsione è rinvenibile nell'incompatibilità tra l'esigenza di rapidità che caratterizza il procedimento monitorio e l'eventuale fase di opposizione, sino ai



provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. e il tempo occorrente per il previo esperimento del procedimento di mediazione.

Trattasi, infatti, di un *“accertamento sommario con prevalente funzione esecutiva”*, caratterizzato da un contraddittorio differito, che mira a consentire al creditore di costituirsi rapidamente un titolo esecutivo. Venuta meno tale incompatibilità, infatti, la norma, al comma 1-bis stabilisce che *“l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.”*

Questione di rilievo è, dunque, stabilire quale sia la parte su cui grava l’onere di introdurre il procedimento di mediazione, perché è solo l’omessa partecipazione personale di questa parte a determinare la mancata realizzazione della condizione di procedibilità.

Sul punto, l’acceso dibattito sorto nella giurisprudenza di merito e di legittimità, ha trovato una sua definizione con il recente intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

La Corte invero, nell’esercizio della propria funzione nomofilattica, con un *revirement* rispetto al precedente orientamento, al fine di dirimere i dubbi interpretativi in relazione all’individuazione della parte su cui incombe l’onere di attivare la procedura al fine di veder soddisfatta la condizione di procedibilità, ha statuito che *“nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell’art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, 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. Civ. Sez. Unite, 18/09/2020, n. 19596).

A tal riguardo, i Supremi Giudici, muovendo dalla previsione di cui all’art. 4, comma 2, concernente l’obbligo per l’istante di indicare l’oggetto e le ragioni della pretesa, dall’art. 5, comma 1-bis, relativo all’obbligo di attivare il procedimento stragiudiziale in capo a colui che intende esercitare in giudizio un’azione, e, infine, quella di cui all’art. 5, comma 6, che ricollega alla domanda di mediazione la produzione di effetti sulla prescrizione e sulla decadenza a favore dell’attore, hanno ritenuto che i medesimi indici, sono da considerarsi inequivocabili a favore di un onere gravante su colui che è attore in senso sostanziale, e, dunque, sulla parte opposta.

La Suprema Corte evidenzia, inoltre, che la tesi da essa accolta si pone in armonia con la ricostruzione corretta del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il quale – come accennato in premessa – non è appunto un’impugnazione del decreto, ma *“ha natura di giudizio di cognizione piena che devolve al giudice dell’opposizione il completo esame del rapporto giuridico controverso, e non il semplice controllo sulla legittimità della pronuncia del decreto ingiuntivo”*.

Ne consegue che, instaurata l’opposizione e disposto in ordine alla concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, non assume più rilievo che il contraddittorio sia differito e, dunque, le parti possono riprendere ciascuna la propria posizione.

Tale interpretazione risulta, inoltre, quella più rispettosa del dettato costituzionale. Richiamando, infatti, la decisione della Corte costituzionale n. 98/2014 in materia di processo tributario (concernente l’illegittimità delle norme che collegano al mancato previo esperimento dei rimedi amministrativi la conseguenza della decadenza dall’azione giudiziaria), le Sezioni Unite hanno rilevato che accogliere un diverso orientamento significasse violare tale principio, in quanto, *“porre l’onere di promuovere il procedimento di mediazione a carico dell’opponente si traduce, in caso di sua inerzia, nella irrevocabilità del decreto ingiuntivo come conseguenza del mancato esperimento di un procedimento che non è giurisdizionale”*.



Tale eventualità si pone in contrasto con i limiti di ammissibilità della giurisdizione condizionata, per cui, a differenza di quanto sostenuto dalla terza sezione con la sentenza n. 24629/2015, i Supremi Giudici hanno ritenuto che dovesse essere privilegiato il diritto di difesa delle parti rispetto al principio della ragionevole durata del processo.

Essi osservano, infatti, che l'accesso alla giurisdizione, condizionata al previo adempimento di oneri, non può tradursi nella perdita del diritto di agire in giudizio tutelato dall'art. 24 Cost., considerato che la revoca del decreto ingiuntivo non preclude comunque al creditore la possibilità di una nuova richiesta e l'emissione di un nuovo decreto

In altri termini, imporre all'opponente l'obbligo di attivare la procedura significa accettare che in caso di sua inerzia il decreto ingiuntivo divenga irrevocabile; diversamente stabilire tale onere in capo all'opposto consente di evitare qualunque effetto preclusivo in caso di sua inattività.

La suprema Corte, inoltre, ha precisato che sarebbe iniquo sanzionare in modo ugualitario l'inerzia disciplinata dall'art. 647 c.p.c. e quella derivante dal mancato assolvimento dell'onere di mediazione.

In conclusione, ribaltando in definitiva il precedente orientamento, che prestava il fianco ad evidenti ambiguità, attraverso una lettura costituzionale operata dalle Sezioni Unite nel conflitto tra il principio di efficienza (e ragionevole durata) e la garanzia del diritto di difesa, quest'ultima deve necessariamente prevalere.

Per altro verso, l'ossequio alla *ratio legis* sottesa alla mediazione obbligatoria, di favorire soluzioni deflattive del giudizio con forme alternative ma altrettanto soddisfattive di tutela mediante composizione amichevole delle liti (a conferma del carattere di *extrema ratio* che il legislatore della mediazione riconosce alla tutela giurisdizionale), pone, nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-bis, del medesimo decreto, la necessaria comparizione personale delle parti, assistite dal difensore (pur potendo le stesse farsi sostituire da un loro rappresentante sostanziale, dotato di apposita procura).

Ebbene, venendo all'esame della fattispecie oggetto di scrutinio nel presente procedimento, dalle risultanze del processo appare inequivocabile che, se da un lato la procedura di mediazione veniva avviata dal soggetto non onerato, in aggiunta, parte opposta non compariva innanzi all'organismo di mediazione a mezzo di un soggetto delegato.

A tal riguardo, è opportuno richiamare 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"*.

Ne deriva che, la mancata partecipazione al primo incontro da parte dell'opposta, soggetto, per quanto fin qui riferito, 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. Pertanto, 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.



Accertato, dunque, che l'onere della prova ricada in capo all'opposta, attrice sostanziale nel giudizio di opposizione e che la stessa comunque nella circostanza non partecipava al tentativo di mediazione avviato da parte opponente, determinandone il fallimento dello stesso, occorre vagliare le questioni attinenti al termine dettato dalla norma e la conseguenza delle decadenze.

Ai sensi dell'art. 5 del testo qui richiamato, il giudice assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Qualora detto termine non venga rispettato, si ritiene che, alla luce della funzione che in concreto esso adempie, la sanzione dell'improcedibilità del giudizio sia conseguenza inevitabile (v. Cass. n.1064/2005; 4530/2004).

Infatti, benché la norma non attribuisca espressamente natura perentoria al termine in oggetto, tale natura va desunta implicitamente, considerata la severità della sanzione espressamente prevista in ipotesi di mancato esperimento della mediazione.

Invero, ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del D.lgs. n. 28 del 2010, l'improcedibilità della domanda per omesso esperimento del tentativo di mediazione dev'essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza; ove ciò non avvenga, non trattandosi di eccezione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, il giudice d'appello può disporre la mediazione, ma non vi è obbligato, neanche nelle materie indicate dallo stesso articolo, atteso che in grado d'appello l'esperimento della mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda, solo quando è disposta discrezionalmente dal giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del ricordato decreto legislativo.

Condivisibile, è quanto osservato dalla giurisprudenza di merito, secondo la quale *"apparirebbe assai strano che il legislatore"*, da un lato, abbia previsto la sanzione dell'improcedibilità per mancato esperimento della mediazione, prevedendo altresì che la stessa debba essere attivata nel termine di 15 giorni e dall'altro abbia voluto negare ogni rilevanza al mancato rispetto del suddetto termine" (v. Tribunale Firenze, sez. III, 9.6.2015; nel medesimo senso Tribunale Ivrea, 11.3.2016 n. 215; Tribunale Monza, sez. I, 21.1.2016, n. 156).

D'altra parte, alla medesima conclusione dovrebbe pervenirsi anche considerando il suddetto termine come ordinatorio. Infatti, sempre secondo la giurisprudenza di legittimità, *"poiché i termini stabiliti dal giudice per il compimento di un atto processuale sono, ai sensi dell'art. 152 c.p.c., ordinatori, salvo che la legge li dichiara espressamente perentori o la perentorietà consegua allo scopo e alla funzione adempiuta, ad essi non si applica il divieto di abbreviazione e di proroga sancito dall'art. 153 c.p.c. per i termini perentori; peraltro, la proroga, anche d'ufficio, dei termini ordinatori è consentita dall'art. 154 c.p.c. soltanto prima della loro scadenza, sicché il loro decorso senza la presentazione di un istanza di proroga, determinando gli stessi effetti preclusivi della scadenza dei termini perentori, impedisce la concessione di un nuovo termine, salva, per quanto riguarda la fase istruttoria della causa, la remissione in termini prevista dall'art. 184 bis c.p.c., sempre la decadenza si sia verificata per causa non imputabile alla parte"* (v. Cass. n. 1064/2005 citata).

Anche a diversamente opinare, come pare da ultimo evincersi dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui *"Ai fini della sussistenza della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 2, e comma 2-bis, D.Lgs. n. 28/2010, ciò che rileva nei casi di mediazione obbligatoria ope iudicis 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 dispone la mediazione"* (Cass. civ. Sez. II, 14/12/2021, n. 40035), ne deriva che il dies ad quem per evitare d'incorrere nella sanzione di rito sia lo svolgimento della mediazione sia, quindi, al più tardi l'udienza di rinvio prevista da giudice all'atto dell'invito delle parti ad attivare il rimedio stragiudiziale.



Invero, a prescindere dalla natura del termine giudiziale in disputa (perentorio o ordinatorio, pur nella consapevolezza che la violazione di quello ordinatorio importa comunque le stesse conseguenze decadenziali) pare dirimente alla soluzione cui pervenire che il dato normativo di cui al D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 2, non prevede espressamente l'adozione di pronuncia di improcedibilità a seguito del mancato esperimento del procedimento di mediazione delegata entro il suddetto termine di quindici giorni.

Per altro verso, sia l'ossequio alla ratio legis sottesa alla mediazione obbligatoria ope iudicis, - di favorire soluzioni deflattive del giudizio con forme alternative ma altrettanto soddisfattive di tutela mediante la composizione amichevole delle liti (a conferma del carattere di extrema ratio che il legislatore della mediazione riconosce alla tutela giurisdizionale) - sia il rispetto del principio della ragionevole durata del processo, perchè la verifica all'udienza fissata D.Lgs. n. 28 del 2010, ex art. 5, comma 2, è già ricompresa nell'intervallo temporale delimitato dalla previsione del D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 7, a mente del quale "Il periodo di cui all'art. 6 e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, commi 1-bis e 2, non si computano ai fini di cui della L. 24 marzo 2001, n. 89, art. 2", spingono nel senso di concludere che abbia rilevanza ai fini della verifica della condizione di procedibilità, solo l'effettivo esperimento della mediazione delegata prima dell'udienza di rinvio, a seguito dell'invito in tale senso rivolto dal giudice ed a prescindere dalla specifica indicazione del termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione (cfr. Cass. 2775/2020).

Ebbene, nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal d.lgs. n. 28 del 2010, quale condizione di procedibilità per le controversie nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1 bis, del medesimo decreto (come introdotto dal d.l. n. 69 del 2013, conv., con modif., in l. n. 98 del 2013), è necessaria la comparizione personale delle parti, assistite dal difensore, pur potendo le stesse farsi sostituire da un loro rappresentante sostanziale, dotato di apposita procura, in ipotesi coincidente con lo stesso difensore che le assiste.

La condizione di procedibilità può ritenersi, inoltre, realizzata qualora una o entrambe le parti comunicino al termine del primo incontro davanti al mediatore la propria indisponibilità a procedere oltre.

L'art.8, co.1, d.lgs. 28/2010 recita infatti espressamente: "*all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurare la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari*".

La disposizione si riferisce quindi alle "parti" - le quali devono partecipare sia al primo incontro, sia agli incontri successivi, con l'assistenza dell'avvocato.

In altre parole, la partecipazione personale delle parti è condizione affinché la mediazione sia validamente esperita, che può essere surrogata solo dalla partecipazione di un procuratore speciale ad negotia.

La Suprema Corte ha confermato la bontà di tale conclusione affermando che "*al primo incontro davanti al mediatore devono essere presenti sia le parti che i loro avvocati. La parte che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente può farsi sostituire da una persona a sua scelta e, quindi, ma non solo, anche dal suo difensore munito di procura speciale sostanziale. La condizione di procedibilità si intende positivamente assolta con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all'esito del quale la parte può liberamente*



manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di proseguire utilmente la procedura" ([Cass. 27.3.2019, n. 8473](#)).

In definitiva, al procedimento di mediazione è possibile:

- la partecipazione della parte personalmente, con l'assistenza del difensore;
- o, in alternativa, la partecipazione di un soggetto - scelto dalla parte e che può anche essere diverso dal difensore - al quale è stata conferita una procura speciale sostanziale.

La procura speciale sostanziale deve contenere, evidentemente: (i) l'indicazione specifica della partecipazione alla mediazione; (ii) il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali oggetto del procedimento.

Nel caso specifico, non è stata avanzata da parte opposta alcuna istanza di mediazione, dopo la riassunzione della causa, ragion per cui inevitabile è la conseguenza di essere incorsi in decadenza per la rimessione in termini, a tal fine, da parte dell'opposta, su cui incombe tale onere di proporre mediazione obbligatoria.

Peraltro nulla è stato detto relativamente alla procura speciale con cui avrebbe potuto intervenire nella precedente mediazione

In conclusione, alla luce dei principi qui enunciati, il mancato esperimento del tentativo di mediazione ad istanza di parte opposta, la mancata utile comparizione dell'opposta innanzi al mediatore e l'assenza di tempestiva richiesta di rimessione in termini per procedere al riguardo, si ripercuotono 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*. Salvo, in ogni caso, il diritto dell'assunta creditrice di riproporre la sua domanda.

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

PQM

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in composizione monocratica, in persona del Giudice dr. Enrico Quaranta, ex art. 281-*quinquies* c.p.c., pronunciando in via definitiva sulla domanda proposta da _____ nei confronti di _____ S.p.a., disattesa ogni altra istanza, difesa o eccezione così provvede:

- 1) dichiara improcedibile la domanda di opposizione e, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo opposto n. 2011/2018;
- 2) compensa le spese e competenze di lite;

Così deciso in Santa Maria Capua Vetere, il 15.7.22

IL GIUDICE UNICO
DR. ENRICO QUARANTA

