

R.G. 11476

Anno 2017

G.I.: dr. Enrico Quaranta

Sezione Civile

Oggetto: **Contratti bancari**

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

· nato a San Prisco (CE) il  
, nata a San Prisco (CE) il entrambi  
residenti in Santa Maria Capua Vetere alla Via rappresentati e difesi,  
congiuntamente e disgiuntamente dall'avv.

giusta

procura alle liti in atti ed elettivamente domiciliati in Caserta,

- **opponenti**

E

' **S.p.a.**, con Sede Legale e Direzione Generale in Milano, alla  
capitale sociale euro 20.257.667.511,62, iscrizione al Registro  
delle Imprese di Roma n. , società appartenente  
al iscritto all'albo dei Gruppi Bancari cod. 3135.1, in  
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rinveniente dalla fusione per  
incorporazione di i spa, spa,



spa, S.p.a., S.p.a.,  
S.p.a. e  
S.c.r.l., giusta atto di fusione per notar . di Torino del  
19.10.2010 Rep. 19430/12674 e registrato in pari data a Torino 1, al n. 6755 serie IT, per  
il tramite della sua mandataria S.p.a. (già l  
Spa) giusta procura per la gestione crediti per notar del 06.06.2016 Rep. 35945  
e Racc 16620 rappresentata e difesa, in virtù di procura generale alle liti conferita con  
atto rep. n. 69077 e racc. n. 19520 rogito in data 03.11.2011 innanzi al dott.  
Notaio in Verona, dall'avv. unitamente alla quale  
domicilia in Salerno, alla via:

- **opposta**

#### NONCHÉ

**S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, dott.  
, con sede in Milano alla  
iscritta all'elenco delle società veicolo per la cartolarizzazione - SVP ai sensi del  
provvedimento della Banca d'Italia del 07.06.2017 al n. 35495.1, e per essa, quale  
mandataria, giusta procura speciale per atto per notar notaio in  
Milano del 14.05.2020, rep. n. 5355, racc. n. 3608, la **S.r.l.** con sede legale in  
Milano, alla Via , numero di iscrizione al Registro delle  
imprese di Milano Monza l in persona del dott.  
nella qualità di legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa, in virtù di procura in calce alla comparsa di costituzione e  
risposta, dall'avv. ed elettivamente domiciliata presso il suo studio  
sito in Napoli alla Via

- **intervenuta**

#### FATTO

Con ricorso *ex art.* 633 c.p.c., depositato in data 03.05.2017, la S.p.a. e per  
essa quale mandataria la S.p.a., richiedeva ingiungersi agli oppositori, quali  
fideiussori della debitrice principale S.r.l., il pagamento dell'importo  
di 2.420.563,20 euro.



Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere emetteva, in data 08.11.2017, decreto ingiuntivo n. 2859/2017, ingiungendo agli opposenti il pagamento, in solido, dell'importo di 2.078.865,09 euro, oltre interessi da calcolarsi sulla sorta capitale al tasso contrattualmente previsto, dalla data di notifica del decreto fino all'effettivo saldo, nonché le spese del procedimento liquidate in 870,00 euro, per spese e 3.700,00 euro per compensi professionali e rimborso spese forfettarie del 15%.

Avverso il predetto provvedimento proponevano citazione in opposizione, eccependo

- 1) l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 633 c.p.c., rilevando la nullità, inammissibilità e inesistenza del decreto ingiuntivo opposto, in violazione della suddetta norma, poiché in difetto dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del presunto credito; in particolare, gli opposenti evidenziavano che non risultavano depositati e regolarizzati gli estratti conto, per cui non vi era certezza relativamente al saldo dagli stessi risultante;
- 2) che la documentazione prodotta in sede monitoria era inidonea a suffragare il credito nei confronti degli opposenti, in quanto non conforme al disposto dell'art. 50 T.U.B. e che si rendeva necessaria la produzione di tutti gli estratti conti relativi al rapporto di conto corrente;
- 3) che nessuna prova veniva fornita dalla Banca in merito alla comunicazione al correntista e al fideiussore degli estratti conto ai fini di un'impugnativa e che era onere della prima dimostrare, in caso di contestazione su tale circostanza, il regolare invio dell'estratto conto al correntista e al fideiussore e il decorso del termine di legge per impugnarlo;
- 4) che anche laddove vi fosse approvazione tacita dell'estratto di conto corrente, essa assume il valore di prova semplice;
- 5) che la mancata conoscenza da parte del correntista e del fideiussore di tutti gli estratti completi comportava l'impossibilità di determinare l'esattezza del saldo debitorio finale;
- 6) la carenza di interesse ad agire da parte della Banca nei confronti degli opposenti, l'inammissibilità, improponibilità, improcedibilità della domanda, in quanto, con



ricorso depositato in data 18.11.2011 la S.r.l. presentava istanza di  
concordato preventivo al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con n. 5/2011,  
regolarmente omologato;

- 7) che in tale proposta la riconosceva il credito vantato insistendo lo  
stesso nella classe dei creditori privilegiati ipotecari per un importo di 1.990.001,00  
euro; nonché chirografo con soddisfacimento nella misura del 50% della somma di  
25.524,96 euro derivante dal conto corrente ordinario con n. 10876186;
- 8) che il concordato omologato era in corso di esecuzione e che il credito ipotecario e  
la percentuale di soddisfacimento appartenente a tale classe rimanevano  
crystallizzati al tempo della presentazione del concordato, stante il divieto di  
iniziare procedure esecutive *ex art. 168 l. fall.*;
- 9) in ogni caso, l'esecuzione del concordato liberava anche i fideiussori, con  
conseguente carenza di interesse ad agire della Banca;
- 10) sull'infondatezza del credito vantato che (i) il contratto risultava firmato soltanto  
dal cliente ed era pertanto nullo (ii) che recava tassi usurari in quanto pattuito con  
un tasso di interesse del 13,85000%, corrispondente ad un tasso effettivo del  
14,58608% con un T.E.G. effettivo di 15,65%, superiore alla soglia usuraria del  
14,94% (iii) che l'I.S.C. non veniva indicato nel contratto di mutuo;

In ultimo e in via gradata, gli oppositori chiedevano la sospensione del giudizio in  
pendenza della procedura concordataria.

Gli oppositori concludevano pertanto per: *“revocare il menzionato D.I. contrassegnato con  
il n. 2854/2017 proc. N. 4922/2017 R.G., emesso dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere,  
in quanto nullo, inesistente e inammissibile per carenza dei presupposti di cui all'art. 633 s.s.  
c.p.c., alla luce delle motivazioni di cui innanzi; revocare il D.I. opposto stante la carenza di  
interesse ad agire, dichiarando cessata la materia del contendere nonché dichiarare la  
inammissibilità, improponibilità e improcedibilità della domanda per le ragioni supra esposte;  
in via subordinata sospendere il presente procedimento ex art. 295 c.p.c.; dichiarare tenuto e  
condannare la banca opposta al pagamento del compenso e al rimborso delle anticipazioni,  
nonché al rimborso forfettario spese generali di cui all'art. 2 D.M. 55/2014, con attribuzione ai  
sottoscritti procuratori intestatari”.*



Si costituiva in giudizio parte opposta con comparsa di costituzione ritualmente e tempestivamente depositata, eccependo:

- 1) sull'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 633 c.p.c., che al momento del deposito del ricorso monitorio la Banca depositava i rapporti contrattuali contestati, conto corrente n. 10876186 e mutuo edilizio del 17.07.2008, unitamente alle fideiussioni prestate dagli opposenti e le certificazioni *ex art.* 50 T.U.B., idonee ad ottenere il provvedimento monitorio;
- 2) che essa era tenuta alla trasmissione degli estratti conto solo nei confronti della società debitrice principale e non nei confronti dei garanti, come previsto dall'art. 9 del contratto di conto corrente n. 10876186;
- 3) che le fideiussioni prestate qualificavano un contratto autonomo di garanzia in funzione del quale restava preclusa la possibilità di sollevare eccezioni aventi ad oggetto i rapporti garantiti e attraverso il quale il garante si impegnava a pagare a semplice richiesta del creditore;
- 4) che in presenza di un contratto autonomo di garanzia era il debitore garantito a dover esperire contro il creditore che abbia indebitamente escusso la garanzia, l'azione di ripetizione della prestazione effettuata dal garante;
- 5) sulla carenza di interesse ad agire, che la procedura concordataria, sebbene omologata e in corso di esecuzione, non sortiva effetto;
- 6) che anche in presenza di un concordato preventivo omologato, la Banca poteva agire in via monitori nei confronti dei fideiussori garanti soltanto del rapporto contrattuale;
- 7) che il divieto di cui all'art. 168 l. fall., non poteva applicarsi o estendersi anche a chi assume una funzione di garanzia, e la *ratio* è dettata dal divieto di iniziare e/o proseguire azioni di natura esecutiva o cautelare e non di natura monitoria e che la Banca, pertanto, decideva legittimamente di preconstituersi un titolo di formazione giudiziale nei confronti dei garanti, tenuto conto dell'esito incerto della procedura concordataria;
- 8) sull'infondatezza del credito, con riferimento al contratto monofirma che era sufficiente solo la sottoscrizione dell'investitore e, circa la natura usuraria dei tassi



di interesse applicati e delle c.m.s., la manifesta genericità dell'eccezione.

L'opposta concludeva pertanto: *“preliminarmente rigettare la richiesta di sospensione ex art 295 cpc, in quanto inammissibile ed infondata atteso che alcuna pregiudizialità sussiste tra l'odierno giudizio ed il perfezionarsi in sede esecutiva della procedura concordataria in considerazione, inoltre, che la procedura concorsuale riguarda la debitrice principale e non i garanti; disporre la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo n. 2859/2017 emesso dall'intestato Tribunale l'8.11.2017 R.G. 4922/2017 in quanto proposta opposizione non si fonda su prova scritta e non è di facile pronta soluzione; rigettare l'opposizione proposta in quanto inammissibile, improcedibile ed improponibile, oltre che totalmente infondata in fatto ed in diritto con la conferma del decreto ingiuntivo opposto; condannare l'opponente al pagamento delle spese, diritti ed onorari del presente giudizio, oltre spese generali.”*

Interveniva nel giudizio, con comparsa di costituzione ex art. 111 c.p.c. la S.r.l., nella qualità di cessionaria dei crediti vantati dalla S.p.a. e, per essa, la mandataria S.r.l., subentrando nella medesima posizione processuale e sostanziale, nonché richiamando integralmente e facendo propri tutti i precedenti atti difensivi posti in essere dalla

All'udienza del 10.12.2018 il giudice denegava la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, ostandovi l'art. 168 l. fall. e concedeva alle parti il termine di 15 giorni per l'avvio del procedimento di mediazione.

Il tentativo di mediazione esperito dall'opponente in data 14.01.2019 risulta avere esito negativo.

Con ordinanza del 21.09.2022 – rilevato che in atti vi era appunto un procedimento di mediazione con esito negativo e che per l'istituto bancario non era comparso il legale rappresentante *pro tempore*, nonché in assenza di procura speciale per il difensore – il giudice sottoponeva alle parti ex art. 101 c.p.c. la questione del se circostanza potesse integrare il difetto di una delle condizioni dell'azione.

Acquisite le memorie delle parti sul punto, all'udienza dell'11.10.2022 il giudizio veniva introitato in decisione ex art. 281-*quinquies* c.p.c.

### 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) - - -  
)

Ciò premesso, occorre qui vagliare i profili di rito connessi al corretto esperimento del tentativo 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.

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.

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 cui si è occupata la Suprema Corte è stata, poi, quella di 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 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"* (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 correttamente avviata dalla Banca opposta, coerentemente con quanto statuito dai Supremi Giudici, tuttavia quest'ultima compariva innanzi all'organismo di mediazione per mezzo di un soggetto sprovvisto di procura speciale, laddove la suddetta procedura subiva un arresto già nella fase introduttiva.

Tale circostanza determinava, evidentemente, il fallimento della mediazione che non poteva procedere utilmente senza una delle parti coinvolte nella vicenda per cui è causa.

A tal riguardo, è opportuno richiamare la sentenza n. 8473/2019 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”*.

È dunque 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, posto che *“una semplice, benché ampia, procura alle liti, comprensiva di ogni potere giudiziale e stragiudiziale ed anche del potere di conciliare la controversia”*, dal valore meramente processuale, pertanto, non attribuisce al difensore la rappresentanza sostanziale della parte.

Difatti, *“il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti innanzi al mediatore, perché solo nel dialogo informale e diretto tra parti e mediatore conta che si possa trovare quella composizione degli opposti interessi soddisfattiva al punto da evitare la controversia ed essere più vantaggiosa per entrambe le parti”*.

La parte che intenda agire in giudizio ha pertanto l'obbligo di comparire personalmente dinnanzi al mediatore anche se, come chiarito dalla citata sentenza, potrà delegare ad altri tale attività, la quale non ha natura di attività strettamente personale. La delega a comparire dinnanzi al mediatore potrà essere conferita anche al difensore al quale la parte ha conferito mandato alle liti ma *“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 ed il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto”* (Cass. Civ., n. 8473/2019).

Ne deriva che, nel caso di specie, la mancata partecipazione personale, ovvero a mezzo di soggetto munito di procura speciale, 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 personale dell'opposta innanzi al mediatore si ripercuote in proprio danno in termini di improcedibilità della domanda dal medesimo originariamente veicolata nel ricorso monitorio.

Accertata, dunque, la mancata partecipazione personale dell'opposta innanzi all'organismo di mediazione, determinandone il fallimento del tentativo di



mediazione, occorre vagliare anche le questioni attinenti al termine dettato dalla norma e la conseguenze delle decadenze.

Ai sensi dell'art. 5 del testo qui richiamato, è previsto che il giudice assegni 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 dichiari 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 rimessione 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), il *dies ad quem* per evitare d'incorrere nella sanzione di rito sia lo svolgimento della mediazione deve essere, al più tardi, quello dell'udienza di rinvio prevista da giudice all'atto dell'invito delle parti ad attivare il rimedio stragiudiziale.

In conclusione, alla luce dei principi qui enunciati, la mancata comparizione dell'opposta innanzi al mediatore con i relativi rappresentanti o con un procuratore speciale e l'assenza di tempestiva richiesta di rimessione in termini per riattivare correttamente il procedimento alla luce del richiamato revirement giurisprudenziale, 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 sull'opposizione proposta da

nei confronti della **S.p.a.**, con l'intervento dell' **S.r.l.**, per il tramite della mandataria **S.r.l.**, 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. 2859/2017;
- 2) compensa le spese e competenze di lite;

Così deciso in Santa Maria Capua Vetere, il 19.10.2022

**Il Giudice Unico**  
**dr. Enrico Quaranta**

