

Sentenza, Corte d'Appello di Palermo, Pres. Perriera – Rel. Maisano, n. 1014 del 17 maggio 2019

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI PALERMO
SEZIONE III Civile**

composta dai Sigg.ri Magistrati:

- 1) Dott. Michele Perriera - Presidente
- 2) Dott. Giocchino Mitra - Consigliere
- 3) Dott. Giulia Maisano - Consigliere rel. est.

all'esito della discussione orale, ha pronunciato e pubblicato mediante lettura di dispositivo e contestuale motivazione (art. 281sexies c.p.c.) la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al omissis del Registro Generale degli Affari Contenziosi Civili dell'anno 2018, vertente

TIZIO E SAS	TRA	
		<i>Appellanti</i>
	E	
BANCA		<i>Appellato</i>

uditi i procuratori delle parti, definitivamente pronunciando, così provvede:

in accoglimento dell'appello avverso la sentenza n. omissis pronunciata dal Tribunale di Sciacca il omissis, proposto da TIZIO in proprio e in qualità di legale rappresentante di SAS con atto di citazione del 20.9.2018, dichiara improcedibili le domande proposte da BANCA, nella qualità di procuratrice di omissis cessionaria ex art. 58 D.Lgs. n. 385/ 1993 del portafoglio di crediti pecuniari individuabili "in blocco" vantati da Banca X con ricorso monitorio e per l'effetto dispone la revoca del decreto ingiuntivo n. omissis emesso dal Tribunale di Sciacca il omissis;

compensa interamente tra le parti le spese di lite.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

TIZIO in proprio e quale legale rappresentante di SAS ha formulato appello avverso la sentenza omissis con cui il Tribunale di Sciacca:

- ha dichiarato improcedibile per mancato esperimento della procedura di mediazione di cui all'art. 5 D.Lgs. 28/2010 l'opposizione dal medesimo proposta avverso il decreto ingiuntivo dell'importo di E 50.119,11 emesso su istanza di omissis per il pagamento del saldo del conto corrente di corrispondenza omissis;

- ha dichiarato il decreto ingiuntivo definitivamente esecutivo a termini dell'art. 653 c.p.c. La soluzione impressa alla vertenza è il portato di quanto accaduto in fase di avvio del giudizio: con l'ordinanza conclusiva della prima udienza di comparizione delle parti, il primo giudice, dopo aver provveduto sull'istanza ex art. 648 c.p.c. formulata dall'istituto di credito, ha assegnato termine per promuovere il procedimento di mediazione obbligatoria avendo

Sentenza, Corte d'Appello di Palermo, Pres. Perriera – Rel. Maisano, n. 1014 del 17 maggio 2019

ravvisato, in ragione dell'oggetto della controversia vertente in tema di rapporti bancari, la ricorrenza della condizione di procedibilità di cui all'art. 1 bis D. Lgs. N. 28/10, così come novellato dal D.L. n. 69/13 convertito con modifiche dalla L. n. 98/2013; termine rimasto sostanzialmente inosservato, avendo gli opposenti avviato il procedimento di mediazione solo il giorno prima dell'udienza fissata per la prosecuzione del giudizio.

Con l'impugnazione gli appellanti:

- sollecitano la rimessione alla Corte Costituzionale della questione della compatibilità con gli artt. 2, 3, 4, 24 e 11 Cost. del disposto dell'art. 1 bis D.Lgs. N. 28/10, ove interpretato nei termini accolti dal primo giudice;

- sostengono che la concessione alle parti dei termini previsti dall'art. 183 VI comma n. 1, 2 e 3 c.p.c. risulta preclusivo della declaratoria di improcedibilità del giudizio per aver il giudice disposto anticipatamente riguardo alla sua prosecuzione;

- deducono che il mancato rispetto della condizione di procedibilità incide non sul giudizio di opposizione, ma sul decreto monitorio, rendendo solo quest'ultimo privo di effetti;

- escludono, con riferimento alla posizione del fideiussore, l'obbligatorietà della procedura di mediazione, non figurando i rapporti derivanti dalla fideiussione tra quelli previsti dall'art. 5 comma 1 bis del d.lvo 28/2010;

- ripropongono, infine, nel merito, i motivi di opposizione a decreto ingiuntivo.

L'impugnazione alla quale si è opposta l'istituto bancario, è meritevole di accoglimento con riguardo alla questione di rito.

L'art. 5 comma 1 bis del D.Lgs. n. 28/2010 prevede (per quanto qui di interesse) che *"chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di ... bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007 n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale"*.

Lo stesso art. 5 co. 4 lettera a) del d.lgs. 28/2010 prevede poi che *"i commi 1-bis e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;"*.

Dunque, il creditore che voglia attivare il procedimento monitorio non ha l'obbligo (differentemente dall'ipotesi in cui volesse invece utilizzare il rito ordinario ovvero altro rito non sommario) di esperire preventivamente il procedimento di mediazione. Mediazione che dovrà comunque essere tentata solo nel caso in cui l'ingiunto proponga opposizione avverso il decreto ingiuntivo e, temporalmente, solo dopo l'adozione dei provvedimenti sulle istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecutività del decreto di cui agli artt. 648 o 649 c.p.c..

Se, dunque, è certo che l'adozione del rito sommario di cui agli artt. 633 e ss c.p.c. non esonera, ove il credito tragga luogo dai rapporti elencati dall'art. 5 comma 1 bis del D.Lgs. n. 28/2010, dal rispetto della condizione di procedibilità, il cui esperimento è solo posticipato, soluzioni differenti si registrano, invece, in giurisprudenza sulla questione dell'individuazione del soggetto, tra opponente e opposto, cui compete di avviare la mediazione. L'incertezza è

Sentenza, Corte d'Appello di Palermo, Pres. Perriera – Rel. Maisano, n. 1014 del 17 maggio 2019

alimentata dalla lettera della norma che, senza individuare in modo esplicito l'onere, si limita a dettare la regola procedurale per cui, laddove la mediazione non sia stata esperita prima dell'avvio del giudizio, il Giudice assegna *"alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione"*.

Nella sentenza impugnata, il Tribunale pone l'onere di avviare il procedimento di mediazione sul debitore opponente, osservando che alcun interesse potrebbe muovere in creditore opposto all'avvio della procedura di mediazione, posto al suo difetto conseguirebbe la declaratoria di improcedibilità dell'opposizione e con essa la definitiva esecutorietà del decreto ingiuntivo in precedenza richiesto.

Il ragionamento che, inammissibilmente, pone le conclusioni in luogo delle premesse, sovvertendo ogni logica giuridica, non appare persuasivo.

Neppure l'espreso richiamo nel corpo della sentenza alla sentenza della Corte di Cassazione 3.12.2015 n. 24629, ripresa anche da diversi giudici di merito, si profila dirimente.

La soluzione sposata dalla Suprema Corte poggia:

- sulla considerazione della finalità deflattiva della norma in tema di mediazione, da raccordare al principio costituzionale del ragionevole processo e alla tutela dell'efficienza processuale;

- sulla assunzione dell'interesse e del potere di iniziare il processo a criterio guida per l'identificazione dell'onere, posizioni che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo convergono sulla persona dell'opponente *"attraverso il decreto ingiuntivo, l'attore ha scelto la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo. E' l'opponente che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore. E' dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perché è l'opponente che intende precludere la via breve per percorrere la via lunga"*;

- sull'ulteriore rilievo per cui *"La diversa soluzione sarebbe palesemente irrazionale perché premierebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice"*. Altre pronunzie di merito, con il supporto di numerosi argomenti di ordine sia letterale che logico, sono tuttavia pervenute a soluzione interpretativa di segno contrario che questa Corte ritiene di preferire.

E' dato invero osservare che:

- a termini dell'art. 5 comma 1 bis d.lvo 28/2010, la mediazione deve essere avviata da *"chi intende esercitare in giudizio un'azione"*. E' argomento di ordine letterale che impone di correlare tale intenzione all'attore in senso sostanziale, ovvero all'opposto, atteso che, nell'avviare il giudizio a cognizione piena, l'opponente precipuamente propone eccezioni dirette a paralizzare l'altrui pretesa in ciò esauendosi il suo interesse e potere ad iniziare il giudizio (che è di difesa rispetto alla pretesa che l'attore, forte di un compendio documentale corrispondente alla prescrizioni dell'art. 633 e ss c.p.c. ha veicolato con forme che rimandano il contraddittorio ad una fase successiva ed eventuale), sì che non può considerarsi soggetto che *"intende esercitare in giudizio un'azione"*;

- sempre dal medesimo testo normativo (comma 4: .1 commi 1-bis e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione) è dato cogliere il riferimento al procedimento per ingunzione, inclusa l'opposizione', cioè a un procedimento unitariamente

Sentenza, Corte d'Appello di Palermo, Pres. Perriera – Rel. Maisano, n. 1014 del 17 maggio 2019

inteso, che comprende la fase monitoria: ché altrimenti non avrebbe senso la locuzione 'inclusa l'opposizione', giacché sarebbe stato sufficiente per il legislatore indicare direttamente il solo giudizio di opposizione;

- l'apposizione della barriera temporale della pronuncia sulle istanze di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. induce a ritenere che la ragione dell'esonero del procedimento per ingiunzione dalla previa attivazione del tentativo di mediazione non coincida con un'ottica premiale in favore del creditore per aver questi "scelto la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo", ma risieda nelle necessità di non frustrare le esigenze di celere costruzione (nell'interesse del creditore agente e non della collettività) di un titolo esecutivo, esigenze che vengono meno non appena il giudice dell'opposizione venga chiamato a provvedere *ex artt.* 648 e 649 c.p.c., riespandendosi in tale momento l'interesse a tentare una soluzione mediata delle controversie;

- la costruzione -accreditata da costante giurisprudenza- dell'opposizione quale strumento volto ad introdurre un ordinario giudizio di cognizione, luogo in cui accertare esistenza e consistenza del credito fatto valere con il ricorso d'ingiunzione, tale per cui il creditore ricorrente (opposto) assume la posizione sostanziale di attore, mentre l'opponente (debitore ingiunto) quella di convenuto, depone nel senso che all'attore (sostanziale) compete l'onere di attivare il procedimento di mediazione, posto che è sulla sua domanda che si controverte, e sulla quale dovrà intervenire l'eventuale accordo.

Questa soluzione si rinviene in un'ordinanza del Tribunale di Firenze del 15.02.2016, che nella mediazione individua strumento atto a stimolare "le parti a ricercare una soluzione più adeguata al loro conflitto rispetto alla rigidità della decisione giurisdizionale; inoltre gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti"; e del Tribunale di Grosseto, sentenza 07/06/2018 n. 566, ove si rileva che "il ricorrente non viene esentato dall'esperire la procedura di mediazione, ma, per ragioni cautelari, gli viene consentito di differire l'assolvimento dell'obbligo ad un momento successivo rispetto a quello della proposizione della domanda, momento che viene appunto individuato in quello immediatamente successivo al provvedimento d'urgenza e dunque dopo la pronuncia sulla concessione o sospensione della provvisoria esecuzione. Ciò con il chiaro intento non di favorire coloro che si avvalgono di strumenti d'urgenza (anche lato sensu intesi), ma di impedire che l'espletamento della procedura di mediazione costituisca un ostacolo all'ottenimento di una tempestiva tutela cautelare."

- ulteriore importante ragione a sostegno della tesi che individua nell'opposto il soggetto tenuto ad attivare la mediazione attiene alle conseguenze dell'inottemperanza: come pure rilevato dal Tribunale di Grosseto con la statuizione da ultimo richiamata, l'improcedibilità dell'opposizione renderebbe definitivo il decreto ingiuntivo, e quindi pure definitivo l'accoglimento della domanda proposta in monitorio; mentre l'improcedibilità di tutto il giudizio, travolgendo anche il decreto, ma definendo il procedimento in rito non impedirebbe la riproposizione della domanda (anche nuovamente con le forme del ricorso monitorio).

La soluzione qui prospettata, secondo cui l'onere dell'avvio del procedimento di mediazione, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo compete, superata la fase preliminare di verifica della ricorrenza dei presupposti per la concessione della provvisoria esecutività del decreto, al convenuto opposto:

- parifica, quanto agli oneri da affrontare per il riconoscimento giudiziale delle proprie pretese, la posizione del creditore opposto, quale attore in senso sostanziale, a quella di ogni altro attore, senza alcun paventato irrazionale accrescimento degli oneri della parte creditrice la quale beneficia dall'esonero della mediazione, come è logico che sia, fin tanto che

Sentenza, Corte d'Appello di Palermo, Pres. Perriera – Rel. Maisano, n. 1014 del 17 maggio 2019

l'ingiunto non abbia manifestato la propria contrapposizione, dovendo invece, in caso di opposizione, ottemperare all'onere imposto a chiunque voglia far valere in giudizio un diritto discendente dai rapporti espressamente presi in considerazione del legislatore;

- parifica la posizione dell'opponente, convenuto in senso sostanziale, a quella di mera attesa delle determinazioni e della condotta dell'attore propria di ogni altro convenuto, senza creare il rischio della irrazionale premiazione della passività dell'opponente;

- parifica altresì le conseguenze dell'inottemperanza a quelle che connotano qualsivoglia altra domanda introdotta con rito ordinario, nel quale l'attore che rimanga inerte anche dopo la concessione da parte del giudice del termine per l'avvio del procedimento di mediazione registrerà e subirà sì la declaratoria di improcedibilità della domanda, ma non vedrà preclusa la possibilità di far valere il proprio diritto mediante introduzione di un nuovo giudizio;

- risulta coerente con il carattere volontario della mediazione, come delineato dalla sentenza 14 giugno 2017 causa C 75/16 della Corte di Giustizia UE (che si è occupata, seppur per diversi aspetti, della normativa italiana sulla mediazione e della sua compatibilità con la direttiva 2013/11/UE sull'Adr dei consumatori), e consistente "... non già nella libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, bensì nel fatto che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento"; - preserva in modo pieno ed effettivo, il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario. Al riscontro della fondatezza dell'appello, conseguito, in riforma della sentenza appellata, la declaratoria di improcedibilità della domanda veicolata dal ricorso monitorio, dovendo individuarsi nella banca opposta il soggetto che non ha attivato la procedura di mediazione: il decreto ingiuntivo n. omissis emesso dal Tribunale di Sciacca il omissis deve dunque essere revocato.

In considerazione delle ragioni della decisione e tenuto conto del contrasto giurisprudenziale sulla questione cardine del giudizio, si ravvisano i presupposti per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

Così deciso in Palermo all'udienza odierna del giorno 17 maggio 2019

Il consigliere estensore
Giulia Maisano

Il Presidente

Michele Perriera

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*