



TRIBUNALE ORDINARIO di FIRENZE

Terza sezione CIVILE

VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. **9222/2014**

tra

ANCHE QUALE TIT.DELL'IMPR. IND.

OPPONENTI

e

BANCA CARIGE SPA CASSA DI RISPARMIO DI GENOVA E IMPERIA

OPPOSTA

Oggi **9 marzo 2016** innanzi al dott. Riccardo Guida, sono comparsi:

Per [redacted] anche quale titolare dell'impresa individuale [redacted]
[redacted] l'avv. [redacted], oggi
sostituito dall'avv. [redacted].

Per **BANCA CARIGE SPA CASSA DI RISPARMIO DI GENOVA E IMPERIA** l'avv. [redacted]
[redacted], oggi sostituito dall'avv. [redacted].

È altresì presente ai fini della pratica forense la dott.sa [redacted].

Il Giudice invita le parti a precisare le conclusioni.

I procuratori delle parti precisano le conclusioni come segue:

L'avv. [redacted] conclude come in citazione.

L'avv. [redacted] conclude come in comparsa di risposta.

I difensori rinunciano a presenziare alla lettura della sentenza.

Il Giudice preso atto di quanto sopra, successivamente pronuncia sentenza *ex art. 281 sexies c.p.c.*

Il Giudice

dott. Riccardo Guida



affidamento del 4.08.1998 regolato sul c/c 42100/81, e contratto di finanziamento chirografario del 11.11.2005.

Essi hanno chiesto la rideterminazione dei rapporti di dare ed avere con la banca ed hanno dedotto l'applicazione di interessi usurari ed anatocistici, di valute e spese illegittime in quanto applicate *contra legem*, l'assenza di pattuizioni in merito ad altri oneri, spese e commissioni, l'illegittima applicazione della CMS per mancanza di causa, la nullità parziale del contratto di finanziamento per indicazione di un tasso inferiore a quello effettivamente applicato, l'addebito di interessi ultralegali e la nullità della relativa pattuizione.

Costituendosi l'opposta ha contestato la domanda ed ha chiesto la conferma del decreto ingiuntivo. Con ordinanza emessa all'udienza dell'8.04.2015 questo GI, in primo luogo, ha rigettato l'istanza *ex art. 649* cod. proc. civ. degli opposenti; in secondo luogo, su eccezione del legale della banca concernente la necessità del procedimento di mediazione, ha disposto (ai sensi dell'art. 5, comma 4, lett. a) D.L.vo. n. 28/2010, così come modificato dalla L. n. 98/2013), che l'opposta, assistita dal proprio avvocato, esperisse il procedimento di mediazione presso un organismo accreditato ai sensi dell'art. 4, comma 1, (D.L.vo citato), con deposito della domanda di mediazione entro il termine di 15 giorni.

È stato poi prodotto il verbale dell'OCF (Organismo di Conciliazione di Firenze) attestante l'esito negativo del procedimento di mediazione, nel quale si dà atto che le parti, in seguito al primo incontro, hanno dichiarato: “*di non voler dare avvio alla procedura di mediazione.*”

La causa è passata in decisione all'odierna udienza, nelle forme dell'art. 281 *sexies* cod. proc. civ., sulla questione – rilevata *ex officio* - relativa al verificarsi o meno della condizione di procedibilità della domanda.

Considerato in diritto.

La domanda è improcedibile per mancato avveramento della condizione di procedibilità dell'esperimento del procedimento di mediazione, disciplinato dall'art. 5 D.L.vo. n. 28/2010 (e successive modifiche).

È pacifico che la materia – i contratti bancari – sia ricompresa nel catalogo normativo delle controversie per le quali l'esperimento del procedimento di ADR costituisce una condizione di procedibilità della domanda.



Nel verbale dell'OCF del 20.05.2015 si afferma che: *“le parti e i loro avvocati hanno espresso la volontà di non dare avvio alla procedura di mediazione.”*

Ritiene il Tribunale che, in una simile evenienza, la condizione di procedibilità debba ritenersi non avverata.

Il suo verificarsi, infatti, non può consistere nella mera presentazione della domanda di mediazione. L'alternativa che qui si disconosce finirebbe col disattendere la *ratio* deflativa dello strumento di ADR che postula l'effettivo svolgimento dell'*iter* procedimentale dinanzi all'organismo di mediazione.

La mediazione, come ogni vicenda procedimentale, è scandita da tre fasi essenziali: l'inizio, lo svolgimento e la fine.

Nella specie, la (necessaria) sequenza procedimentale è stata inibita dalla comune volontà delle parti di “non dare avvio” alla mediazione.

Dunque la condizione di procedibilità non si è verificata.

Occorre adesso stabilire quali siano le conseguenze del mancato esperimento della mediazione.

Nel verbale d'udienza dell'8.04.2015 era stato espressamente indicato che l'onere di attivare la mediazione, nelle opposizioni a decreto ingiuntivo, è a carico della parte opposta, in qualità di “attrice sostanziale” e che, ai sensi dell'art. 5, comma 2, D.L.vo citato, il mancato esperimento dell'effettivo procedimento di mediazione è sanzionato a pena di improcedibilità della domanda.

Nel giudizio d'opposizione a decreto ingiuntivo, come è noto, si ha un'inversione dei ruoli formali delle parti, rispetto alle reciproche posizioni sostanziali, in quanto l'opponente è al contempo “convenuto sostanziale” ed “attore formale”, viceversa l'opposto è “attore sostanziale” e “convenuto formale”.

Un (teorico) nodo interpretativo consiste nello stabilire chi, tra opponente ed opposto, abbia l'onere di iniziare il procedimento di mediazione.

Questo giudice, in precedenti pronunce, ha risolto la questione ritenendo che onerato sia l'opposto, in qualità di “attore sostanziale”, in stretta adesione al principio della domanda (v., *ex coeteris*, Tribunale Firenze, sent. n. 473/2015).

In sintesi, estrapolando il fulcro del ragionamento a supporto di un simile risultato esegetico, nella sentenza appena citata è scritto che: “L'esatta identificazione della figura dell'*actor* nel



procedimento d'ingiunzione, effettuata sulla base di univoci elementi testuali, induce a ritenere che l'onere di iniziare il procedimento di mediazione gravi sul creditore (opposto) che, come è sempre stato correttamente sostenuto, è l'attore sostanziale, ossia colui che fa valere il proprio diritto di credito in giudizio, non già sul debitore (opponente) (v., *ex multis*, Cass., sez. I, sent. n. 85639/2011 che ha stabilito che: “È opportuno premettere che l’opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, il quale, sovrapponendosi allo speciale e sommario procedimento monitorio, investe il giudice del potere-dovere di statuire sulla pretesa originariamente fatta valere con la domanda di ingiunzione e sulle eccezioni e difese contro la stessa proposte, con la conseguenza che l’opponente, pur assumendo normalmente la veste di attore, viene a trovarsi nella posizione sostanziale di convenuto, mentre l’opposto, formalmente convenuto, dev’essere considerato attore dal punto di vista sostanziale.”).

Si tratta di una soluzione interpretativa, accolta da una parte dei giudici di merito, di segno opposto rispetto ad un diverso orientamento di altra nutrita giurisprudenza di merito che, nell'ultimo triennio, sviluppando un interessante ed assai minuzioso, seppure non condivibile, percorso argomentativo, attribuisce all'opponente l'onere di esperire il procedimento di mediazione (v., *ex multis*, Tribunale di Firenze, sent. n. 3325/2014).

Sull'argomento è recentemente intervenuta la Cassazione che, in buona sostanza, ha statuito che, nel procedimento per decreto ingiuntivo, grava sull'opponente l'onere di introdurre il percorso obbligatorio della mediazione (v. Cass., sezione III, sent. n. 24629/2015).

Questi, in termini schematici (riprodotti pressoché testualmente), gli argomenti essenziali della decisione:

- l'art. 5 citato, di non facile lettura, va interpretato secondo la sua *ratio* deflativa, ossia alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo; tale norma, introducendo il meccanismo di *alternative dispute resolution* (ADR), mira a rendere il processo l'*extrema ratio*;
- conseguentemente l'onere di esperire il tentativo di mediazione “*deve allocarsi presso la parte che ha interesse al processo e ha il potere di iniziare il processo*”;



- nel procedimento per decreto ingiuntivo cui segue l'opposizione si verifica un'inversione logica tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, nel senso che il creditore del rapporto sostanziale è l'opposto nel giudizio di opposizione;
- questa difficoltà non deve però condurre ad un "*errato automatismo*" logico per cui si individua nel titolare del rapporto sostanziale la parte gravata dell'onere di esperire il procedimento di mediazione;
- utilizzando il criterio ermeneutico dell'interesse e del potere di introdurre il giudizio di cognizione si perviene ad una soluzione opposta; difatti col decreto ingiuntivo l'attore ha scelto la linea deflativa, coerente con la logica della ragionevole durata del processo, mentre l'opponente ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, quale "*soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore*"; egli deve pertanto attivare la mediazione "*perché intende precludere la via breve per percorrere la via lunga*";
- sarebbe contraria ad una logica di efficienza un'interpretazione che accollasse al creditore l'onere di "*effettuare il tentativo di mediazione quando ancora non si sa se ci sarà opposizione allo stesso decreto ingiuntivo*";
- è dunque l'opponente ad avere interesse ad avviare il procedimento di mediazione, pena il consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo *ex art. 653 cod. proc. civ.*;
- "*quando l'opposizione sarà dichiarata procedibile riprenderanno le normali posizioni delle parti: opponente - convenuto sostanziale, opposto - attore sostanziale.*"

La decisione del Supremo Collegio non è condivisibile.

Un approccio selettivo all'ampio spettro di spunti critici che essa offre, impone di affermare, *per incidens*, che il creditore che propone ricorso monitorio non sceglie una linea deflativa, ma persegue l'interesse a munirsi, quanto prima, di un titolo esecutivo; specularmente, il debitore, facendo opposizione, non intende precludere la via breve per percorrere la via lunga; egli, semmai, esercita, nei tempi e nelle forme propri del procedimento d'ingiunzione, il *diritto inviolabile* alla difesa in giudizio, costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.).

Venendo al *thema* cruciale della questione, nel rispetto del più elementare canone dell'ermeneutica, non si può trascurare l'esegesi testuale del dato normativo, sorprendentemente pretermessa dal *dictum* della Cassazione.



In base al combinato disposto dei commi 4, lett. a), 1 *bis* dell'art. 5 citato, nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, riguardanti controversie in materie (come quella dei contratti bancari) per le quali il preventivo esperimento della mediazione è condizione di procedibilità, il procedimento di mediazione deve (necessariamente) essere introdotto dopo che il giudice ha emesso le ordinanze *ex artt.* 648, 649 cod. proc. civ. sulla provvisoria esecutività del titolo monitorio (che, si noti bene, possono riconoscere, ma anche negare esecutività al decreto ingiuntivo).

In altri termini, la condizione di procedibilità di nuovo conio (l'esperimento del procedimento di mediazione) non determina una sospensione della consueta scansione del procedimento d'ingiunzione, nel senso che, anche attualmente, dopo la novella che ha introdotto il congegno di ADR, il debitore ingiunto, per evitare che il decreto ingiuntivo divenga definitivo, è tenuto, ai sensi dell'art. 641 comma 1 cod. proc. civ., a fare opposizione.

Lo scenario processuale delineato dalla Cassazione – che, in sostanza, contempla l'avvio del procedimento di mediazione, da parte del debitore ingiunto, prima che egli proponga opposizione, nonché una conseguente declaratoria di procedibilità dell'opposizione – appare avulso dalle disposizioni processuali del menzionato D.L.vo.

Difatti, se l'ingiunto, anziché proporre tempestivamente opposizione, avviasse la mediazione, non si avrebbe alcuna preventiva declaratoria di procedibilità della domanda, come invece prospettato dalla Cassazione, ma l'unico effetto processuale di rilievo (anzi, decisivo) sul procedimento d'ingiunzione instaurato dal ricorrente con il deposito della ricorso monitorio, consisterebbe nel definitivo consolidamento del decreto ingiuntivo non tempestivamente opposto.

È fuori discussione, dunque, che l'ingiunto debba fare opposizione e che, solo successivamente, dopo che il giudice ha adottato le ordinanze *ex artt.* 648, 649 cod. proc. civ., si ponga il problema di individuare la parte tenuta ad avviare il procedimento di mediazione.

Compiuto quest'imprescindibile deviazione di rotta, nell'esegesi del meccanismo processuale, pare agevole superare il *punctum dolens* dell'individuazione dell'onere fatto facendo leva sulle (*in parte qua*) condivisibili enunciazioni della sentenza di legittimità.

Essa, in buona sostanza, finisce col riconoscere ed affermare che, quando l'opposizione è in corso (non già, per le suesposte ragioni: “*quando l'opposizione sarà dichiarata procedibile*” perché,



ancora una volta, non si ha alcuna declaratoria di procedibilità dell'opposizione), "*riprendono*" "*le normali posizioni*" delle parti: opponente – "convenuto sostanziale"; opposto – "attore sostanziale".

Pertanto, nel rispetto del principio della domanda, l'opposto, ossia l'"attore sostanziale", che è poi il (solo) titolare dell'*interesse ad agire*, ha l'onere di avviare la mediazione, pena, in caso d'inerzia, la declaratoria d'improcedibilità della domanda che, per la particolarità del procedimento d'ingiunzione, comporta la revoca del titolo monitorio.

In definitiva: nel procedimento d'ingiunzione riguardante materie per le quali la mediazione è obbligatoria, come i contratti bancari, dopo che l'opponente ("convenuto sostanziale") ha proposto opposizione e dopo che sono state emesse le ordinanze *ex artt.* 648, 649 cod. proc. civ., l'onere di iniziare la mediazione grava sull'opposto ("attore sostanziale"), a pena d'improcedibilità della (sua) domanda proposta col deposito del decreto ingiuntivo.

Le spese processuali, liquidate in dispositivo ai sensi del DM n. 55/2014 - secondo il parametro medio della scaglione di riferimento (fino a euro 520mila), tenuto conto dell'attività defensionale effettivamente espletata - seguono la soccombenza.

PQM

Il Tribunale di Firenze dichiara improcedibile la domanda e, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo n. 2021/2014 di questo Tribunale;

condanna l'opposta a pagare agli opposenti le spese processuali che liquida in euro 600,00 a titolo di spese, euro 11.472,00 a titolo di compenso, oltre al 15% sul compenso, all'IVA e al CPA come per legge.

Sentenza resa *ex art.* 281 *sexies* cod. proc. civ., pubblicata mediante lettura in assenza delle parti rinuncianti a presenziare ed allegazione al verbale.

Firenze, 9 marzo 2016

Il Giudice

dott. Riccardo Guida

