

Improcedibile il giudizio se in mediazione il difensore è privo di procura speciale sostanziale

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO TRIBUNALE ORDINARIO di CROTONE SEZIONE CIVILE

in composizione monocratica, nella persona del Giudice dott.ssa Federica Gullì, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 1360 del R.G.A.C.C. dell'anno 2017 e vertente

TRA

S.R.L. m persona del l.r.p. t, (CF:- presso lo studio dell'Avv. , elettivamente domiciliati in Crotone, via che li rappresenta e difende in forza di procura a margine dell'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo;

E

opponenti

S.P.A. (P.Iva quale incorporante della già Soc. Coop., s.p.a., in persona del l.r.p.t., elettivamente domiciliata in Crotone, via rappresenta e difende come da procura in atti;

OGGETTO: altri istituti e leggi speciali

presso lo studio dell'Avv. che la

opposta

All'udienza del 10.09.2020 i procuratori delle parti hanno precisato le conclusioni come da verbale di udienza ed il Giudice ha trattenuto la causa in decisione assegnando i termini ex art. 190 c.p.c.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato la ABC s.r.l., XXXX e XXXXX hanno convenuto in giudizio la Banca in epigrafe, al fine di opporsi al decreto ingiuntivo n. xxxx/2017 emesso da questo Tribunale in data 21.04.2017 e notificato il 12.05.2017, con il quale è stato ingiunto loro il pagamento della somma di €. 712.328,53, oltre interessi, a titolo di saldo passivo del conto corrente n. xxxxxx.

A sostegno dell'opposizione, gli opposenti hanno dedotto: - l'improcedibilità della domanda per mancato espletamento del tentativo di mediazione obbligatoria da parte della Banca opposta; - la carenza di legittimazione attiva della-in relazione al decreto ingiuntivo opposto, trattandosi di una linea di credito imputabile alla s.p.a.; - l'illegittima capitalizzazione composta degli interessi in spregio al divieto di anatocismo previsto dall'art. 1283 e.e.; - la nullità delle commissioni di massimo scoperto applicate per tutta la durata del rapporto di conto corrente n. 848556, in assenza di alcuna pattuizione al

riguardo; - l'applicazione di interessi usurari in violazione della l. n. 108/'96; - l'omessa indicazione nel ricorso monitorio delle specifiche voci di calcolo utilizzate per il conteggio della somma pretesa.

Hanno chiesto quindi l'accoglimento dell'opposizione e, per l'effetto, la revoca del decreto opposto, con vittoria di spese di lite.

Si è costituita in giudizio la - s.p.a. deducendo: - l'assenza dell'obbligo di esperire il tentativo di mediazione obbligatoria; - la propria legittimazione attiva, in quanto la del sarebbe stata incorporata nella soc. coop. a oggi- s.p.a.; - la legittimità delle clausole contrattuali in ordine all'applicazione degli interessi e delle commissioni di massimo scoperto, previamente concordate con il cliente; - la specifica indicazione e prova delle voci di calcolo utilizzate per la quantificazione della somma ingiunta. L'opposta ha dunque chiesto il rigetto dell'opposizione, previa concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, con vittoria delle spese di lite

Con ordinanza resa a verbale all'udienza del 5.04.2018, il Giudice ha concesso la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo n. 230/2017 e, non ritenendo perfezionata la condizione di procedibilità, prevista alla legge, ha assegnato termine alle parte di giorni 15 per procedere al tentativo di mediazione, fissando l'udienza per il prosieguo.

All'udienza del 10.09.2020 le parti hanno precisato le conclusioni e la causa è stata trattenuta in decisione con assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c.

Preliminarmente è opportuno rilevare che la presente causa ha ad oggetto una controversia per la quale l'art. 5 del d.lgs. n. 28/20 IO prescrive, a pena di improcedibilità, il preventivo espletamento del tentativo obbligatorio di mediazione.

Il menzionato art. 5, comma I prevede, infatti, che *“Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, deve esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, 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. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, nel primo atto difensivo tempestivamente depositato e può essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui*

all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, nr.206, e successive modificazioni".

Ne consegue che incombe sull'attore l'onere di attivare il procedimento di mediazione.

Tuttavia, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, in ragione del particolare atteggiarsi del rapporto processuale, laddove l'opponente è attore in senso formale ma sostanzialmente convenuto, mentre l'opposto è formalmente convenuto ma allo stesso tempo titolare della pretesa creditoria, si sono registrati due orientamenti opposti in giurisprudenza riguardo alla parte sulla quale debba incombere l'onere di instaurare il procedimento di mediazione.

Prima del recente intervento della Corte di Cassazione a Sezione Unite (Cass. SSUU sent 18 sett 2020 n. 19596), posteriore rispetto alla precisazione delle conclusioni nel presente giudizio, che ha onerato l'opposto a promuovere il procedimento di mediazione, l'orientamento prevalente della Suprema Corte poneva l'onere *de quo* in capo all'opponente (Cass. n. 24629/2015).

Fatte le considerazioni di cui sopra e passando all'esame della fattispecie concreta, va in primo luogo rimarcato che, non avendo le parti realizzato la condizione di procedibilità di cui al d.lgs. n. 28/2010, con ordinanza del 5.04.2018, è stato assegnato il termine di giorni 15 previsto dalla legge per procedere al tentativo di mediazione.

Va premesso che l'art. 8 comma 1 terzo periodo d.lgs. n. 28/2010 prevede che *"al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"*.

Interpretando letteralmente tale disposizione, la giurisprudenza di merito prevalente ritiene necessaria e inderogabile, salve obiettive e valide giustificazioni, la presenza personale della parte all'incontro fissato per la mediazione (*ex pluris* Trib. Roma 27.6.2019; Trib. Firenze 26 novembre 2014, Trib. Palermo, 16 luglio 2014, Trib. Vasto 9 marzo 2015, Trib. Bologna 11 novembre 2014, Trib. Pavia 9.3.2015).

Si è, infatti, osservato che **la presenza personale delle parti sarebbe posta a garanzia della stessa finalità che il legislatore ha inteso perseguire con la disciplina sulla mediazione, in quanto i titolari degli interessi contrapposti in un giudizio potrebbero tutelarli al meglio con la propria partecipazione attiva al procedimento, pervenendo più facilmente ad un accordo conveniente per tutte le parti.**

Pur condividendo la sopra menzionata *ratio* della necessaria partecipazione personale delle parti al tentativo di mediazione, recentemente la Suprema Corte (Cass. civ. n. 8473/2019), evidenziando l'assenza di disposizioni di legge che introducano una deroga alla generale possibilità, in materia di diritti disponibili e atti non personalissimi, di conferire mandato con rappresentanza ad altro

soggetto, ha riconosciuto la possibilità per la parte non presente personalmente all'incontro di mediazione di delegare un altro soggetto (anche il proprio difensore), purché munito di procura speciale sostanziale.

Ebbene, dal verbale negativo di mediazione dell'8.05.2018 in atti (doc. all. fascicolo parte opponente) si evince che gli **opponenti non hanno partecipato all'incontro personalmente ma a mezzo dell'Avv. per delega del proprio difensore, in assenza peraltro del conferimento della procura speciale sostanziale.**

Pertanto, non essendo stato regolarmente espletato il tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege* previsto, deve essere dichiarata l'improcedibilità dell'opposizione.

Alla soccombenza, sia pure per motivi procedurali (Cass. sez 1, sent. 4442 del 28/03/2001) consegue la condanna della parte opponente alla rifusione delle spese processuali in favore della s.p.a.

Le spese sono liquidate in dispositivo, secondo i valori minimi, facendo applicazione dei parametri di cui al D.M. n. 55/2014, aggiornati al D.M. n. 37/2018, tenendo conto della natura e del valore della causa, nonché del numero e del rilievo delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale di Crotone, sezione civile, definitivamente pronunciando nel giudizio iscritto al n. 1360/2017 del R.G.A.C.C., disattesa o assorbita ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- dichiara l'improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo proposta da ABC s.r.l.
- condanna di ABC s.r.l., alla rifusione delle spese di lite in favore XYZ s.p.a, in persona del legale rappresentante *p.t.*, che liquida in €. 3.642,00 per compenso professionale, oltre IVA e CPA come per legge.

Crotone, 05.01.2021

Il Giudice dott.ssa Federica Gulli