



TRIBUNALE

DI

NAPOLI NORD

-TERZA SEZIONE CIVILE-

VERBALE DI UDIENZA DEL 16/05/2019

Il giudice istruttore, dott. A. S. Rabuano dispone trattarsi il processo n. 5125 /2017 R.G.

Sono presenti dinanzi al giudice dott. A. S. Rabuano:

per _____, l'Avv. MESSINA LUCA e l'Avv. LUCIO BIANCARDI;

per _____, nessuno è comparso;

Gli Avv.ti Messina e Biancardi concludono riportandosi ai rispettivi atti difensivi chiedono l'accoglimento dell'atto di opposizione;

l' _____ si riporta all'atto di intervento ex art. 111 c.p.c. agli scritti difensivi di Unicredit e chiede il rigetto dell'atto di opposizione.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE
DI
NAPOLI NORD**

-III Sezione Civile-

nella persona del giudice, dott. A. S. Rabuano,
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel processo n. 5152/2017 R.G. vertente tra le seguenti parti:

Avv.ti Lucio Biancardi e Luca Messina;

_____ , rappresentati e difesi, giusta procura in atti, dagli

OPPONENTE

... e per essa la sua mandataria
 Procura generale alle liti per
 dall'avv. ... con studio in
 domicilio

rappresentata e difesa, giusta
 ren. 67336 racc. 18518,
 , ove elettivamente

in persona del procuratore , rappresentata e difesa,
 giusta procura in atti, dall'

ingiungeva a
 il pagamento, in favore delal

a interponevano opposizione deducendo:

- l'assenza dei presupposti per la concessione da parte del Tribunale del titolo monitorio;
- il contrasto delle clausole negoziali con le norme in tema di anatocismo e sura.

Gli opposenti domandavano al Tribunale di Napoli Nord: *"In via preliminare: a) accertare e dichiarare la nullità e/o invalidità e/o inefficacia del provvedimento monitorio opposto per la mancanza di una valida prova documentale del credito e, comunque, per la mancanza dei necessari requisiti di cui agli art. 633 e ss cpcp. In via subordinata e nel merito: a) revocare e dichiarare nullo e di nessun effetto il decreto ingiuntivo n. 937/17 emesso il 11.0217 dal giudice del Tribunale di Napoli Nord; b) dichiarare l'annullabilità del contratto di finanziamento richiamato per dolo e/o induzione all'errore; c) accertare e dichiarare, previo accertamento del tasso effettivo globale la nullità e la inefficacia di ogni e qualsivoglia pretesa della convenuta banca per interessi, spese, commissione, e competenze per la contrarietà al disposto di cui alla Legge 7 marzo 1996 n. 108 perché eccedente il cosiddetto tasso soglia nel periodo trimestrale di riferimento, con l'effetto, ai sensi degli artt. 1339, 1419 c.c. dell'applicazione del tasso legale senza capitalizzazione; d) accertare e dichiarare la inefficacia e risoluzione delle fideiussioni rilasciate in favore della presunta debitrice principale; e) accertare e dichiarare per effetto delle rideterminazioni del saldo portato dagli impugnati rapporti di conto corrente, che nulla è dovuto in ordine ai mutui chirografari indicati in epigrafe, con ogni conseguenza sulla ripetibilità delle somme già corrisposte a parziale rimborso delle stesse; f) condannare in ogni caso la opposta società alla ripetizione di tutte quelle somme corrisposte in eccesso e ritenute come non dovute per difetto di valida causa nei pagamenti effettuati, nella misura ch verrà accertata in corso di causa anche a seguito di eventuale CTU contabile; g) condannare in ogni caso la parte soccombente al pagamento delle spese e competenze di giudizio con distrazione in favore dei sottoscritti procuratori antistatari; in via ulteriormente subordinata: a) alla luce di tutti i profili di illegittimità indicati nel presente atto, determinare l'esatto ammontare della somma ritenuta come ancora dovuta in favore della società opposta, e ciò anche a seguito di eventuale compensazione con quella che risulterà dalla medesima dovuta a qualsiasi titolo in favore dell'opponente, revocando in ogni caso il decreto ingiuntivo opposto"*

spa si costituiva in giudizio e chiedeva il rigetto dell'atto di opposizione e la conferma del titolo monitorio.

Il giudice istruttore, con ordinanza del 16 marzo 2018 rigettava l'istanza di provvisoria esecutività del titolo monitorio con la seguente motivazione: *"Il Tribunale ritiene di dover rigettare l'istanza di provvisoria esecutività del titolo monitorio domandata da ... atteso che, nel corso del procedimento introdotto con ricorso ex art. 633 c.p.c., difettava una regolare procura da ... per l'esercizio dell'azione giudiziaria"*

In particolare, questo giudicante nel rilevare che dall'esame della procura prodotta in giudizio risulta che la ha conferito alla ... e la procura a gestire "i propri crediti anomali" con il correlativo potere di stare in giudizio per la società ai sensi dell'art. 77 c.p.c. ritiene invalida la procura stessa per i seguenti motivi: a) l'art. 77 c.p.c. regola il potere di agire in giudizio, in nome proprio e per conto dell'imprenditore, del procuratore o institutore. L'instituto e il procuratore sono ausiliari dell'imprenditore e, quindi, è necessario che la procura gestoria sia collegata a un contratto con il titolare dell'impresa che preveda l'inserimento stabile o continuativo nell'organizzazione aziendale del preposto o del procuratore. Il Tribunale rileva che non risulta, sulla base di quanto indicato, un rapporto di inserimento di ... s.p.a. nell'organizzazione imprenditoriale della I ... t s.p.a.; b) la procura in esame non conferisce espressamente il potere di spesa del nome della ... s.p.a. da parte di ... la quale, quindi, appare agire come mera mandataria. Si

evidenza che non può essere concesso nel corso della prima udienza il termine di cui all'art. 182 c.p.c. che si applica ai casi in cui risulti irregolare la procura conferita dal rappresentato al rappresentante, invece, nel caso in esame, la procura è semplice mandataria di [redacted] s.p.a.; c) la procura ha a oggetto la gestione di "crediti anomali". Il concetto di "anomalia", secondo la valutazione di questo giudice compiuta allo stato degli atti, non è un requisito intrinseco del credito con la conseguenza che esso non è in grado di individuare, in assenza di altri documenti, in modo certo l'oggetto della procura. Inoltre, seppur si volesse ritenere che si tratti di un concetto determinabile con riferimento ad altri atti privi di rilevanza normativa, sarebbe necessaria la cd. relatio propria degli atti negoziali con oggetto determinabile, cioè la stessa procura avrebbe dovuto indicare il criterio in base al quale ricavare la successiva determinazione dell'oggetto; d) la procura conferita da [redacted] ha a oggetto "crediti anomali" esistenti alla data di sottoscrizione dell'atto (13.11.15) non contenendo, quest'ultimo atto, formule che consentano di ritenere che sia stato attribuito il potere di gestione di "futuri crediti anomali". Il tribunale rileva che il credito fatto valere nel presente giudizio da [redacted] nei confronti del fideiussore non pare rientrare in quelli oggetto della stessa procura, cioè non risulta che il credito fosse "anomalo" alla data di sottoscrizione della procura; In conclusione, l'istanza di provvisoria esecutività del titolo monitorio deve essere rigettata. Il Tribunale peraltro si riserva di svolgere una valutazione ulteriore in ordine alla natura del contratto, se fideiussione o contratto autonomo di garanzia, alla natura di consumatore del fideiussore ai sensi del D.lgs. n. 206/05, alla validità ai sensi del D.Lgs. 206/05 delle clausole del contratto di fideiussione le quali, prevedendo specifiche deroghe agli artt. 1945 e ss. c.c., limitano la possibilità del debitore di porre eccezioni"

Inoltre l'organo istruttore con la medesima ordinanza dettava le prescrizioni per la rituale attivazione della procedura di mediazione.

Nel corso del processo si costituiva [redacted] la quale rappresentava che in data 20.09.2018 aveva acquistato, pro soluto e in blocco, ai sensi per gli effetti degli artt. 1 e 4 della legge 130/99 e dell'art. 58 TUB, da [redacted]

A. un portafoglio di crediti pecuniari (per capitale e interessi anche di mora, spese, danni, indennizzi e quant'altro), identificabili in blocco ai sensi della legge sulla cartolarizzazione secondo i criteri indicati nel relativo avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 27.09.2018 - Parte Seconda, n. 113, e aventi le caratteristiche indicate ivi e nell'atto di cessione.

[redacted] deduceva di costituirsi ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 c.p.c. e richiama tutte le difese e domande di [redacted], e per essa dalla [redacted]

Svoltasi l'istruttoria, il giudice nel corso dell'udienza del 16 maggio 2019 invitava le parti alla discussione orale e si riservava per il deposito della sentenza

2. La domanda formulata da parte opposta con il ricorso ex art. 633 c.p.c. e dall'opponente con l'atto di citazione sono improcedibili per violazione dell'art. 5 co. 2 bis D.lgs. 28/10.

2.1. L'art. 5 co. 1-bis cit. dispone 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 da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, 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. .. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o 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".

L'art. 5 co. 2 bis prevede che quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo.

L'art. 8 co. 1 D.lgs. cit. nel regolare il primo incontro dispone: "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. ... 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?'

Le questioni che si devono esaminare sono le seguenti e precisamente:

- 1) individuazione, nel processo introdotto con ricorso ex art. 633 c.p.c. e con riferimento specifico alla **fase di opposizione, della parte che ha l'onere di attivare la procedura di mediazione;**
- 2) se la procedura di mediazione deve ritenersi iniziata con la semplice proposizione della domanda dinanzi all'organismo della mediazione ovvero solo se, non sussistendo ragioni ostative rappresentate dalle parti, inizi la discussione della controversia;
- 3) se è necessario, ai fini della verifica della condizione di procedibilità, che le parti partecipino personalmente al primo incontro;
- 4) la natura delle ragioni che le parti devono rappresentare come elementi ostativi allo svolgimento della procedura di mediazione.

Il Tribunale ritiene, sul piano metodologico-ermeneutico, che le incertezze interpretative della normativa dettata dagli artt. 5 e ss. D.lgs. 28/10 debbano essere risolte tramite il ricorso al criterio interpretativo di tipo teleologico, cioè, verificando gli interessi che il legislatore vuole perseguire, e assiologico, accertando il valore di questi interessi nell'ambito del nostro ordinamento e individuando, tramite la tecnica del "bilanciamento", la regola diretta a realizzare il miglior soddisfacimento di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti.

Svolta la premessa di natura metodologica, questo giudice osserva che la normativa dettata dal D.Lgs. 28/10 persegue, sul piano pubblicistico, il fine di limitare il contenzioso dinanzi all'autorità giudiziaria tutelando, in modo mediato, l'efficienza del sistema giudiziario e perseguendo, sul piano privatistico, l'obiettivo di predisporre uno strumento flessibile di soluzione delle controversie che consenta alle parti la migliore composizione della lite e, conseguentemente, la puntuale realizzazione dei rispettivi interessi.

La finalità pubblicistica è perseguita dal legislatore stabilendo, con l'art. 5 D.Lgs. cit., la sanzione dell'improcedibilità del giudizio nel caso in cui non sia stata promossa la procedura di mediazione, con la precisazione, al co. 2 bis, che la condizione di procedibilità si considera avverata se al primo incontro l'accordo non è raggiunto.

Con riferimento al perseguimento della finalità privatistica l'orientamento sopra rappresentato è corroborato dall'esame del regime giuridico della procedura di mediazione, nel dettaglio:

-dall'assenza nel D.lgs. 28/10 di norme che limitino sul piano temporale, con la previsione di un regime di preclusioni, e sul piano del contenuto la facoltà delle parti di svolgere le proprie difese;

-dall'art. 3 co. 1 che rinvia al regolamento dell'organismo di mediazione per la disciplina della procedura;

-dagli artt. 8 e ss. secondo cui il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia (art. 8 co. 3); imponendo il dovere di riservatezza sulle notizie e dichiarazioni acquisite nel corso della procedura (art. 9) e vietando che le stesse possano essere utilizzate nel corso del successivo giudizio (art. 10 co. 1); vietando al mediatore di deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione davanti all'autorità giudiziaria e ad altra autorità con applicazione al mediatore delle disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e al suo difensore delle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale; riconoscendo al mediatore, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, del potere di formulare una proposta di conciliazione (art. 11 co. 1). In particolare, l'art. 14 co. 2 lett. c) nel delineare gli obblighi del mediatore prevede espressamente che lo stesso deve formulare le proposte di conciliazione nel rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

La particolare finalità perseguita con il D.Lgs. 28/10 di predisporre un modello di soluzione delle controversie che sia flessibile e idoneo a garantire il puntuale soddisfacimento degli interessi delle parti è garantita dal legislatore con la prescrizione della necessaria partecipazione delle parti disponendo, in

caso di assenza priva di giustificazione che il giudice, nel successivo giudizio, applichi la sanzione pecuniaria nella misura del contributo unificato e valuti la condotta delle parti come argomento di prova.

Quindi, in conclusione, il legislatore ha previsto:

a) nel caso in cui non sia attivata la procedura di mediazione ovvero nel **caso in cui le parti non partecipino al primo incontro la sanzione della improcedibilità;**

b) nel caso in cui le parti **non partecipino ai successivi incontri, senza giustificato motivo**, la sanzione pecuniaria e la valutazione della condotta ai sensi dell'art. 116 c.p.c. La ratio del diverso regime è giustificata dalla particolare importanza del primo incontro nel corso del quale il mediatore deve informare le parti in ordine alla funzione della mediazione e al suo svolgimento, e le parti devono rappresentare la possibilità di svolgere la procedura di mediazione.

Questa interpretazione è coerente con le finalità, pubblicistiche e privatistiche, perseguite dal legislatore poiché è strumentale alla reale ed effettiva attivazione della mediazione.

Una differente interpretazione risolverebbe la stessa procedura in un mero adempimento burocratico con il semplice deposito della domanda presso l'organismo di mediazione.

Tanto premesso sul piano dell'interpretazione della normativa, il Tribunale rileva, relativamente alla prima questione che l'onere di impulso, in caso di giudizio monitorio, deve essere posto a carico di chi presenta la domanda giudiziale.

L'art. 5 co. 1 D. Lgs. 28/2010, nell'individuare il soggetto onerato a dare impulso al procedimento di mediazione, non fa riferimento a "*Chi intende esercitare in giudizio un'azione*".

Sul piano teorico-dogmatico si deve rilevare:

-il diritto di agire in giudizio è strumentale al diritto sostanziale. Quindi quando il legislatore fa riferimento a chi intende esercitare in giudizio un'azione fa riferimento a chi è titolare del diritto sostanziale di cui domanda tutela in giudizio;

-l'opponente, il quale si limiti a contrastare la pretesa dell'opposto, non esercita tecnicamente un'azione giudiziale che, si ripete, è un diritto strumentale alla tutela di un diritto sostanziale. Il diritto di azione è strutturato in causa petendi e in petitum ed è rivolto al giudice per ottenere un determinato "bene della vita", l'opponente si limita a esercitare, salvo espressa e ulteriore domanda, un mero onere diretto a contestare il diritto di controparte;

-ritenere che l'opposto abbia l'onere di attivare la procedura di mediazione determinerebbe sul piano ermeneutico il riconoscimento alla procedura di mediazione della natura di condizione di ammissibilità e, non di procedibilità, dell'atto di opposizione. Invero, l'opponente per impedire il passaggio in giudicato del titolo monitorio e, quindi, neutralizzare il rischio della definitività del provvedimento giurisdizionale, avrebbe l'obbligo di attivare la procedura di mediazione che, pertanto, sarebbe condizione imprescindibile per l'accesso alla tutela dinanzi al Tribunale divenendo condizione di ammissione dell'atto oppositivo (cfr. Corte Cost. sentenza n. 123/18: "Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, le ipotesi di arbitrato previste dalla legge sono illegittime solo se hanno carattere obbligatorio, e cioè impongono alle parti il ricorso all'arbitrato, senza riconoscere il diritto di ciascuna parte di adire l'autorità giudiziaria ordinaria (sentenze n. 221 del 2005, n. 325 del 1998, n. 381 del 1997, n. 152 e n. 54 del 1996, n. 232, n. 206 e n. 49 del 1994, n. 488 del 1991, n. 127 del 1977)".

Il tribunale ritiene inoltre di dissentire dall'orientamento di segno contrario espresso dalla Corte di legittimità con provvedimento 24629/15 secondo cui l'ingiungente creditore, attraverso il decreto ingiuntivo, ha scelto la linea deflativa coerente con la logica dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo e che l'opponente ha il potere e l'interesse a introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore. Invero, il legislatore dispone l'onere di attivare la procedura di mediazione a carico di colui che vuole far valere in giudizio un diritto tramite un'azione, questa disposizione non può essere interpretata violando il principio di difesa e stabilendo, in via ermeneutica, l'onere, in caso di opposizione al titolo monitorio, **della parte che non vuole far valere un diritto ma vuole semplicemente contrastare la pretesa di controparte.** Invero, l'opponente ha come unico strumento per impugnare il titolo e, quindi, per contrastare la pretesa di

controparte fondata su un provvedimento idoneo a passare in giudicato, l'attivazione del processo di opposizione.

Infine, il legislatore prevede, in caso di instaurazione del processo di opposizione, che la mediazione deve essere attivata solo dopo il provvedimento del giudice rispetto alla escutorietà del titolo monitorio. Se il legislatore avesse voluto porre un onere a carico dell'opponente diretto a prevenire l'instaurazione del giudizio avrebbe previsto l'onere dello stesso di promuovere il procedimento di mediazione prima della notifica dell'atto di citazione con sospensione del termine di quaranta giorni per l'introduzione dell'opposizione.

Peraltro, la concezione della autonomia del processo monitorio e del processo di opposizione con conseguente qualificazione di quest'ultimo come giudizio di impugnazione è contraria alla struttura conferita dalle norme codicistiche al giudizio monitorio che è un processo unitario articolato in una fase sommaria necessaria e in una fase eventuale a cognizione piena introdotta dall'atto di opposizione.

Inoltre, sostenere come fatto in dottrina che la dichiarazione di improcedibilità del giudizio introdotto con ricorso ex art. 633 c.p.c. sarebbe una soluzione che non trova riscontro in alcuna norma positiva vigente e che, peraltro, stravolgerebbe alcuni capisaldi del diritto processuale vigente, significa, sul piano metodologico-ermeneutico, negare l'impatto sistematico che ogni nuova norma ha sull'impianto ordinamentale preesistente che deve essere rimodulato, tramite un'interpretazione evolutiva, per la realizzazione degli interessi che il legislatore, con la nuova normativa, nel caso di specie con la disciplina della mediazione, si propone di realizzare.

Con riferimento alla seconda questione, il Tribunale ritiene che la procedura di mediazione deve ritenersi iniziata solo se, non sussistendo ragioni ostative rappresentate dalle parti, la parte onerata di attivare la procedura inizi la discussione della controversia (nel senso che la condizione di procedibilità è verificata con la partecipazione personale della parte ovvero in caso di impossibilità della stessa a comparire dinanzi al mediatore cfr. Cass. 8473/19 che ha affermato: *"La previsione della presenza sia delle parti sia degli avvocati comporta che, ai fini della realizzazione delle condizione di procedibilità, **la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato.** Tuttavia, la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. In mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri. Laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare valore alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "La parte interrogata deve rispondere personalmente" e il successivo art. 232 che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio): v. Cass. n. 15195 del 2000: "L'interrogatorio formale non può essere reso a mezzo di procuratore speciale atteso che il soggetto cui è deferito deve rispondere ad esso oralmente e personalmente, in base all'art. 231 c.p.c."* Questo giudicante ritiene sul punto di non seguire le argomentazioni formulate dalla Corte di legittimità atteso che l'argomentazione ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit rappresenta una specifica tecnica dell'attività retorica estranea all'attività ermeneutica).

L'orientamento del Tribunale risulta corroborato dai seguenti elementi.

L'art. 5 co. 2 bis prevede che quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo.

Se il legislatore avesse voluto subordinare il verificarsi della condizione di procedibilità alla semplice presentazione della domanda lo avrebbe espressamente previsto.

Inoltre, ritenere che la disposizione in esame preveda il semplice obbligo di presentazione della domanda ai fini della procedibilità contrasterebbe con il canone ermeneutico della salvaguardia dei dati normativi, invero si procederebbe alla interpretatio abrogans del disposto di cui all'art. 5 co. 1 bis che prescrive la necessaria presentazione della domanda di mediazione per la procedibilità del giudizio.

Inoltre, l'art. 5 co. 2 bis nel disporre che la condizione è verificata *"se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo"* prescrive non solo la necessità della presentazione della domanda ma lo svolgimento del primo incontro e l'esito negativo della discussione.

Questa interpretazione è coerente con la finalità pubblicistica della normativa che è quella di predisporre un effettivo sistema alternativo di soluzione delle controversie dirette a deflazionare e a rendere più efficiente il sistema giudiziario, imponendo, pena l'improcedibilità del giudizio, l'effettivo inizio della mediazione con la comparizione delle parti dinanzi al mediatore.

Il Tribunale, con riferimento alla terza questione sopra indicata, ritiene che il legislatore nel prescrivere la partecipazione delle parti ha inteso disporre la necessaria presenza della parte personalmente ovvero, in caso di giustificati motivi, di un procuratore munito di poteri per transigere la lite senza obbligo di rendiconto, quindi, con pieni poteri di definizione del regolamento di interessi.

Infatti, l'art. 8 nel regolare il primo incontro dispone: *"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"*.

Il legislatore prescrive letteralmente la presenza delle parti con l'assistenza dell'avvocato, quindi, è necessaria la presenza personale della parte quale titolare dell'interesse oggetto della controversia.

La disposizione si giustifica proprio in relazione alla finalità di consentire che tramite la procedura di mediazione si realizzi un sistema flessibile di soluzione delle controversie riconoscendo alle parti, quali soggetti che possono valutare in modo esclusivo la loro posizione, la possibilità di soddisfare in modo puntuale i rispettivi interessi.

Quindi, è necessario che le parti partecipino personalmente salvo la presenza di giustificati motivi.

Invero, l'art. 8 prevede che se l'assenza della parte è ingiustificata, il giudice può tener conto del suo comportamento, sia esso attore o convenuto ai sensi dell'art. 116 c.p.c., e applicando la sanzione pecuniaria pari all'importo del contributo unificato.

Infine, dalla lettura dell'art. 8 cit. si desume che la normativa subordina l'inizio della procedura di mediazione all'assenza di ragioni impeditive che devono essere rappresentate dalle parti.

Non è condivisibile la conclusione operata in dottrina e in giurisprudenza che considera la partecipazione personale come un mero formalismo.

Invero, la partecipazione personale della parte, coadiuvata dal proprio difensore, consente alla stessa una precisa e puntuale valutazione dei propri interessi.

Invece, l'opposta interpretazione che ritiene inutile la comparizione personale delle parti "trasforma" la procedura di mediazione prospettata dal legislatore come un efficace strumento di soluzione alternativo delle controversie, in un inutile e defatigante adempimento burocratico.

Inoltre, con riferimento alla mediazione da attivare da parte di persone giuridiche e, in particolare, di banche, è assolutamente necessaria la partecipazione del r.l. o di soggetti che, inseriti nell'organizzazione dell'impresa, abbiano contezza del programma commerciale (come l'erogazione di finanziamenti e la conseguente riscossione dei crediti e i limiti di solvibilità dei clienti) dell'ente e dell'incidenza sullo stesso e sui relativi utili della singola transazione (nel senso che è necessario che la parte delegata abbia contezza dei fatti e la piena capacità di disporre del diritto controverso cfr. Cass. 8473/19: *"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 e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpha sulla riforma delle ADR all'art. 84). Quindi il potere di sostituire a se stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale"*).

Questo giudicante, con riferimento alla quarta questione sopra indicata, ritiene che le finalità perseguite dal legislatore impongono di ritenere che le ragioni ostative all'inizio della procedura possono essere esclusivamente oggettive e, comunque, non possano ridursi alla mera volontà delle parti di voler procedere alla regolazione in sede giudiziale della propria lite.

Infatti, seguendo una differente interpretazione della normativa si concluderebbe che il legislatore ha previsto non un onere della parte attrice di iniziare la procedura di mediazione ma una mera facoltà,

frapponendo un ostacolo in via ermeneutica alla piena realizzazione delle finalità perseguite dal legislatore con l'istituto della mediazione.

Infine, deve escludersi che la locuzione "circostanze impeditive" utilizzata dal legislatore possa essere interpretata (anche) come convinzione delle parti della fondatezza sul piano giuridico della propria pretesa, invero, se si seguisse tale orientamento si porrebbe a un risultato ermeneutico irragionevole: il legislatore porrebbe la controversia giudiziaria, quindi, la convinzione delle parti della fondatezza giuridica della propria difesa, sia come presupposto della procedura di mediazione sia come circostanza impeditiva della stessa.

In senso contrario la Corte di legittimità ha affermato con sentenza 8473/19 che: *"Quindi, è richiesta l'attivazione del procedimento di mediazione, la scelta del mediatore, la convocazione della controparte; è richiesta oltre la comparizione personale davanti al mediatore (con le possibilità alternative sopra enunciate) e la partecipazione al primo incontro, nel corso del quale la parte riottosa può liberamente convincersi di provare effettivamente e fino in fondo la strada della soluzione alternativa alla controversia. Non può invece ritenersi che al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità sia necessario pretendere dalla parte anche un impegno in positivo ad impegnarsi in una discussione alternativa rispetto al giudizio".*)

La Corte di Cassazione ha motivato il proprio assunto affermando: "Sia l'argomento letterale - il testo dell'art. 8 - che l'argomento sistematico la necessità di interpretare la presente ipotesi di giurisdizione condizionata in modo non estensivo, ovvero in modo da non rendere eccessivamente complesso o dilazionato l'accesso alla tutela giurisdizionale - 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".

Il Tribunale ritiene di dissentire dal metodo di analisi sopra indicato invero si deve procedere, conformandosi ai più recenti orientamenti dottrinali che si sono affermati nella materia della metodologia giuridica, secondo criteri di interpretazione di tipo teleologico e assiologico controllando tramite i canoni di congruità, proporzionalità e ragionevolezza i risultati dell'attività ermeneutica.

Le necessarie premesse sul piano metodologico sono le seguenti:

-devono individuarsi tutte le norme, costituite da regole e principi, applicabili al caso concreto in ragione degli interessi in gioco.

-si deve verificare il rapporto di compatibilità tra le norme (la valutazione di compatibilità tra due norme implica la ricerca della ratio della norma e della funzione dell'istituto. Questa operazione interpretativa non può escludere nessuna disposizione che possa contribuire ad individuare i principi che giustificano la norma e gli interessi che questa mira a tutelare. La compatibilità ha una forza espansiva che concerne tutto il tessuto normativo al centro del quale si pongono i principi identificativi del sistema, tale controllo di compatibilità ha un contenuto positivo secondo la funzione promozionale del diritto e non si esaurisce nel principio di non contraddizione: non basta verificare l'assenza di un contrasto o di una contraddizione perché l'interprete è chiamato a individuare secondo un giudizio di congruità le norme compatibili e a individuare e applicare il regolamento più adeguato, modulandolo, alla gerarchia assiologica che opera sempre anche tra norme non contrastanti). La compatibilità è un giudizio che caratterizza l'attività interpretativa poiché consiste nella ricerca della ratio legis, della funzione degli istituti e nella valutazione degli interessi in gioco e della peculiarità del caso concreto essa, quindi, non si limita nel sistema vigente, caratterizzato dalla pluralità delle fonti e dalla complessità dei rapporti di gerarchia tra le stesse, a un giudizio di non contraddizione ma è diretta ad accertare la conformità ai principi e ai valori del sistema. Il significato e la portata applicativa della norma si attribuisce alla luce del confronto con una o più norme partendo dai principi dei quali sono espressione avvalendosi di tutti i criteri interpretativi possibili in particolare della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità;

-si deve procedere secondo un criterio di ragionevolezza, l'interpretazione deve essere diretta all'individuazione di una regola che sia coerente con i principi identificativi del sistema normativo.

L'interpretazione deve avere un contenuto etico-assiologico, di conformità ai principi normativi e quindi ai valori giuridici;

-si deve procedere secondo un criterio di proporzionalità, l'interpretazione deve essere diretta alla individuazione di una regola strumentale alla massima realizzazione dei valori (in questo senso la proporzione è il quantum della ragionevolezza) in gioco ovvero al suo contemperamento. Connaturato al criterio di proporzionalità è la tecnica del bilanciamento che deve avvenire tramite diversi passaggi: 1) il sacrificio di un bene deve essere necessario per garantire la tutela di un bene di preminente valore costituzionale (per esempio, certezza e stabilità delle relazioni giuridiche); 2) a parità di effetti, si deve optare per il sacrificio minore; 3) deve essere tutelata la parte che non versa in colpa; 4) se entrambe le parti non sono in colpa, il bilanciamento avviene imponendo un onere di diligenza - o, comunque, una condotta attiva o omissiva) derivante da un principio di precauzione - alla parte che più agevolmente è in grado di adempiere (cfr. SSU 24822/15).

Tanto premesso, questo giudicante osserva che, rispetto all'orientamento espresso da questo tribunale, la sentenza in esame della Corte di legittimità, non ha tenuto conto della tecnica di bilanciamento tra il ~~dono~~ di difendersi in giudizio, l'interesse generale di limitare il contenzioso dinanzi all'autorità ~~giudiziale~~ tutelando, in modo mediato, l'efficienza del sistema giudiziario e perseguendo, sul piano ~~processuale~~, l'obiettivo di predisporre uno strumento flessibile di soluzione delle controversie che ~~costa~~ alle parti la migliore composizione della lite e, conseguentemente, la puntuale realizzazione dei ~~rispettivi~~ interessi.

Invero, appare coerente con la finalità delle norme sulla procedura di mediazione, in particolare con ~~quelle~~ finalità privatistiche e pubblicistiche citate, fissare un onere per la parte di esplicitare le ~~motivazioni~~ per le quali ritiene necessaria e insostituibile l'utilità che si propone di perseguire tramite la ~~pronuncia~~ giurisdizionale, fissando, in caso di violazione di tale onere la semplice improcedibilità della ~~domanda~~ dinanzi all'autorità giudiziaria.

Peraltro, la stessa Corte di legittimità con la sentenza n. 8473/19 ha affermato: "*Non costituisce per contro ~~nessuna~~ modalità di svolgimento della mediazione la mera comunicazione di aver sondato l'altra parte ed avere ~~soltanto~~ escluso la possibilità di addivenire ad un accordo, perchè in questo modo si elude l'onere di comparire ~~personalmente~~ davanti al mediatore e di partecipare al primo incontro*" prescrivendo, in questo modo l'effettività ~~della~~ discussione.

2.2 Tanto premesso sul piano dell'interpretazione della normativa indicata, il Tribunale rileva, con riferimento al presente giudizio, che non si è verificata la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 co. 2 bis D.lgs. 28/10 atteso che:

-parte opposta non ha dimostrato la partecipazione al primo incontro personalmente o con soggetto munito di **pieni poteri** per transigere la lite fondati su **procura senza obbligo di rendiconto** ovvero l'impossibilità della parte di partecipare personalmente. Quindi;

-parte opposti non ha partecipato al primo incontro personalmente o con procuratore esentato dall'obbligo di rendiconto.

In definitiva, nessuna delle parti ha dimostrato di aver partecipato alla mediazione conferendo ai rispettivi procuratori pieni poteri per transigere il giudizio e per rendere la sede della mediazione un luogo di discussione effettiva della controversia finalizzata alla sua risoluzione.

In conseguenza della cessione del diritto di credito, dedotta da _____ e il conseguente intervento della stessa si è realizzata una forma di litisconsorzio definito in letteratura "unitario" tra gli opposti, parte opposta e il terzo interventore.

L'intervento del successore nel diritto controverso costituisce una forma di intervento tipico ai sensi dell'art. 111 c.p.c., distinto da quello regolato dall'art. 105 c.p.c., e che è qualificato distintamente in giurisprudenza come "intervento di parte" ovvero in letteratura come intervento principale ad *excludendum* con caratteristiche proprie.

Invero, in letteratura, si è sottolineato che con l'intervento del terzo si realizza un'ipotesi di litisconsorzio unitario: dante causa e avente causa diventano parti necessarie del processo, non si può separare la causa tra la controparte e il dante causa e la causa tra la controparte e il successore perché si potrebbe produrre un contrasto di giudicati, visto che entrambe le sentenze sarebbero efficaci nei confronti del successore, una perché egli è parte e l'altra perché è successore nel diritto controverso.

Quindi, il dante causa è sostituito processuale con pieni poteri di disposizione del diritto e il successore, divenuto parte in senso processuale, è titolare del diritto oggetto del giudizio.

Il tribunale osserva, tuttavia, che:

-la quale successore di subisce l'effetto della dichiarazione di improcedibilità della domanda di

-la domanda formulata da , quale, soggetto che ha spiegato un "intervento di parte" o ad excludendum, e interpretata come nuova domanda, è stata proposta in una fase in cui era preclusa la proposizione di nuove domande;

3. Spese processuali.

Il Tribunale, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., in ragione del rigetto per improcedibilità della domanda:

-dichiara irripetibili le spese di lite sostenute nel procedimento monitorio;

-compensa le spese della fase di opposizione.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli Nord, nella persona del giudice dott. A. S. Rabuano,

-revoca il decreto ingiuntivo n° 937/17 emesso dal Tribunale di Napoli Nord e dichiara improcedibile la domanda di parte opposta e degli opposenti e di

-dichiara irripetibili le spese di lite sostenute nel procedimento monitorio;

-con riferimento al giudizio di opposizione compensa le spese di lite.

Aversa, 16 maggio 2019

Il Giudice
Dr. A. S. Rabuano