



**TRIBUNALE
DI
NAPOLI NORD**

-III Sezione Civile-

Il Giudice istruttore, dott. A.S. Rabuano,
letti gli atti del processo n. 9948/2015 Ruolo Generale Civile;
sciolta la riserva formulata all'udienza del 7 luglio 2016;
ha pronunciato la presente

ORDINANZA

-rilevato che nel processo in epigrafe indicato, la società [redacted], in qualità di obbligato principale nei confronti di [redacted] s.p.a., e [redacted], in qualità di garante, hanno interposto opposizione avverso il decreto 2131/15 con il quale il tribunale di Napoli Nord ha intimato agli opposenti il pagamento della complessiva somma di euro 189.217,30 oltre interessi nonché euro 2.135,00 per compensi ed euro 405,60 per spese, oltre spese generali, iva e cpa;

OSSERVA

1. La richiesta di provvisoria esecutorietà del titolo monitorio formulata dalla [redacted] nei confronti della società [redacted] deve essere accolta.

1.1. L'art. 648 c.p.c., rubricato "Esecuzione provvisoria in pendenza di opposizione" al co. 1 dispone "Il giudice istruttore, se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione, può concedere, provvedendo in prima udienza, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto, qualora non sia già stata concessa a norma dell'art. 642".

La norma in esame che riconosce al giudice, nel processo di opposizione avverso il titolo monitorio, il potere di concedere la provvisoria esecutorietà attribuisce, implicitamente e a fortiori, allo stesso giudice il potere di verificare la sussistenza e permanenza dei presupposti normativamente previsti dall'art. 633 c.p.c. per la concessione del decreto ingiuntivo.

L'art. 50 T.U.B., rubricato "Decreto ingiuntivo" dispone che "La Banca d'Italia e le banche possono chiedere il decreto d'ingiunzione previsto dall'art. 633 del codice di procedura civile anche in base all'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido", quindi, la disposizione in esame prevede, per la concessione del titolo monitorio, l'onere della banca di produrre l'estratto di conto corrente integrale con l'attestazione del dirigente della

conformità dello stesso alle scritture contabili unitamente alla dichiarazione in ordine alla verità e liquidità del credito.

1.2. Con riferimento al giudizio monitorio, la Banca opposta ha prodotto la documentazione prescritta, quindi, il tribunale ha adottato, in presenza dei presupposti fissati dagli artt. 633 e ss. c.p.c., il decreto ingiuntivo.

L'eccezione formulata dalla società R s.r.l. in ordine alla mancata produzione degli estratti conto completi è allo stato infondata, atteso che sono stati depositati tutti gli estratti conto, inoltre, il disconoscimento della copia della documentazione depositata è generica.

Le eccezioni con le quali la società opponente ha dedotto il contrasto con norme imperative dei contratti di conto corrente non sono di pronta soluzione.

In conclusione deve concedersi la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo nei confronti della società R s.r.l.

2. La richiesta di provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto formulata dalla banca nei confronti del garante deve essere anch'essa accolta.

Il tribunale rileva che il contratto stipulato sia riconducibile alla figura del contratto autonomo di garanzia contenendo la clausola del pagamento a prima richiesta.

2.1. Il contratto autonomo di garanzia ha a oggetto l'obbligo di pagare un determinato importo al beneficiario allo scopo di garantire la prestazione di un terzo a lui dovuta e ciò a semplice richiesta del garantito e quindi con rinuncia a far valere qualsiasi eccezione relativa all'esistenza, validità coercibilità del rapporto obbligatorio.

Il garante può sempre formulare l'*exceptio doli generalis* diretta a neutralizzare, quale fatto impeditivo, il diritto di credito esercitato in modo fraudolento o abusivo (Cass. n. 5997 del 2007; n. 6757 del 2001; n. 10864 del 1999) ovvero diretto a conseguire utilità in contrasto con norme imperative violate dal contratto presupposto stipulato tra il creditore e il debitore garantito (Cass. n. 5997 del 2006; n. 3326 del 2002).

Il complesso di queste disposizioni esprime il generale principio che vieta l'esercizio del diritto quando sia finalizzato, sul piano soggettivo, unicamente a cagionare un pregiudizio a terzi senza che ne derivi alcuna utilità per il titolare.

Nel caso in esame, il [redacted], quale garante, ha rappresentato che il contratto stipulato tra la società [redacted] e la [redacted] a. è in contrasto con le norme imperative di cui agli artt. 1284 c.c., 1283 c.c., l'art. 1418 c.c. e 1346 c.c. relativamente alla previsione della c.m.s., gli artt. 644 c.p., 1815 c.c., tuttavia, le eccezioni in esame non sono di pronta soluzione.

In conclusione deve dichiararsi la provvisoria esecutorietà del titolo monitorio anche nei confronti del garante.

3. L'art. 5 co. 1 bis D.lgs 28/2010 prevede 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 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'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. 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, n. 206, e successive modificazioni". L'art. 6 D.LGS. cit. secondo cui: "1. Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi. 2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del sesto o del settimo periodo del comma 1-bis dell'articolo 5 ovvero ai sensi del comma 2 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale".

Il giudizio tra la banca e l'istituto di credito ha a oggetto contratti bancari, quindi, deve essere promosso il previo tentativo di mediazione.

Il tribunale con riferimento al procedimento di mediazione e al fine di valutare la sua regolare attivazione osserva:

1) che l'esplicito riferimento di cui all'art. 8 alla circostanza che *"Al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"* implica la volontà di favorire la comparizione personale della parte, quale indefettibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi, dovendo limitarsi a casi eccezionali l'ipotesi che essa sia sostituita da un rappresentante sostanziale pure munito dei necessari poteri e, quindi, mentre soddisfa il dettato legislativo l'ipotesi di delega organica del legale rappresentante di società oppure di delega del contitolare del diritto al contrario il mero transitorio impedimento a presenziare della persona fisica dovrebbe comportare un rinvio del primo incontro;

-che la procedura di mediazione è obbligatoria essendo prevista la sanzione dell'improcedibilità dell'azione, inoltre, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima e non sulla volontà delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe non di mediazione obbligatoria ma di mediazione facoltativa rimessa al mero arbitrio delle

parti con evidente, conseguente e sostanziale *interpretatio abrogans* del complessivo dettato normativo e assoluta elusione delle sua finalità esplicitamente deflativa;

-ai sensi dell'art. 11 co 1 L. cit., quando l'accordo non è raggiunto il mediatore può formulare una proposta di conciliazione anche indipendentemente dalla concorde richiesta delle parti;

-l'onere di impulso, nel termine di cui al dispositivo, deve essere posto a carico della parte opposta che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, è da ritenersi parte in senso sostanziale con l'esercizio in giudizio dell'azione monitoria di cui la fase di opposizione rappresenta mera prosecuzione eventuale. Il tribunale ritiene 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 e, 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, invece, ha interesse e necessità di introdurre un giudizio di merito al fine di far accertare fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto fatto valere con l'ingiunzione.

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 esecutorietà del titolo monitorio, stabilendo, quindi, l'onere dell'opponente di iniziare il giudizio di "impugnazione" del decreto ingiuntivo dinanzi al tribunale.

Per quanto concerne, invece, l'opposizione promossa dal garante deve osservarsi che il contratto autonomo di garanzia ha a oggetto una prestazione che non è riservata esclusivamente alle banche, consegue, quindi, ai sensi dell'art. 5 co. 1 bis. D.lgs. 28/10, che non deve essere attivata preliminarmente la procedura di mediazione.

Il criterio applicabile per l'individuazione delle materie del contendere ai fini dell'applicazione dell'art. 5 comma 1-bis, del D.Lgs. n. 28/2010 è rappresentato dall'esame della domanda, cioè dei fatti dedotti a fondamento della pretesa, delle difese del convenuto e allo stato degli atti. Il legislatore con la locuzione "contratti bancari" ha voluto far riferimento ai contratti aventi a oggetto operazioni e servizi riservati all'attività delle banche (cfr. trib. Verona 28.10.14). Invero, se il legislatore avesse voluto ampliare l'ambito applicativo della norma avrebbe fatto riferimento alla materia bancaria, quindi, alle controversie aventi a oggetto l'applicazione di norme di diritto bancario. Inoltre, la disposizione in esame che impone l'onere di attivare la procedura di mediazione stabilisce un limite al diritto di difesa

6 c.p.c. e considerato che la causa appare matura per la decisione, fissa per la precisazione delle conclusioni l'udienza del 15 dicembre 2016.

Si comunichi.

Aversa, 11 luglio 2016.

Il giudice istruttore
Dott. A. S. Rabuano