

- □□□ -

#### IN FATTO

Con ricorso per decreto ingiuntivo del 2 agosto 2011, la Banca Popolare di .. deduceva di avere sottoscritto con la E. s.r.l., un contratto di conto corrente recante il n. 21607/34, assistito da fideiussione omnibus da parte della società C s.r.l., sino alla concorrenza di Euro 270.000,00, da parte di AD, sino alla concorrenza di Euro 180.000,00 e da parte di ID, sino alla concorrenza di Euro 180.000,00. Con missiva negoziale dell'11 agosto 2010, in ragione della esposizione debitoria della E s.r.l., la Banca Popolare di .. comunicava il recesso dal contratto di conto corrente, tenuto anche conto della dichiarazione della debitrice, datata 2 agosto 2010 e richiedeva, per l'effetto, il pagamento del saldo ritenuto spettante, per Euro 273.326,11, oltre interessi al tasso annuo del 5%, dall'1 luglio 2011 al pagamento. Con decreto n. 1325/2011, emesso in data 13 ottobre 2011, il Tribunale di Varese pronunciava ingiunzione di pagamento immediatamente esecutiva ex art. 642 c.p.c. verso la debitrice garantita e verso i garanti.

Con atto di citazione del 27 dicembre 2011 la società C. s.r.l. proponeva opposizione avverso l'intimazione esecutiva di pagamento, deducendo come, almeno da 2009, la società debitrice versava in situazione di insolvenza, al punto da essere stata segnalata in sofferenza dall'1 aprile 2010. Evidenziava, in particolare, come a fronte di un capitale sociale di Euro 100.000,00 sussistesse un passivo in bilancio (del 31 dicembre 2009) per Euro 1.989.113,00. Riteneva, pertanto, che la banca, sulla base dei suddetti dati, avrebbe dovuto evitare di concedere ulteriore credito alla E s.r.l., in virtù dell'art. 1956 cod. civ. Riteneva, ancora, che nel ritardato recesso dal contratto di conto corrente, potesse intravedersi, ai danni del fideiussore, una violazione delle norme generali di cui agli artt. 1175, 1375 cod. civ. Chiedeva, in virtù dell'art. 649 cod. civ., la sospensione della esecutività in itinere del decreto ingiuntivo.

La Banca si costituiva resistendo alla domanda del fideiussore, segnalando, in via preliminare, come, al momento del contratto di conto corrente, il rappresentante legale della E s.r.l. fosse anche il legale rappresentante della C s.r.l. Nel merito, contestava le deduzioni della controparte e, comunque, chiedeva confermasi la provvisoria esecuzioni.

#### PROVVISORIA ESECUZIONE

Occorre delibare, in via preliminare, la domanda relativa alla provvisoria esecuzione. La pronuncia sulla provvisoria esecuzione, infatti, deve essere emessa dal giudice prima della concessione dei termini ex art. 183 comma VI c.p.c. onde evitare che il tempo possa pregiudicare le ragioni del creditore, soprattutto ove l'opposizione abbia finalità meramente dilatorie (e, dunque, anche per scoraggiare l'inadempimento, su cui v. Cass. civ. Sezioni Unite 19499/2008). Tale interpretazione trova oggi conforto nell'art. 5, comma IV del d.lgs. 28/2010, dove la mediazione conciliativa sia obbligatoria che su impulso giudiziale è esclusa nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione. E', dunque, chiaro come il Legislatore presupponga che tale pronuncia pervenga in tempi ragionevoli ed in una fase che consenta ancora una utile mediazione.

La provvisoria esecuzione è stata concessa sul presupposto che la debitrice effettiva avrebbe, di fatto, sottoscritto documentazione in cui riconosce il diritto di credito della

controparte, non necessariamente nel senso di atto ricognitivo, ma come fotografia dell'altrui pretesa creditoria. Nella missiva del 2 agosto 2010, la E s.r.l. (ad oggi, in liquidazione), riferisce alla B, in persona del legale rappresentante pro-tempore (e, quindi, per sottoscrizione di colui che può disporre del diritto di credito) la "ferma intenzione di onorare l'impegno di estinzione dello scoperto complessivo di Euro 254.117,73 (...) detenuti nei confronti dell'Istituto" (v. allegato n. 6, del fascicolo della parte opposta). La lettera viene confermata in altra comunicazione, del 5 agosto 2010 (v. allegato n. 7).

La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo può essere dichiarata *inaudita altera parte*, in pendenza dei termini perché l'intimato proponga opposizione ovvero successivamente alla instaurazione del contraddittorio, in pendenza del giudizio. Nella prima ipotesi, le condizioni che legittimano la provvisoria esecutività sono enucleate nell'art. 642 c.p.c. I "gravi motivi" che legittimano la sospensione della esecutività, ai sensi dell'art. 649 c.p.c., possono essere integrati, non già solo da valutazioni attinenti al pericolo di danno, ma anche da considerazioni attinenti alla stessa originaria concedibilità della provvisoria esecutorietà" (*ex multis*, efr. Cass. civ., Sez. II, 7 maggio 2002, n. 6546). Occorre, allora, verificare la sussistenza o non dei presupposti per la originaria concedibilità della provvisoria esecutorietà di cui al decreto opposto ed, in particolare, verificare se ricorrano i gravi motivi dedotti dal creditore. L'art. 642 c.p.c., nella formulazione di nuovo conio conseguente alle modifiche apportate dal comma 1 dell'art. 2, l. 28 dicembre 2005, n. 263 prevede talune specifiche ipotesi in presenza delle quali l'ingiunzione può essere munita del sigillo di provvisoria esecutività. Per quanto qui di interesse, l'esecutività in itinere può essere concessa "se il ricorrente produce documentazione sottoscritta dal debitore, comprovante il diritto fatto valere". Ebbene, nel caso di specie, allo stato, nel giudizio sommario ex art. 649 c.p.c., le missive del 2 e del 5 agosto 2010, costituiscono sufficiente indice probatorio per ritenere che sussista un documento sottoscritto dal creditore garantito, in cui si dà atto del credito fatto valere dalla Banca. Il giudice del monitorio, pertanto, non ha errato nell'apportare la clausola di provvisoria esecuzione. L'istanza di sospensione è, pertanto, infondata.

#### **MEDIAZIONE OBBLIGATORIA**

Il ricorso per decreto ingiuntivo è stato depositato il 2 agosto 2011 nella vigenza del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 (entrato in vigore il 21 marzo 2011) e, pertanto, il testo normativo in parola si applica all'odierna controversia (art. 39, ult. comma, c.p.c.). Ai sensi dell'art. 5 comma I, decreto cit., chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di "contratti bancari" è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione, davanti ad un Organismo abilitato. Nel caso di specie, la controversia trae linfa da un contratto di conto corrente e, dunque, da un negozio bancario e, per l'effetto, la controversia involge una delle materie per cui il tentativo preliminare di mediazione è obbligatorio e non facoltativo. La lite, tuttavia, è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, sfociato in una ingiunzione di pagamento tempestivamente impugnata. Ebbene, il comma IV comma dell'art. 5 cit., introduce una disciplina speciale per i processi a struttura ed. bifasica, come il procedimento monitorio. Come ha ben messo in evidenza la Dottrina, i procedimenti de quibus sono "caratterizzati da esonero della mediazione nella fase sommaria". Per quanto qui interessa, in particolare, l'onere della mediazione, davanti all'organismo prescelto, nei procedimenti per ingiunzioni, inclusa l'opposizione, è differito "fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione". In altri termini, la pronuncia giudiziale che statuisce in ordine alla concessione della esecutività della ingiunzione (648 c.p.c.) oppure in ordine alla sospensione della stessa (649 c.p.c.), riattiva, nel processo, l'onere di presentare l'istanza per il procedimento mediativo, a pena di improcedibilità della domanda. L'articolato normativo in esame ha dato adito a dubbi sfociati in orientamenti interpretativi contrapposti, qui di interesse per individuare l'effettiva parte del processo tenuta alla introduzione del giudizio di mediazione: secondo taluni, l'improcedibilità conseguente alla mancata attivazione della fase conciliativa, colpirebbe la "domanda giudiziale" e, dunque,

quella portata dal decreto ingiuntivo; secondo altri, invece, essa colpirebbe l'opposizione e, pertanto, la formale richiesta della parte opponente.

L'opinione conforme al dato legislativo è la prima.

L'onere di Legge è posto a carico di "chi intende esercitare in giudizio un'azione" (v. art. 5 comma I). Orbene, secondo un costume giurisprudenziale radicato e costante, da ultimo convalidato dalle Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. Un., sentenza 9 settembre 2010 n. 19246) e confermato dagli arresti più recenti (Cass. civ., sez. I, sentenza 14 aprile 2011 n. 8539 in [www.tribunale.varese.it](http://www.tribunale.varese.it)), 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 il processo non verte attorno alla legittimità o liceità della ingiunzione. Si vuol dire che "attore sostanziale" (e, dunque, chi agisce in giudizio, nei sensi di cui all'art. 5 comma I cit.) è il creditore e non il debitore che proponga opposizione. A carico dello stesso, un onere è configurabile solo in caso di domande in riconvenzione o verso terzi, ma non certo per il solo fatto di avere (dovuto) proporre l'opposizione. L'atto di opposizione, infatti, non costituisce una iniziativa processuale autonoma, ma la reazione difensiva all'impulso procedimentale altrui. Peraltro, una interpretazione differente, evidentemente crea uno squilibrio irragionevole ai danni del debitore che non solo subisce l'ingiunzione di pagamento a contraddittorio differente, ma nella procedura successiva alla fase sommaria viene pure gravato di un altro onere che, nel procedimento ordinario, non spetterebbe a lui. E ciò sulla base di una scelta discrezionale del creditore. Si può, dunque, precisare che, nel caso di specie, il soggetto tenuto ad attivarsi per evitare la declaratoria di improcedibilità, è la parte opposta, attore sostanziale e creditore effettivo.

#### PER QUESTI MOTIVI

*letti e applicati gli artt. 648, 469 c.p.c.*

**RESPINGE** l'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo n.1325/2011, emesso dal Tribunale di Varese, in data 13 ottobre 2011,

*Letto ed applicato l'art. 5, comma IV, d.lgs. 28/2010*

**ASSEGNA** alle parti il termine di quindici giorni, a decorrere dal 21 maggio 2012, per procedere alla mediazione ex art. 5 comma I d.lgs. 28/2010 nelle debite forme previste dalla Legge.

**RINVIA** l'udienza in data 16 novembre 2012, alle ore 10.30 per verificare l'esito del procedimento di mediazione e, in difetto, per la prosecuzione del processo.

ORDINANZA LETTA IN UDIENZA

Varese, li 18 Maggio 2012

**IL GIUDICE**  
**DR. GIUSEPPE BUFFONE**