

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI NAPOLI
SECONDA SEZIONE CIVILE

in persona del dr. Paolo Andrea Vassallo ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 2878 del R.G.A.C.C. dell'anno 2016, trattenuta in decisione nell'udienza del 09/02/2021, tenutasi secondo le modalità di trattazione scritta ex art. 221, co. 4, D.L. decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 rimessa al Giudice per la decisione all'esito della scadenza dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

TRA

(...) elettivamente domiciliato in Portici (NA), Via (...), presso lo studio dell'Avv.to (...), che lo rappresenta e difende giusta procura a margine dell'atto di citazione.

- OPPONENTE –

E

BANCA (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, Amministratore Delegato, dott. (...), con sede in Venezia – Mestre (VE), Via (...), e del procuratore generale alle liti, Avv. (...), con studio in Genova (GE), Via (...), in virtù di procura generale alle liti per atto autentificato nelle firme dal notaio (...) di Venezia-Mestre, Rep. n. 34227/Rac. n. 10599 in data 6 novembre 2013, elettivamente domiciliata in Casalnuovo di Napoli (NA), via (...) presso lo studio dell'avv. (...), che pure la rappresenta e difende, unitamente e disgiuntamente con il predetto Avv. (...) del Foro di Genova, giusta procura in calce alla comparsa di costituzione di nuovo difensore rilasciata su foglio separato dal quale è stata estratta copia informatica per immagine ed inserita quale allegato a) nella busta telematica del deposito in cancelleria del Tribunale di Napoli contenente anche la Comparsa.

- OPPOSTA -

(Si omettono le conclusioni delle parti)

RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1.1. Viene opposto il decreto ingiuntivo n. 7012/2015 emesso dal Tribunale di Napoli su ricorso della Banca (...) S.p.A., con il quale si ingiunge al sig. (...) il pagamento della somma di Euro 44.232,47, oltre interessi su Euro 22.107,49 al tasso del 15,96% a decorrere dal 07.10.2015 e fino al saldo effettivo in ragione del credito derivante da contratto finanziamento sottoscritto con la (...) S.p.A. per l'estinzione anticipata di prestiti precedentemente contratti dallo stesso, nonché per spese per la ristrutturazione della casa, per un totale finanziato pari ad Euro 21.582,96, concesso al sig. (...).

1.2. Questi, nell'opporci all'ingiunzione ha dedotto di aver stipulato un contratto di finanziamento con la (...) per la somma di Euro 20.000,00, che successivamente il credito veniva ceduto ad (...) Banca, che aveva provveduto a restituire i relativi importi mensili, ma che, per circostanze sopravvenute, essendo altresì divenuto il piano di rientro eccessivamente oneroso, non era stato più in grado di corrispondere regolarmente gli importi stabiliti dall'Istituto. Esponeva che nelle more l'opponente, su invito ed indicazione di agente dell'Istituto, sig. (...), sottoscriveva proposta di pagamento n. (...) in data 10/02/2014, a saldo e stralcio di quanto dovuto per Euro 3000,00 corrispondendo un acconto di Euro 100,00, ma che l'Istituto non dava seguito alcuno alla suddetta proposta, al contrario notificava ricorso per ingiunzione di pagamento.

Eccezione dunque quale unico motivo di opposizione, l'eccessiva onerosità dell'importo richiesto in sede monitoria ed ipotizzava l'applicazione di interessi usurari chiedendo l'accertamento del tasso di interesse effettivo applicato al finanziamento e la conseguente pronuncia di illegittimità della pretesa creditoria.

1.3. La Banca opposta dopo essersi costituita nella fase di opposizione, con la propria memoria istruttoria ex art. 183, co. 6, n. 1 c.p.c., dava atto dell'errore materiale occorso in sede monitoria, rappresentando come in sede di ricorso per ingiunzione fosse stata indebitamente duplicata la richiesta di rimborso delle rate scadute ed impagate ai fini del calcolo del quantum dovuto. In ragione di ciò Banca (...) S.p.A., preso atto dell'errore, rideterminava la propria pretesa nei confronti del sig. (...) nei seguenti termini: - Euro 19.393,59 a titolo di capitale residuo all'atto della decadenza dal beneficio del termine; - Euro 2.756,15 per rate scadute e non pagate; - Euro 17.078,87 per interessi di mora calcolati al tasso contrattualmente previsto (e comunque entro i limiti del tasso soglia usura di cui alla L. 108/1996) dalla data di decadenza dal beneficio del termine alla data del ricorso per ingiunzione sulla sola sorte capitale di Euro 19.393,59, come da nuovo prospetto di calcolo prodotto (doc. 4 fase di merito), per un totale complessivo di Euro 39.228,61, chiedendo, previa revoca del decreto ingiuntivo opposto, la pronuncia di ordinanza di ingiunzione immediatamente esecutiva ex art. 186 ter c.p.c. per l'importo complessivo di Euro 39.228,61.

2.1. Va preliminarmente rigettata l'eccezione di improcedibilità della opposizione per **mancata partecipazione dell'opponente alla procedura di mediazione** di cui al D.lgs. 28/2010 che è stata sollevata dalla parte opposta.

In primo luogo va osservato che la Corte di Cassazione Sezioni Unite con Sentenza 18 settembre 2020, n. 19596 ha stabilito che "Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del D.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo". Il senso ultimo dell'orientamento affermato dalla Suprema Corte è che sottoposta alla condizione di procedibilità è solo la domanda monitoria e non già l'opposizione che si configura come resistenza alla domanda.

Ne consegue che, pur volendo aderire all'orientamento giurisprudenziale citato dalla parte opposta (cfr. Cassazione civile sez. III, 27/03/2019, n.8473) al più potrebbe essere la mancata partecipazione della parte (opposta) la cui domanda è sottoposta a condizione di procedibilità ovvero della parte cui è fatto onere di attivare la procedura di mediazione (sempre l'opposta) a provocare l'improcedibilità della domanda. Giammai la mancata partecipazione dell'opponente (la cui domanda non è sottoposta ad alcuna condizione di procedibilità ed a cui non è fatto onere di promuovere la procedura di mediazione) potrebbe provocare l'improcedibilità dell'opposizione.

Va inoltre osservato, pur nella consapevolezza dell'orientamento giurisprudenziale citato, che in tema di **mediazione obbligatoria**, il c. 2 bis dell'art. 5 del D.lgs. 28/10 richiede, perché la condizione di procedibilità possa dirsi avverata, che il primo incontro si concluda senza accordo. Tale incontro è disciplinato dall'art. 8 che prevede, tra l'altro, che ad esso "le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato". La condizione di procedibilità, quindi, può dirsi realizzata solo quando le parti (a ciò giuridicamente tenute) sono state messe in condizione di incontrarsi davanti ad **un mediatore**. L'ipotesi di **mancata partecipazione delle parti** al procedimento di mediazione è disciplinata dall'art. 8, c. 4 bis, che prevede, come conseguenza dell'assenza delle parti, l'applicazione di una sanzione pecuniaria e la rilevanza di tale comportamento ex art. 116 c.p.c. Nulla viene detto, invece, in ordine all'improcedibilità dell'azione. O meglio: qualcosa, sul punto, implicitamente la norma dice. Si prevede, infatti, che la mancata partecipazione al procedimento di mediazione è valutabile ex art. 116 c.p.c. Questo significa che, **se la parte non partecipa alla mediazione**, il processo andrà avanti e dovrà concludersi con una pronuncia di merito, nell'ambito del quale l'assenza

dell'attore o del convenuto sarà valutabile come argomento di prova contro l'assente. In conclusione l'assenza della parte, quand'anche sia attrice, all'incontro di mediazione disposto ex art. 5 D.lgs. 28/10, è sì punita dal D.lgs. n. 28/10, ma non con l'improcedibilità, bensì con le sanzioni di cui all'art. 8, c. 4 bis (cfr. Tribunale Savona, 19/10/2018, (ud. 19/10/2018, dep. 19/10/2018).

2.2. Venendo al merito della controversia, l'opposizione va accolta solo in parte. Va premesso che se è vero che la posizione processuale delle parti risulta invertita, nel senso che l'opponente (attore in senso formale) sia convenuto in senso sostanziale, mentre l'opposto (convenuto in senso formale) sia attore in senso sostanziale (così, ex multis, la sentenza n. 6421 del 22.4.2003: "Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, solo da un punto di vista formale l'opponente assume la posizione di attore e l'opposto quella di convenuto, perché è il creditore ad avere la veste sostanziale di attore ed a soggiacere ai conseguenti oneri probatori, mentre l'opponente è il convenuto cui compete di addurre e dimostrare eventuali fatti estintivi, impeditivi o modificativi del credito, di tal che le difese con le quali l'opponente miri ad evidenziare l'inesistenza, l'invalidità o comunque la non azionabilità del credito vantato ex adverso non si collocano sul versante della domanda - che resta quella prospettata dal creditore - ma configurano altrettante eccezioni"), è anche vero che detto principio non può prescindere dal riparto degli oneri probatori in materia di adempimento di una obbligazione. Al riguardo, l'art. 2697 c.c. stabilisce che "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"; che l'art. 1218 c.c., invece, sancisce che "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". La combinazione di tale due norme deve essere letta, così come esplicito dalla Suprema Corte, nel senso che "in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (Cass. Civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

2.3. Nel caso di specie la fonte negoziale dell'obbligazione dedotta come inadempita oltre a non essere contestata (posto che l'opponente non ha mai contestato di aver stipulato il contratto di finanziamento) è provata dal contratto allegato al ricorso monitorio ed al fascicolo di parte opposta. Risulta invero il sig. (...) ebbe a concludere un contratto di finanziamento concesso da (...) S.p.A. per l'estinzione anticipata di prestiti precedentemente contratti dallo stesso, nonché per spese per la ristrutturazione della casa, per un totale finanziato pari ad Euro 21.582,96. A fronte dell'accettazione della predetta richiesta da parte di Consum.it il sig. (...) era tenuto a rimborsare le somme concessegli mediante n. 120 rate mensili dell'importo di Euro 304,45 ciascuna, a far data dal 01.06.2008 al saldo.

2.4. In ordine alla quantificazione dell'importo ingiunto - ed in ciò consiste la parziale fondatezza

dell'interposta opposizione -, dall'esame combinato della documentazione depositata da parte opponente (che secondo i principi sopra menzionati aveva l'onere della prova di aver estinto l'obbligazione) e delle scritture contabili dell'istituto opposto risulta che l'Opponente provvedeva a corrispondere solamente le prime 13 rate e parte della 14esima per soli Euro 6,40, risultando, poi, totalmente inadempiente relativamente alle rate successive, maturando pertanto un debito pari a: Euro 19.393,59 a titolo di capitale residuo all'atto della decadenza dal beneficio del termine; - Euro 2.756,15 per rate scadute e non pagate; - Euro 17.078,87 per interessi di mora calcolati al tasso contrattualmente previsto del 15,96% dalla data di decadenza dal beneficio del termine alla data del ricorso per ingiunzione sulla sola sorte capitale di Euro 19.393,59, come da nuovo prospetto di calcolo prodotto (doc. 4 fase di merito), per un totale complessivo di Euro 39.228,61.

2.5. Ne deriva che, accertata la sussistenza di una ragione creditoria della opposta nei confronti dell'opponente, deve cionondimeno rilevarsi che essa è quantificabile nella misura di Euro 39.228,61 che è somma, sia pur di poco, inferiore rispetto a quella ingiunta. Ne consegue che il decreto ingiuntivo deve essere revocato ed il sig. (...) va condannato al pagamento, in favore della opposta della somma sopra indicata. Su tale somma decorrono gli interessi al tasso contrattualmente previsto del 15,96% da calcolarsi sulla sola sorte capitale di Euro 19.393,59, a decorrere dal giorno successivo al ricorso (07/10/2015) e sino al saldo effettivo, come in ingiunzione.

2.6. I restanti motivi di opposizione sono invece infondati. Sul punto va osservato che il rilievo di parte opponente secondo cui prima del deposito del ricorso per ingiunzione da parte di Banca (...) S.p.A., quest'ultima avrebbe proposto al debitore di estinguere la propria esposizione con pagamento di Euro 3.000,00, a fronte di un capitale dovuto per Euro 22.107,49, oltre a non tradursi in un vero e proprio motivo di opposizione, nell'impianto difensivo dell'attore, non appare in alcun modo provato posto che, il sig. (...) si è limitato a produrre una semplice proposta di pagamento recante gli estremi dell'asserita definizione non proviene da Banca (...) S.p.A., bensì da un soggetto, terzo pagatore in favore del debitore (...), ossia tale (...), che peraltro costituiva un mero piano di rientro non avente efficacia novativa delle obbligazioni inadempite.

2.7. Deve al riguardo evidenziarsi che secondo l'insegnamento della Suprema Corte, da cui questo Giudice non ha alcun motivo per discostarsi (cfr. tra altre, Cass. Sez. 3°, Sentenza n. 15444 del 14/07/2011), la transazione può avere efficacia novativa esclusivamente quando risulti una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello originato nell'accordo transattivo, di guisa che dall'atto sorgano reciproche obbligazioni oggettivamente diverse da quelle preesistenti. Pertanto, al di fuori dell'ipotesi di un'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso, "(...) il giudice di merito deve accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, costitutivo di autonome obbligazioni, ovvero se esse si siano limitate ad apportare modifiche alle obbligazioni preesistenti senza elidere il collegamento con il precedente contratto, il quale si pone come causa dell'accordo transattivo che, di regola, non è volto a trasformare il rapporto controverso (...)".

Il carattere novativo dell'accordo transattivo discende dalla compresenza di due elementi, uno di natura oggettiva e uno di natura soggettiva. Sul piano oggettivo è necessario che le parti, onde risolvere o prevenire una lite, siano addivenute ad una rinuncia reciproca, anche parziale, alle proprie pretese, volta a modificare, estinguendola, la situazione negoziale precedente e ad instaurarne una nuova in quanto tra i due rapporti, il vecchio e il nuovo, vi sia una situazione di obiettiva incompatibilità; sul piano soggettivo, è necessario che sussista una inequivoca manifestazione di volontà delle parti in tal senso, ovvero che esse abbiano palesato il loro intento di instaurare tra loro un nuovo rapporto e di estinguere quello originario, dando a tale volontà forma e contenuto adeguati (Cassazione civile sez. II 28 febbraio 2006 n. 4455).

La transazione non assume carattere novativo, invece, nel caso in cui le parti si siano limitate ad apportare modifiche alle obbligazioni preesistenti senza elidere il collegamento con il precedente contratto, il quale si

pone come causa dell'accordo transattivo che, di regola, non è volto a trasformare il rapporto controverso (Cassazione civile sez. Ili 14 luglio 2011 n. 15444). Nella fattispecie per cui è causa, la scrittura prodotta dall'opponente, oltre ad escludere espressamente il carattere novativo della stessa, aveva la sola funzione di prevedere un piano di rientro per il debitore moroso e dunque una differente modalità di esecuzione della medesima obbligazione. Ne discende che, alcuna estinzione del rapporto obbligatorio può dirsi intervenuta.

2.8. Venendo al motivo di opposizione attinente all'usurarietà degli interessi va ricordato che, in materia di contratti bancari, nelle azioni di ripetizione d'indebito e più in generale ove sia dedotta la pattuizione e/o l'applicazione di un tasso usurario, l'attore è gravato di un onere di allegazione specifica dei fatti posti a fondamento delle sue prospettazioni.

Anche la recente Cassazione civile sez. III, 13/05/2020, n.8883 (che in contrasto con Cassazione civile sez. III, 30/01/2019, n.2543 ha ritenuto applicabile il principio iura novit curia ai decreti ministeriali di rilevazione dove la mancata produzione in giudizio delle norme secondarie, attestanti i tassi soglia determinati nel tempo, non solleva il Giudice dal dover acquisirne diretta conoscenza) ha ribadito il principio più volte affermato per cui è onere della parte che deduca in giudizio l'applicazione del tasso usurario allegare ed indicare i modi, i tempi e la misura del superamento del tasso c.d. "soglia" (cfr. Trib. Ferrara, 5 dicembre 2013; Cass. S.U., 29 aprile 2009, n. 9941) precisando che "per quanto la nullità di una pattuizione contrattuale sia rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (cfr. Sez. U -, Sentenza n. 7294 del 22/03/2017; Cass. Sez. 2 - Sentenza n. 21243 del 09/08/2019), una indicazione circostanziata circa il concreto superamento dei tassi soglia, nel periodo in contestazione, risulta indispensabile al fine di valutare l'incidenza, nel rapporto, della nullità dedotta, e l'interesse concreto e attuale ad ottenere un accertamento giudiziale sul punto, ex art. 100 c.p.c. (cfr. da ultimo Cass. Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 2489 del 29/01/2019 in tema di nullità testamentaria). In definitiva, la giurisprudenza non esonera l'attore dalla prova degli elementi fattuali necessari per valutare la nullità contrattuale dedotta".

Il principio è stato confermato anche dalla Cassazione civile sez. un., 18/09/2020, (ud. 07/07/2020, dep. 18/09/2020), n.19597 (cfr. "onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 c.c., si attegga nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto").

Ebbene nulla di preciso a tal riguardo ha dedotto la parte interessata. Anzi e per converso la contestazione appare solamente genericamente accennata e meramente ipotizzata nell'atto di opposizione, che non specifica neanche quale sia il parametro rilevante al fine di ritenere superata la soglia usuraria.

Parte attrice non ha, pertanto, assolto l'onere assertivo - prima ancora che probatorio - che su di lei gravava in ordine alla sussistenza di tali motivi di opposizione e non può essere in ciò alleviata attraverso il ricorso alla consulenza tecnica, posto che la stessa non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prove ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati. Essa, infatti, non è mezzo istruttorio in senso proprio e spetta al giudice di merito lo stabilire se essa è necessaria od opportuna, fermo restando l'onere probatorio delle parti, e la relativa valutazione, se adeguatamente motivata in relazione al punto di merito da decidere, non può essere sindacata in sede di legittimità. Legittimamente non è disposta dal giudice se è richiesta per compiere un'indagine esplorativa sull'esistenza di circostanze, il cui onere di allegazione è invece carico delle parti (così Cass. Civ., Sez. 21/07/2003, n.11317, cfr. Cass. Civ., Sez. II, 11/01/2006, n. 212).

3.1. Il parziale accoglimento dell'opposizione giustificata dall'errata quantificazione del credito operata nel ricorso per ingiunzione ed il riconoscimento in ogni caso di una ragione creditoria della opposta, configurano ipotesi di soccombenza reciproca che giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda ed eccezione respinta, così provvede:

a) in parziale accoglimento dell'opposizione spiegata da (...), REVOCA il decreto ingiuntivo n. 7012/2015 emesso dal Tribunale di Napoli su ricorso della Banca (...) S.p.A.;

b) CONDANNA (...), al pagamento in favore della Banca (...) S.p.A. della somma di Euro 39.228,61 oltre interessi al tasso contrattualmente previsto del 15,96% da calcolarsi sulla sola sorte capitale di Euro 19.393,59, a decorrere dal 07/10/2015 e sino al saldo effettivo;

c) COMPENSA integralmente le spese di lite tra le parti.

Così deciso in Napoli il 6 maggio 2021.

Depositata in Cancelleria il 7 maggio 2021.

Giudice dr. Paolo Andrea Vassallo