

TRIBUNALE DI NAPOLI NORD

Terza Sezione Civile

Il giudice istruttore,

dott. A. S. Rabuano,

letti gli atti del processo n. 10269/2016 R.G.;

sciogliendo la riserva formulata nel corso dell'udienza del 14 dicembre 2017; ha pronunciato la
presente

ORDINANZA

1.Procedura di mediazione. Il tribunale ritiene che parte opposta ha l'onere di promuovere per le rispettive domande la procedura di mediazione ai sensi dell'art. 5 co. 1 bis D.lgs. 28/2010. 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". 2.1.Ambito oggettivo di applicazione 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) quando il processo ha come parte un istituto bancario. Invero, se il legislatore avesse voluto ampliare l'ambito applicativo della norma ricomprendendo contratti in cui non sono parti istituti bancari avrebbe fatto riferimento alla materia bancaria, quindi, alle controversie avente a oggetto l'applicazione di norme di diritto bancario. Peraltro dall'endiadi usata nell'art.5 "contratti assicurativi, bancari e finanziari" e dalla Relazione al dlgs, ove si precisa che con tale endiadi il legislatore ha inteso riferirsi a controversie riguardanti "tipologie contrattuali che conoscono una diffusione di massa" "alla base di una parte non irrilevante del contenzioso", deve ritenersi che la categoria di controversie in discussione vada individuata anche con riferimento alla natura "professionale" di una delle parti (rispettivamente l'impresa bancaria, l'impresa assicurativa e l'intermediario finanziario) oltre che con riferimento a specifiche tipologie contrattuali. Inoltre, la norma in esame che impone l'onere di attivare la procedura di mediazione stabilisce un limite al diritto di difesa dinanzi agli organi giurisdizionali, consegue, sul piano ermeneutico, l'applicazione di un canone di interpretazione che privilegi il significato della disposizione che renda meno incisivo il limite al diritto della parte di agire dinanzi al tribunale e di limitare l'onere della mediazione alle controversie relative a contratti tipici delle banche e quando la controparte processuale sia un istituto di credito. Infine, la conclusione interpretativa in esame è avvalorata dalla previsione – contenuta sempre nell'art.5 del D.LGS. 28/10- della alternatività alla mediazione obbligatoria del procedimento istituito in attuazione dell'art.128 bis del T.U.B. per la risoluzione delle controversie tra le banche e la clientela: previsione questa che pare confermare l'intenzione del legislatore del .Lgs. 28/10 di assoggettare alla mediazione obbligatoria appunto le controversie tra imprenditori bancari e i loro "clienti", per le quali già la legislazione previgente disegnava mezzi di risoluzione alternativa della lite "facoltativi" e giudicati idonei a sostituire - per tali controversie - il procedimento di mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità. Il giudizio in esame ha a oggetto contratti bancari e atti negoziali a essi connessi, quindi, deve essere promosso il previo tentativo di mediazione.

2.2. Interpretazione della normativa dettata dal D.Lgs. 28/10 Il Tribunale ritiene che le incertezze interpretative della normativa dettata dagli artt. 5 e ss. D.lgs. 28/10 debbano essere risolte tramite il ricorso al criterio ermeneutico 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. Svoltata la premessa di natura metodologica, questo giudicante osserva che la normativa dettata dal D.Lgs. 28/10 persegua, sul piano pubblicistico, il fine di limitare il contenzioso dinanzi all'autorità giudiziaria tutelando, in modo mediato, l'efficienza del sistema giudiziario e, 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 risulta 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. il quale dispone: che il mediatore si adoperi affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia (art. 8 co. 3); il dovere di riservatezza sulle notizie e dichiarazioni acquisite nel corso della procedura (art. 9), fissando il divieto che le stesse possano essere utilizzate nel corso del successivo giudizio (art. 10 co. 1)¹ e 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 in quanto applicabili; che il mediatore, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, formuli 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 debba formulare le proposte di conciliazione nel rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative.¹ La particolare finalità perseguita con il D.Lgs. 28/10 di

¹ Confronta Tribunale di Firenze ord. 17.02.17 che ha affermato: "Imporre alle parti di riferire al giudice le motivazioni dell'eventuale diniego alla proposta del mediatore, di fatto obbligando quest'ultime a rendere conto nel merito delle posizioni prese e delle affermazioni rese nel corso della mediazione, rischia di violare il principio di riservatezza frustrando la funzione del procedimento di mediazione e ciò in quanto, il principio di riservatezza è posto a presidio del diritto delle parti alla riservatezza su quanto discusso nel procedimento di mediazione ed alla possibilità di trovare in esso un luogo protetto dove tentare la conciliazione e dove ogni ipotesi transattiva possa essere vagliata e discussa nella più totale libertà, anche facendo affermazioni o prendendo posizioni nel merito che difficilmente verrebbero assunte innanzi al giudice". Trib. Roma 25.01.16: "Il procedimento di mediazione è improntato alla riservatezza il che sta a significare che al fine di consentire l'effettiva possibilità delle parti di poter parlare liberamente senza la remora che eventuali dichiarazioni a sé sfavorevoli possano essere utilizzate nella causa, non si devono verbalizzare (da parte del mediatore) né possono essere propalate da chiunque (compresi gli avvocati delle parti) tali dichiarazioni che neppure possono essere oggetto di testimonianza et similia...Occorre però perimetrare con esattezza giuridica tale principio. Che, in primo luogo, non vale, per espressa disposizione di legge (art. 9 cit.) contro la volontà della parte dichiarante. Inoltre, per coerenza logico-giuridica con quanto testè osservato a proposito della tutela della libertà di dialogo che va garantita alle parti, il principio relativo alla riservatezza delle dichiarazioni delle parti deve essere riferito al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione, vale a dire al merito della lite. Ogni qualvolta invece, tali dichiarazioni, quand'anche trasposte al di fuori del procedimento di mediazione, riguardano circostanze che attengono alle modalità della partecipazione delle parti alla mediazione e allo svolgimento (in senso procedimentale) della stessa, va predicata la assoluta liceità della verbalizzazione e dell'utilizzo da parte di chicchessia. Ed invero, in tale ambito una compiuta verbalizzazione è necessaria al fine di consentire al giudice la conoscenza del contenuto della condotta delle parti nello specifico contesto di cui trattasi; conoscenza indispensabile in relazione alle previsioni del D.Lgs. n. 28 del 2010 relative alla procedibilità delle domande ed all'art. 8 co. 4 bis dello stesso decreto, nonché, in via generale, dell'art. 96 III c.p.c. Sarebbe infatti un'assoluta aporia prevedere da una parte che il giudice debba e possa

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. Tanto premesso sul piano dell'interpretazione della normativa, il Tribunale ritiene, a) 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.²

sanzionare la mancata o irrituale partecipazione delle parti al procedimento di mediazione e per contro precludergli la conoscenza e la valutazione degli elementi fattuali che tale ritualità o meno integrano. Per la medesima ragione, deve essere verbalizzata dal mediatore la risposta di ciascuna delle parti interpellate alla fatidica domanda (del mediatore) sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione (art. 8 co. I quinto periodo D.Lgs. n. 28 del 2010). A tale proposito, oltre alla dichiarazione consistente nella risposta alla predetta domanda, è necessario e doveroso che venga verbalizzata la ragione del rifiuto a proseguire nella mediazione vera e propria.”). 2 Sottolinea il dovere del mediatore di presentare la proposta Trib. Vasto con ordinanza 15.06.16: “La formulazione della proposta è un passaggio cruciale ed ineludibile del procedimento di mediazione, la cui omissione preclude al giudice la possibilità di compiere le valutazioni previste dall'art. 13 del decreto 28/2010. Ne consegue che qualora il mediatore, contravvenendo alle prescrizioni del giudice abbia omissso di formulare la proposta, la procedura non può considerarsi ritualmente svolta, dovendo le parti, a pena di improcedibilità della domanda, riattivare il procedimento affinché il mediatore, senza oneri aggiuntivi completi la sua attività con la formulazione di una proposta conciliativa, ai sensi dell'art. 11, D.Lgs. n. 28/2010, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti”).

² Trib Firenze 24 marzo 2016: “Ad avviso di questo giudice il "primo incontro" cui allude la suddetta disposizione, non può che essere quello delle parti, cioè di tutte le parti del giudizio, avanti al mediatore. D'altra parte, come già affermato da questo Tribunale nella sentenza 19.3.2014 (giudice dott.ssa BREGGIA) al primo incontro di fronte al mediatore deve non solo procedersi ad opera del mediatore ad una attività informativa circa la funzione e la modalità della mediazione, ma anche effettuarsi una vera e propria attività di mediazione di merito sulle questioni oggetto di lite, salva la facoltà delle parti di non procedere oltre nella mediazione, ove non sia raggiunto accordo al primo incontro. Segue da quanto sopra che la parte che ha interesse ad assolvere la condizione di procedibilità ha l'onere di partecipare agli incontri avanti al mediatore. Invero, se al primo incontro le parti possono raggiungere l'accordo, come si evince a contrario dalla disposizione citata, è evidente che esse devono prima di tutto partecipare ad esso. Ovvio che la mancata partecipazione alla mediazione della parte non onerata ex lege non potrà avere alcuna rilevanza ai fini della procedibilità della domanda attorea, non potendo certo la parte diligente subire un pregiudizio per la mancata collaborazione di quella che non ha interesse. Ciò peraltro non esclude che la parte onerata abbia in ogni caso l'onere di partecipare agli incontri avanti al mediatore. Va evidenziato infatti che la condizione di procedibilità è legata all'esperimento del procedimento di mediazione, giusto il disposto della disposizione in argomento. "Esperire una procedura" non equivale ad avviarla, bensì a compiere tutto quanto necessario perché la stessa raggiunga il suo esito fisiologico. Né d'altra parte a diversa conclusione può giungersi valorizzando il disposto di cui all'art. 8, comma IV bis del D. Lgs. Citato, secondo cui "dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, II co., c.p.c.. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'art. 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio ". Ad una prima lettura, in effetti, tale disposizione sembrerebbe escludere che alla mancata partecipazione di una parte al procedimento possa seguire la sanzione della improcedibilità. Le conseguenze sarebbero infatti solo quelle previste da tale norma, con riflessi quindi sfavorevoli sotto il profilo probatorio (ex art. 116 c.p.c.) e con applicazione della sanzione pecuniaria (in questo senso, recentissimamente, Trib. Taranto ord. 16.4.2015 - dott. CASARANO). Ad avviso del giudicante tale disposizione, alla luce della ratio della sanzione della improcedibilità e della efficacia deflattiva dell'istituto, va invece letta nel senso che essa sia applicabile esclusivamente nei confronti della parte che non è onerata ex lege, sotto comminatoria di improcedibilità, all'esperimento della mediazione. La logica dell'istituto è, chiaramente, nel senso di onerare chi intende far valere in giudizio un diritto,

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 di predisporre un effettivo sistema alternativo di soluzione delle controversie dirette a deflazionare e 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. b) il legislatore nel prescrivere la partecipazione delle parti ha inteso disporre la necessaria presenza della parte personalmente ovvero, in presenza di giustificati motivi, di un procuratore munito di poteri per transigere la lite.^{3 4}

ovvero proporre appello, non solo di promuovere la mediazione, ma anche di partecipare al relativo procedimento al fine di rendere possibile un accordo tra le parti in quella sede. In caso di mancata partecipazione alla mediazione della parte che ha l'onere di esperire il procedimento mediatorio non sarebbe ragionevole ritenere applicabili le sole sanzioni di cui all'art. 8 citato. Si renderebbe cioè possibile alla parte onerata di assolvere alla condizione, assicurando la procedibilità della propria domanda, semplicemente attivando il procedimento e non mediante "l'esperimento" dello stesso. In conclusione va quindi sanzionato con l'improcedibilità il comportamento della parte onerata ex lege che non compaia avanti al mediatore".

³ Tribunale di Vasto con ordinanza 23 giugno 2015 ha affermato: "PRECISATO che le parti sono libere di scegliere l'organismo di mediazione al quale rivolgersi, ma sono tenute a partecipare personalmente, assistite dal proprio difensore, all'incontro preliminare, informativo e di programmazione, che si svolgerà davanti al mediatore dell'organismo prescelto e nel quale verificheranno se sussistano effettivi spazi per procedere utilmente in mediazione; RITENUTO che la mancata partecipazione personale delle parti senza giustificato motivo agli incontri di mediazione può costituire, per la parte attrice, causa di improcedibilità della domanda e, in ogni caso, per tutte le parti costituite, presupposto per l'irrogazione – anche nel corso del giudizio – della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, oltre che fattore da cui desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.; RITENUTO, altresì, che incombe sul mediatore l'onere di verbalizzare i motivi eventualmente adottati dalle parti assenti per giustificare la propria mancata comparizione personale e, comunque, di adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle stesse, ad esempio disponendo – se necessario – un rinvio del primo incontro o sollecitando anche informalmente il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione ovvero dando atto a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire".

⁴ Tribunale di Ferrara con sentenza 28 luglio 2016 ha, tramite una motivazione articolata e complessa, affermato che: "Al riguardo, va rimarcato come le disposizioni di cui all' art. 8 del D.Lgs. n. 28 del 2010 (come modificato dalla L. n. 98 del 2013), lette alla luce del contesto Europeo nel quale si collocano (cfr. in particolare, Direttiva Comunitaria

2008/52/CE), impongono di ritenere che l'ordine del giudice di procedere alla mediazione obbligatoria ex art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod. è da considerarsi osservato soltanto nel caso in cui alla mediazione partecipi la parte personalmente, assistita dal proprio difensore, e non anche nel caso in cui compaia il solo difensore, che dinanzi al mediatore presenzi anche quale delegato della parte stessa. In questo senso si è, del resto, già pronunciata ormai da tempo la giurisprudenza di merito, che ha manifestato un orientamento che, dalle prime pronunce fiorentine, si sta ormai delineando e consolidando in modo sostanzialmente univoco (a mero titolo esemplificativo, oltre alle note pronunce del Tribunale di Firenze del 2014, cfr., da ultimo, Trib. Siracusa ord. 17.1.2015; Trib. Bologna ord. 5.2.2015; Trib. Pavia ord. 9.3.2015 ; Trib. Vasto sent. 9.3.2015; Trib. Pavia ord. 18.5.2015). Le argomentazioni che consentono di pervenire alla conclusione enunciata sono molteplici e convincenti.

a) Innanzitutto, la natura della mediazione di per sé stessa richiede che all'incontro con il mediatore siano presenti (anche e soprattutto) le parti personalmente. L'istituto, infatti, mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto; questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. Nella mediazione è fondamentale, infatti, la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo di rapporti empatici ed è, pertanto, indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori, cui significativamente la legge attribuisce, in questo ambito, una mera funzione di "assistenza" e non già anche di "rappresentanza". D'altronde, il peculiare significato della mediazione è proprio il riconoscimento della capacità delle persone di diventare autrici del percorso di soluzione dei conflitti che le coinvolgono e la restituzione della parola alle parti per una nuova centratura della giustizia, rispetto ad una cultura che le considera 'poco capaci' di gestire i propri interessi e, seppure a fini protettivi, le pone, di fatto, ai margini. Una significativa conferma del ruolo centrale che deve assumere la parte in mediazione e dell'utilità concreta che ha la sua personale presenza in un procedimento che ha la sua specifica connotazione nella finalità deflattiva del contenzioso giudiziario, si desume, del resto, anche dal 6 Considerando della richiamata Direttiva Comunitaria 2008/52/CE , disposto nel quale, del tutto opportunamente, si ricorda che "Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti". Non è, dunque, pensabile applicare analogicamente alla mediazione le norme che, nel processo, consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore. È ben vero, infatti, che la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione che hanno ad oggetto diritti disponibili, ma è anche vero che l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima proprio per la connotazione peculiare che ha la procedura in esame, e, in quanto tale, non è delegabile, salvo i casi di obiettiva impossibilità della parte a partecipare.

b) In secondo luogo, i difensori (definiti mediatori di diritto dalla stessa legge) sono senza dubbio già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità (come, peraltro, si desume dal fatto che essi, prima della causa, devono fornire al cliente l'informazione prescritta dall' art. 4, comma 3 del D.Lgs. n. 28 del 2010), sicché perderebbe senso concreto il disposto di cui all' art. 8, comma 1, D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod., che impone al mediatore nel primo incontro l'onere di chiarire la funzione e la modalità di svolgimento della mediazione: ove, infatti, fosse consentita la presenza dei soli difensori, anche in rappresentanza delle parti assistite, l'informativa in oggetto si rivelerebbe del tutto inutile. E non è, invero, pensabile che il processo venga interrotto per una informazione già nota ai difensori anziché per un serio tentativo di coinvolgere le parti per la risoluzione del conflitto insorto tra loro. Alla luce delle considerazioni che precedono, quindi, si ritiene, in conformità con tutta la giurisprudenza di merito che sino ad ora si è occupata della questione (non constano a questo giudice provvedimenti, interlocutori o definitivi, di segno contrario), che sia per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28 del 2010 sia per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dall'art. 8) all'incontro con il mediatore: sarà onere di quest'ultimo, quale soggetto istituzionalmente preposto ad esercitare funzioni di verifica e di garanzia della puntuale osservanza delle condizioni di regolare espletamento della procedura, adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti (ad esempio, disponendo - se necessario - un rinvio del primo incontro, sollecitando anche informalmente il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione, ovvero dando atto a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato, diverso dal difensore, per il caso di assoluto impedimento a comparire). È stato sostenuto che l'interpretazione unanimemente assunta da tutta la giurisprudenza di merito e qui proposta porterebbe a risultati illogici e paradossali, in quanto le parti potrebbero delegare chiunque a presenziare in loro vece dinanzi al mediatore ma non il proprio difensore, che è invece il soggetto che meglio conosce e comprende non solo

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 la presenza delle parti con l'assistenza dell'avvocato, quindi, è necessaria la presenza personale della parte quale titolare dell'interesse oggetto della controversia.⁵

l'istituto della mediazione ma anche gli interessi e la volontà del proprio assistito, oltre alla questione economico-giuridica del contendere in tutta la sua complessità. Tali considerazioni, tuttavia, lungi dall'apparire convincenti, rafforzano, se possibile, ancor più la bontà dell'interpretazione ritenuta giuridicamente corretta dalla giurisprudenza di merito, e già condivisa da questo giudicante in altri propri precedenti provvedimenti. Il valore e la funzione della mediazione sta proprio nel delineare un ambito informale ma specifico, diverso dal processo, nel quale ridare la parola alle parti e consentire loro di mettere in gioco i propri interessi al fine di trovare una soluzione che, a prescindere dai profili strettamente tecnico-giuridici del problema, risponda alle loro esigenze di vita, che non coincidono solo e necessariamente con gli specifici interessi in conflitto ma hanno una estensione spesso ben maggiore e più complessa. Ciò, come detto, rende personalissima l'attività che è funzionale al (possibile) accordo di mediazione e, di regola, non delegabile a terzi, salvo casi eccezionali che non possono essere esclusi a priori e nei quali non può essere negato alla parte di scegliere, sulla base dei propri rapporti personali di fiducia, insindacabili da chiunque, il soggetto che, opportunamente delegato, meglio la potrà rappresentare nella mediazione con la controparte. In un ambito che, per definizione, non è quello tecnico del processo, il ruolo che la legge (correttamente) riserva al difensore è solo quello di (mera) "assistenza" della parte (anche per i riflessi processuali che può avere la condotta assunta dalla parte in mediazione), ma non anche di sua rappresentanza sostanziale, e ciò non già per una scarsa fiducia che il legislatore ripone nelle capacità del difensore stesso ma piuttosto perché risulta obiettivamente necessario, in un contesto specifico come quello della mediazione, rispettare la imprescindibile dualità dei soggetti che sono chiamati a comporre la "parte". Le parti sono, dunque, chiamate a partecipare personalmente alla mediazione e, in particolare, la parte che ha interesse contrario alla declaratoria di improcedibilità della domanda ha l'onere di presenziare a tutti gli incontri, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti, potendo pretendere che nel verbale d'incontro il mediatore dia atto della concreta impossibilità di procedere all'espletamento del tentativo di mediazione a causa del rifiuto della controparte di presenziare personalmente agli incontri. Solo una volta accertato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione la condizione di procedibilità può, quindi, considerarsi avverata, essendo ovviamente impensabile che il convenuto possa, con la propria colpevole o volontaria inerzia, addirittura beneficiare delle conseguenze favorevoli di una declaratoria di improcedibilità della domanda, che paralizzerebbe la disamina nel merito delle pretese avanzate contro di sé. Nella vicenda in esame, in sede di mediazione demandata dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28 del 2010 e succ. mod. al momento del mutamento del rito (esattamente come previsto dall'art. 5, comma 4, lett. b), D.Lgs. cit. per il caso dei procedimenti per convalida di sfratto), mentre la parte attrice ha assolto al proprio onere di presenziare all'incontro fissato dinanzi al mediatore ciò non ha fatto la parte convenuta, per la quale dinanzi al mediatore si è presentato soltanto il difensore, sia come assistente che come rappresentante: ciò comporta che se, da un lato, può ritenersi assolta la condizione di procedibilità dell'azione attorea, non può, d'altro canto, esonerarsi il convenuto dalle conseguenze che l'art. 8, comma 4, D.Lgs. n. 28 del 2010 come mod. dal D.L. n. 69 del 2013 conv. con mod. in L. n. 98 del 2013 pone a carico della parte costituita che ometta di partecipare ritualmente alla mediazione prevista dalla legge".

⁵ Tribunale di Firenze 24 marzo 2016: "Circa la necessità ai fini del corretto assolvimento della condizione di procedibilità della partecipazione personale della parte alla mediazione, va richiamato il prevalente orientamento della giurisprudenza di merito (Trib. Firenze ord. 19.3.2014, est. Breggia; da ultimo: Trib. Vasto 23.6.2015; Trib. Pavia 14.9.2015, tutte agevolmente reperibili on line), il quale afferma, in sostanza, la stessa natura di atto personalissimo e non delegabile della partecipazione della parte sostanziale alla mediazione. E ciò in considerazione dell'assunto che

La disposizione si giustifica proprio in relazione alla finalità della normativa 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 propri 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 comportamento della parte, 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. Quindi, in conclusione, il legislatore ha previsto: a) nel caso in cui non sia attivata la procedura di mediazione ovvero 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. 115 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, invero una differente interpretazione risolverebbe la stessa procedura in un mero adempimento burocratico con il semplice deposito della domanda presso l'organismo di mediazione. c) le finalità perseguite dal legislatore impongono di ritenere che le ragioni ostative all'inizio della procedura possono essere esclusivamente oggettive e, comunque, non possono 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.⁶

l'istituto della mediazione, quale mezzo alternativo di risoluzione delle controversie, mira, mediante il ruolo e la professionalità del mediatore, a riattivare la comunicazione tra le parti in conflitto al fine di verificare la possibilità di soluzione conciliativa della vertenza. In tale contesto è del tutto coerente con la logica dell'istituto che il ruolo del difensore tecnico sia e debba essere di mera assistenza della parte che partecipa alla mediazione e non mai di rappresentanza degli interessi della stessa".

⁶ 7 Tribunale Roma con ordinanza 25.01.16 ha affermato: "Quale che sia stato l'intento (non dei più chiari e lineari) del legislatore, è necessario apprestare per le norme in commento un'interpretazione in linea con la Carta Costituzionale. Va premesso che per molto tempo nel nostro Paese, il giudizio di costituzionalità delle leggi è stato considerato, sotto ogni aspetto, monopolio e riserva della Corte Costituzionale. Ciò in virtù della originaria (e tuttora immutata) scelta del legislatore Costituente che ha privilegiato la formula del controllo di costituzionalità accentrato su un solo soggetto, creato ad hoc, la Corte Costituzionale. Le ragioni sono state molteplici e non è questa la sede per esporle. Ciò che conta è che nel corso degli anni, il timore che i giudici ordinari non fossero sufficientemente sensibili al controllo di costituzionalità delle leggi è svanito superato dalla prova dei fatti, che hanno dimostrato il contrario. Ed è proprio in dipendenza della grande attenzione ed interesse della magistratura alla conformità alla Costituzione delle norme di

d) l'onere di impulso, nel termine di cui al dispositivo, deve essere posto a carico di chi presenta la domanda giudiziale e, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo 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 scelta 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

legge, attraverso la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, che si è da tempo avviato un processo inverso che si può riassumere nella nota espressione della interpretazione costituzionalmente orientata della legge da parte del giudice ordinario. Non si è pervenuti per tale strada, né si potrebbe, ad un controllo di costituzionalità diffuso (per il limite costituito dalla diversa previsione costituzionale) ed il giudice ordinario non espunge le norme dall'ordinamento giuridico come fa la Corte. Tuttavia, con l'avallo della stessa Corte Costituzionale, tale forma di controllo contribuisce ad arricchire l'opera di adeguamento delle norme ordinarie a quelle costituzionali (e più prosaicamente, a sgravare la Corte da una parte dell'ingente lavoro che la onera). Detto ciò, resta da ricordare che uno dei riferimenti elaborati dalla Corte (e che il giudice per quanto detto è correlativamente autorizzato ad adoperare) per il vaglio di costituzionalità, è quello della ragionevolezza della norma sottoposta a scrutinio. Nel caso in esame, l'interpretazione letterale che è stata supra esposta presta visibilmente il fianco ad una fondata censura di incostituzionalità sotto entrambi i profili che sono stati elaborati, per questo vizio, dalla Corte Costituzionale. Successivamente ed allo stato, il parametro della ragionevolezza viene dalla Corte Costituzionale non più rapportato all'art. 3 della Costituzione, quanto individuato nella sostanziale disparità di trattamento tra fattispecie omogenee, allorché la norma presenti una intrinseca incoerenza, contraddittorietà od illogicità rispetto alla complessiva finalità perseguita dal legislatore. Anche in base a tale parametro l'interpretazione letterale non supera lo scrutinio di costituzionalità, essendo di tutta evidenza che solo in presenza di ragioni ostative formali/procedurali (si pensi ad esempio ad un convocato in mediazione caduto vittima di un grave incidente, per il quale è in corso la procedura per la nomina di un amministratore di sostegno) può predicarsi realizzata validamente la impossibilità di iniziare la procedura di mediazione e quindi la ragionevolezza del considerare validamente concluso il procedimento di mediazione (con l'inveramento della condizione di procedibilità e l'assenza di sanzioni). Tale interpretazione è perfettamente in linea con la logica, il buon senso e la Costituzione. Invero salvaguarda le parti dalla necessità dello svolgimento integrale della mediazione (con i costi relativi) nei casi nei quali ragioni "pregiudiziali" non rendano possibile, nel senso di utilmente svolgibile, l'esperimento conciliativo; viceversa imponendolo, tutte le volte che la discussione possa concentrarsi sul merito e sul contenuto del conflitto, senza che possa fare da usbergo al soggetto renitente l'opinione di aver ragione e quindi di ritenere inutile dialogare con l'altra parte (per quanto all'evidenza viziata dal punto di vista logico, vera e propria aporia, è questa la più diffusa giustificazione che viene offerta da chi non intende aderire e partecipare alla mediazione. In mancanza di qualsiasi dichiarazione, autorizzativamente verbalizzata, della parte, sulla ragione del rifiuto di proseguire nel procedimento di mediazione, tale rifiuto va considerato non giustificato. Le conseguenze di tale rifiuto - ingiustificato - di procedere nella mediazione sono sovrapponibili alla mancanza tout court della (partecipazione alla) mediazione: non della mediazione, in virtù della dichiarazione dell'istante-attrice di voler procedere. Con quanto ne può conseguire. Non può infatti essere oggetto di dubbio che il mero incontro informativo (che, per come configurato dalla legge, nulla ha a che vedere con lo specifico merito della controversia insorta fra le parti), non possa giammai, e specialmente nella mediazione demandata, neppure con i più acrobatici sforzi dialettici, essere parificato allo svolgimento dell'esperimento della mediazione. La quale, giova ricordarlo, consiste nell'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (così testualmente l'art. 1 co.1 lett. A della legge)).

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; e) la domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata, ai sensi dell'art. 4 D.lgs. 28/10, mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza; f) l'art. 8 prevede che il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia (art. 8 co. 3) e il successivo art. 14 co. 2 lett. c), nel delineare gli obblighi del mediatore prevede espressamente che lo stesso debba formulare le proposte di conciliazione nel rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative. È previsto che il mediatore nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, possa nominare uno o più mediatori ausiliari; g) l'art. 13 D.lgs. 28/10 detta il regime giuridico delle spese del giudizio successivo allo svolgimento della procedura di mediazione. In particolare l'art. 13 cit dispone: "1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

P.Q.M.

-rigetta l'istanza di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto;

-con riferimento alla procedura di mediazione adotta le seguenti disposizioni:

a)che parte opposta esperisca il procedimento di mediazione obbligatorio ex lege entro il termine di gg. 15 a decorrere dal 2.1.2018;

b)che a cura della parte attivante il procedimento sia trasmessa copia del presente provvedimento al mediatore e che a cura di ambedue le parti siano depositate, presso l'organo di mediazione, copia di tutti gli atti e i documenti di causa almeno quindici giorni prima della data fissata per il primo incontro;

c)che il mediatore, sulla base della lettura degli atti messi a disposizione dalle parti e se del caso previa nomina da parte dell'organo di mediatore ausiliario o avvalendosi di esperto iscritto all'albo anche del Tribunale, formuli, come previsto dalla legge, in caso di mancato accordo, una proposta conciliativa indipendentemente dalla concorde richiesta delle parti;

d)che le parti comunichino l'esito della mediazione con nota da depositare in cancelleria almeno 10 gg prima dell'udienza, nota che dovrà contenere informazioni in merito all'eventuale mancata partecipazione delle parti personalmente senza giustificato motivo;

agli eventuali impedimenti di natura pregiudiziale che abbiano impedito l'effettivo avvio del procedimento di mediazione;

nonché infine, con riferimento al regolamento delle spese processuali, ai motivi del rifiuto dell'eventuale proposta di conciliazione formulata dal mediatore;

FISSA

-la prossima udienza per il giorno 24 maggio 2018 ore 13.00.

Si comunichi

Aversa, 15.12.2017.

Il Giudice istruttore Dr. A. S. Rabuano