

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 persegue, 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) 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. La particolare finalità perseguita con il D.Lgs. 28/10 di predisporre un modello di soluzione delle controversie che sia flessibile e idoneo a garantire il puntuale soddisfacimento degli interessi delle parti è garantita dal legislatore con la prescrizione della necessaria partecipazione delle parti disponendo, in caso di assenza priva di giustificazione, che il giudice, nel successivo giudizio, applichi la sanzione pecuniaria nella misura del contributo unificato e valuti la condotta delle parti come argomento di prova. 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. L'art. 5 co. 2 bis prevede che quando l'esperienza 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. 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. 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. 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 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