



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE
DI
NAPOLI NORD
-III Sezione Civile-**

nella persona del giudice, dott. A. S. Rabuano,
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel processo n. 311/2019 R.G. vertente tra le seguenti parti:

rappresentato e difeso, giusta procura in atti, dall'avv. Edmondo

Dandolo;

OPPONENTE

S.r.l., e in sua vece la procuratrice S.r.l., rilasciata
dall'originaria mandataria S.p.A. e depositata unitamente alla procura a
rogito Notaio conferita a
S.p.A. (doc.1), in persona del suo direttore generale dr. , rappresentata e
difesa, giusta delega stesa su separato documento dall'avv. ;

OPPOSTA

FATTI RILEVANTI

E

RAGIONI GIURIDICHE DELLA DECISIONE

1. Con ricorso ex art. 633 c.p.c. spa deduceva che aveva stipulato in data 10 maggio 2006 il contratto nr /687389, avente ad oggetto la liquidazione di un finanziamento personale di € 16.401,60, da rimborsarsi mediante corresponsione di 72 rate di € 316,00 ciascuna per un totale di €22.752,00.

Il Tribunale di Napoli Nord con decreto ingiuntivo n. 3605/2018, intimava a il pagamento in favore della n Liquidazione, della somma complessiva di euro 14.750,17 oltre interessi al tasso legale, nonché euro 145,50 per spese ed Euro 540,00 per compensi professionali, oltre spese generali, IVA e c.p.a. come per legge.

Interposta opposizione eccepiva

-l'inefficacia ai sensi dell'art. 644 c.p.c. del titolo monitorio perché era stato emesso in data 20.07.2018 pubblicato in data 30.07.2018 e notificato, in violazione del prescritto termine normativo di sessanta



giorni soltanto in data 23.11.2018 (84 giorni dopo, come si legge), e perveniva al solo in data 27.11.2018. Precisava, in particolare che controparte solo in data 23 novembre 2018 provvedeva, mediante il suo procuratore, a spedire mediante Racc. Ar, tale atto, all'indirizzo di residenza dell'opponente

-inammissibilità e/o improcedibilità della ricorso introduttivo per assenza di valida procura ad litem:

-usurarietà degli interessi pattuiti

-nullità del contratto per omessa determinazione del TAEG che non comprendeva i costo della polizza;
Nel formulare le proprie conclusioni domandava al Tribunale di Napoli Nord: *“Voglia l'Ecc.mo Giudice Adito accogliere la presente opposizione e disattesa ogni contraria deduzione: 1) In via preliminare accertare e dichiarare la nullità e/o l'inefficacia del decreto ingiuntivo opposto poiché notificato oltre il termine perentorio di 60 gg dalla pubblicazione; 2) Accertare e dichiarare la inammissibilità e/o improcedibilità e/o nullità per assenza dei requisiti formali e i vizi della procura ad litem tutti esposti al punto 2 e 3 della premessa; 3) Nel merito, in via gradata, in virtù dell'usurarietà originaria della pattuizione relativa alla clausola degli interessi moratori del contratto di finanziamento in parola, accertare la nullità della relativa pattuizione e per l'effetto determinare l'esatto importo che il mutuatario avrebbe dovuto corrispondere ai sensi dell'art. 1815, comma 2, c.c., in base al ricalcolo che verrà effettuato in sede di C.T.U., sulla base dell'intera documentazione relativa al rapporto di finanziamento indicato in premessa e di guisa condannare*

S.P.A. in liquidazione, in persona del l.r.p.t., sulla base del risultato del ricalcolo indicato sopra, al pagamento, in favore dell'opponente, delle somme eventualmente versate in eccesso. 4) In via gradata, stante la nullità ex art. 1419 c.c. del contratto di finanziamento n. /687389 per difformità del T.A.E.G. indicato in contratto (15,14%) rispetto a quello effettivamente applicato dalla s.p.a. (17,89%), quest'ultimo comprensivo del costo della polizza assicurativa diretta ad assicurare il credito, in violazione del disposto di cui all'art. 2, comma 3, lett. d), del d.m. 8 luglio 1992, e per l'effetto dell'accertata nullità parziale, determinare l'esatto importo che il consumatore avrebbe dovuto corrispondere con applicazione, sulle somme date a prestito, dei soli interessi calcolati al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto ex art. 124, comma 5, lett.a) del T.U.B. razione temporis applicabile (oggi 125 bis TUB) e pertanto pari al 2.72%, in base al ricalcolo che verrà effettuato in sede di C.T.U., sulla base dell'intera documentazione relativa al rapporto di finanziamento indicato in premessa e di guisa condannare

S.P.A. in liquidazione, in persona del l.r.p.t., sulla base del risultato del ricalcolo indicato sopra, al pagamento, in favore dell'opponente, delle somme eventualmente versate in eccesso. 5) Condannare l'opposta società al pagamento delle spese e competenze di giudizio, oltre iva e c.p.a. come per legge, oltre spese generali nella misura del 15% con attribuzione al sottoscritto procuratore”.

spa costituitasi in giudizio, quale cessionaria pro soluto dei crediti già vantati da

S.p.A. con socio unico in liquidazione, e deduceva:

-di aver esperito il primo tentativo di notifica del decreto ingiuntivo ex L. 53/1994 in data 01/10/2018 e, dunque, entro il termine di 60 giorni decorrente dal deposito del provvedimento monitorio in cancelleria

-contestava le difese di controparte e ne chiedeva il rigetto.

Svoltasi la prima udienza il giudice rigettava la richiesta di provvisoria esecutività del titolo monitorio e concedeva i termini per la proposizione della mediazione.

Successivamente il giudice ritenuta la causa matura per la decisione fissava i termini di cui all'art. 190 c.p.c.

I termini predetti erano sospesi dal 9 marzo 2020 fino al 11 maggio 2020 in base al combinato disposto degli artt. 83 D.L. 17/03/2020 n. 18, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 aprile 2020, n. 27 e 36 DL 23/2020.

2.Improcedibilità della domanda ex art. 633 c.p.c. e delle domande di parte opponente

La domanda formulata da parte opposta con il ricorso ex art. 633 c.p.c. e da parte opponente con l'atto di citazione sono improcedibili per violazione dell'art. 5 co. 2 bis D.lgs. 28/10.

2.1.Metodo giuridico di analisi degli artt. 5 e ss. DLgs 28/10

L'art. 5 co. 1-bis cit. dispone 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 i procedimenti previsti dal*



decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione 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'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. .. 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”.

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.

L'art. 8 co. 1 D.Lgs. cit. nel regolare il primo incontro dispone: “All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. ... 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. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari”.

Le questioni che si devono esaminare sono le seguenti e precisamente:

- 1) individuazione, nel processo introdotto con ricorso ex art. 633 c.p.c. e con riferimento specifico alla **fase di opposizione, della parte che ha l'onere di attivare la procedura di mediazione;**
- 2) se la procedura di mediazione deve ritenersi iniziata con la semplice proposizione della domanda dinanzi all'organismo della mediazione ovvero con la partecipazione delle stesse al primo incontro dinanzi all'organismo di mediazione;
- 3) se è necessario, ai fini della verifica della condizione di procedibilità, che le parti partecipino personalmente;
- 4) se nel caso in cui si ritenga che la parte possa delegare altro soggetto per partecipare alla procedura di mediazione sia sufficiente una procura generica ovvero sia necessaria una procura specifica con riferimento alla mediazione e senza obbligo di rendiconto ovvero con clausola di dare per rato e fermo l'operato del delegato;
- 5) la natura delle ragioni che le parti devono rappresentare come elementi ostativi allo svolgimento della procedura di mediazione.

Il Tribunale ritiene, sul piano metodologico-ermeneutico, che le incertezze interpretative della normativa dettata dagli artt. 5 e ss. D.lgs. 28/10 debbano essere risolte tramite il ricorso al criterio interpretativo 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.

Svolta 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 è 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. secondo cui il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia (art. 8 co. 3); imponendo il dovere di riservatezza sulle notizie e dichiarazioni acquisite nel corso della procedura (art. 9) e vietando che le stesse possano essere utilizzate nel corso del successivo giudizio (art. 10 co. 1); 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 difensore delle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale; riconoscendo al mediatore, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, del potere di formulare 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 deve 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.

2.1.1. Prima questione: individuazione, nel processo introdotto con ricorso ex art. 633 c.p.c. e con riferimento specifico alla fase di opposizione, della parte che ha l'onere di attivare la procedura di mediazione.

Tanto premesso sul piano della metodologia ermeneutica del DLgs 28/10, **il Tribunale rileva, relativamente alla prima questione** che l'onere di impulso, in caso di giudizio monitorio, deve essere posto a carico di chi presenta la domanda giudiziale.

L'art. 5 co. 1 D. Lgs. 28/2010, nell'individuare il soggetto onerato a dare impulso al procedimento di mediazione, fa riferimento a *“Chi intende esercitare in giudizio un'azione”*.

Sul piano teorico-dogmatico si deve rilevare:

-il diritto di agire in giudizio è strumentale al diritto sostanziale. Quindi quando il legislatore fa riferimento a chi intende esercitare in giudizio un'azione fa riferimento a chi è titolare del diritto sostanziale di cui domanda tutela in giudizio;

-l'opponente, il quale si limita a contrastare la pretesa dell'opposto, non esercita tecnicamente un'azione giudiziale che, si ripete, è un diritto strumentale alla tutela di un diritto sostanziale. Il diritto di azione è strutturato in causa petendi e in petitum ed è rivolto al giudice per ottenere un determinato “bene della vita”, l'opponente si limita a esercitare, salvo espressa e ulteriore domanda, un mero onere diretto a contestare il diritto di controparte;

-ritenere che l'opposto abbia l'onere di attivare la procedura di mediazione determinerebbe sul piano ermeneutico il riconoscimento alla mediazione della natura di condizione di ammissibilità e, non di procedibilità, dell'atto di opposizione. Invero, l'opponente per impedire il passaggio in giudicato del titolo monitorio e, quindi, neutralizzare il rischio della definitività del provvedimento giurisdizionale, avrebbe l'obbligo di attivare la procedura di mediazione che, pertanto, sarebbe condizione imprescindibile per l'accesso alla tutela dinanzi al Tribunale divenendo condizione di ammissione dell'atto oppositivo (cfr. Corte Cost. sentenza n. 123/18: “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, le ipotesi di arbitrato previste dalla legge sono illegittime solo se hanno carattere obbligatorio, e cioè impongono alle parti il ricorso all'arbitrato, senza riconoscere il diritto di ciascuna parte di adire l'autorità giudiziaria ordinaria (sentenze n. 221 del 2005, n. 325 del 1998, n. 381 del 1997, n. 152 e n. 54 del 1996, n. 232, n. 206 e n. 49 del 1994, n. 488 del 1991, n. 127 del 1977)” (cfr. ordinanza Corte di Cassazione 18741/19 che nel rimettere la questione al Primo Presidente per la valutazione dell'assegnazione alle Sezioni Unite della Corte di legittimità ha affermato: “Per quanto concerne la tesi dell'onere a carico del creditore opposto l'esigenza che viene in rilievo è quella che l'accesso alla giurisdizione condizionata al previo adempimento di oneri non può tradursi nella perdita del diritto di agire in giudizio tutelato dall'art. 24 Cost., come affermato da Corte Cost. 16 aprile 2014, n. 98 (e non deve violare il principio della tutela giurisdizionale effettiva, come affermato da Corte giust. 18 marzo 2010, cause



riunite C-317/08, C318/08, C-319/08 e C-320/08 in relazione al tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche). Il diritto di agire in giudizio, in termini di diritto di accertamento negativo del credito, potrebbe essere compromesso dall'esecutività ed immutabilità del decreto ingiuntivo che conseguirebbe alla pronuncia di improcedibilità per non avere il debitore opponente assolto l'onere a suo carico, senza che tale ipotesi possa equipararsi a quella dell'acquisto dell'efficacia esecutiva da parte del decreto per effetto dell'estinzione del processo (art. 653 c.p.c., comma 1), la quale è conseguenza dell'inattività della parte all'interno del processo, una volta che il diritto di azione sia stato esercitato, mentre nell'ipotesi in esame l'irretrattabilità del decreto ingiuntivo, e la relativa perdita del diritto di agire in giudizio, deriverebbero dall'inattività relativa ad un rimedio preventivo rispetto al processo. Nel caso invece di onere incombente sul creditore opposto, alla pronuncia in rito di improcedibilità dovrebbe accompagnarsi la revoca del decreto ingiuntivo, ma resterebbe pur sempre ferma la possibilità per il creditore di riproporre la domanda (anche di semplice ingiunzione)".

Il tribunale ritiene inoltre di dissentire dall'orientamento di segno contrario espresso dalla Corte di legittimità con provvedimento 24629/15 secondo cui l'ingiungente creditore, attraverso il decreto ingiuntivo, ha scelto la linea deflativa coerente con la logica dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo e che l'opponente ha il potere e l'interesse a introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore. Invero, il legislatore dispone l'onere di attivare la procedura di mediazione a carico di colui che vuole far valere in giudizio un diritto tramite un'azione. Questa disposizione non può essere interpretata violando il principio di difesa e stabilendo, in via ermeneutica, l'onere di attivare la mediazione, in caso di opposizione al titolo monitorio, **della parte che non vuole far valere un diritto ma vuole semplicemente contrastare la pretesa di controparte**. 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 sulla istanza di concessione della provvisoria esecutività del titolo monitorio. Se il legislatore avesse voluto porre un onere a carico dell'opponente diretto a prevenire l'instaurazione del giudizio avrebbe previsto l'onere dello stesso di promuovere il procedimento di mediazione prima della notifica dell'atto di citazione con sospensione del termine di quaranta giorni per l'introduzione dell'opposizione.

Peraltro, la concezione della autonomia del processo monitorio e del processo di opposizione con conseguente qualificazione di quest'ultimo come giudizio di impugnazione è contraria alla struttura conferita dalle norme codicistiche al giudizio monitorio che è un processo unitario articolato in una fase sommaria necessaria e in una fase eventuale a cognizione piena introdotta dall'atto di opposizione.

Inoltre, sostenere come fatto in dottrina che la dichiarazione di improcedibilità del giudizio introdotto con ricorso ex art. 633 c.p.c. sarebbe una soluzione che non trova riscontro in alcuna norma positiva vigente e che, peraltro, stravolgerebbe alcuni capisaldi del diritto processuale vigente, significa, sul piano metodologico-ermeneutico, negare l'impatto sistematico che ogni nuova norma ha sull'impianto ordinamentale preesistente che deve essere rimodulato, tramite un'interpretazione evolutiva, per la realizzazione degli interessi che il legislatore, con la nuova normativa, nel caso di specie con la disciplina della mediazione, si propone di realizzare.

2.1.2. Seconda questione: se la procedura di mediazione deve ritenersi iniziata con la semplice proposizione della domanda dinanzi all'organismo della mediazione ovvero con la partecipazione delle stesse al primo incontro dinanzi all'organismo di mediazione.

Con riferimento alla seconda questione, il Tribunale ritiene che la condizione di procedibilità deve ritenersi verificata, come prescritto dall'art. 5 co. 2 bis Dlgs 28/10 "se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo" e, quindi è necessario il verificarsi, in via alternativa, di tali situazioni:

- la partecipazione delle parti e l'inizio della discussione della controversia;
- la partecipazione delle parti e l'esistenza di ragioni impeditive alla discussione (n.d.r. sul significato ermeneutico di ragioni impeditive si rinvia a quanto sarà di seguito precisato);
- la partecipazione della sola parte onerata all'attivazione della procedura di mediazione in caso di assenza della controparte.

L'orientamento del Tribunale risulta corroborato dai seguenti elementi.



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.

Peraltro, 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.

L'interpretazione di questo giudicante:

-è coerente con la finalità pubblicistica della normativa che è quella di predisporre un effettivo sistema alternativo di soluzione delle controversie dirette a deflazionare e a rendere più efficiente il sistema giudiziario;

-consente di individuare, in conformità alla dottrina del "giusto rimedio",¹ la sanzione della improcedibilità quale misura ragionevole e proporzionata rispetto alla necessità di assicurare l'effettivo inizio della mediazione con la comparizione delle parti dinanzi all'organismo conciliatore.

2.1.3. Terza questione: se è necessario, ai fini della verifica della condizione di procedibilità, che la parte attrice partecipi personalmente all'incontro di mediazione.

La disposizione di cui all'art. 5 DLgs 28/10, secondo cui la condizione di procedibilità si considera avverata se il primo incontro si conclude senza l'accordo, deve essere letta congiuntamente all'art. 8 Dlgs cit che prescrive la necessaria presenza delle parti al primo incontro e a quelli successivi, stabilendo, in caso di assenza senza giustificati motivi, l'applicazione di determinate sanzioni e, precisamente, la valutazione del comportamento delle parti ai sensi dell'art. 116 co. 2 c.p.c. e la condanna al pagamento dell'importo del contributo unificato.

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.²

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

La lettura combinata delle disposizioni di cui agli artt. 5, 8 DLgs cit., interpretate secondo la metodologia indicata, determina come risultato ermeneutico che:

-l'omessa partecipazione di parte attrice o di un suo delegato al primo incontro è sanzionata con l'improcedibilità della domanda. Infatti, gli artt. 5,8 DLgs cit. nel prescrivere la necessità ai fini della procedibilità della domanda che si tenti il raggiungimento dell'accordo al primo incontro al quale deve partecipare l'attore, personalmente (o tramite delegato), determina, sul piano logico, la conclusione che al primo incontro la parte attrice (personalmente o tramite delegato) deve partecipare necessariamente essendo, altrimenti, impossibile la conciliazione della lite. Inoltre, con riferimento alla mediazione da attivare da parte di persone giuridiche e, in particolare, di banche, è assolutamente necessaria la partecipazione del r.l. o di soggetti che, inseriti nell'organizzazione dell'impresa, abbiano contezza del

¹ È stato affermato in letteratura con riferimento alla dottrina del "giusto rimedio" in ambito contrattuale che: "*I rimedi sono funzione del giudizio sull'efficienza regolativa della legislazione sulla contrattazione: si scelgono soltanto se funzionano, non se suonano bene nelle categorie contrattuali ricevute dalla tradizione. Hanno legittimazione regolativa e non dogmatica*".

² 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 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*".



programma commerciale (come l'erogazione di finanziamenti e la conseguente riscossione dei crediti e i limiti di solvibilità dei clienti) dell'ente e dell'incidenza sullo stesso e sui relativi utili della singola transazione ;

-l'omessa partecipazione del convenuto (personalmente o tramite delegato) **al primo incontro** è sanzionata con la valutazione da parte del giudice del comportamento ai sensi dell'art. 116 co. 2 c.p.c. e con la condanna al pagamento dell'importo del contributo unificato. Invero, sarebbe illogico interpretare la norma collegando la sanzione dell'improcedibilità della domanda di parte attrice al comportamento del convenuto e alla sua inerzia con l'omessa partecipazione al primo incontro (cfr. Cass. sente 8473/19 secondo cui: “ (n.d.r. L'organismo di mediazione) *Non andrà in ogni caso avanti, dando atto dell'esito negativo della mediazione, se il potenziale convenuto non compare, o se compare e dichiara di non essere interessato alla mediazione. Di questo comportamento si potrà eventualmente tenere conto nel successivo giudizio, come prevede il comma 4 bis dell'art. 8*”);

-l'omessa partecipazione senza giustificato motivo di entrambe le parti (personalmente o tramite delegato) **agli incontri successivi al primo** è sanzionata con la valutazione da parte del giudice del comportamento ai sensi dell'art. 116 co. 2 c.p.c. e con la condanna al pagamento dell'importo del contributo unificato. L'interpretazione teleologica e assiologica delle norme, come sopra rappresentata, consente di affermare la necessaria partecipazione personale delle parti.^{3 4}

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 sussistono 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 addotti 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 dimanzi 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 attrici 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 costano 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 l'istituto della mediazione ma anche gli*



Non è condivisibile la conclusione operata in dottrina e in giurisprudenza che considera la partecipazione personale come un mero formalismo.

Invero, come già precisato la partecipazione personale della parte, coadiuvata dal proprio difensore, consente alla stessa una precisa e puntuale valutazione dei propri interessi.

Invece, l'opposta interpretazione che ritiene inutile la comparizione personale delle parti "trasforma" la procedura di mediazione prospettata dal legislatore da efficace strumento di soluzione alternativo delle controversie, in un inutile e defatigante adempimento burocratico.

Questo giudice, seguendo l'orientamento espresso dalla Corte di legittimità con sentenza n. 8473/19, rileva che l'attività di partecipazione alla procedura di mediazione è delegabile atteso che la norma non prevede espressamente il divieto di conferire procura speciale al proprio difensore o a un terzo per la comparizione e la discussione della res controversa (cfr. Cass. sent. 8473/19 che ha affermato: "*La previsione della presenza sia delle parti sia degli avvocati comporta che, ai fini della realizzazione delle condizioni di procedibilità, la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato. Tuttavia, la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. In mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri. Laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare valore alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "*La parte interrogata deve rispondere personalmente*" e il successivo art. 232 che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio): v. Cass. n. 15195 del 2000: "*L'interrogatorio formale non può essere reso a mezzo di procuratore speciale atteso che il soggetto cui è deferito deve rispondere ad esso oralmente e personalmente, in base all'art. 231 c.p.c.*").*

È opportuno rappresentare l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che ha rappresentato, sulla base dell'interpretazione teleologica della normativa di cui al DLgs 28/10, la necessaria comparizione personale della parte attrice al primo incontro dinanzi all'organismo di mediazione ritenendo, tale partecipazione, un atto personalissimo e, quindi, non delegabile tramite conferimento di procura sostanziale, salvo la presenza di giustificati motivi (cfr Tribunale di Ferrara sentenza 28 luglio 2016).

2.1.4. Quarta questione: se nel caso in cui si ritenga che la parte possa delegare altro soggetto per partecipare alla procedura di mediazione sia sufficiente una procura generica ovvero una procura specifica con riferimento alla mediazione e senza obbligo di rendiconto ovvero con clausola di dare per rato e fermo l'operato del delegato.

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 giudice 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 acclarato 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".



Per quanto concerne la quarta questione, il Tribunale ritiene che le finalità privatistiche e pubblicistiche della normativa dettata dal DLgs 28/10 consentono di ritenere che le parti devono conferire pieni poteri di transigere il giudizio che si traduce nel conferimento di una procura senza obbligo di rendiconto.

È utile rimarcare che la Corte di legittimità con la sentenza n. 8473/19 ha prescritto la necessità di apposita procura speciale con la quale la parte deve attribuire espressamente il potere di transigere il giudizio in sede di mediazione (Cass. sent. 8473/19: *“Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all’art. 84). Quindi il potere di sostituire a sè stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale. Ne consegue che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione, in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge, non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benchè possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale.*

Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perchè il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore. Perciò, la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell’avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista”.)

Il principio di effettività della mediazione, impone che la parte delegata abbia:

-piena contezza dei fatti di causa;

-pieni poteri di transigere la controversia con conseguente dispensa dall’obbligo di rendiconto (nel senso che è necessario che la parte delegata abbia contezza dei fatti e la piena capacità di disporre del diritto controverso cfr. Cass. 8473/19: *“Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all’art. 84). Quindi il potere di sostituire a sè stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale”.*)

2.1.5. Quinta questione: la natura delle ragioni che le parti devono rappresentare come elementi ostativi allo svolgimento della procedura di mediazione.

Questo giudicante, con riferimento alla questione sopra indicata, ritiene che le finalità perseguite dal legislatore impongono di sostenere che le ragioni ostative all’inizio della procedura possono essere esclusivamente oggettive e, comunque, non possano 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.

Infine, deve escludersi che la locuzione “circostanze impeditive” utilizzata dal legislatore possa essere interpretata (anche) come convinzione delle parti della fondatezza sul piano giuridico della propria pretesa, invero, se si seguisse tale orientamento si verterebbe a un risultato ermeneutico irragionevole: il legislatore porrebbe la controversia giudiziaria, quindi, la convinzione delle parti della fondatezza giuridica della propria difesa, sia come presupposto della procedura di mediazione sia come circostanza impeditiva della stessa.

In senso contrario la Corte di legittimità ha affermato con sentenza 8473/19 che: *“Quindi, è richiesta l’attivazione del procedimento di mediazione, la scelta del mediatore, la convocazione della controparte; è richiesta oltre la comparizione personale davanti al mediatore (con le possibilità alternative sopra enunciate) e la partecipazione al primo incontro, nel corso del quale la parte riottosa può liberamente convincersi di provare effettivamente e fino in fondo la strada*



della soluzione alternativa alla controversia. Non può invece ritenersi che al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità sia necessario pretendere dalla parte anche un impegno in positivo ad impegnarsi in una discussione alternativa rispetto al giudizio”.

La Corte di Cassazione ha motivato il proprio assunto affermando: “*Sia l’argomento letterale - il testo dell’art. 8 - che l’argomento sistematico la necessità di interpretare la presente ipotesi di giurisdizione condizionata in modo non estensivo, ovvero in modo da non rendere eccessivamente complesso o dilazionato l’accesso alla tutela giurisdizionale - depongono nel senso che l’onere della parte che intenda agire in giudizio (o che, avendo agito, si sia vista opporre il mancato preventivo esperimento della mediazione e sia stata rimessa davanti al mediatore dal giudice) di dar corso alla mediazione obbligatoria possa ritenersi adempiuto con l’avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all’esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione”.*

Il Tribunale ritiene di dissentire dal metodo di analisi sopra indicato invero si deve procedere, conformandosi ai più recenti orientamenti dottrinali che si sono affermati nella materia della metodologia giuridica, secondo criteri di interpretazione di tipo teleologico e assiologico controllando tramite i canoni di congruità, proporzionalità e ragionevolezza i risultati dell’attività ermeneutica.

Le necessarie premesse sul piano metodologico sono le seguenti:

-devono individuarsi tutte le norme, costituite da regole e principi, applicabili al caso concreto in ragione degli interessi in gioco.

-si deve verificare il rapporto di compatibilità tra le norme (la valutazione di compatibilità tra due norme implica la ricerca della ratio della norma e della funzione dell’istituto. Questa operazione interpretativa non può escludere nessuna disposizione che possa contribuire ad individuare i principi che giustificano la norma e gli interessi che questa mira a tutelare. La compatibilità ha una forza espansiva che concerne tutto il tessuto normativo al centro del quale si pongono i principi identificativi del sistema, tale controllo di compatibilità ha un contenuto positivo secondo la funzione promozionale del diritto e non si esaurisce nel principio di non contraddizione: non basta verificare l’assenza di un contrasto o di una contraddizione perché l’interprete è chiamato a individuare secondo un giudizio di congruità le norme compatibili e a individuare e applicare il regolamento più adeguato, modulandolo, alla gerarchia assiologica che opera sempre anche tra norme non contrastanti). La compatibilità è un giudizio che caratterizza l’attività interpretativa poiché consiste nella ricerca della ratio legis, della funzione degli istituti e nella valutazione degli interessi in gioco e della peculiarità del caso concreto essa, quindi, non si limita nel sistema vigente, caratterizzato dalla pluralità delle fonti e dalla complessità dei rapporti di gerarchia tra le stesse, a un giudizio di non contraddizione ma è diretta ad accertare la conformità ai principi e ai valori del sistema. Il significato e la portata applicativa della norma si attribuisce alla luce del confronto con una o più norme partendo dai principi dei quali sono espressione avvalendosi di tutti i criteri interpretativi possibili in particolare della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità;

-si deve procedere secondo un criterio di ragionevolezza, l’interpretazione deve essere diretta all’individuazione di una regola che sia coerente con i principi identificativi del sistema normativo. L’interpretazione deve avere un contenuto etico-assiologico, di conformità ai principi normativi e quindi ai valori giuridici;

-si deve procedere secondo un criterio di proporzionalità, l’interpretazione deve essere diretta alla individuazione di una regola strumentale alla massima realizzazione dei valori (in questo senso la proporzione è il quantum della ragionevolezza) in gioco ovvero al suo temperamento. Connaturato al criterio di proporzionalità è la tecnica del bilanciamento che deve avvenire tramite diversi passaggi:1) il sacrificio di un bene deve essere necessario per garantire la tutela di un bene di preminente valore costituzionale (per esempio, certezza e stabilità delle relazioni giuridiche); 2) a parità di effetti, si deve optare per il sacrificio minore; 3) deve essere tutelata la parte che non versa in colpa; 4) se entrambe le parti non sono in colpa, il bilanciamento avviene imponendo un onere di diligenza - o, comunque, una condotta (attiva o omissiva) derivante da un principio di precauzione - alla parte che più agevolmente è in grado di adempiere (cfr. SSUU 24822/15).



Tanto premesso, questo giudicante osserva che, rispetto all'orientamento espresso da questo tribunale, la sentenza in esame della Corte di legittimità, non ha tenuto conto della tecnica di bilanciamento tra il diritto di difendersi in giudizio, l'interesse generale di limitare il contenzioso dinanzi all'autorità giudiziaria tutelando, in modo mediato, l'efficienza del sistema giudiziario e perseguendo, 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.

Invero, appare coerente con la finalità delle norme sulla procedura di mediazione, in particolare con quelle finalità privatistiche e pubblicistiche citate, fissare un onere per la parte di esplicitare le motivazioni per le quali ritiene necessaria e insostituibile l'utilità che si propone di perseguire tramite la pronuncia giurisdizionale, fissando, in caso di violazione di tale onere la semplice improcedibilità della domanda dinanzi all'autorità giudiziaria.

Peraltro, la stessa Corte di legittimità con la sentenza n. 8473/19 ha affermato: *“Non costituisce per contro idonea modalità di svolgimento della mediazione la mera comunicazione di aver sondato l'altra parte ed avere concordemente escluso la possibilità di addivenire ad un accordo, perché in questo modo si elude l'onere di comparire personalmente davanti al mediatore e di partecipare al primo incontro”* prescrivendo, in questo modo l'effettività della discussione.

2.2. Tanto premesso sul piano dell'interpretazione della normativa indicata, il Tribunale rileva, con riferimento al presente giudizio, che non si è verificata la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 co. 2 bis D.lgs. 28/10 atteso che

-parte opposta non ha partecipato personalmente o tramite procura speciale con rappresentante munito di pieni poteri di transigere la lite. Invero parte opposta ha partecipato alla procedura di mediazione tramite il p. Avv. al quale tuttavia non son stati conferiti speciali poteri per conciliare la controversia;

parte opponente non ha proposto autonomo domanda di mediazione in ordine alla propria domanda e neppure risulta averne discusso la conciliabilità in sede di mediazione.

Come è stato sopra precisato, il Tribunale ritiene che le finalità privatistiche e pubblicistiche della normativa dettata dal DLgs 28/10 consentono di ritenere che le parti devono conferire pieni poteri di transigere il giudizio che si traduce nel conferimento di una procura senza obbligo di rendiconto.

È utile rimarcare che la Corte di legittimità con la sentenza n. 8473/19 ha prescritto la necessità di apposita procura speciale con la quale la parte deve attribuire espressamente il potere di transigere il giudizio in sede di mediazione (Cass. sent. 8473/19: *“Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all'art. 84). Quindi il potere di sostituire a sè stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale. Ne consegue che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione, in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge, non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benchè possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale.*

Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perchè il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore. Perciò, la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista”).

Il principio di effettività della mediazione, impone che la parte delegata abbia:

-piena contezza dei fatti di causa;

-pieni poteri di transigere la controversia con conseguente dispensa dall'obbligo di rendiconto (nel senso che è necessario che la parte delegata abbia contezza dei fatti e la piena capacità di disporre del diritto controverso cfr. Cass. 8473/19: *“Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere*



mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all'art. 84). Quindi il potere di sostituire a se stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale”) ovvero una clausola che contenga chiaramente una preventiva convalida dell’operato del rappresentato. Opinare in senso contrario significa creare, tramite l’interpretazione della normativa di cui al Dlgs 28/10, una regola giuridica in base alla quale si ammettono alla procedura di mediazione persone che sono estranee agli interessi sostanziali in contestazione e che non hanno il potere pieno di valutare una soluzione transattiva che soddisfi gli interessi oggetto della contesa giudiziale. Si tratterebbe di una regola di “diritto vivente” assolutamente contraria allo spirito del Dlgs 28/10 e al principio di effettività della mediazione. Peraltro, si deve sottolineare che la parti non hanno indicato le ragioni ostative all’inizio della procedura che possono essere esclusivamente oggettive e, comunque, non possano ridursi alla mera volontà delle parti di voler procedere alla regolazione in sede giudiziale della propria lite.

Infatti, come sopra rilevato, 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.

4. Spese processuali.

Il Tribunale, ai sensi dell’art. 91 c.p.c., in ragione del rigetto per improcedibilità della domanda:

- dichiara irripetibili le spese del procedimento monitorio;
- compensa per un terzo le spese di lite e condanna S.r.l., a pagare in favore dell’avv. _____, dichiaratosi antistatario la somma di euro 2.600, oltre spese generali, Iva e Cassa come per legge, CU e bollo. spese del giudizio di opposizione.

P.Q.M.

Il tribunale di Napoli Nord, nella persona del giudice dott. A. S. Rabuano,

- revoca il decreto ingiuntivo n. 3605/2018, emesso nei confronti dal Tribunale di Napoli Nord;
- dichiara improcedibili le domande formulate da parte opposta:
- dichiara irripetibili le spese di lite del processo monitorio;
- condanna S.r.l., a pagare in favore dell’avv. _____, dichiaratosi antistatario la somma di euro 2.600, oltre spese generali, Iva e Cassa come per legge, CU e bollo.

Aversa, 20 luglio 2020

Il Giudice
Dr. A. S. Rabuano

