

Tribunale, Vasto, ordinanza riservata 06/12/2016

*In caso di mediazione obbligatoria, quando la parte invitata, senza partecipare alle attività informative e di interpellanza da espletarsi al primo incontro, annuncia per iscritto la propria assenza, provvedendo ad illustrare le ragioni che la inducono a decidere di non voler iniziare una mediazione, si deve ritenere che il dissenso così manifestato non sia stato validamente espresso, perché – a prescindere dalla validità delle argomentazioni giustificative – la parte non si è posta nelle condizioni di esprimere una volontà consapevole ed informata.*

### **La questione**

In una controversia in materia di contratti bancari, assoggettata quindi all'**obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione**, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ex art. 5, comma 1-bis, **d.lgs. n. 28/10** la banca convenuta, costituitasi in giudizio:

- veniva ritualmente invitata a prendere parte alla mediazione;
- tuttavia, non si presentava all'incontro all'uopo fissato dal mediatore;
- faceva pervenire alla segreteria dell'organismo di mediazione una comunicazione a mezzo p.e.c. con la quale:
  - a) esponeva la propria intenzione di non partecipare all'incontro;
  - b) illustrava in una lettera allegata le ragioni della decisione di rimanere assente.

Quali sono le **conseguenze** di tale condotta?

### **Sull'assenza ingiustificata al primo incontro di mediazione**

Tale condotta, afferma la pronuncia in commento, integra **assenza ingiustificata della parte invitata**, con relativo rischio di subire le **conseguenze sanzionatorie**, sia sul piano processuale che su quello pecuniario, previste dall'art. 8, comma 4-bis, **d.lgs. n. 28 del 2010**.

Ciò in quanto, secondo la *ratio* dell'art. 8 cit. sullo svolgimento del procedimento di mediazione, la **partecipazione delle parti, sia al primo incontro che agli incontri**

**successivi**, rappresenta - illustra il Giudice – “ *una condotta assolutamente doverosa, che le stesse non possono omettere, se non in presenza di un giustificato motivo impeditivo che abbia i caratteri della absolutezza e della non temporaneità*”. Di conseguenza, **la prassi di anticipare per iscritto il proprio rifiuto di partecipare al primo incontro costituisce un atto di mera cortesia, privo di alcuna idoneità a giustificare l'assenza della parte.**

Quanto, poi, alla enunciazione dei motivi della mancata partecipazione, l'ordinanza in commento osserva che nell'attuale sistema normativo “*non è mai consentito alle parti di anticipare la discussione sul tema della possibilità di avviare la mediazione, senza avere prima partecipato personalmente al primo incontro e recepito le informazioni che il mediatore è tenuto a dare circa la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione*”.

### **Sulla validità del diniego del consenso ad intraprendere un percorso di mediazione**

Quando, allora, il **diniego del consenso ad intraprendere un percorso di mediazione** può essere validamente espresso?

La pronuncia in commento risponde all'interrogativo illustrando che, a tali fini, la manifestazione di volontà negativa che la parte esprime deve essere:

- a) preceduta da un'**adeguata opera di informazione del mediatore** circa:
  - i. la **ratio** dell'istituto;
  - ii. le **modalità di svolgimento** della procedura;
  - iii. i possibili **vantaggi** rispetto ad una soluzione giudiziale della controversia;
  - iv. i **rischi** ragionevolmente prevedibili di un eventuale dissenso;
  - v. l'esistenza di efficaci **esiti alternativi del conflitto**.
- b) supportata da **adeguate ragioni giustificatrici** che siano:
  - i. **pertinenti** rispetto al merito della controversia;
  - ii. dotate di **plausibilità logica**, prima ancora che **giuridica**.

Su tale ultimo aspetto, il Giudice aderisce all'orientamento per cui non integrano detta ragione giustificatrice quelle fondate sulla convinzione della insuperabilità dei motivi di contrasto (cfr., sul punto, precedente pronuncia di questo tribunale sulle caratteristiche del rifiuto di proseguire oltre il primo incontro – Trib. Vasto, ord. 23.04.2016).

Conclude quindi sul punto l'ordinanza in commento affermando che *“il dissenso alla mediazione, ai fini della sua validità, deve essere non solo **personale**, ma anche **consapevole, informato** e, soprattutto, **motivato**”*.

Pertanto, *“quando la parte invitata, **senza partecipare alle attività informative e di interpellanza da espletarsi al primo incontro**, annuncia per iscritto la propria assenza, provvedendo ad illustrare le ragioni che la inducono a decidere di non voler iniziare una mediazione, si deve ritenere che **il dissenso così manifestato non sia stato validamente espresso**, perché – a prescindere dalla validità delle argomentazioni giustificative – **la parte non si è posta nelle condizioni di esprimere una volontà consapevole ed informata***.

Ne deriva, conclude sul punto il Giudice, che *“l'**organismo di mediazione non è tenuto a prendere in considerazione o ad esaminare nel merito detta comunicazione scritta**, se non a fini strettamente attinenti a profili organizzativi e logistici per la celebrazione del primo incontro”*.

### **Sulla sanzione pecuniaria da irrogarsi nel caso di specie**

Tutto ciò premesso, nel caso di specie si è quindi realizzata, da parte della banca, un'ipotesi di mancata partecipazione senza giustificato motivo alla mediazione, ricorrendo di conseguenza i presupposti per adottare, ai sensi dell'art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. cit. una pronuncia di condanna della stessa al **versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio**.

Difatti, **non avendo il mediatore, nel verbale di mediazione, dato conto dei motivi della mancata partecipazione** della banca al primo incontro, illustrati nella lettera allegata alla comunicazione inviata alla segreteria dell'organismo, **può ragionevolmente ritenersi** – si afferma nell'ordinanza in commento – **che le ragioni della mancata partecipazione al primo incontro vertessero sul merito della controversia**.

Ciò, sulla base delle seguenti considerazioni:

se si fosse trattato di ragioni **oggettivamente impeditive** della volontà della parte di essere presente, il mediatore avrebbe avuto il dovere professionale:

- di darne atto nel verbale;

- di adottare ogni opportuna iniziativa finalizzata ad assicurare la presenza personale della stessa (ad esempio disponendo – se necessario – un rinvio del primo incontro: cfr. Trib. Vasto, ord. 23.06.2015);

in ragione dell'oggetto della controversia (accertamento della usurarietà dei tassi di interesse praticati nel contratto di mutuo) e della natura della parte invitata (istituto bancario),

Le ragioni della mancata partecipazione al primo incontro illustrati nella lettera allegata alla comunicazione della banca, conclude il Giudice, **non possono essere utilmente addotte dalla banca a giustificazione del proprio rifiuto di partecipare al primo incontro** e, tantomeno, di iniziare la mediazione, atteso che:

- dette ragioni vertono, per quanto detto, sul merito della controversia (vale quindi quanto sin qui esposto);
- il dissenso appare fondato su argomentazioni delle quali non è possibile apprezzare la portata giustificativa;
- il dissenso non è stato preceduto dalla necessaria attività di informazione ed interpellanza riservata al mediatore al primo incontro;
- non è dato sapere se il dissenso in questione è stato espresso dalla parte personalmente (come la legge impone di fare) ovvero dal suo difensore (nel qual caso, sussisterebbe un ulteriore vizio di validità del dissenso).

La banca va quindi condannata alla **sanzione pecuniaria** in questione, la quale, prescindendo del tutto dall'esito del giudizio, può essere **irrogata anche in corso di causa**.

**TRIBUNALE DI VASTO  
ORDINANZA RISERVATA 6 DICEMBRE 2016**

IL GIUDICE

Dott. Fabrizio Pasquale

A scioglimento della riserva assunta nel procedimento iscritto al n. \_\_\_\_\_ R.G.A.C.;

LETTI gli atti e la documentazione di causa;

LETTE le richieste formulate dalle parti all'udienza del 05.12.2016;

**OSSERVA**

1. Il giudizio introdotto da \*\*\*\*\* ha ad oggetto una domanda di accertamento della nullità di un contratto di mutuo per applicazione di tassi di interesse usurari e, pertanto, rientra nel novero delle controversie in materia di contratti bancari e finanziari, per le quali l'art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28/10 impone il previo esperimento del procedimento di mediazione, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

2. Dal verbale del primo incontro di mediazione prodotto dall'attore, emerge che la banca odierna convenuta, costituitasi nel presente giudizio e ritualmente invitata a prendere parte alla mediazione, non si è presentata all'incontro all'uopo fissato dal mediatore, limitandosi a far pervenire alla segreteria dell'organismo di mediazione una comunicazione a mezzo p.e.c. con la quale esponeva la propria intenzione di non partecipare all'incontro ed illustrava in una lettera allegata le ragioni della decisione di rimanere assente.

A tale riguardo, è opportuno precisare che la condotta della parte che non si reca al primo incontro di mediazione e si limita a rappresentare per iscritto all'organismo di mediazione la decisione di non partecipare allo stesso, eventualmente anche illustrandone le ragioni, va interpretata alla stregua di una assenza ingiustificata della parte invitata, che la espone al rischio di subire le conseguenze sanzionatorie, sia sul piano processuale che su quello pecuniario, previste dall'art. 8, comma 4 bis, del D. Lgs. n. 28/10. Questo perché, nello spirito della norma che disciplina lo svolgimento del procedimento di mediazione (art. 8), la partecipazione delle parti, sia al primo incontro che agli incontri successivi, rappresenta una condotta assolutamente doverosa, che le stesse non possono omettere, se non in presenza di un giustificato motivo impeditivo che abbia i caratteri della absolutezza e della non temporaneità.

Posta in questi termini l'obbligatorietà della partecipazione, deve ritenersi che la prassi, talora adottata dalla parte invitata, di anticipare per iscritto il proprio rifiuto di partecipare al primo incontro, costituisce un atto di mera cortesia, che però non ha alcuna idoneità a giustificare la deliberata assenza della parte e ad esonerarla dalle conseguenti responsabilità.

Quanto, poi, alla enunciazione dei motivi della mancata partecipazione, ove essi – come sovente accade – non riguardino le cause che impediscono oggettivamente alla parte (che pure vorrebbe, ma non ha la materiale possibilità) di essere presente al primo incontro, ma invece concernino le ragioni per cui la stessa ritenga di non volere iniziare la procedura di mediazione, occorre chiarire che, nell'attuale sistema normativo, non è mai consentito alle parti di anticipare la discussione sul tema della possibilità di avviare la mediazione, senza avere prima partecipato personalmente al primo incontro e recepito le informazioni che il mediatore è tenuto a dare circa la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione.

In altri termini, il diniego del consenso ad intraprendere un percorso di mediazione può essere validamente espresso solo se la manifestazione di volontà negativa che la parte esprime sia: a) innanzitutto, preceduta da un'adeguata opera di informazione del mediatore circa la *ratio* dell'istituto, le modalità di svolgimento della procedura, i possibili vantaggi rispetto ad una soluzione giudiziale della controversia, i rischi ragionevolmente prevedibili di un eventuale dissenso e l'esistenza di efficaci esiti alternativi del conflitto; b) per altro verso, supportata da adeguate ragioni giustificatrici che siano non solo pertinenti rispetto al merito della controversia, ma anche dotate di plausibilità logica, prima ancora che giuridica, tali non essendo, ad esempio, quelle fondate sulla convinzione della insuperabilità dei motivi di contrasto (cfr., sul punto, precedente pronuncia di questo tribunale sulle caratteristiche del rifiuto di proseguire oltre il primo incontro – Trib. Vasto, ord. 23.04.2016).

Parafrasando una terminologia invalsa in ambito medico, il dissenso alla mediazione, ai fini della sua validità, deve essere non solo personale, ma anche consapevole, informato e, soprattutto, motivato.

Orbene, quando la parte invitata, senza partecipare alle attività informative e di interpellanza da espletarsi al primo incontro, annuncia per iscritto la propria assenza, provvedendo ad illustrare le ragioni che la inducono a decidere di non voler iniziare una mediazione, si deve ritenere che il dissenso così manifestato non sia stato validamente espresso, perché – a prescindere dalla validità delle argomentazioni giustificative – la parte non si è posta nelle condizioni di esprimere una volontà consapevole ed informata.

Ne deriva che l'organismo di mediazione non è tenuto a prendere in considerazione o ad esaminare nel merito detta comunicazione scritta, se non a fini strettamente attinenti a profili organizzativi e logistici per la celebrazione del primo incontro.

3. Sulla scorta delle considerazioni innanzi espresse, va rilevato che, nel caso in esame, la banca non ha partecipato al primo incontro ed ha illustrato i motivi di tale scelta in una lettera allegata alla comunicazione inviata alla segreteria dell'organismo di mediazione, del cui contenuto, però, il mediatore non ha dato conto nel verbale del primo incontro.

Posto che, se si fosse trattato di ragioni oggettivamente impeditive della volontà della parte di essere presente, il mediatore avrebbe avuto il dovere professionale, non solo di darne atto nel verbale, ma anche di adottare ogni opportuna iniziativa finalizzata ad assicurare la presenza personale della stessa, ad esempio disponendo – se necessario – un rinvio del primo incontro (cfr., in tal senso, Trib. Vasto, ord. 23.06.2015, in tema di obblighi di verbalizzazione e di attivazione del mediatore), può ragionevolmente ritenersi, anche in considerazione dell'oggetto della controversia (accertamento della usurarietà dei tassi di interesse praticati nel contratto di mutuo) e della natura della parte invitata (istituto bancario), che le ragioni della mancata partecipazione al primo incontro vertessero sul merito della controversia e, come tali, non potevano – per le ragioni innanzi esposte – essere utilmente addotte dalla banca a giustificazione del proprio rifiuto di partecipare al primo incontro e, tantomeno, di iniziare la mediazione, atteso che il dissenso non solo appare fondato su argomentazioni delle quali non è possibile apprezzare la portata giustificativa, ma - prima ancora - non è stato preceduto dalla necessaria attività di informazione ed interpellanza riservata al mediatore al primo incontro ed, per di più, non è dato sapere se è stato espresso dalla parte personalmente (come la legge impone di fare) ovvero dal suo difensore (nel qual caso, sussisterebbe un ulteriore vizio di validità del dissenso).

4. Per tali motivi, visto che la parte invitata non ha partecipato senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, ricorrono i presupposti per adottare, ai sensi dell'art. 8, comma 4 bis, del D. Lgs. n. 28/10, una pronunciata di condanna della stessa (che si è ritualmente costituita in giudizio) al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. La lettera della citata disposizione, in virtù dell'uso da parte del legislatore del tempo indicativo presente, induce a ritenere obbligatoria la pronuncia di condanna in questione ogniqualvolta la parte che non ha partecipato al procedimento non fornisca una idonea giustificazione alla propria condotta.

Sulla questione della applicabilità della predetta disposizione anche in corso di causa, questo giudicante ritiene che l'irrogazione della sanzione pecuniaria prescinda del tutto dall'esito del giudizio e non sia necessariamente subordinata alla decisione del merito della controversia. Conformemente a quanto affermato da una parte della giurisprudenza di merito (cfr., Trib.

Termini Imerese, 09/05/2012; Trib. Mantova, 22/12/2015), la sanzione pecuniaria in questione può, dunque, ben essere irrogata anche alla prima udienza o, comunque, in un momento temporalmente antecedente rispetto alla pronuncia del provvedimento che definisce il giudizio.

5. In disparte della irrogazione della sanzione pecuniaria, questo giudice si riserva di valutare la condotta della banca di ingiustificata renitenza alla mediazione, sia ai fini della ammissione di eventuali mezzi di prova che ai fini della successiva decisione della causa, ai sensi degli artt. 116, secondo comma e 96, terzo comma, c.p.c., tanto più alla luce del successivo comportamento processuale assunto dalla banca convenuta, che in prima udienza ha chiesto, unitamente all'attore, un rinvio per effettuare un tentativo di definizione bonaria della causa, così manifestando un atteggiamento di apertura ad un possibile esito conciliativo della controversia, che avrebbe dovuto trovare la sua sede naturale di sperimentazione non all'interno del processo, bensì nell'ambito della procedura di mediazione, nella quale le parti potevano cogliere l'opportunità di arrivare ad una soluzione concordata del conflitto con possibilità di successo sicuramente maggiori di quelle raggiungibili nel corso del processo.

6. A prescindere dalle questioni relative alla procedura di mediazione obbligatoria, va rilevato che le parti hanno chiesto, alla scorsa udienza, la fissazione dei termini di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c. e che la richiesta deve essere accolta.

Si reputa, in ogni caso, opportuno, anche alla luce della proposta conciliativa formulata a verbale dall'attore all'udienza del 05.12.2016, sollecitare le parti a considerare l'opportunità e a valutare i vantaggi di una definizione transattiva della controversia, dalla quale deriverebbe la possibilità non solo di sottrarsi all'inevitabile alea del giudizio, ma anche di pervenire ad una immediata definizione della lite, evitando il prevedibile prolungamento dei tempi del processo e l'ulteriore aggravio di spese processuali.

#### **Per Questi Motivi**

**disattesa ogni diversa richiesta, così provvede:**

**CONDANNA la convenuta \*\*\*\*\* al versamento, in favore dell'Erario, della somma di € 237,00, pari all'importo del contributo unificato dovuto per il presente giudizio, in conseguenza della ingiustificata mancata partecipazione al procedimento obbligatorio di mediazione;**

**ASSEGNA alle parti i seguenti termini perentori, decorrenti dal 12/12/2016:**

- a) termine di trenta giorni, per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;**
- b) termine di ulteriori trenta giorni, decorrente dalla scadenza del termine sub a), per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e delle produzioni documentali;**
- c) termine di ulteriori venti giorni, decorrente dalla scadenza del termine sub b), per le sole indicazioni di prove contrarie;**

**ASSEGNA alle parti termine di ulteriori dieci giorni, decorrente dalla scadenza del termine sub c), per depositare in cancelleria note contenenti una specifica proposta di definizione conciliativa della lite, da sottoporre all'esame della controparte;**

**INVITA le parti, per la prossima udienza, a prendere precisa posizione sulla proposta e ad esplicitare le ragioni di un eventuale rifiuto, di cui il Giudice terrà conto ai fini della**

**condanna alle spese, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., come modificato dall'art. 45, comma 10, legge 18 giugno 2009, n. 69;**

**RINVIA la causa all'udienza del 22/05/2017, ore 11:00, per la verifica delle condizioni di una possibile conciliazione o, in difetto, per la discussione orale sull'ammissione dei mezzi istruttori e per l'adozione dei provvedimenti per l'ulteriore impulso del processo.**

**MANDA alla Cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti.**

Vasto, 6 dicembre 2016.

IL GIUDICE

*dott. Fabrizio Pasquale*