

Tribunale Ordinario di Verona

TERZA SEZIONE CIVILE

Ordinanza 28 settembre 2017

N. 9316/2015 R.G.

Tribunale Ordinario di Verona

TERZA SEZIONE civile

Il giudice dott. Massimo Vaccari

Ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Nella causa tra Y. X. con l'avv. ROMANO GIULIO

Contro

BANCO POPOLARE SOCIETA' COOPERATIVA con l'avv. CALDANA MASSIMO

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 26 settembre 2017

Rilevato che

Con la sentenza n. 457 del 14 giugno 2017 la Corte di Giustizia Ue si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali che le erano state sottoposte da questo giudice, con ordinanza del 28 gennaio 2016, in ordine ai rapporti tra l'istituto dell'adr dei consumatori, introdotto nel nostro ordinamento con il d.lgs.130/2015, che ha recepito la direttiva 2013/11, e quello della mediazione obbligatoria di cui al d.lgs. 28/2010.

Si tratta ora di valutare le ricadute di tale articolata decisione sull'ulteriore corso del presente giudizio ed in particolare sul procedimento di mediazione, al quale esso è soggetto ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, d.lgs. 28/2010 e il cui mancato esperimento è stato rilevato dalla difesa degli attori oppositori già in atto di citazione.

Sul punto, occorre innanzitutto evidenziare che la Corte Ue ha chiarito che la direttiva n. 11/2013 non si applica a tutte le controversie che coinvolgono consumatori, ma soltanto alle procedure che soddisfino i seguenti requisiti:

- 1) la procedura deve essere stata promossa da un consumatore nei confronti di un professionista con riferimento a obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi (nel caso come quello di specie in cui la mediazione sia stata prevista come condizione di procedibilità della domanda giudiziale la verifica va operata rispetto alla parte tenuta ad attivare l'Adr;
- 2) la procedura deve essere indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa;
- 3) la procedura deve essere affidata a un organismo Adr e cioè ad un organismo che, a prescindere dalla sua denominazione, offra la risoluzione di una controversia attraverso una procedura Adr e sia

inserito nell'apposito elenco che deve essere notificato alla Commissione europea.

I giudici comunitari hanno anche affermato che la direttiva 2013/11 può conformare la normativa in materia di mediazione purché il giudice nazionale riscontri la sussistenza dei presupposti sopra indicati, nella procedura già esperita, sulla base di una valutazione ex post, ovvero nelle procedure da esperirsi obbligatoriamente, quale quella che viene in rilievo nel caso di specie, sulla base di una valutazione ex ante.

Orbene, ad avviso di questo giudice, alla luce della disciplina nazionale vigente, il procedimento di mediazione difetta del terzo dei requisiti sopra elencati.

Infatti con riguardo al primo di essi, si deve ribadire, in adesione al convincente orientamento espresso da Cass. 24629/2015, che, nel caso come quello di specie, di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, i soggetti tenuti a promuovere la mediazione sono gli attori opposti.

Al contempo è indubbio che essi rivestano la qualità di consumatori, mentre la convenuta opposta ha la qualità di professionista e che la controversia ha ad oggetto obbligazioni contrattuali. Parimenti si può affermare che la procedura di mediazione presenta le caratteristiche di indipendenza imparzialità, trasparenza, efficacia, rapidità ed equità richieste dalla direttiva 2013/11 poiché è affidata ad organismi iscritti in apposito registro ministeriale.

Nessuno di questi organismi però è specializzato per la trattazione delle procedure sulle controversie bancarie di cui siano parti dei consumatori, con la conseguenza che ad essi non si applica, secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, la direttiva 2013/11.

Occorre peraltro evidenziare che il novellato art. 141, comma 4, cod. consumo, nel recepire la direttiva ADR consumatori, ha precisato che essa si applica anche «agli organismi di mediazione per la trattazione degli affari in materia di consumo iscritti nella sezione speciale di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 ... previa la verifica della sussistenza dei requisiti e della conformità della propria organizzazione e delle proprie procedure alle prescrizioni del presente titolo».

La norma regolamentare succitata però a suo tempo non aveva istituito una “sezione speciale” di organismi specializzati nella materia del consumo bensì due sezioni analoghe (nelle rispettive “parti” del registro destinate agli enti pubblici ed a quelli privati) di elenchi di «mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo» (art. 3, comma 3, D.m. 180/2010).

Ciò ha comportato che, perlomeno fino alla data della pronuncia della Corte di Giustizia, non esistevano organismi iscritti ad una “sezione speciale” del registro ministeriale dediti alla materia del consumo, bensì mediatori iscritti nella sezione dei mediatori “esperti” nella detta materia (ma senza alcuna riserva di competenza) per il singolo organismo nel cui elenco sono inseriti.

Alla luce di quanto appena detto è evidente anche che perlomeno fino a quel momento la direttiva 2013/11 era di fatto inattuata con riguardo alle procedure di ADR, di tipo sia facilitativo che aggiudicativo, aventi lo specifico ambito di cui si è detto.

Qualora nel frattempo si fosse provveduto ad ovviare a tale lacuna e se gli attori, nel termine loro assegnando, adissero un organismo di mediazione avente le caratteristiche sopra elencate la procedura dovrà svolgersi secondo le modalità indicate dalla Corte di Giustizia.

In particolare gli attori-consumatori potranno parteciparvi senza dover essere assistiti da un avvocato e potranno ritirarsi dopo il primo incontro anche in assenza di un giustificato motivo, non

essendo passibili delle conseguenze pregiudizievoli di cui all'art. 8, comma 4, d. lgs. 28/2010.

La Corte di Giustizia nella sentenza citata in premessa ha rimesso a questo giudice (punto 62 della sentenza 457/2017) anche la valutazione sulla compatibilità con il principio comunitario della tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dell'istituto della mediazione obbligatoria, verifica da compiersi sulla scorta dei principi già affermati dalla sentenza Alassini, del 18 marzo 2010, in tema di tentativo di conciliazione obbligatoria per le liti in materia di telecomunicazioni, ed espressamente richiamati nella sentenza 457/2017.

Secondo la Corte un simile giudizio può essere espresso qualora la procedura soddisfi congiuntamente tutte le seguenti condizioni:

- 1) non conduca ad una decisione vincolante per le parti;
- 2) non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale;
- 3) sospenda la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione;
- 4) non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, a patto però che la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e che sia possibile disporre di provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone.

Ciò detto, ad avviso di questo giudice la disciplina nazionale della mediazione obbligatoria, come modificata dal d.l. 98/2013, non rispetta la penultima delle predette condizioni, laddove prevede l'assistenza difensiva obbligatoria (art. 5, comma 1 bis e art. 8, comma 1, d. lgs. 28/2010), poiché una simile modalità di svolgimento comporta dei costi non contenuti per le parti, tenuto conto dei criteri di determinazione del compenso di avvocato attualmente vigenti.

E' vero che, stranamente, alla predetta previsione non è stata accompagnata quella sulle conseguenze della eventuale mancata assistenza difensiva ma, anche senza considerare l'unico precedente noto (Trib. Torino 30 marzo 2016), che ha ritenuto che, a fronte di una simile situazione, la condizione di procedibilità non è realizzata, di fatto gli organismi di mediazione richiedono che le parti si presentino agli incontri assistite dai loro avvocati e non danno corso alla procedura se ciò non accade.

Sul punto è allora opportuno innanzitutto evidenziare come la sentenza n.457/2017, nel ribadire la necessità che la ADR obbligatoria determini costi non ingenti per le parti, non abbia inteso considerare le diverse modalità di svolgimento della procedura che possano essere state previste dalle leggi nazionali, lasciando così intendere che siffatto presupposto è imprescindibile.

Tale osservazione di carattere generale non pare essere smentita dal disposto dell'art. 141 quater, comma 4, lett. b), del d. lgs. 130/2015, che, in attuazione della corrispondente norma della direttiva 2013/11, esclude espressamente che nelle ADR di consumo i consumatori siano obbligati ad avvalersi di un avvocato.

Da esso infatti può desumersi che le norme nazionali che prevedono l'assistenza difensiva obbligatoria, in linea generale, sono compatibili con le procedure di ADR obbligatorie, ma sempre a condizione che non generi costi elevati.

Né potrebbe validamente obiettarsi, al fine di escludere la rilevanza del profilo in esame, che i costi

per l'assistenza difensiva possono essere recuperati dalla parte che, dopo aver preso parte alla mediazione, risulti vittoriosa nel successivo giudizio o, in alternativa, in virtù di una transazione raggiunta con la controparte poiché tali esiti sono incerti nell'an e nel quando mentre ciò che la Corte di Giustizia, con le indicazioni sopra riportate, ha inteso evitare è che ciascuna delle parti che partecipano alla procedura di ADR debba sostenere un onere economico immediato, o meglio sia gravata dalla relativa obbligazione.

Non è dubitabile poi che l'esborso al quale le parti sono tenute nei confronti dei rispettivi legali sia consistente se si considerano, in difetto della evidenza di un accordo sul punto, gli importi dei valori medi di liquidazione fissati dal d.m. 55/2014, sia che si abbia riguardo a quelli previsti per l'attività stragiudiziale, sul presupposto che si tratti di quelli utilizzabili per la liquidazione del compenso per l'assistenza legale in fase di mediazione, sia che si ricorra in via analogica a quelli per l'attività giudiziale.

E' appena il caso di precisare poi che tale valutazione va effettuata ex ante, ossia con riguardo all'ipotesi in cui il procedimento di mediazione si svolga effettivamente, senza arrestarsi al primo incontro.

Pertanto il d.m. 55/2014 non prevede nemmeno un compenso ridotto per l'avvocato che assista la parte in quel solo momento della procedura cosicché per la relativa quantificazione occorre far riferimento sempre ai sopra citati valori medi di liquidazione, da ridursi adeguatamente ma sempre con risultati di una certa consistenza.

Ad un contenimento dei costi di assistenza difensiva non può giovare il carattere ampiamente discrezionale dei parametri poiché esso inevitabilmente determina soluzioni diversificate mentre per raggiungere quell'obiettivo sarebbe necessaria la fissazione per via normativa di importi fissi inderogabili, ovvero una sorta di calmiera, analogamente a quanto è stato previsto per le spese di mediazione.

Palese risulta infatti la differenza del suddetto regime con quello relativo alle modalità di determinazione del compenso per i mediatori atteso che il d.m. 180/2010 ha stabilito marcate riduzioni di esso per i casi in cui la mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 16, comma 4, lettera d], del d.m. n. 180/2010) ed una indennità fissa, di importo esiguo, per l'ipotesi in cui il procedimento si arresti al primo incontro. Tali scelte si giustificano proprio per l'esigenza di contenere dei costi dell'ADR di cui si è detto e risultano quindi anche pienamente compatibili con i principi comunitari.

Le norme che prevedono l'assistenza difensiva obbligatoria nella mediazione obbligatoria invece, essendo fonti di costi non contenuti per le parti, vanno pertanto disapplicate in quanto in contrasto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La copertura costituzionale di esse, che alcuni hanno ravvisato, e che invece ad avviso di questo giudice appare dubbia, non osta a tale conclusione, data la sovra-ordinazione dei principi di diritto dell'UE sulle norme costituzionali.

Alla luce delle superiori considerazioni il procedimento di mediazione potrà svolgersi ma alle parti va rappresentato che potranno parteciparvi senza essere obbligate a farsi assistere da un avvocato, ferma restando la loro facoltà di avvalersi di tale assistenza.

P.Q.M.

Assegna alle parti termine di 15 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza per presentare

l'istanza di mediazione e rinvia la causa all'udienza del 15 febbraio 2018 h.9.30.

Precisa che:

nel caso in cui gli attori adissero un organismo di mediazione avente le caratteristiche proprie dell'Adr del consumo, come meglio esplicitate in motivazione, essi potranno parteciparvi senza dover essere assistiti da un avvocato e potranno ritirarsi dopo il primo incontro anche in assenza di un giustificato motivo, non essendo passibili delle conseguenze pregiudizievoli di cui all'art. 8, comma 4, d. lgs. 28/2010;

nel caso in cui le parti adissero un qualsiasi altro organismo di mediazione potranno partecipare al procedimento senza dover essere assistite da un avvocato, fatta salva la loro facoltà di avvalersi dell'assistenza difensiva.

Verona 28/09/2017

Il Giudice