

Il Mediatore deve verbalizzare “quale mediazione” ha svolto nel primo incontro

Trib. di: Pavia - Ordinanza del: 26-09-2016 - Giudice: Giorgio Marzocchi

Materia: Opposizione a decreto ingiuntivo - Argomento: Avvio procedura di mediazione, Effettivo svolgimento del primo incontro, Primo incontro di mediazione

Il caso Si tratta, appunto, di un'opposizione a d.i., in cui il Giudice, ai sensi dell'art. 5, co. 2, del D.lgs. 28/10 (2. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione) ha esercitato il potere conferitogli dalla legge e, dopo attenta valutazione della mediabilità della questione in ballo, ha inviato le parti in mediazione. Ricordiamo, al riguardo, che il Giudice può effettuare tale scelta anche al di fuori delle materie cosiddette “obbligatorie”, ma che quando invia le parti in mediazione, diviene per esse un obbligo presentare la relativa istanza e come stabilito ormai da moltissimi provvedimenti, partecipare personalmente ed attivamente alla procedura.

Nel caso in esame, prima di aggravare le parti delle di una prova testimoniale delegata, da essi richiesta, il Giudice ha considerato lo stato dell'istruzione, la natura della causa e il comportamento delle parti, rilevando che esse avevano già tentato di definire amichevolmente la lite, e ha statuito che fosse opportuno svolgere un tentativo di definizione amichevole con una procedura di mediazione, anche alla luce degli elementi emersi dall'istruttoria svolta. Di conseguenza, non si è trattato di una decisione presa solo per un estremo tentativo, ma di una scelta ben ponderata, effettuata dopo aver valutato tutti gli elementi previsti dal citato co. 2 e la possibilità che effettivamente la mediazione possa avere buon esito.

Proprio perché ha effettuato detta valutazione, il Giudice non si è limitato ad inviare le parti in mediazione; dapprima, ha ricordato che il tentativo non può considerarsi come una semplice formalità (come ancora accade, anche se in misura sempre minore), da assolversi con la sola partecipazione dei difensori all'incontro preliminare informativo, proprio perché essi, sia in quanto legali sia in quanto mediatori di diritto, sono già ben informati del funzionamento della procedura di mediazione. Di conseguenza, ha poi ribadito che sarà necessaria la partecipazione delle parti personalmente, e la mediazione dovrà essere effettiva: in pratica, le parti devono essere presenti (concetto peraltro abbastanza scontato per chi sa cosa sia la mediazione e come funziona, dato che quello che interessa sono i veri interessi delle parti), assistite – non rappresentate – dai rispettivi difensori sia al primo incontro che a quelli successivi. Secondo l'ordinanza, quindi, da questo si deduce sia che il legale in sede di mediazione obbligatoria (come lo è questa del caso in commento), non può sostituire la parte rappresentandola, ma deve limitarsi ad assisterla, sia che la parte assente personalmente deve giustificare la sua assenza al mediatore al fine di consentirgli, eventualmente, di rinviare l'incontro.

L'ordinanza passa poi a distinguere le ipotesi in cui il primo incontro sia meramente informativo, da quella in cui invece durante detto incontro – come spesso accade nella pratica comune – si abbia invece una discussione del tutto simile ad una mediazione vera e propria, con esposizione delle rispettive posizioni negoziali, incontri separati ed un'effettiva ricerca di una composizione amichevole del conflitto. È chiaro, secondo l'autorevole provvedimento in commento, che in caso di verbale negativo

redatto nel primo caso, cioè con la semplice indicazione dell'avvenuto incontro e della volontà di iniziare la procedura, la condizione di procedibilità non potrà dirsi assoluta; al contrario, sarà necessario che il mediatore verbalizzi, oltre alla presenza delle parti e ai loro eventuali poteri, anche quale parte dichiararsi di non volere o non potere proseguire la mediazione e quali siano gli eventuali ostacoli oggettivi che impediscano la prosecuzione della mediazione.

La condizione di procedibilità, quindi, potrà dirsi avverata solo se il primo incontro si sia sostanziato in un tentativo di mediazione vero e proprio, e per far questo il mediatore dovrà verbalizzare, oltre a quanto detto, quale tipo di attività vi sia stata nel corso del primo incontro, ossia se ci si è fermati all'informazione o se si è entrati nel merito. Solo in questo modo il magistrato sarà in grado di valutare se sia stata superata la condizione di procedibilità o meno.

Infine, il provvedimento del Tribunale di Pavia affronta l'ormai annosa questione relativa all'onere di presentazione dell'istanza di mediazione in caso di opposizione a d.i. Come noto, la Suprema Corte, con la sentenza n. 24629 del 3 dicembre 2015, aveva gravato di tale onere l'opponente, stabilendo che in caso di mancato esperimento del tentativo di mediazione, l'opposizione sarebbe stata dichiarata improcedibile e il decreto ingiuntivo sarebbe divenuto definitivo. Il contrasto, però, non si è affatto definito con questa pronuncia, perché molta giurisprudenza di merito, opportunamente citata nel provvedimento in commento, ha invece posto a carico dell'opposto, in quanto attore sostanziale, l'onere dell'avvio della mediazione, pena la dichiarazione di inefficacia del decreto ingiuntivo opposto.

Per il Tribunale di Pavia, invece, si apre una nuova interessante posizione interpretativa. Infatti, il Giudice premette che in linea generale si conforma all'orientamento della posizione della Suprema Corte, che condivide anche lo scrivente, dato che appare più credibile una soluzione che oneri chi ha veramente interesse a che il giudizio di opposizione non divenga improcedibile. Poi aggiunge, ed è questa l'interessante novità, di ritenere possibile che, per le caratteristiche del giudizio, sia il magistrato a poter scegliere discrezionalmente, caso per caso, quale parte debba essere onerata dell'avvio della mediazione. Questa interpretazione consentirebbe di attribuire certezza ad entrambe le parti sulle conseguenze, sul decreto ingiuntivo opposto (ferma restando l'improcedibilità del giudizio di opposizione) dell'inottemperanza all'ordine del Giudice, superando l'attuale incertezza interpretativa.

Applicando tale interessante principio, del quale avremo modo di verificare in futuro l'applicazione da parte di altri Tribunali, nel caso in esame, valutata approfonditamente la questione, il Giudice ha posto l'onere a carico della parte opposta, precisando che la mediazione possa essere avviata anche dalla parte opponente, e naturalmente ricordando la necessità dell'effettiva presenza delle parti e del reale svolgimento del tentativo; ha poi statuito che, in caso di mancato avvio della mediazione *attiva*, la domanda giudiziale sarà dichiarata improcedibile, e il decreto ingiuntivo revocato, mentre in caso di mancata partecipazione saranno applicate le sanzioni previste dall'art. 8, co. 4-bis, D.Lgs. 28/2010 e dell'art. 116 co. 2, c.p.c.; ha poi invitato la parte più diligente ad allegare l'ordinanza agli atti della mediazione, in modo che il mediatore ne abbia conoscenza, e possa regolarsi di conseguenza nella verbalizzazione, invitandolo, visti gli artt. 8, co. 4-bis, D. Lgs. 28/2010, 116, co. 2, 91 e 96 cpc, a verbalizzare, in caso di primo incontro meramente informativo, quale parte dichiararsi di non poter iniziare la mediazione e quali ostacoli oggettivi ne impediscono l'avvio e in caso di primo incontro non meramente informativo invitandolo a dare atto che il primo incontro ha avuto natura di mediazione vera e propria. Infine, ha rinviato la causa per la verifica dell'esito della procedura di mediazione tramite dell'esame del verbale completo degli incontri di mediazione, invitando le parti a produrlo.

TRIBUNALE DI PAVIA

Il G.U., a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 21.09.2016; vista l'istanza di prosecuzione della prova testimoniale avanzata dalla difesa dell'opponente; visto che occorre esaminare quattro testimoni ammessi, come indicati da parte opponente, tutti residenti nella provincia di Cremona, dispone che la prova testimoniale sia svolta per delega al Tribunale di Cremona. Si riserva tuttavia di fissare il termine per l'espletamento della prova delegata, al fine di non gravare di ulteriori spese legali il presente giudizio, all'esito della procedura di mediazione che viene disposta con la seguente

Ordinanza ex art. 5, co. 2, D.Lgs. 28/2010

Considerato lo stato dell'istruzione, la natura della causa e il comportamento delle parti e dei difensori, ai quali si dà atto che a più riprese nella fase preliminare hanno tentato senza esito di definire amichevolmente la lite;

Ritenuta l'opportunità di consentire alle parti, prima di gravare di ulteriori e significative spese derivanti dalla prova delegata, di svolgere un nuovo tentativo di definizione amichevole con una procedura di mediazione, alla luce anche degli elementi emersi dall'istruttoria finora svolta;

Premesso che il tentativo di mediazione non può considerarsi una mera formalità da assolversi con la sola partecipazione dei difensori all'incontro preliminare informativo che normalmente non è mediazione *attiva*, essendo evidente che i difensori sono già a conoscenza delle informazioni che darà il mediatore sul contenuto e le finalità della procedura di mediazione, come istituita dal D.Lgs. 28/2010 e integrata dalla L. 98/2013, ma sarà necessaria la partecipazione delle parti personalmente o dei rispettivi procuratori speciali a conoscenza dei fatti e muniti del potere di conciliare e dei rispettivi difensori;

Considerato che per la giurisprudenza di merito ormai maggioritaria, la mediazione deve essere effettiva, ovvero le parti sostanziali devono essere presenti personalmente e assistite dai rispettivi difensori sia al primo incontro che agli incontri successivi, dal che se ne deduce sia che il difensore in sede di mediazione obbligatoria non possa rappresentare la parte e sostituirsi ad essa ma debba limitarsi ad assisterla, sia che la parte assente deve giustificare la sua assenza al mediatore, al fine di consentirgli – se ritenuto opportuno – di rinviare l'incontro;

Ritenuto ancora che il primo incontro di una mediazione obbligatoria può avere esclusivamente natura informativa in quanto può essere destinato a consentire al mediatore di informare le parti sulla natura, le finalità e la modalità di svolgimento della procedura avanti a lui e, ove questo si realizzi, si rende necessaria la formulazione della domanda del mediatore alle parti di esprimersi sulla possibilità di dare inizio alla mediazione *attiva*;

Ritenuto per contro che nella prassi non sempre il primo incontro ha un contenuto limitato all'informativa alle parti, ma accade che lo svolgimento del primo incontro abbia uno sviluppo del tutto simile ad una mediazione vera e propria, con esposizione di posizioni negoziali, incontri separati e ricerca di una composizione amichevole del conflitto.

Considerato che in caso di incontro meramente informativo non potrà dirsi svolta la mediazione *attiva* così come disposta nella presente ordinanza e, conseguentemente, non potrà nemmeno essere realizzata la condizione di procedibilità. Diventa in tal caso necessario che il mediatore non si limiti a verbalizzare quali soggetti sono presenti e con quali poteri – il che è doveroso sempre – ma verbalizzi anche quale

parte dichiarare di non voler o poter proseguire la mediazione e quali siano gli ostacoli oggettivi che impediscono la prosecuzione della mediazione;

Considerato che se il primo incontro avrà, per contro, uno svolgimento che si sostanzia in una mediazione vera e propria, la condizione di procedibilità potrà dirsi avverata. Sarà pertanto necessario che il mediatore con la sua verbalizzazione consenta di comprendere quale mediazione ha svolto nel primo incontro. Solo in questo modo il magistrato sarà messo in condizione di valutare se la condizione di procedibilità si è avverata e adottare le conseguenti determinazioni processuali.

Ritenuto che nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo la S.C. con Sent. 24629/15, risolvendo un contrasto insorto nella giurisprudenza di merito, contrasto peraltro non superato (Cfr. Trib. Firenze, Ord. 17.01.2016 e 15.02.2016, Trib. Busto Arsizio, Sent. 3.02.2016 n. 199, Trib. Grosseto, Sent. 7.06.2016, tutte successive all'arresto della S.C. del 3.12.2015 e ad esso motivatamente contrarie) ha posto a carico dell'opponente l'onere dell'avvio della mediazione, pena il consolidamento e il passaggio in giudicato del decreto opposto;

Posto che questo giudicante ha una posizione interpretativa che, da un lato, si conforma all'orientamento della S.C., quando nel provvedimento che ordina la mediazione in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non è specificata la parte onerata dell'avvio della mediazione ma ritiene possibile che, per le caratteristiche del giudizio, sia il magistrato a poter scegliere discrezionalmente, caso per caso, quale parte deve essere onerata dell'avvio della mediazione. L'interpretazione data consente di attribuire certezza a entrambe le parti sulle conseguenze del mancato avvio della mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, superando l'attuale incertezza determinata dall'esistenza di una sentenza della S.C. per la quale deve sempre essere onerato l'opponente e una giurisprudenza di merito che oscilla tra chi aderisce all'insegnamento della S.C. e chi ne dissente motivatamente.

Viste le modifiche introdotte dal D.L. 69/2013, convertito dalla L. 98/2013;

PQM

Letto ed applicato l'art. 5, co. 2, D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28,

- Ordina alle parti di partecipare, con le modalità sopra specificate, ad un procedimento di mediazione, ponendo l'onere dell'avvio della procedura a carico della parte convenuta opposta e avvisando entrambe le parti che, anzitutto, la mediazione può essere avviata anche dalla parte opponente;
- Avvisa che per l'effetto, il corretto esperimento del tentativo di mediazione – presenti le parti e i loro difensori – sarà condizione di procedibilità della domanda giudiziale e
- Avvisa ancora che in caso di mancato avvio della mediazione *attiva*, la domanda giudiziale sarà ritenuta improcedibile e il decreto ingiuntivo revocato, mentre in caso di mancata regolare partecipazione alla mediazione saranno applicate le sanzioni dall'art. 8, co. 4-bis, D.Lgs. 28/2010 e dell'art. 116 co. 2, cpc;

Invita la parte più diligente ad allegare la presente ordinanza agli atti della mediazione, in modo che il mediatore ne abbia conoscenza;

Visti gli artt. 8, co. 4-bis, D. Lgs. 28/2010, 116, co. 2, 91 e 96 cpc, invita il mediatore a verbalizzare, in caso di primo incontro meramente informativo, quale parte dichiarare di non poter iniziare la mediazione e quali ostacoli oggettivi ne impediscono l'avvio; in caso di primo incontro non meramente informativo invita il mediatore a dare atto che il primo incontro ha avuto natura di mediazione vera e propria;

Rinvia la causa all'udienza del **16.01.2017, ore 11:30**, assegnando all'udienza i seguenti incumbenti:

- verifica dell'esito della procedura di mediazione tramite dell'esame del verbale completo degli incontri di mediazione che le parti sono invitate a produrre;
- fissazione del termine per la prova delegata al Tribunale di Cremona;

Fissa alla convenuta opposta il termine di legge di quindici giorni dalla comunicazione della presente ordinanza per la presentazione della domanda di avvio della procedura di mediazione da depositarsi presso un organismo regolarmente iscritto nel registro ministeriale.

Si comunichi. Pavia, 26.09.2016

Dott. Giorgio Marzocchi