

**Trib. di Pavia, Ordinanza, Dott. Giorgio Marzocchi, 26 settembre 2016.**

**Omissis**

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 dichiara 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 dichiarerà 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