

ORDINANZA
INVITO ALLA MEDIAZIONE
(ART. 5, COMMA III, D.LGS. 4 MARZO 2010 N. 28)

OSSERVA

Il fatto storico, nei suoi tratti essenziali, non costituisce motivo di contestazione, essendosi radicata la lite in ordine ad aspetti di diritto che, però, assumono valenza determinante ai fini del giudizio.

In conseguenza del loro matrimonio e per far fronte alla costituzione di un ambiente familiare, SV e FB affrontavano diversi impegni economici: il padre di SV, AV, accendeva un finanziamento di circa 10.000,00 euro per contribuire alle succitate spese e, secondo la prospettazione attorea, acquistava anche per i coniugi una casa mobile di valore poco superiore. In sede di interrogatorio formale, FB ha confermato il finanziamento e la ricezione di parte delle somme e ha anche ammesso di avere restituito gli importi, mensilmente, nel corso di due anni. Ha, però, escluso la sussistenza di un obbligo convenzionale di restituzione degli importi e, quindi, la sussistenza di un mutuo; tesi sostenuta dalla controparte.

Nelle more del processo AV – che aveva citato in giudizio FB per la restituzione delle somme – è deceduto e la convenuta si è separata da SV. Sono intervenuti, in successione nel diritto, i figli di AV.

Concessi i termini ex art. 183, comma VI, c.p.c., le parti presentavano memorie e, all'udienza odierna, la causa veniva chiamata per l'assunzione delle prove, ex art. 183, comma VII, c.p.c. Esaurita l'istruttoria,

REPUTA questo giudice che sia opportuno e utile invitare le parti a valutare la possibilità di un tentativo stragiudiziale di mediazione, giusta l'art. 5, comma III, d.lgs. 28/2010, posto che taluni elementi della causa sono indicativi di una buona probabilità di *chances* di conciliazione .

In primo luogo, la causa interessa, dal punto di vista soggettivo, due litiganti legati da un pregresso rapporto di origine familiare, destinato a proiettarsi nel tempo in modo durevole e, quindi, merita di essere salvaguardata la possibilità di conservazione del vincolo affettivo in essere, posto che la mediazione, diversamente dalla statuizione giurisdizionale, può guardare anche all'interesse (pubblico) alla "pace sociale", favorendo il raggiungimento di una conciliazione che non distribuisce ragioni e torti ma crea nuove prospettive di legame destinate a far sorgere dal pregresso rapporto disgregato nuovi orizzonti relazionali. In tal senso, un segnale può trarsi dal fatto che la convenuta, almeno quanto al presunto finanziamento, ha reso parte delle somme spontaneamente, così disvelando una propensione a raggiungere soluzioni mediate dalla natura dei rapporti (vuoi aderendo alla tesi del mutuo, vuoi a quella della elargizione per fine di liberalità). E, allora, sembra quantomeno opportuno suggerire una mediazione posto che la sentenza risolverebbe il problema singolo e attuale ma l'intervento dei mediatori potrebbe, invece, affrontare e ricomporre il rapporto nella sua globalità.

Vi è, poi, che il valore della causa è modesto e, nelle more, l'attore è deceduto e il rapporto di famiglia della convenuta si è disgregato: fatti storici che possono avere un impatto sulla "vitalità" della lite e segnare il passo verso una maggiore propensione ad un assetto bonario.

Anche il comportamento delle parti e l'attuale stato dell'istruzione della causa convergono nel senso della opportunità dell'invito che, quindi, viene rivolto ai litiganti.

Vanno, però, fatte due premesse.

La legge non specifica quale sia la parte che debba pronunciarsi sull'invito: se quella in senso sostanziale o il rappresentante legale. Giova rilevare, però, che l'adesione all'invito non costituisce un atto dispositivo del diritto ma solo una precisa scelta in ordine alla strategia di tutela, azione o difesa, e deve, allora, ritenersi che le "parti" del procedimento di "invito" siano gli avvocati. Deve, cioè, ritenersi che l'adesione all'invito costituisca una estrinsecazione del potere di cui all'art. 84, comma 1, c.p.c.: in tal senso, quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati. Depone verso tale soluzione anche il dato normativo che "contestualizza" invito e rinvio per l'adesione, non agevolmente immaginabile ove il Giudice dovesse, invece, rivolgere l'invito alla parte sostanziale, in genere assente dalle udienze civili se non richiesta di comparire (v. artt. 117, 185 c.p.c., etc).

E', però, ovvio, che, di fronte all'invito, pur se muniti di procura e pur se dotati del relativo potere, gli avvocati abbiano diritto a conferire con il cliente per fare in modo che la loro decisione sia rispettosa dell'attuale desiderio/bisogno del loro assistito. Ciò non può essere trascurato in quanto la mediazione, nel profilo pratico, comporta un esborso economico e un rinvio del processo nel tempo di almeno quattro mesi: elementi che il difensore potrebbe ritenere sia necessario discutere con la parte dove non l'abbia preventivamente fatto. Gli avvocati, pertanto, sono liberi di richiedere un rinvio breve del procedimento per raccogliere il consenso o dissenso del proprio assistito al percorso di mediazione. La Legge non ricollega alcuna conseguenza al rifiuto dell'invito del Giudice (coerentemente con l'istituto della *Court Annexed Mediation*, di fatto recepito nell'art. 5 comma III cit.) e tale omissione non può essere colmata né con l'art. 116 comma II c.p.c., né con l'art. 88 c.p.c., in quanto il Legislatore ha voluto che la scelta dei litiganti fosse libera e genuina non influenzata dal timore di ricadute sfavorevoli nella futura decisione giurisdizionale (è una mediazione su *invito* e non *comando* del giudice). Le parti vengono quindi avvisate che del loro eventuale rifiuto, il giudice non terrà conto nella decisione conclusiva del processo.

Il foro di mediazione – in caso di adesione all'invito - deve essere scelto dai litiganti mediante presentazione di una istanza comune; in difetto, la mediazione dovrà tenersi presso l'Organismo adito per primo (così Trib. Roma, sez. Ostia, ordinanza 6 e 9 dicembre 2010). Deve, però, qui precisarsi quanto segue. Là dove la mediazione sia su invito del giudice, e non si arrivi ad una istanza presentata in modo congiunto (e quindi con completa libertà di scelta proprio poiché condivisa

dai litiganti) è conclusione logica quella per cui il tentativo debba tenersi nell'ambito del circondario, anche perché, altrimenti, già gli stretti tempi a disposizione (4 mesi) vanificherebbero il procedimento conciliativo. In tal senso, l'attività interpretativa può essere orientata dalla Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Nell'alveo di tale provvedimento europeo, "il principio di legalità" (quivi scolpito nell'art. 7) vuole che "l'organo extragiudiziale non può adottare una decisione che avrebbe come risultato di privare la parte della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l'organo è stabilito". Ebbene: le regole sulla competenza territoriale costituiscono proprio uno di quegli strumenti di favore finalizzate ad evitare che il soggetto debole nel mercato venga "dissuasivo" dal ricorso alla Giustizia, ragion per cui le parti vanno inviate a rivolgersi presso un Organismo che abbia sede nel circondario del Tribunale. Taluni, autorevolmente, in Dottrina segnalano come non si possa inserire un referente di competenza territoriale per la mediazione e che la sanzione per l'eventuale uso distorto della libertà di scelta del Foro mediativo è, in seno al processo, la non applicazione delle sanzioni previste per il rifiuto di sedersi al tavolo della conciliazione. Tale pregevole indicazione finisce, però, per cancellare un aspetto importante della mediazione che è, in primis, un servizio a favore del cittadino. Altrimenti detto: con la mediazione viene offerta al soggetto l'opportunità di evitare il processo, comporre la lite e pervenire ad un assetto pacifico del contendere. La Dottrina citata, con la sua interpretazione, di fatto ignora questo aspetto e trascura un dato di rilievo: a foro di mediazione scollato dai criteri territoriali, alla fine al cittadino (specie se soggetto debole, ad es. consumatore) sarà stata "olta" l'occasione di una mediazione o, comunque, di scegliere se sostenerla o meno (posto che l'aver la controparte adito il foro dissuasivo ha di fatto già deciso le sorti della fase extragiudiziale). Senza considerare che la controparte di un soggetto debole può anche avere interesse a evitare la fase di mediazione e, quindi, può presentare istanze con il solo fine di "saltare" la *mediation*.

Applicati al caso di specie, gli effetti rischiano di essere distorsivi in quanto l'invito del magistrato (accolto dai litiganti) verrebbe vanificato poi in concreto se una delle parti, interessata all'allungamento dei tempi del processo, presentasse una istanza in un luogo di grande distanza geografica dal tribunale così ottenendo, come risultato, quello di avere sicuramente dilatato la decisione del giudice e al contempo evitato la mediazione.

Vi è, quindi, che una interpretazione orientata alla salvaguardia della funzionalità dell'istituto impone, almeno per i Fori inderogabili e almeno per il caso della mediazione su invito del giudice, che il magistrato possa indicare l'ambito territoriale entro cui svolgere la mediazione.

P.Q.M.

Letto ed applicato l'art. 5, comma III, d.lgs. 28/2010

- 1) **INVITA** le parti a procedere alla mediazione nelle debite forme previste dalla Legge, avvisandole che il compenso dei mediatori, in caso di adesione, dovrà essere dalle stesse sostenuto, ai sensi dell'art. 16 DM 180/2010. Le invita a riferire se intendono avvalersi o meno della possibilità di mediazione, come sollecitata dal giudice. Il foro di mediazione – in caso di adesione all'invito - dovrà essere scelto dai litiganti mediante presentazione di una istanza comune; in difetto, la mediazione dovrà tenersi presso

l'Organismo adito per primo. L'organismo scelto dovrà trovarsi all'interno del circondario di competenza del Tribunale di Varese.

- 2) **ABILITA** i difensori, attesa l'assenza delle parti sostanziali, a richiedere se necessario un breve rinvio per conferire con i rispettivi clienti al fine di raccogliere un consenso attuale all'invito del giudice.

Ordinanza letta in udienza, li 6 luglio 2011

IL GIUDICE
DOTT. GIUSEPPE BUFFONE

I DIFENSORI, CHIEDONO un breve rinvio per raccogliere i consensi e pronunciarsi sull'invito. Si dà atto che la convenuta, presente, esprime però sin da ora parere favorevole.

Il giudice rinvia all'udienza del 21 settembre 2011, ore 9.20

II CASO.it