

The background is a solid orange color with a pattern of faint, light-colored leaf silhouettes scattered across it. The leaves vary in shape and size, some resembling maple leaves and others more like simple ovals.

OSSERVATORIO GIURISPRUDENZIALE SULLA MEDIAZIONE CIVILE 2014

a cura di Rita Bevacqua

Fondamentale strumento di deflazione del contenzioso civile la Mediazione così come modificata dal D.L. 21 giugno 2013 n.69 rappresenta un momento importante per la composizione delle liti e, nelle materie, per le quali il legislatore l'ha prevista quale condizione di procedibilità un passaggio obbligato per la funzionalità del sistema giustizia.

Interessante è, pertanto, esaminare l'apporto delle decisioni dei giudici nel primo semestre del 2014 alle problematiche applicative sorte all'indomani dell'entrata in vigore della Nuova Mediazione .

Tribunale di Bari

Ordinanza del 26 maggio 2014

Il Tribunale di Bari stabilisce che la controversia relativa all'adempimento delle obbligazioni nei rapporti tra amministratore e condominio ricadono nella materia del condominio per la quale è previsto l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità giudiziale

La mediazione obbligatoria in materia di condominio è entrata in vigore il 21 marzo 2012 fino alle sentenza della Corte costituzionale del dicembre 2012 e poi reintrodotta da settembre 2013. L'ambito di operatività della mediazione obbligatoria nelle controversie in materia condominiale è di difficile definizione. Il riferimento normativo è anche l'art.25 della legge n.220/12 che riforma la disciplina del condominio negli edifici. Secondo la prevalente dottrina bisogna fare riferimento alla disciplina applicabile al caso concreto e non tanto al fatto che la lite si svolge nel condominio.

Il giudice onorario.....

Considerato che il presupposto della domanda attorea è costituito comunque dall'adempimento delle obbligazioni nei rapporti tra Amministratore e Condominio di tal guisa da ritenere che la fattispecie in esame ricada nella materia del condominio per la quale è previsto l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità giudiziale,

Visti ed applicati gli artt. 5-1 bis e 6 del D.lgs 4 marzo 2010 n.28.....

**Tribunale di Roma
sentenza n.4140 del 2014**

***Il giudice condanna la parte
chiamata in mediazione in quanto
non si era presentata senza
giustificato motivo***

La normativa sulla mediazione introduce una specifica disciplina in ordine sia alle sanzioni pecuniarie immediate nelle ipotesi in cui una delle parti non partecipi al procedimento sia alle sanzioni sulle spese di lite nelle ipotesi in cui una parte non abbia accettato la proposta coincidente poi con la sentenza.

Nella decisione in oggetto il giudice condanna la parte ex art. 96 c.p.c. quale sanzione diretta a scoraggiare l'introduzione di giudizi pretestuosi evidenziando il comportamento tenuto da questa sia nella fase della mediazione che nel giudizio.

.....Il rifiuto da parte della --- Ass.ni s.p.a. di non onorare il contratto perfezionatosi con l'arrivo della proposta transattiva sottoscritta e con il dato IBAN, non trova giustificazione e pretestuosa appare la scusa avanzata dalla --- Ass.ni s. p. a., che non si era accorta che l'infortunato non era il contraente ma la moglie.

La e-mail di accettazione è stata inoltrata alla e-mail dalla quale è pervenuta la proposta a mezzo pec e nelle modalità indicate dalla ---.

E' ormai pacifico che l'indirizzo di posta elettronica possa essere considerato indirizzo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1335 c. c, trovando applicazione in tutti i casi la presunzione di conoscenza (Cass. Civ. Mass n.689 del 14.01.2005).

Come ormai confermata da costante giurisprudenza (cfr. Cass Civ. III sez. n. 7420 del 31.03.2011) la conclusione di un contratto si perfeziona al momento in cui l'accettazione sia giunta all'indirizzo del destinatario e la revoca della proposta, quale atto unilaterale recettizio, non produce effetti quando sia pervenuta all'accettante dopo la conclusione del contratto, vale a dire dopo l'arrivo all'indirizzo del proponente dell'accettazione della controparte.

Il significato della scusa dello scambio di persona non è comprensibile, in quanto che la polizza "Persona OK" è una polizza cumulativa con cui viene complessivamente assicurato un nucleo familiare per una certa somma.....

Omississ.....

La Sig.ra --- aveva anche provato a rivolgersi ad un Ente di mediazione per trovare una soluzione della vertenza, ma, non essendosi presentata la ---Ass.ni s.p.a., senza addurre motivazioni la mediazione si è chiusa con la mera accettazione della proposta del mediatore per euro 9.750,00, anche questa rimasta inevasa, per cui le spese affrontate dovranno essere rimborsate in ragione di euro 205,00.

Dalla somma totale di euro 14.024,81, così ottenuta, vanno detratti euro 3.266,52 già corrisposti, e sul totale residuo di euro 10.758,29 vanno calcolati la rivalutazione e gli interessi legali a far data dal 23.02.2011 ad oggi in ragione di euro 1.302,00 , per un totale complessivo di euro 12.060,00. Sul totale delle somme così liquidate per sorte capitale ed interessi, competono gli interessi legali dalla data della presente decisione al saldo, ex art 1282 c.c.

Tenuto conto del comportamento della --- Ass.ni S.p.a., sia nella fase della mediazione che nella fase prettamente processuale, non presentandosi e senza giustificarsi nella fase mediatoria e resistendo alla domanda attorea pur nella consapevolezza dell'infondatezza delle tesi sostenute e nel difetto della normale diligenza con cui era stata istruita la pratica assicurativa, la mera opinabilità del diritto fatto valere e la consapevolezza della mancanza di documentazione medica, questa Società viene condannata al pagamento dell'ulteriore somma di € 2.000,00 ai sensi dell'art. 96 c.p.c. .

La spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo d'ufficio., tenuto conto delle somme in concreto liquidate e dei valori medi di liquidazione del D.M. 140/12, applicabile alla fattispecie come da giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass n.16581/ 12).

Tribunale di Milano
21.3.2014

il giudice invita le parti ex art. 185 bis c.p.c. a valutare la sua proposta di definizione transattiva della causa e, ove le parti rifiutassero immotivatamente tale proposta, si riserva di avviarle a mediazione ai sensi dell'art. 5 co. 2° del d. lgs. n. 28/2010.

Il decreto legislativo n.28/2010 ha introdotto oltre alla mediazione volontaria e obbligatoria la Mediazione disposta dal giudice (o mediazione delegata) affidando al giudice un ruolo centrale durante lo svolgimento del giudizio. Oggi il giudice non più invita le parti ma decide di mandarle in mediazione e il tentativo di conciliazione diventa condizione di procedibilità della domanda anche in appello.

**Il giudice istruttore,
rilevato**

A. che non vi è specifica contestazione, ad opera della --- s.r.l., in merito alla quantificazione del residuo credito 'provvisoriale' (in realtà, partecipazioni agli utili del Punto vendita napoletano dell'associante) maturato dal --- alla cessazione del rapporto (ottobre 2012) e risultante dalle fatture prodotte dall'attore sub doc. 12;

B. che non vi è altresì stata specifica contestazione ad opera dell'associato del conteggio relativo ai cc.dd. sospesi riferiti agli introiti di biglietteria, come documentato dalla società convenuta ai suoi documenti 6 7, portanti un residuo credito dell'Associante dell'ammontare di €1.363,00;

C. che per il resto le parti si addebitano reciproci inadempimenti - di dubbia fondatezza - dai quali sarebbero discesi danni di cui, l'uno chiedendone accertamento giudiziale in via equitativa e l'altra cumulando ogni possibile penale contrattuale, hanno chiesto il risarcimento nella rispettiva misura di €88.814,94 ed € 53.850,00;

ritenuto

D. che, così stando le cose e a quasi un anno e mezzo dai fatti, la causa ha già avuto un corso sproporzionato rispetto ai termini reali della controversia, che avevano indotto il difensore della società convenuta - già nel primissimo scambio di corrispondenza alla fine del 2012 - ad ipotizzare un ragionevole componimento riconoscendo "le eventuali competenze maturate dal sig. --- (...) a seguito del regolare adempimento di tutte le obbligazioni contrattuali dal medesimo assunte in merito alla gestione degli incassi e delle prenotazioni effettuate" (cfr. doc. 5 conv.);

E. che pertanto, anche alla luce della dubbia rilevanza e congruenza -nella parte in cui possono ritenersi ammissibili - dei mezzi di prova orale offerti da ambo le parti nelle rispettive memorie ex art. 183 co. 6° n. 2 c.p.c., le parti vanno piuttosto invitate ex art. 185 bis c.p.c. a valutare attentamente una ipotesi di definizione transattiva della causa in termini di riconoscimento e corresponsione dalla --- al --- del saldo residuo di €16.934,11 (18.297,00 - 1.363,00), con reciproca rinuncia a tutte le altre pretese risarcitorie ed alla refusione delle spese di lite da ciascuno di essi sin qui sostenute;

F. che sin d'ora lo scrivente, ove le parti rifiutassero immotivatamente tale proposta, si riserva di avviarle a mediazione ai sensi dell'art. 5 co. 2° del d. lgs. n. 28/2010.

TRIBUNALE DI FIRENZE
19 MARZO 2014

**Il primo incontro non è una fase estranea
alla mediazione vera e propria**

**Le parti devono essere presenti
personalmente dinanzi al mediatore**

Il Tribunale analizza il ruolo del mediatore durante il primo incontro ed afferma l'indispensabilità della presenza personale delle parti. Il mediatore durante il primo incontro, nel caso di mediazione delegata, non potrà svolgere solo un ruolo informativo ma dovrà ricercare la volontà delle parti su un eventuale accordo

..... All'esito della discussione con i difensori all'ultima udienza e alla luce della natura della causa, si rende particolarmente adeguato il ricorso a soluzioni amichevoli della medesima in quanto:

- si tratta di rapporto di natura condominiale iniziato nel 2000;
- indipendentemente dalla qualificazione giuridica della convenzione stipulata in data 5.4.2000, di fatto, possono essere intercorsi difetti di comunicazione tra le parti all'epoca dell'accordo;
- le parti hanno già avviato delle trattative (vedi udienze 28.2.2013, 8.5.2013, 19.9.2013, 5.12.2013) che tuttavia non stanno producendo un risultato positivo.

2. Pertanto ricorre il presupposto per ordinare l'invio in mediazione ai sensi dell'art. 5, comma II, del D.lgs 28/2010 (in base al principio *tempus regit actum*, la disposizione citata è applicabile ai procedimenti in corso a partire dal 21 settembre 2013 - art. 84 D.L. n. 69/2013).

3. Restano da precisare due importanti profili da osservare affinché l'ordine del giudice possa ritenersi correttamente eseguito (e la condizione di procedibilità verificata).

I. la mediazione deve svolgersi con la presenza personale delle parti;

II. l'ordine del giudice di esperire la mediazione ha riguardo al tentativo di mediazione vero e proprio.

A tale conclusione si giunge in base ad un'interpretazione teleologica delle norme che vengono in campo.

L'art. 5, comma 5 bis d.lgs. n. 28/2010, dispone: *"Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo"*.

L'art. 8 , in tema di ' procedimento', dispone :"1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento"**.**

Come si vede le due norme sono formulate in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 2 bis, si parla di *"primo incontro concluso senza l'accordo"*. Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria

non avrebbe molto senso parlare di “mancato accordo” se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria.

A parte le difficoltà di individuare con precisione *scientifica* il confine tra la fase cd preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma, appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE).

In tale prospettiva, ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (chiarimenti per i quali i regolamenti degli organismi prevedono tutti un tempo molto limitato), possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile.

Si specificano di seguito i motivi:

A. i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010,

senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico). Non avrebbe dunque senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa.

B. la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione. D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1-bis e l'art. 8 prevedono che le parti *esperiscano* il (o *partecipino* al) procedimento mediativo con l'“assistenza degli avvocati”, e questo implica la presenza degli assistiti.

C. ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori.

Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva *chance* di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione.

D. L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea) e, per quanto concerne il Tribunale di Firenze, presso l'URP (v. articolo 11 del protocollo Progetto Nausicaa2) e da ultimo, sempre nell'ambito di tale Progetto, presso l'ufficio di orientamento gestito dal Laboratorio *Unaltromodo* dell'Università di Firenze al piano V, stanza 9 del Palazzo di Giustizia;

E. L'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di “mediabilità” del conflitto (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare *“la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il*

comportamento delle parti"), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto.

F. Da ultimo, può ricordarsi che l'art. 5 della direttiva europea citata (1) distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invio per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè *l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole* (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata.

P.Q.M.

dispone l'esperimento della mediazione e assegna termine alle parti di quindici giorni per depositare la domanda di mediazione dinanzi a un organismo scelto dalle parti, avuto riguardo ai criteri dell'art. 4 I comma del d.lgs. 28/2010, salva la facoltà delle parti di scegliere concordemente un organismo avente sede in luogo diverso da quello indicato nell'art. 4 citato;

fissa udienza per il giorno 1.10.2014 ore 11.30 per verificare l'esito della procedura di mediazione;

precisa che per "mediazione disposta dal Giudice" si intende che il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere - adempiano effettivamente all'ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l'esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità;

precisa che le parti dovranno essere presenti dinanzi al mediatore personalmente e munite di assistenza legale di un avvocato iscritto all'Albo.

Tribunale di Roma
17 marzo 2014

**Il principio di riservatezza nella
mediazione ed il valore della C.T.U. nella
procedura di mediazione e nel
successivo giudizio**

Si afferma la riservatezza soprattutto sulle dichiarazioni delle parti, la necessità del consenso per utilizzare in un ambito diverso le stesse dichiarazioni e nessun divieto per gli accertamenti dei consulenti che sono liberamente e validamente contestabili dalle parti.

.....E' stato svolto prima della introduzione del presente giudizio un procedimento di mediazione (obbligatoria) alla quale ha partecipato, come unico convocato, l'attuale convenuto nosocomio.

Non sono stati infatti chiamati in mediazione in quella occasione né il medico successivamente citato in giudizio né, ovviamente (trattandosi di chiamata di terzo improvvidamente non disciplinata dalle norme che disciplinano il procedimento di mediazione), la sua assicurazione, attuale terza chiamata in causa.

Nel corso del procedimento di mediazione, sull'accordo delle parti, il mediatore ha nominato un consulente tecnico che ha depositato all'esito degli accertamenti concordemente demandatigli e svolti, una relazione peritale (intitolata *parere specialistico ginecologico pro-veritate*).

L'elaborato è stato prodotto al n.19 dei documenti di parte attrice.

Tutte le altre parti (convenuti e terza chiamata) hanno contestato la ammissibilità di tale produzione, il medico convenuto e la sua assicurazione anche per non essere stati parti nel procedimento di mediazione e di conseguenza per non aver potuto contraddire e nominare consulenti di parte.

La attenta difesa del nosocomio ha svolto una approfondita contestazione in merito alla produzione della relazione del perito nominato dal mediatore (ipotizzando anche profili di responsabilità deontologica a carico dell'avvocato della parte attrice derivante da tale ritenuta arbitraria produzione).

In particolare la difesa del nosocomio ha evidenziato tre punti di possibile collisione fra la produzione della relazione del consulente nonché la sua eventuale ammissione ed utilizzo in giudizio e la struttura e gli sbarramenti del procedimento di mediazione di cui al decreto legislativo 28/2010.

La produzione violerebbe la disposizione del comma primo dell'art.10 del decr.lgs.28/10 sulla inutilizzabilità nella causa delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione

La produzione inoltre si scontrerebbe con le prescrizioni dell' art. 9 (che impone a chiunque operi nell'ambito del procedimento di mediazione l'obbligo di riservatezza) e del comma secondo dell'art.10 del cit. decreto

Infine a presidiare il principio della riservatezza che ispira tutto il procedimento di mediazione si porrebbe il disposto del secondo comma dell'art. 10 del cit. decreto

Ha altresì dichiarato, così come hanno fatto le altre controparti, l'assoluto diniego alla produzione di atti provenienti dal procedimento di mediazione (ed in particolare dell'elaborato dell'esperto), di cui è stato richiesto lo stralcio.

Va considerato che la possibilità della nomina di un consulente tecnico esterno ed estraneo ai soggetti ordinari che sono presenti nel procedimento di mediazione (mediatore, parti e loro rappresentanti) è, nel relativo sistema normativo, per così dire, residuale.

Ciò si ricava a contrariis dalla disposizione dell'art. 8 del decr.lgs. 28/10

Nonché dalla successiva disposizione che prevede la possibilità della nomina di un consulente tecnico esterno solo laddove siano assenti o carenti non solo nel mediatore titolare ma anche in quello eventuale, ausiliario, le competenze tecniche specifiche e necessarie per il caso oggetto del procedimento

Occorre interrogarsi, e la presente causa offre l'occasione per farlo, in mancanza di precedenti giurisprudenziali, su quali siano le possibilità di utilizzo e le utilità derivanti dalla nomina di un consulente tecnico esterno alla procedura di mediazione, sia all'interno della stessa e sia nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione.

Il tutto ponendo mente, oltre alle norme supra richiamate, al principio di riservatezza che ispira la procedura di mediazione di cui all'art. 3 del decr.lgs. 28/10.

Tale principio trova la sua scaturigine e ragion d'essere nella necessità di favorire quantopiù possibile l'instaurazione fra le parti presenti nel procedimento di mediazione, di un clima di libero, leale e sincero confronto e discussione, nelle sessioni congiunte e in quelle separate con il mediatore, tale che consenta ad ognuna di esse di aprirsi senza remore e timori, esponendo fino in fondo il rispettivo punto di vista, con le relative aspettative e richieste, con ciò che vi è in esse di rinunciabile ed al contrario di indefettibile.

Disponibilità d'animo e di volontà sicuramente propiziate ed agevolate dalla consapevolezza della non utilizzabilità (altrove) senza il suo consenso, delle dichiarazioni che la parte abbia fatto.

Naturalmente se tale cogente e logica prescrizione normativa non fosse stata accompagnata dall'altra, contenente il divieto rivolto a chiunque partecipi al procedimento di mediazione, di propalare altrove e precipuamente nella causa alla quale pertiene la mediazione, quand'anche sotto invito di testimonianza, le dichiarazioni del dichiarante che non lo desidera e lo consenta, la prima cautela avrebbe rischiato di rimanere vana e di debole efficacia.

Non si può e non si deve, però, neppure enfatizzare oltre ogni limite il principio della riservatezza, rischiando di andare oltre quello che il legislatore ha stabilito.

Riservatezza ad ogni costo e sempre non significa infatti agevolare con sicurezza il successo della mediazione ed il raggiungimento dell'accordo.

E' sufficiente evidenziare, per dimostrarlo, che le parti in mediazione possono essere tentate, per il timore della sua circoscritta utilità, di rifiutarsi (e sicuramente ciò accade di frequente) di acconsentire alla nomina, da parte del mediatore, di un esperto anche quando l'ausilio di un tecnico specializzato nella materia potrebbe chiarire aspetti fondamentali, perché dubbi, della situazione in conflitto.

Si pensi all'accertamento, a mezzo di una consulenza medica, dei danni alla persona in presenza di una domanda di risarcimento a seguito di un qualsiasi evento (RCA, responsabilità medico-sanitaria e via dicendo).

In questi casi farsi carico della spesa non irrisoria per il compenso da attribuire all'esperto in mediazione potrebbe apparire inappropriato e non conveniente proprio per la prospettiva di non poter produrre la relazione dell'esperto nella causa che potrà seguire al mancato raggiungimento dell'accordo.

Ritiene il giudice, alla luce delle precedenti considerazioni ed in un'ottica di equilibrato contemperamento fra l'esigenza, nei limiti in cui è normata, di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all'interno di tale procedimento, di poter dichiarare legittima ed ammissibile la produzione nella causa alla quale pertiene la mediazione, dell'elaborato del consulente tecnico esterno.

Limitatamente, ove occorra rilevarlo, agli aspetti ed ai contenuti che siano strettamente corrispondenti al compito accertativo che gli sia stato affidato.

Il consulente, nel perimetro di ciò che le parti attraverso il mediatore, gli hanno demandato di accertare, esegue e svolge il suo incarico redigendo una relazione

Quale sia esattamente l'attività espletabile dal consulente tecnico nella mediazione è agevolmente predicabile facendo riferimento a quanto lo stesso consulente, in quel caso nominato dal giudice, può effettuare nella causa, nell'adempimento dell'incarico.

Si ritiene, dalla giurisprudenza (e con riferimento all'ambito giudiziario) che vi siano due tipi di consulenza tecnica.

Quella c.d. *percipiente*, che ha natura di fonte di acquisizione della prova in quanto con essa il consulente acquisisce elementi e dati che precedentemente non facevano parte del materiale probatorio della causa, costituendo a ciò ostacolo la necessità (o la utilità) di specifiche doti e conoscenze tecniche ovvero di mezzi e di apparecchiature particolari non a disposizione del giudice.

La consulenza c.d. *deducente*, invece, è quella che ha per oggetto la valutazione di fatti, elementi e cose già presenti ed acquisiti al patrimonio istruttorio della causa.

Trasferiti, come è agevole e possibile, tali concetti nel procedimento di mediazione, si può desumere l'assenza di impedimenti giuridici all'utilizzo della relazione peritale al di fuori della mediazione e specificamente nella causa che può seguire (o proseguire), così come l'assenza di qualsiasi reale contrasto con le norme e la disciplina legale di tale istituto.

Invero i divieti previsti dalla legge come *supra* ricordati hanno per oggetto esclusivamente le dichiarazioni delle parti (di cui le informazioni - di cui pleonasticamente parla la legge -sono solo uno dei possibili contenuti).

Viceversa l'attività del consulente in mediazione, all'esito degli accertamenti che compie (che non potranno consistere nel raccogliere e riportare dichiarazioni delle parti o informazioni provenienti dalle stesse, perché questo non è un suo compito e non rientra fra le attività che deve espletare, come del resto è previsto espressamente nell'ambito della causa dove la possibilità di acquisire informazioni dalle parti da parte del C.T.U. è subordinato ad espressa autorizzazione del giudice, cfr. 194 c.p.c.), si estrinseca (ed esaurisce) nella motivata esposizione dei risultati dei suoi accertamenti tecnico-specialistici.

Nessuna norma del decreto legislativo 28/2010 fa divieto dell'utilizzo nella causa della relazione dell'esperto, fermo restando il generale obbligo di riservatezza anche del consulente, come di tutti gli altri soggetti che intervengono nel procedimento.

Una esplicita conferma di quanto precede si ricava dall'ultima parte dell'art. 10 primo comma decr.cit. che fa salvo il consenso *della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.*

Così confermandosi che il consenso per l'utilizzazione in ambito diverso dal procedimento di mediazione all'interno del quale (le dichiarazioni) sono emerse è necessario solo per le *dichiarazioni* delle parti.

Un'ultima considerazione riguarda un presunto divieto derivante dal generale principio di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione.

Si tratta, a ben vedere, di un'affermazione che prova troppo.

L'art. 3 del decr.lsg.28/10, non predica affatto una generale riservatezza del procedimento.

Piuttosto prevede espressamente *che il regolamento (dell'organismo, n.d.r.) deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9.*

Norma, l'art.9, che immancabilmente riferisce e limita testualmente l'obbligo di riservatezza *alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.*

Può pertanto stabilirsi un primo punto fermo: quella della selettività del divieto che riguarda esclusivamente le dichiarazioni e le informazioni che una parte abbia fornito (a chicchessia dei soggetti presenti nel procedimento di mediazione e quindi, per ipotesi, anche al consulente).

E non gli accertamenti del consulente.

Tale differenza non è casuale.

Una dichiarazione (e/o informazione fornita a cura) della parte, se considerata spendibile nel processo, potrebbe avere effetti devastanti per la medesima come ad esempio nel caso che abbia contenuto confessorio e ammissivo di circostanze a se sfavorevoli.

E' appena il caso di ricordare la possibile formidabile rilevanza nella causa delle dichiarazioni di una parte anche se rese in sede diversa da quella

Affatto diversa è l'efficacia dell'accertamento dell'esperto nel corso della mediazione.

Si tratta di un diverso aspetto del problema fin qui affrontato e che attiene alla utilizzazione in giudizio della relazione dell'esperto.

I cui risultati, occorre precisare, sono liberamente e validamente contestabili dalle parti, in ogni contesto (mediazione e processo).

Invero, se come ritenuto, le risultanze della perizia in mediazione sono, in linea di principio, in sede giudiziale ammissibili ed utilizzabili, è ben diverso il valore e l'efficacia delle stesse rispetto a quelle della consulenza tecnica di ufficio.

E ciò in quanto la prima non facente parte degli strumenti apprestati dal codice di rito per l'acquisizione, formazione e valutazione della prova, perché non disposta, controllata e diretta dal giudice, e perché l'esperto in mediazione non è un ausiliario del giudice (per tutti gli effetti connessi e) con la conseguenza che anche le sue possibilità accertative potrebbero in concreto incontrare dei limiti e ostacoli nei rapporti esterni.

Ma il nostro ordinamento conosce ed autorizza le prove atipiche, purché siano rispettati alcuni fondamentali principi dell'ordinamento stesso (e fra questi principalmente quello del contraddittorio).

Ne consegue che il giudice potrà utilizzare tale relazione secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti .

Meno frequentemente per fondarvi la sentenza, più spesso per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio

Ovvero, aspetto niente affatto secondario, per costituire il fondamento conoscitivo ed il supporto motivazionale (più o meno espresso) della proposta del giudice ai sensi dell'art. 185 bis cpc.

Nel caso di specie il giudice, pur ammettendo la produzione della relazione dell'esperto (stralciata da ogni divagazione rispetto agli accertamenti in senso stretto,) non ritiene di trarne elementi di utilità, neppure fra le parti fra le quali si è validamente svolto l'esperimento di mediazione.

Va pertanto disposta consulenza tecnica di ufficio.

Tribunale di Verona
27 gennaio 2014

Il procedimento di mediazione è autonomo pertanto eventuali cause di sospensione del giudizio non incidono sulla mediazione disposta nel corso di esso .

.....prima di provvedere in ordine a tale istanza è opportuno, ad avviso di questo giudice, disporre il procedimento di mediazione, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.Lgs. 28/2010, come modificato dall'art. 84, comma 1, del d.l. 21 giugno 2013 n.69, convertito con modificazioni nella legge 9 agosto 2013 n.98;

tale istituto, infatti, ai sensi del comma 2 dell'art.84 sopra citato, è applicabile anche nei processi in corso alla data di entrata in vigore della legge 9 agosto 2013, qualunque sia l'oggetto del loro contendere e purché abbiano ad oggetto diritti disponibili;

una soluzione conciliativa della presente controversia è auspicabile ed anche possibile, in questo momento processuale, alla luce delle seguenti considerazioni:

1) le parti hanno riferito di aver tentato, senza esito, la conciliazione davanti all'ordine degli avvocati senza però spiegare le ragioni che hanno impedito un esito positivo di tale confronto;

2) l'entità del credito fatto valere dal convenuto è tale da rendere possibile la individuazione di una somma inferiore a quella massima richiesta dallo stesso che costituisca una reciproca concessione delle parti;

3) è probabile che l'iter del contenzioso si complicherà, con conseguente lievitazione dei costi per le parti, dal momento che la difesa dell'avv. --- ha preannunziato la proposizione di un regolamento di competenza avverso l'ordinanza sopra citata e si è opposta all'accoglimento della istanza avanzata dal convenuto a questo giudice, ed è comunque possibile che questo giudice, con riguardo alla questione del rapporto esistente tra i due giudizi, non sia dello stesso avviso del giudice emiliano;

4) una volta superati i profili processuali controversi si dovrà dar corso ad una attività istruttoria diretta a chiarire il rapporto intercorso tra le parti e della quale il tribunale di Reggio Emilia ha già ravvisato la necessità;

non è di ostacolo alla prospettiva sopra indicata l'eventualità che nell'arco di tempo necessario per lo svolgimento del procedimento di mediazione l'attore nel presente giudizio proponga regolamento di competenza avverso l'ordinanza, sopra citata, del Tribunale di Reggio Emilia poiché tale iniziativa potrà determinare la sospensione del giudizio pendente davanti al tribunale emiliano ma non potrà avere lo stesso effetto sul presente giudizio che resterà distinto da quello fino a quando questo giudice non si pronuncerà sulla istanza di parte convenuta;

peraltro in linea generale, può escludersi che la sospensione del giudizio possa determinare anche sospensione del procedimento di mediazione che sia stato disposto nel corso di esso, dal momento che questo incidente, pur inserendosi nel giudizio, ha una propria autonomia, ricollegabile alla sua esclusiva finalità conciliativa, cosicché non pare risentire delle sorti del processo (un riscontro a tale ricostruzione è rinvenibile nel disposto dell'art. 6, comma 2, d. Lgs. 28/2010 che prevede che il termine per lo svolgimento della mediazione non è soggetto a sospensione feriale);

nemmeno è di ostacolo allo svolgimento del procedimento di mediazione nel caso di specie la circostanza che la --- in liquidazione, pur convenuta nel presente giudizio, sia rimasta contumace, atteso che le parti non hanno avanzato domande nei suoi confronti, cosicché deve ritenersi che essa sia stata coinvolta dall'attore al solo fine di renderle opponibile l'accertamento negativo richiesto e quindi le eventuali concessioni che potranno verificarsi nel procedimento di mediazione competono solo ad attore e convenuto;

al fine di prevenire possibili dubbi o contestazioni delle parti, connessi alle posizioni che hanno assunto, è opportuno indicare l'organismo di mediazione territorialmente competente al quale le stesse potranno rivolgersi;

l'art. 84, comma 1, lett. a) del d.l. 69/2013, integrando il primo comma dell'art. 4 del D.Lgs. 28/2010, ha infatti introdotto un criterio determinativo della competenza per territorio dell'organismo di mediazione prevedendo che: “La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia”;

alla luce dei chiarimenti forniti dal Ministero della giustizia con la circolare 27 novembre 2013 è poi sufficiente che nel circondario del Tribunale territorialmente competente per la controversia si trovi una sede secondaria dell'organismo di mediazione, regolarmente comunicata e iscritta presso il dicastero della giustizia, perché il procedimento possa considerarsi correttamente radicato presso di essa;

ciò detto si tratta di individuare l'organismo di mediazione territorialmente competente nel caso di specie;

per le mediazioni che si svolgano nella pendenza del giudizio in dottrina si è sostenuto, sia pure con riguardo alla disciplina originaria del D.Lgs. 28/2010, che vi è una “attrazione” del luogo di svolgimento del procedimento di mediazione davanti ad un organismo che abbia la propria sede nel circondario del tribunale o nel distretto della corte d’appello nel quale la controversia è pendente, sulla falsariga di quanto dispone l’art. 669 quater c.p.c. per la competenza per la trattazione dei procedimenti cautelari in corso di causa, ma, in mancanza di un’espresso richiamo a tale criterio, la soluzione non pare consentita;

nel caso di specie è invece possibile affermare che competente a trattare il procedimento di mediazione delegato da questo giudice è un organismo di mediazione sito nel circondario di questo Tribunale sulla base di altre considerazioni;

a tal fine giova infatti evidenziare, da un lato, che l’art. 4, comma 1, d.Lgs. 28/2010 non attribuisce rilievo, ai fini della determinazione della competenza per territorio dell’organismo di mediazione, a criteri diversi da quelli contenuti nella sezione III del titolo primo del c.p.c., cosicché non rilevano, al fine suddetto, eventi processuali come la litispendenza o continenza prospettate nel caso di specie, tanto più che esse, a rigore, non costituiscono ipotesi di incompetenza, e, dall’altro, che il convenuto non ha contestato che il Tribunale di Verona sia competente per territorio per la causa introdotta dall’attore ai sensi dell’art. 20 c.p.c.;

O

Tribunale di Firenze

17marzo 2014

Nel primo incontro il mediatore chiede alle parti di esprimersi sulla “*possibilità*” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all’ effettivo esperimento della medesima e non sulla *volontà* delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa

Il Tribunale di Firenze torna sulla questione della natura del primo incontro nelle ipotesi di mediazione obbligatoria (cioè quando è condizione di procedibilità) e precisa che il Mediatore accerta che non vi siano ostacoli ad esperire la procedura.

.....sciogliendo la riserva che precede e letti gli atti:

- ritenuto, con riferimento al merito, che le eccezioni sollevate dagli opposenti, in particolare anche con riferimento all'illegittimo e immotivato esercizio del recesso della Banca ingiungente, alla violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e all'erronea indicazione dell'ammontare di interessi anche anatocistici, non possono valutarsi in questa sede gravi motivi idonei alla sospensione del decreto opposto, tenuto conto sia del riepilogo depositato dagli opposenti (doc. 21) che semmai, previa illustrazione delle metodologie svolte a mezzo di effettiva consulenza tecnica, meriterà approfondimenti di verifica istruttoria sui risultati indicati sia della documentazione in atti, in ordine tanto alle clausole contrattuali che regolamentano il recesso quanto alla documentazione attestante la complessiva situazione economica di esposizione della società opponente, sia del potere-dovere del giudice dell'opposizione, comunque, di decidere sulla situazione giuridica controversa introdotta con l'azione monitoria

- rilevato, con riferimento alla mediazione, che le parti non hanno partecipato personalmente alla procedura risultando rappresentate dai propri difensori; ritenuto al riguardo che l'esplicito riferimento operato dalla legge (art. alla circostanza che “...al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato...” implica la volontà di favorire la comparizione personale della parte quale indefettibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi, limitando a casi eccezionali l'ipotesi che essa sia sostituita da un rappresentante sostanziale, pure munito dei necessari poteri; che pertanto mentre certamente soddisfa il dettato legislativo l'ipotesi di delega organica del legale rappresentante di società, al contrario il mero transeunte impedimento a presenziare della persona fisica dovrebbe invece comportare piuttosto un rinvio del primo incontro;

rilevato, altresì, che i difensori delle parti, all'uopo delegati, hanno manifestato al mediatore la *mera volontà* dei deleganti di non procedere all'esperimento della procedura di mediazione;

ritenuto al riguardo che le procedure di mediazione *ex art. 5, comma 1- bis (ex lege)* e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.),

sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio, essendo addirittura previsti a pena di improcedibilità dell'azione; che difatti, per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla “*possibilità*” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima e non sulla *volontà* delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa alla mera volontà delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale *interpretatio abrogans* del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflativa;

-ritenuto per quanto sopra chiarito che nel caso di specie il tentativo di mediazione, pur ritualmente iniziato, non risulta altrettanto ritualmente condotto a termine; che pertanto le parti devono essere rimesse dinanzi al mediatore affinché, in ottemperanza all'interpretazione sopra offerta, prosegua e si esaurisca l'esperimento della procedura di mediazione; che nel caso di specie l'onere di nuovo impulso, nel termine di cui al dispositivo, deve essere posto a carico della parte opposta, dal momento che nell'ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo – come da costante giurisprudenza della Suprema Corte – è da ritenersi quest'ultima parte attrice in senso sostanziale con l'esercizio in giudizio dell'azione monitoria, di cui la fase di opposizione rappresenta mera prosecuzione eventuale;.....