

TRIBUNALE DI UDINE PRIMA SEZIONE CIVILE

Il Giudice designato,

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 28.11.2017;

lette le memorie autorizzate e di replica dimesse dall'attrice e dal Condominio; esaminati i documenti, rileva quanto segue.

Il Condominio all'udienza del 31.10.2017 ha eccepito l'improcedibilità della domanda attorea per mancata presenza personale dell'attrice all'incontro di mediazione tenutosi il giorno precedente presso l'Organismo in Udine con sede in e succursale in Udine.

L'attrice ha resistito all'eccezione esponendo che: *i)* all'incontro del 30.10.2017 hanno partecipato, quale suo procuratore, il Geom. e, quale suo difensore, l'Avv.; *ii)* il Geom., su richiesta del mediatore, ha esibito una procura speciale da quest'ultimo già dimessa in una precedente procedura di mediazione tenutasi avanti il medesimo Organismo; *iii)* il Mediatore, reperita la procura ed accertato che la stessa si riferiva ad una precedente procedura di mediazione, non ne ha consentito l'utilizzazione; *iv)* il mediatore ha, quindi, chiesto alle altre parti se autorizzavano il Geom., a presenziare all'incontro quale parte delegata dell'attrice; *v)* le parti presenti hanno acconsentito che il Geom. partecipasse all'incontro quale delegato dell'attrice; *vi)* le parti hanno confermato di voler iniziare il tentativo di mediazione e l'incontro è, pertanto, proseguito per circa due ore; *vii)* il mediatore non ha ritenuto opportuno verbalizzare la presenza del Geom.

Il Condominio ha confermato la presenza del Geom. ribadendo, però, come lo stesso fosse sprovvisto di procura speciale; circostanza che, a dire del Condominio, non consentirebbe di ritenere l'attrice presente all'incontro di mediazione.

L'attrice, al fine di provare quanto esposto, ha formulato dei capitoli di prova ed ha citato a testimoniare il mediatore e l'assistente tirocinante, chiedendone l'ammissione. Ciò premesso, occorre preliminarmente dare atto che il Condominio ha ammesso la presenza del Geom. all'incontro di mediazione del 30.10.2017 precisando, nella memoria autorizzata, che lo stesso era sprovvisto di procura e, nella memoria di replica, che *"il geom. procedura/mente non esisteva"* e che *"il geometra non era presente giuridicamente"*.

Il Condominio non ha, inoltre, contestato ex art. 115 c.p.c. quanto affermato dall'attrice nella memoria autorizzata in merito al fatto che il mediatore avrebbe chiesto alle parti se volevano autorizzare il Geom. a presenziare all'incontro di mediazione quale delegato dell'attrice, né ha contestato di aver negato il consenso e di aver dato corso alla discussione.

E' pacifico che dal verbale dell'incontro del 30.10.2017 non risulta la presenza del Geom.

Dall'esame dello stesso si possono, comunque, dedurre delle circostanze a favore della tesi attorea; circostanze che, diversamente, non troverebbero giustificazione in quanto incompatibili con l'ipotesi di assenza anche di una sola parte.

Ed, infatti, dal verbale risulta che: a) le parti *"hanno deciso di iniziare il tentativo di mediazione"*; b) le parti *"hanno dichiarato di voler conciliare nel luogo in cui - oggi - si tiene la procedura"*; c) l'incontro è durato circa due ore, dalle 15 alle 16:50; d) viene dato atto che vi è stata *"ampia discussione"*.

A ciò si aggiunga che, sebbene il Geom. fosse sprovvisto di procura speciale notarile in quanto quella esibita si riferiva ad una precedente procedura di mediazione promossa sempre dall'attrice nei confronti del Condominio, è pur vero che la procura a partecipare all'incontro di mediazione, non trattandosi di un mandato a gestire atti per i quali è necessaria la forma scritta, può essere anche verbale, salvo in ogni caso la ratifica, con efficacia retroattiva, della parte che l'ha rilasciata.

E l'attrice, nell'affermare che il Geom. era presente all'incontro di mediazione quale suo delegato, sebbene sprovvisto di procura speciale notarile, di fatto va a ratificare una procura verbale al medesimo rilasciata.

Quanto, infine, alla richiesta istruttoria attorea, occorre preliminarmente "spendere" due parole in merito al principio di riservatezza al quale è improntato il procedimento di mediazione ed alle carenze del verbale redatto dal mediatore.

Un'attenta e ben motivata ordinanza del Tribunale di Roma, Sezione XIII, Giudice Dott. Massimo Moriconi, del 25.1.2016 ha chiarito sia il perimetro del principio di riservatezza, sia il contenuto del verbale.

In tale pronuncia è stato stabilito che *"E' opportuno, a tale proposito, esporre sinteticamente il quadro normativo in tema di mediazione, riservatezza, e verbalizzazione del mediatore. Il procedimento di mediazione è improntato alla riservatezza il che sta a significare che al fine di consentire l'effettiva possibilità delle parti di poter parlare liberamente senza la remora che eventuali dichiarazioni a sfavorevoli possano essere utilizzate nella causa, non si devono verbalizzare (da parte del mediatore) né possono essere provalate da chiunque (compresi gli avvocati delle parti) tali dichiarazioni che neppure possono essere oggetto di testimonianza et similia... Occorre però perimetrare con esattezza giuridica tale principio. Che, in primo luogo, non vale, per espressa disposizione di legge (art. 9 cit.) contro la volontà della parte dichiarante. Inoltre, per coerenza logico-giuridica con quanto testè osservato a proposito della tutela della libertà di dialogo che va garantita alle parti, il principio relativo alla riservatezza delle dichiarazioni delle parti deve essere riferito al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione, vale a dire al merito della lite. Ogni qualvolta invece, tali dichiarazioni, quand'anche trasposte al di fuori del procedimento di mediazione, riguardano circostanze che attengono alle modalità della partecipazione delle parti alla mediazione e allo svolgimento (in senso procedimentale) della stessa.*

Va predicata la assoluta liceità della verbalizzazione e dell'utilizzo da parte di chicchessia. Ed invero, in tale ambito una compiuta verbalizzazione è necessaria al fine di consentire al giudice la conoscenza del contenuto della condotta delle parti nello specifico contesto di cui trattasi: conoscenza indispensabile in relazione alle previsioni del decr.lgs.28/2010 relative alla procedibilità delle domande ed all'art.B co. 4 bis 4 dello stesso decreto, nonché, in via generale, dell'art. 96 II 0 cpc. Sarebbe infatti un'assoluta aporia prevedere da una parte che il giudice debba e possa sanzionare la mancata o irriuale partecipazione delle parti al procedimento di mediazione e per contro precludergli la conoscenza e la valutazione degli elementi fattuali che tale ritualità o meno integrano' "Conclusivamente, il mediatore deve trascrivere ogni circostanza - quand'anche consistente in dichiarazioni delle parti - utile a consentire (al giudice) le valutazioni di competenza, altrimenti impossibili, attinenti alla partecipazione (o meno) delle parti al procedimento di mediazione ed allo svolgimento dello stesso, come pure le circostanze che attengono al primo incontro informativo. In relazione al quale la parte che rifiuta di proseguire può esporne la ragione chiedendo che venga trascritta, con il correlativo obbligo del mediatore di verbalizzar/a. Il mediatore non è né un collaboratore del giudice né un suo ausiliario, ma lo schema della legge prevede, in sommo grado nella mediazione demandata, una serie di link che non possono essere ignorati fra il procedimento di mediazione e la causa. Fra essi vanno ricordati in primo luogo la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5

commi 1 bis e 21 nonché le conseguenze della mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo di cui all'art. 8 co. 4 bis, gli effetti nella causa della proposta del mediatore di cui all'art. 13, l'efficacia di titolo esecutivo del verbale di accordo ove regolarmente asseverato dagli avvocati che abbiano assistito le parti che hanno aderito alla mediazione di cui all'art. 12 e benché non espressamente affermato dalla legge, la producibilità nella causa della relazione dell'esperto di cui all'art. 8 co. 4. Una corretta verbalizzazione da parte del mediatore delle circostanze che attengono a segmenti del procedimento di mediazione che, in vario modo, rilevano e si riverberano nella causa, si appalesa quindi più che utile, doverosa e necessaria. Ed il giudice svolge a tale fine una fondamentale attività didattica e di raccordo, nella grande varietà di condotte, non sempre approvabili, che emergono dall'esame dei verbali degli organismi di mediazione".

Ebbene, nella fattispecie in esame, è evidente che il verbale del 30.10.2017 risulta lacunoso non essendo state correttamente rappresentate tutte le circostanze attinenti alla partecipazione delle parti alla mediazione.

Manca, infatti, ogni riferimento alla presenza per conto dell'attrice del Geom. ed al consenso espresso da tutte le altre parti a considerare quest'ultimo delegato dell'attrice.

L'art. 10 del D. Lsg. n. 28 del 2010 stabilisce che "Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio. 2. Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, ne' davanti all'autorità giudiziaria ne' davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili".

La norma sancisce il principio di riservatezza del procedimento di mediazione, il divieto di dar corso alla prova testimoniale in ordine alle dichiarazioni delle parti, nonché l'impossibilità per il mediatore di deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del procedimento.

Da un'interpretazione letterale della norma, ne deriverebbe il rigetto delle istanze istruttorie formulate dall'attrice.

La norma, come evidenziato dal Giudice Capitolino, richiede, però, un esame più approfondito che non può essere limitato al solo dato testuale.

Come evidenziato dal Tribunale di Roma il principio di riservatezza dev'essere perimetrato e non può essere *tout court* applicato a tutte le fasi del procedimento di mediazione.

Quest'ultimo si caratterizza, infatti, per una fase preliminare volta all'identificazione delle parti, dei loro delegati e dei loro difensori. Questa fase è, pertanto, necessaria al mediatore per verificare se vi siano i presupposti soggettivi per dar corso alla procedura di mediazione e, quindi, all'informativa di cui al primo comma dell'art. 8 del Lgs n. 28 del 2010.

E' evidente che l'assenza di una parte comporta l'immediata chiusura della procedura di mediazione e rende non necessaria la suindicata informativa.

Si deve, quindi, valutare se ciò che accade durante questa fase preliminare c.d. di identificazione della presenza dei soggetti partecipanti all'incontro, comporti o meno l'applicazione del disposto di cui all'art. 10 del D. Lgs. n. 28 del 2010.

Si ritiene che il principio di riservatezza non si possa applicare a questa c.d. fase di identificazione, poiché – aderendo a quanto evidenziato dal Tribunale di Roma – il suddetto principio riguarda le dichiarazioni delle parti riferite al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione e cioè al merito della lite.

Se, invece, le dichiarazioni delle parti riguardano le modalità della loro partecipazione alla mediazione ed allo svolgimento della stessa, non avendo ad oggetto il merito della lite, dev'essere ammesso non solo l'utilizzo del verbale, ma anche la prova orale volta ad accertare la partecipazione delle parti al procedimento di mediazione tutte quelle volte in cui il verbale di mediazione risulti lacunoso ed il mediatore non abbia correttamente e dettagliatamente trascritto tutte le circostanze inerenti la partecipazione dei soggetti.

Ulteriore corollario è che il mediatore possa sul punto essere ammesso a deporre e, quindi, a testimoniare in quanto trattasi di deposizione volta a rappresentare al Giudice quanto avvenuto nella fase c.d. di identificazione che, per sua natura, non può e non ha alcun contenuto sostanziale, non avendo ancora affrontato e trattato l'oggetto della lite tra le parti.

Nel momento in cui, terminata la procedura di mediazione, una delle parti (in genere la convenuta) all'udienza fissata ex art. 5 del D. Lgs. n. 28 del 2010 eccepisca l'improcedibilità della domanda per la mancata partecipazione personale della

controparte all'incontro della mediazione, il Giudice, prima di chiudere il giudizio con una mera pronuncia di improcedibilità della domanda deve, sulla base delle allegazioni e deduzioni fornitegli, poter verificare l'effettiva presenza o meno del soggetto, accertando e conoscendo gli elementi fattuali di cui alla c.d. fase di identificazione.

Ne consegue che, se tale verifica risulti impedita per un'incompiuta verbalizzazione del mediatore, non si può ritenere di per sé inammissibile l'istanza di prova orale formulata dalla parte destinataria dell'eccezione di improcedibilità volta a provare la propria presenza all'incontro di mediazione.

Il Giudice è, quindi, tenuto a prendere in considerazione l'istanza e, se ne sussistono i presupposti, ad ammettere la prova orale ed il mediatore quale testimone.

Ebbene, venendo alla fattispecie in esame, pur sussistendo numerosi elementi che portano a ritenere che l'attrice fosse presente nella persona del Geom. quale proprio delegato, all'incontro del 30.10.2017 appare, comunque, utile ammettere l'istanza istruttoria attorea.

Conseguentemente, per le ragioni sopra esposte, si ammette la prova orale richiesta dall'attrice con la memoria autorizzata del 5.12.2017 e, precisamente, i capitoli da 1 a 10 con i testi ivi indicati.

Fissa per l'escussione testimoniale l'udienza del **26.6.2018 ad ore 12:10.**

Si comunichi.

Udine, lì 7.3.2018

Il G.O.P.

Avv. Fabio Fuser

