

## **Consulenza espletata in sede di mediazione: è utilizzabile nel processo?**

*La consulenza espletata in sede di procedimento di mediazione è prova atipica nel processo, utilizzabile dal giudice secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti.*

### **Tribunale di Roma, sezione tredicesima, ordinanza del 17.3.2014<sup>1</sup>**

*...omissis...*

E' stata 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.

---

<sup>1</sup> N.d.R.: sono state omesse le note a piè di pagina dell'ordinanza.

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 (Art. 10 decr.lgs.28/10).

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 quanto più possibile l'instaurazione fra le parti presenti nel procedimento di mediazione, di un clima di leale, libero 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 temperamento 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 cpc), 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 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.

Ed invero il medico specialista (non medico legale) ha con evidenti salti logici e vistose omissioni ricostruttive degli eventi e dei fatti, tratto un sommario quanto apodittico giudizio di responsabilità medica.

Inoltre, invece di rispondere solo come dovuto ed in modo diretto, ai tre appropriati quesiti formulati dalle parti e dal mediatore a verbale del 21.2.2012, l'esperto incaricato si perdeva con irrilevanti e inammissibili divagazioni.

Va pertanto disposta consulenza tecnica di ufficio.

Si assegnano al CTU nominato i seguenti quesiti:

*...omissis...*

Autorizza le parti al ritiro dei fascicoli per la consegna al nominato CTU.

p.q.m.

a scioglimento della riserva,

- AMMETTE le prove documentali delle parti come in motivazione specificato; riservando al prosieguo ogni decisione sulla prova orale;

- NOMINA consulente tecnico di ufficio la dott.ssa XXX e rinvia per il giuramento all'udienza del 26.5.2014 h.10,15.

FARE AVVISI mail o fax anche al consulente tecnico di ufficio nominato.

Roma lì 17.3.2014

Il Giudice

dott.cons. Massimo Moriconi