



Vademecum



GIUSEPPINA MARZARI
GUIDO TURCHETTI

**LA MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE
ED IL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE
NELLA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO**

**FIGURE, PROCEDIMENTO, PROCEDURA,
APPROCCIO PER IL RAGGIUNGIMENTO
DELLO STESSO SCOPO**

ASSOCIAZIONE NAZIONALE GEOMETRI CONSULENTI TECNICI, ARBITRI E MEDIATORI
GEO-C.A.M.

ENTE DI FORMAZIONE P.D.G. DEL 3/9/2012 N°344
ORGANISMO DI MEDIAZIONE NAZIONALE INTERDISCIPLINARE
P.D.G. DEL 3/9/2012 N° 922

GIUSEPPINA MARZARI
GUIDO TURCHETTI

**LA MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE
ED IL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE
NELLA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO**

**FIGURE, PROCEDIMENTO, PROCEDURA,
APPROCCIO PER IL RAGGIUNGIMENTO
DELLO STESSO SCOPO**

Hanno redatto i testi:

Giuseppina Marzari: i paragrafi 1.1, 5.1, 5.2, ed il capitolo 2.

Guido Turchetti: i paragrafi 1.2, 5.3 ed i capitoli 3 e 4.

SOMMARIO

5 **Avviamento**

Capitolo 1

LE FIGURE DEL MEDIATORE E DEL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO

7 Il Mediatore

7 Il Consulente tecnico d'ufficio – C.T.U.

Capitolo 2

MEDIAZIONE - COMPITI ED ATTIVITÀ DEL MEDIATORE

9 2.1 Aspetti generali

10 2.2 Procedimento

11 2.3 Procedura

2.3.1 Il primo incontro informativo;

2.3.2 La prima fase congiunta

2.3.3 Le fasi private: interessi ed alternative;

2.3.4 Fase congiunta finale

2.3.5 La proposta

14 2.4. I modelli di mediazione

2.4.1 Problem solving facilitativa (o “metodo di Harvard”)

2.4.2 Problem solving valutativa

Capitolo 3

CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO - COMPITI ED ATTIVITÀ DEL C.T.U.

16 3.1 Aspetti generali

16 3.2 Procedimento

3.3 Procedura

3.2.1 Attività Peritali;

3.2.2 Contraddittorio tra le parti

3.2.3 Relazione scritta ovvero relazione peritale

Capitolo 4

QUANDO MEDIAZIONE E CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO POSSONO COESISTERE

20 4.1 Il tentativo di conciliazione ed il “media-consulente”

22 4.2 L'esperto, ovvero il consulente tecnico del mediatore - C.T.M.

4.2.1. Procedimento;

4.2.2. Procedura;

4.2.3. Compiti dell'esperto / C.T.M.

Capitolo 5

24 **L'ACCORDO TRA LE PARTI: DISUGUAGLIANZE OGGETTIVE E SOSTANZIALI
TRA MEDIAZIONE E CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO**

27 **Glossario**

30 **Estratti del codice di procedura civile**

33 **Bibliografia di riferimento**

AVVIAMENTO

La recente evoluzione legislativa in materia di risoluzione delle controversie, ha fatto sì che la figura del mediatore e del consulente tecnico d'ufficio, considerate tra loro antitetiche, si siano avvicinate in misura tale che l'acquisita – da parte di alcuni - domestichezza con le capacità di negoziazione possa essere riversata nell'ambito dei rigidi protocolli dettati dal Codice Civile e dal Codice di Procedura Civile, laddove il tentativo di conciliazione è espressamente previsto, in particolare dall'art. 198 c.p.c. (Esame contabile), dall'art. 410 c.p.c. (Tentativo di conciliazione – controversie individuali di lavoro) dall'art. 445 bis (Accertamento tecnico preventivo obbligatorio – controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie) e 696 bis (Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite) che demandano al consulente, prima del deposito della relazione, il tentativo di conciliare le parti.

Quanto sopra, per sottolineare come il legislatore, con l'emanazione della Legge 12 Maggio 2005 n. 80 e della Legge 18 Giugno 2009 n. 69, alle quali sono seguiti il D.Lgs. 04 Marzo 2010 n. 28 ed il D.M. 18 ottobre 2010 n. 180, abbia aperto nuovi scenari tesi alla semplificazione della risoluzione delle controversie, sia ai fini deflattivi del sistema giustizia, sia per riportare nell'uso quotidiano regole del vivere civile purtroppo oggi trascurate.

Le constatazioni su esposte, evidenziano la necessità che, oltre alla conoscenza delle discipline specifiche della professione svolta e delle “regole del gioco” – per queste intendendo in particolare quelle che regolano i procedimenti giurisdizionali – il consulente tecnico d'ufficio ed il mediatore debbano giungere a condividere modalità di approccio, di comportamento e di linguaggio.

Infatti, oggi, le affermazioni quali “...io il mediatore lo faccio già... tutte le volte che faccio il C.T.U.... da anni!”, oppure, “sai quante ne chiudo? Quasi tutte!”, sebbene anche fondate, risultano anacronistiche, poiché non è pensabile – fatti salvi casi particolari derivanti da spiccate doti naturali del soggetto – operare con l'intento di fare raggiungere alle parti l'accordo che soddisfi i loro reali interessi, senza avere una adeguata preparazione in tale senso.

Il concetto non è di facile comprensione per chi, con una formazione prettamente tecnico-scientifica, avvalendosi dell'esperienza e della abilità maturate in anni di pratica professionale, ha proposto ed anche trovato numerose soluzioni alle controversie, atteso che ciò comporta il mutamento di prassi e comportamenti che hanno avuto per lungo tempo favorevoli riscontri e, soprattutto, implica la circostanza, la necessità, di “mettersi in discussione”.

Orbene, per tornare all'argomento di questo scritto, le situazioni che si presentano nelle due specifiche procedure, sono le seguenti:

Procedura di mediazione.

Il mediatore ha davanti a sé le parti in lite e, con il suo operato, queste trovano un accordo.

Consulenza tecnica d'ufficio.

Il consulente tecnico d'ufficio ha davanti a sé le parti **in lite** e, con il suo **operato**, queste trovano un accordo.

Parrebbe proprio la stessa situazione... non fa una piega!

Eppure la differenza c'è..., ma vi è anche la concreta possibilità che il risultato possa essere il medesimo, cioè, l'accordo tra le parti!

Questo scritto, non intende approfondire aspetti giuridici o addentrarsi nello specifico studio e nell'applicazione di norme e disposizioni di legge bensì, in modo semplice e diretto, vuole porre all'attenzione del lettore le modalità con le quali operare nei diversi procedimenti, auspicando che molti professionisti possano divenire "*media-consulenti*".¹

¹ Vedasi successivo capitolo 4.

Capitolo 1

LE FIGURE DEL MEDIATORE E DEL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO

IL MEDIATORE

Il mediatore è un soggetto qualificato, laureato o iscritto ad un Albo o ad un Ordine professionale, abilitato alla professione di mediatore a seguito dell'esito positivo della verifica prevista al termine della frequenza di uno specifico corso, secondo quanto disposto dall'art. 4 del D.M. 18/10/2010 n. 180.

A seguito delle disposizioni legislative introdotte dal "Decreto del Fare" (Decreto Legge n. 69/2013 convertito nella Legge n. 98/2013) gli avvocati sono mediatori di diritto, purché adeguatamente formati in materia di mediazione.

Il mediatore abilitato opera nell'ambito di un Organismo di Mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia, al quale aderisce godendo dei requisiti di onorabilità – come avviene per l'iscrizione all'Albo dei consulenti tecnici del Giudice.

La sua nomina, solitamente, avviene per "rotazione" tra i mediatori iscritti nell'elenco dei mediatori dell'Organismo di Mediazione di appartenenza.

Il mediatore, riceve le parti – prevalentemente - nei locali dell'Organismo di Mediazione presso il quale opera, mantenendo rigorosamente il rispetto dei vincoli di imparzialità, terzietà e riservatezza; entra nel merito della questione esclusivamente per comprendere le argomentazioni che le hanno condotte al conflitto, ma non per statuire cause, torti o ragioni delle parti.

Ascolta ciò che hanno da dire le parti ed insieme a queste, seguendo una procedura che prevede diverse specifiche fasi e, ponendo particolare attenzione ai metodi di comunicazione, le aiuta a mettere a fuoco quelli che sono i loro reali interessi, favorendo la comunicazione tra esse e facendo loro generare alternative per il raggiungimento di un accordo; accordo, che deve essere soddisfacente per tutti i soggetti coinvolti nella lite, in quanto rispettoso dei reali interessi manifestati.

Un accordo talvolta basato su risorse impensabili in una normale causa civile.

IL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO, OVVERO IL C.T.U.

La figura del consulente tecnico d'ufficio è rappresentata dal soggetto che, con particolare competenza e conoscenza tecnica, assiste il giudice – ovvero il "peritus peritorum" – nello svolgimento delle funzioni giurisdizionali ad esso demandate dal nostro ordinamento costituzionale; funzioni giurisdizionali atte al tradurre regole e principi generali ed astratti dettati da leggi e da norme, in regole concrete, calzanti ed adeguate per la specifica questione per la quale è lite.

Il consulente tecnico d'ufficio trova la sua definizione, per quanto attiene alla nomina, all'attività

da svolgere, agli obblighi ed alle responsabilità, negli articoli da n. 61 a n. 64 del Codice di Procedura Civile; esso è iscritto all'Albo dei Consulenti Tecnici tenuto presso il Tribunale del circondario di residenza, una volta che soddisfi i requisiti di speciale capacità tecnica, esemplare condotta morale, iscrizione ad un Ordine o ad un Collegio professionale.

Le funzioni e le attività da svolgere a cura del consulente, derivanti dall'assunzione dell'incarico di "assistenza" al giudice, sono dettate dai disposti degli articoli da n. 191 a n. 200 del Codice di Procedura Civile.

Il consulente, nell'assumere l'incarico ai sensi dell'art. 193 c.p.c., giura *"di bene e fedelmente adempiere alle funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere al giudice la verità"*.

L'assunzione dell'incarico da parte del consulente tecnico comporta che questi debba essere indifferente alle ragioni della lite e terzo rispetto alle parti, nonché, abbia coscienza dell'importanza delle funzioni affidategli e la consapevolezza di conoscere la materia per la quale gli è stata demandata l'attività da svolgere.

Qualora le condizioni di indifferenza e di terzietà manchino, avrà l'obbligo di astenersi dall'assumere l'incarico; inoltre, qualora nutra dubbi riguardo alla proprie conoscenze e preparazione nella materia oggetto del contendere, dovrà avere la correttezza e l'umiltà di rendere edotto il magistrato della circostanza, che potrà procedere alla sostituzione o – in particolari situazioni - autorizzarlo ad avvalersi dell'opera di ausiliari con specifiche e specialistiche cognizioni tecnico-scientifiche, dei quali farà proprie le risultanze assumendone la responsabilità.

L'attività svolta dal consulente tecnico d'ufficio trova la sintesi – qualora abbia svolto l'attività in assenza del giudice e questi glielo abbia chiesto - nella redazione della relazione scritta, ovvero, nella relazione peritale.

Capitolo 2

MEDIAZIONE

COMPITI E ATTIVITÀ DEL MEDIATORE

2.1 ASPETTI GENERALI

Un manifesto divulgativo dell'Organismo di Mediazione Interprofessionale Nazionale GEO-C.A.M. cita la seguente frase: *“Guardare le cose da un altro punto di vista. La possibilità è offerta dalla mediazione!”*

L'attivazione di una procedura di mediazione rappresenta l'espressione di una cultura che si auspica possa essere in una fase di effettivo cambiamento; l'evoluzione di una cultura che avvicina le parti coinvolte in un conflitto ad una giustizia partecipativa, anziché queste si rivolgano, come è consuetudine, ai metodi legati ad una giustizia rigida e piramidale che prevede tre gradi di giudizio.

La mediazione è una procedura alla quale le parti si avvicinano per talune conflitti volontariamente e, proprio la volontarietà, è la caratteristica significativa della mediazione medesima.

Uno stimolo (se così può essere definito) ad avvicinarsi a questo metodo alternativo per la risoluzione delle controversie (*A.D.R. – Alternative Dispute Resolution*) è indubbiamente stato introdotto dell'entrata in vigore del D.Lgs. 04/03/2010 n. 28, successivamente modificato dall'art. 84 del decreto legge 21/06/2013 n. 69 (Decreto del Fare) convertito nella legge 09/08/2013 n. 98: l'introduzione del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale in materia di *condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari*.

Questo “stimolo”, della durata di quattro anni dall'entrata in vigore del citato “Decreto del Fare”, quindi sino al mese di Settembre 2017, ha rimesso in moto quei meccanismi, avviati con l'entrata in vigore della originaria versione del D.Lgs. 28/2010, interrotti dagli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012.²

È fortemente auspicabile che questo metodo alternativo di risoluzione delle controversie possa dimostrare la propria forza e diventare una scelta volontaria sempre più diffusa e condivisa dal cittadino.

² Sentenza n. 272 del 06/12/2013, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

2.2 L'ATTIVAZIONE DI UN PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

Innanzitutto è d'obbligo riportare le definizioni dell'art. 1 del D.Lgs. 28/2010:

- a) **mediazione**: *l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;*
- b) **mediatore**: *la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;*
- c) **conciliazione**: *la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;*
- d) **organismo**: *l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto;*
- e) **registro**: *il registro degli organismi istituito con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 16 del presente decreto, nonché, sino all'emanazione di tale decreto, il registro degli organismi istituito con il decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222.*

Ci si rivolge al mediatore quando si è coinvolti in un conflitto.

Si può farlo volontariamente, oppure quando l'oggetto del conflitto riguarda le materie di cui all'art. 5 del D.Lgs. 28/2010, per le quali il tentativo di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Una procedura di mediazione si attiva mediante il deposito della domanda di mediazione presso un Organismo di Mediazione ubicato nel luogo del giudice territorialmente competente (v. circoscrizione ovvero, distretto del tribunale).

Una peculiarità della mediazione è il carattere informale che questa riveste; tuttavia, pur rimanendo un procedimento di semplice gestione, non si può non sottolineare che, a seguito delle modifiche introdotte dal c.d. "Decreto del Fare", ha assunto una forma più "giuridica" rispetto alla sua natura originaria .

La domanda di mediazione, redatta sulla scorta della modulistica predisposta da ogni Organismo di Mediazione, può essere depositata con ogni forma utile per dimostrare il suo effettivo ricevimento da parte dell'O.d.M. (posta elettronica semplice o certificata, posta ordinaria, posta raccomandata, a mani).

Una volta depositato il documento di richiesta di attivazione del procedimento di mediazione, entro trenta giorni dalla data di deposito/attivazione, il responsabile dell'Organismo di Mediazione contatta la parte chiamata in mediazione e, una volta che questa comunichi la propria volontà di aderire al procedimento di mediazione, fissa la data del primo incontro definito "informativo".

2.3 LA PROCEDURA DI MEDIAZIONE

Lo svolgimento di una procedura di mediazione, ad avvenuto espletamento delle pur necessarie attività formali ed amministrative, è un alternarsi di specifiche fasi, tutte importanti e da svolgersi secondo una sequenza precisa che, tuttavia, può mutare secondo specifiche e soggettive circostanze, in applicazione dei principi dell'informalità e flessibilità, che caratterizzano l'istituto della mediazione e la gestione della procedura.

I concetti fondamentali legati alla mediazione sono l'**autodisciplina**, intesa come la possibilità di ogni Organismo di Mediazione di adottare regolamenti propri per la gestione delle procedure di mediazione e quella delle parti di accettarli, l'**informalità**, intesa quale assenza di riti rigidi e formali ed in ultimo, elemento importantissimo, la **riservatezza**, intesa quale il divieto assoluto di riferire ad altri i contenuti e gli elementi emersi durante le fasi della mediazione.

In particolare, per quanto concerne l'informalità, si precisa che la stessa è da intendersi una caratteristica dell'attività di mediazione, legata al fatto che l'avvio di un procedimento di mediazione non è vincolato ad adempimenti che possano invalidare il procedimento stesso, qualora non rispettati.

Per informalità, in senso più esteso, si intende anche che, il tentativo di mediazione non si svolge secondo fasi prefissate sebbene siano previste.

L'obiettivo della mediazione non è la definizione di torti subiti o di ragioni attese, ma è la ripresa della comunicazione tra le persone coinvolte nel conflitto; persone che nella loro unicità, così come è unico il conflitto in cui esse sono coinvolte, rendono ogni mediazione irripetibile e soggettiva.

Ciò non significa che non debbano essere seguite delle prassi che sono alla base di una mediazione ben condotta, ma che le stesse possono e devono essere "plasmabili" secondo i casi e le situazioni che il mediatore si trova ad affrontare, "su misura" dei soggetti coinvolti e delle situazioni affrontate.

A seguito delle modifiche introdotte dal "Decreto del Fare", molto è mutato riguardo all'informalità: l'introduzione del "primo incontro" quale soddisfacimento della condizione di procedibilità e la presenza obbligatoria dei legali ha attribuito alla prima parte di un procedimento di mediazione, purtroppo, una veste giuridica che stride con la natura stessa della mediazione.³

Parlando della riservatezza, è indispensabile sottolinearne l'enorme importanza. Il divieto, per il mediatore e per i soggetti presenti durante lo svolgimento della procedura, di divulgare le informazioni assunte nel dialogare con le parti nel corso dell'attività di mediazione, le incentiva ad aprirsi, ad esprimere pensieri, mostrare emozioni, sensazioni e convinzioni, come mai avrebbero potuto fare in un contesto giurisdizionale.

La riservatezza da rispettare è sia interna che esterna.

Interna, poiché al mediatore non è consentito riferire alle parti ciò di cui è venuto a conoscenza nel corso dei colloqui privati, a meno che le parti medesime non lo autorizzino a farlo.

³ Vedasi successivo paragrafo 2.3.1.

Esterna, in quanto oltre all'esplicito divieto di divulgazione a terzi, il mediatore, in un eventuale contenzioso, non è tenuto a testimoniare riguardo alle informazioni acquisite nel corso dell'attività di mediazione.

2.3.1 Il primo incontro o incontro informativo

Questo "primo" adempimento, introdotto dalle modifiche apportate dal D.Lgs. 28/2010 con il c.d. "Decreto del Fare", non può essere "plasmato" secondo le situazioni che si presentano al cospetto del mediatore.

Il primo incontro "veste" la mediazione con l'abito giuridico.

Qualora si rientri nell'ambito delle materie per le quali il tentativo di mediazione è condizione di procedibilità, cioè obbligato, le parti sono accompagnate (così come lo saranno per tutta la durata della procedura di mediazione) ed assistite dai rispettivi avvocati. Il primo incontro informativo, che consente alla parti di soddisfare la condizione di procedibilità, consiste in un incontro propedeutico alla mediazione vera e propria, durante il quale le parti, assieme ai legali ed al mediatore, dialogano sulla reale volontà e possibilità di dare corso alla mediazione.

Una volta che le parti hanno concordato di voler continuare la mediazione, il mediatore dà inizio alla procedura di mediazione vera e propria il cui percorso consiste in: una fase congiunta iniziale in parte già svoltasi durante il primo incontro, due fasi private ed una fase congiunta finale.

2.3.2 La fase congiunta iniziale

Una volta raccolta, in occasione del primo incontro informativo, la volontà delle parti di proseguire con il tentativo di mediazione, si darà corso ad una prima fase detta "congiunta iniziale", nella quale le parti ed i rispettivi legali spiegheranno più dettagliatamente le rispettive posizioni. Una volta individuate le posizioni assunte dalle parti, il mediatore svolge un riassunto – la c.d. "parafrasi" – delle ragioni esposte da ciascuna di esse, riformulando le loro posizioni depurate dagli aspetti negativi della questione.

Questo passaggio è molto importante per il mediatore, perché serve a dimostrare alle parti che ha compreso ciò che gli è stato riferito, e per le parti medesime, in quanto ascoltano da un'altra voce terza ed imparziale le ragioni del conflitto che le coinvolge.

2.3.3. Le fasi private: interessi ed alternative

Successivamente alla prima sessione congiunta, il mediatore avvierà delle sessioni private, normalmente due, con ciascuna singola parte assistita dal proprio legale e, qualora presente, dal proprio consulente tecnico.

Di primo acchito è assai importante che il mediatore evidenzi alle singole parti che opererà nel rispetto dell'imparzialità e sotto il vincolo della riservatezza riguardo alle informazioni delle quali verrà a conoscenza.

Nel corso della prima sessione privata, il mediatore cercherà di entrare in empatia con la parte e, conseguentemente, in un rapporto di fiducia tale da consentirle di parlare liberamente; in tale

modo, il mediatore potrà esplorare ed appurare quali sono i suoi effettivi interessi, spesso sottesi alle posizioni manifestate nella prima sessione congiunta; ciò avverrà con tutte le parti.

L'individuazione degli interessi, sarà l'elemento fondamentale e necessario per aiutare i soggetti coinvolti nel conflitto ad ampliare le possibilità di risolverlo anche toccando questioni ed ambiti diversi rispetto a quelli emersi dalle posizioni.

Il mediatore è formato in modo da formulare in modo corretto le domande, soprattutto, non esprimendo alcuna opinione o giudizio personale nel merito della questione e non operando alcuna spinta verso una soluzione prestabilita.

Durante la prima sessione privata è opportuno attuare la verifica della M.A.A.N. e della P.A.A.N. (Migliore Alternativa all'Accordo Negoziabile - Peggior Alternativa all'Accordo Negoziabile), tenuto conto che il risultato di questa verifica aiuta la parte sia a focalizzare la situazione che essa sta vivendo nell'ottica di un eventuale futuro proseguimento del conflitto, sia a comprendere l'opportunità di prendere in considerazione eventuali alternative per la risoluzione dello stesso.

Svolta la prima sessione privata con tutte le singole parti, il mediatore passa ad una successiva sessione privata nel corso della quale, in virtù degli interessi emersi, le stimola a generare delle opzioni negoziali.

2.3.4 Fase congiunta finale

Valutato dal mediatore che le opzioni emerse possono essere condivise da entrambe le parti, oppure, più semplicemente, riscontrata la volontà delle medesime di trovare un accordo, è svolta una fase congiunta finale tesa alla generazione di alternative. Può accadere che le alternative non siano immediatamente a portata di mano delle parti; in questo caso è possibile servirsi di tecniche di supporto, come ad esempio quella del *brainstorming*⁴ che, in molte occasioni, fa scaturire esiti a volte impensabili!

Per effetto di una proficua attività di negoziazione, le parti trovano l'accordo; un accordo duraturo, che nasce dalle alternative discusse, prima separatamente e poi congiuntamente con l'assistenza del mediatore. Un accordo che rispetta quelli che sono gli interessi reali delle parti e di conseguenza un accordo che soddisfa entrambi e che pertanto non sarà la mera "via di mezzo" tra le due posizioni.

2.3.5 La proposta

Una possibilità prevista dalla normativa, precisamente dall'art. 11 del D.Lgs. 28/2010, è quella della formulazione a cura del mediatore di una proposta per la risoluzione della lite.

⁴ Il Brainstorming è una tecnica di creatività volta a far emergere idee per la risoluzione di un problema. Consiste nel proporre ciascuno liberamente soluzioni di ogni tipo (anche strampalate o con poco senso apparente) senza che nessuna di esse venga censurata o criticata da alcuno. La critica ed eventuale selezione interverrà solo in un secondo tempo, terminata la seduta di brainstorming. Il risultato di una seduta di brainstorming può generare una soluzione del problema, o una lista di idee che potrebbero generare un insieme di idee finalizzate a trovare in seguito una soluzione.

È una possibilità che il mediatore deve ponderare e far bene comprendere alle parti, per le conseguenze che potrebbe loro comportare la mancata accettazione della proposta.

Ai sensi del sopra citato art. 11, il mediatore, quando non viene raggiunto l'accordo, ha facoltà di formulare una proposta di risoluzione della controversia; diversamente, è obbligato a formularla quando le parti ne fanno espressa richiesta congiunta.

Preventivamente alla formulazione della proposta, per entrambe le sopra menzionate alternative, il mediatore dovrà informare le parti delle conseguenze previste dall'art. 13, che recita: «*in caso di rifiuto della proposta, in caso di provvedimento giudiziario che corrisponde interamente al contenuto della proposta, viene esclusa dal Giudice la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferite al periodo successivo alla formulazione della stessa, oltre alla condanna del rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo*».

La formulazione della proposta, non deve tenere conto delle dichiarazioni rese dalle parti in occasione delle sessioni/fasi private, salvo diverso accordo delle parti medesime.

La proposta è comunicata in forma scritta alle parti che, a loro volta, sempre con documento scritto, comunicheranno all'Organismo di Mediazione l'accettazione o meno; trascorso il termine di sette (7) giorni senza alcuna riscontro la proposta si intende rifiutata.

2.4. I MODELLI DI MEDIAZIONE

L'art.1 del D.Lgs. 28/2010, alla lettera a), nel definire la mediazione, ne introduce due modelli: quella "*problem solving facilitativa*" e quella "*problem solving valutativa*".

La prima parte della definizione data dal citato articolo recita: "*attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia*" introducendo il modello di mediazione "*problem solving facilitativa*".

La seconda parte dell'articolo, prevede: "*anche nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*" introducendo il modello di mediazione "*problem solving valutativa*".

2.4.1. Problem solving facilitativa (detto anche "metodo di Harvard")

Nel modello di "*mediazione facilitativa*", il mediatore ha quali obiettivi e compiti quelli di facilitare la comunicazione tra le parti coinvolte nel conflitto, assistendole nella negoziazione, ma non assumendo alcun ruolo per il raggiungimento dell'accordo, che deve essere frutto della volontà delle parti stesse.

Nel modello di mediazione facilitativa protagoniste sono le parti coinvolte nel conflitto che, con l'aiuto fattivo del mediatore, potranno osservare il conflitto in cui sono coinvolte da altri punti di vista, individuando interessi e risorse a volte impensabili, oltre ad assumere una maggiore consapevolezza della propria condizione e delle reali possibilità di cambiamento che possono nascere dal conflitto medesimo. Nel caso di specie, le competenze del mediatore devono essere

universali, non obbligatoriamente specifiche, per meglio dire, adattabili ad ogni tipo di controversia.

2.4.2. Problem solving valutativa

Nel modello di “*mediazione problem solving valutativa*”, l’unico obiettivo del mediatore è il raggiungimento dell’accordo. Avendo esso specifica conoscenza della materia oggetto del conflitto, il mediatore assume sin dall’inizio della procedura il ruolo di protagonista, valutando in prima persona la questione rispetto alle posizioni delle parti, cercando di trovare quella che - secondo lui - è la soluzione migliore ed induce le parti ad orientare la loro decisione nella direzione che egli ha proposto.

Il mediatore è colui che formula le proposte sulle quali le parti discuteranno al fine del raggiungimento dell’accordo.

Il modello descritto è quello solitamente adottato nelle conciliazioni svolte nell’ambito della consulenza tecnica d’ufficio, che sfocia in un accordo “transattivo”

Tra i modelli di mediazione vi è anche la c.d. “*mediazione trasformativa*” nella quale il mediatore non si occupa del problema e degli interessi ma si concentra solo sulle emozioni delle parti, sulla loro comunicazione. L’obiettivo non è risolvere il problema ma riaprire la comunicazione.

Capitolo 3

CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO COMPITI ED ATTIVITÀ DEL C.T.U.

3.1 ASPETTI GENERALI

L'istituto della consulenza tecnica d'Ufficio trova collocazione nelle diverse specie di processi giurisdizionali, quali quello civile di cognizione (le c.d. cause civili) e quello cautelare o preventivo (accertamento tecnico preventivo ex artt. 696 e 696 bis), laddove si rende necessario che il giudice acquisisca consapevolezza “tecnica” in merito alle questioni ed agli elementi caratterizzanti la materia e l'oggetto del contendere, in modo tale che –con la dottrina e la giurisprudenza – possa formarsi il convincimento che troverà estensione nelle motivazioni al dispositivo della sentenza. (il “p.q.m.” ovvero, “per questi motivi”).

La consulenza tecnica d'Ufficio può riguardare i più diversificati casi, situazioni o circostanze; a titolo esemplificativo e non esaustivo, si elencano alcune tra le più frequenti specie di consulenze tecniche: contabile/amministrativa, medica, danni o vizi della cosa o dell'opera, infortunistica stradale, tutela della proprietà, valorizzazione ed attribuzione di beni immobili e mobili.

3.2 PROCEDIMENTO

La consulenza tecnica d'Ufficio, a seguito della riforma del c.d. “rito civile” efficace dall'anno 2005, solitamente, è disposta nel corso dell'attività meglio conosciuta quale “fase istruttoria” regolata dall'art. 183 e seguenti del c.p.c.; tuttavia, il giudice può sempre disporre la consulenza tecnica d'Ufficio, anche se non chiesta dalle parti, in forza del disposto dell'art. 61 comma 1 del c.p.c., che recita: *“Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica”*

La nomina avviene con ordinanza emessa nel corso dell'udienza o successivamente; nel secondo caso, recependo i dettati della riforma tesa a “velocizzare” il processo civile, l'ordinanza può essere completa del quesito che sarà posto al consulente al momento del giuramento.

3.3. PROCEDURA

Il consulente, ovvero il c.d. consulente tecnico d'ufficio - c.t.u., ritualmente nominato mediante ricevimento del biglietto di cancelleria, qualora non vi siano motivi di incompatibilità che facciano venire meno il suo stato di indipendenza e di imparzialità, compare nel giorno e nell'ora fissati innanzi al giudice per prestare il giuramento di rito.

Nella circostanza - e solo in quel momento – il c.t.u. viene a conoscenza dei fatti per i quali la lite è scaturita e, nell'occasione (solitamente nell'attesa della “chiamata della causa”), potrà in-

terloquire - in uno - con tutti i legali delle parti, chiedendo loro notizie che potranno essergli utili per l'espletamento dell'attività, nonché, qualora chiestogli dal giudice, divenendo parte attiva nella formulazione del quesito che gli sarà posto, suggerendo gli opportuni accorgimenti derivanti dalla specifica conoscenza tecnica e dall'esperienza professionale tesi ad ottimizzare l'attività che andrà a svolgere.

Il c.t.u., con dichiarazione a verbale, indica la data, l'ora ed il luogo nei quali sarà dato inizio alle attività peritali, chiedendo di essere autorizzato all'utilizzo di mezzi di trasporto propri o pubblici, nonché di potersi avvalere di ausiliari qualora il quesito abbia ad oggetto particolari indagini e/o competenze/conoscenze; in quest'ultima ipotesi, dei risultati ai quali perverranno gli ausiliari ne assumerà tutte le responsabilità

Il c.t.u., previa autorizzazione dei legali, acquisisce i fascicoli delle parti, nonché la copia del verbale di udienza, nel quale sono riportati il testo del quesito, le autorizzazioni ricevute, i termini assegnati ai sensi dell'art. 195 comma 3 c.p.c., i nominativi dei consulenti tecnici di parte, l'ammontare dell'eventuale fondo spese e l'indicazione della parte che dovrà corrisponderlo.

Relativamente ai consulenti tecnici di parte, qualora la nomina non avvenga nel corso dell'udienza, potrà avvenire entro il termine concesso dal giudice; in questa ipotesi, la nomina si perfeziona mediante deposito della dichiarazione presso la cancelleria e, quindi, solitamente, è trasmessa dal difensore al consulente tecnico d'Ufficio affinché questi ne abbia debita conoscenza – possibilmente - prima dell'inizio delle attività peritali.

3.3.1 Attività peritali

L'inizio delle attività peritali, abitualmente, consiste nella lettura degli atti e dei documenti di causa contenuti nei fascicoli delle parti e/o nella visione dei luoghi o della "cosa" per cui è lite. Nella circostanza, il c.t.u. consegna ai consulenti tecnici di parte copia del verbale di udienza e, collegialmente, viene programmata l'attività da svolgere per poter rispondere al quesito posto dal magistrato; nell'occasione è opportuno che il consulente tecnico d'Ufficio raccolga gli elementi utili per poter comunicare con i legali ed i consulenti tecnici delle parti (indirizzo dello studio, recapiti telefonici, indirizzi di posta elettronica certificata e non).

Anche se non ne ricorre espresso obbligo, è opportuno che il consulente tecnico d'Ufficio, rediga, su carta "uso bollo", processo verbale (art. 126 c.p.c.) delle attività svolte che conterrà:

- gli elementi utili per individuare il procedimento (Ufficio competente, numero del procedimento Registro Generale Atti Contenzioso – R.G.A.C., nomi delle parti in lite);
- l'indicazione del luogo, della data e dell'ora di inizio e di termine della sessione di lavoro;
- l'elencazione dei soggetti che hanno partecipato alle attività;
- la descrizione – anche sommaria – delle attività svolte;
- l'elencazione delle attività che svolgerà autonomamente e non;
- le eventuali dichiarazioni ricevute;
- il luogo, la data e l'ora collegialmente concordate per il prosieguo delle attività peritali.

Inoltre, il processo verbale, darà contezza di fatti, circostanze ed accadimenti che potranno avere riflessi sull'esito della consulenza tecnica d'Ufficio e sulla validità della stessa.

3.3.2 Contraddittorio tra le parti

Compito del consulente tecnico d'Ufficio, oltre alla conoscenza della materia che andrà a trattare e delle norme che regolano il suo operato e le fasi del procedimento, è quello di consentire e, soprattutto, di mantenere vivo il contraddittorio tra le parti che, con il "principio della domanda" ed il "diritto alla difesa," è uno dei cardini costituzionalmente garantiti del processo civile.

Uno dei motivi per il quale può essere annullata una consulenza tecnica d'Ufficio è la riscontrata venuta meno della garanzia del contraddittorio tra le parti, ovvero del dire e contraddire.

Come ovviare alla violazione del contraddittorio?

Avendo cognizione delle fasi procedurali del processo e, soprattutto, mantenendo imparzialità, equidistanza e terzietà nei confronti delle parti e dei loro procuratori e consulenti; in sostanza, con la trasparenza!

Per garantire quanto sopra è sufficiente, anche se laborioso, che il c.t.u. dia notizia nei processi verbali e nella propria relazione peritale di tutte le circostanze, di tutti i fatti e di tutte le condizioni accertate e/o verificatesi nel corso dello svolgimento delle attività peritali, incentivando la produzione a cura dei consulenti tecnici di parte di istanze ed osservazioni (le c.d. memorie di cui all'art. 194 comma 2 c.p.c.) che avrà riguardo di esaminare e commentare nello stilare il proprio scritto; va da sé che il consulente tecnico di parte dovrà provvedere a farle pervenire anche alla parte avversaria.

All'annullamento delle consulenze tecniche d'Ufficio per "mancanza" del contraddittorio e per ovviare a "chiamate a chiarimenti" dell'ausiliario, il legislatore ha cercato di sopperire modificando, con l'emanazione della L. 18 Giugno 2009 n. 69, il terzo comma dell'art. 195, in cui è previsto che il c.t.u., prima del deposito in cancelleria dell'elaborato, trasmetta la relazione peritale c.d. "preliminare," o più grossolanamente "bozza," alle parti che, a loro volta, faranno pervenire le osservazioni delle quali il c.t.u. dovrà tenere conto commentandole nella stesura della relazione peritale definitiva.

3.3.3 Relazione scritta, ovvero relazione peritale

Qualora al consulente sia affidata l'attività da svolgere in assenza del giudice, esso redigerà una relazione scritta, o relazione peritale, nella quale darà contezza di tutta l'attività svolta e dei risultati ai quali - secondo scienza e coscienza - è pervenuto.

Come scritto al capo che precede, l'art. 195 terzo comma c.p.c. prevede e disciplina, nei termini temporali stabiliti all'udienza di comparizione per il giuramento del consulente, che:

- il consulente trasmetta alle parti (intendendosi i legali, non quindi i soli consulenti tecnici di parte) la relazione peritale;
- le parti, nelle persone dei loro legali e consulenti, trasmettano al consulente le osservazioni alla relazione peritale;
- il consulente, valutate e commentate le osservazioni, depositi la relazione peritale definitiva, corredata degli eventuali allegati (processi verbali, osservazioni alla relazione peritale, documenti, reperti, campioni, fotografie e quant'altro necessario a supporto e conforto di quanto

scritto), oltre ai fascicoli delle parti ed all'istanza di liquidazione delle spese sostenute, delle indennità e dei compensi.

Nella relazione peritale, redatta in lingua italiana su supporto cartaceo mediante restituzione del testo nel formato della c.d. "carta ad uso legale", il consulente tecnico elenca, con strutturata scansione, i dati del procedimento, il quesito postogli, le attività svolte per l'assolvimento del mandato ricevuto, la descrizione dell'oggetto della consulenza tecnica d'ufficio, la risposta al quesito, la valutazione delle osservazioni prodotte dalle parti mediante i loro legali o i nominati consulenti di parte, la risposta conclusiva al quesito, concludendo quindi con l'elencazione degli allegati di corredo alla relazione peritale medesima, con la data e la sottoscrizione autografa.

La relazione peritale deve essere redatta in modo tale che il documento risulti intelligibile a chiunque, meglio se stilata seguendo le sintetiche e pratiche linee guida dettate dal "Codice della relazione peritale nel processo civile di cognizione" che ne prevede la suddivisione in "parti", come di seguito pedissequamente riportate:

- parte introduttiva;
- parte descrittiva;
- parte valutativa;
- parte conclusiva.

La parte *introduttiva* riporta gli elementi generali del procedimento e i dati connessi alle attività espletate dal consulente tecnico.

La parte *descrittiva* riguarda il compendio di atti, indagini ed operazioni compiute dal consulente nonché gli elementi distintivi specificati con l'opportuno grado di dettaglio, atti ad identificare quanto necessario in relazione alle richieste del giudice.

La parte *valutativa* riporta gli elementi fondanti posti alla base del convincimento del consulente tecnico accompagnati dalle necessarie motivazioni.

La parte *conclusiva* rappresenta la sintesi delle risultanze dell'attività peritale con la risposta finale ai quesiti unitamente alle necessarie indicazioni d'insieme.

Capitolo 4

QUANDO MEDIAZIONE E CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO POSSONO COESISTERE

4.1 IL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE ED IL “MEDIA-CONSULENTE”

Nel processo civile di cognizione è oramai prassi consolidata che al nominato consulente venga chiesto di tentare la conciliazione tra le parti.

Tra i procedimenti speciali, l'esperimento del tentativo di conciliazione è espressamente previsto dall'art. 696 bis c.p.c., ovvero “consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite”

Nell'approcciarsi al tentativo di conciliazione, il consulente tecnico d'Ufficio si trova ad affrontare condizioni imprescindibili quali (solo per citarne alcune rilevanti ai fini della validità del suo operato), il rispetto del contraddittorio, il divieto di introdurre nel procedimento nuovi elementi, l'osservanza di principi e di termini che regolano il processo medesimo e, in particolare, il vincolo di doversi rivolgere alle parti mediante soggetti che nel giudizio “sono” (i legali) ed “assistono” (i consulenti tecnici di parte) le parti medesime.

Quest'ultima condizione è indicata per evidenziare come detta limitazione processuale non permetta al consulente di conoscere ciò che la parte intende veramente ottenere, le sue intime aspettative, né di percepire le sensazioni e gli stati d'animo delle persone coinvolte nei fatti, tutte circostanze queste assai limitanti per il buon esito del tentativo di comporre la lite.

In entrambi i procedimenti menzionati all'inizio di questo capitolo, attesi i precetti giuridici e procedurali che li regolano, il consulente si troverà nelle seguenti condizioni:

- la prima: qualora venga raggiunto l'accordo, ne darà comunicazione al magistrato, chiedendo contestualmente di essere esonerato dal produrre l'elaborato peritale e, nell'evenienza, congiuntamente ai legali, ai tecnici delle parti ed alle parti medesime, procederà alla redazione del verbale di conciliazione da sottoscrivere innanzi al magistrato per essere quindi allegato al verbale di udienza.

- la seconda: ad esito negativo dell'attività esperita nel tentare di conciliare le parti, ne dovrà dare conto nel redigere la propria relazione peritale; a tale proposito, giova ricordare come ciò debba avvenire con molta cautela, considerato che quanto il c.t.u. andrà a scrivere sarà oggetto di valutazione - ai sensi e per gli effetti degli art. 116 e 117 c.p.c.- a cura del giudice.

Quanto sopra, per sommi capi, è ciò che accade in ambito giudiziario a fronte del tentativo – positivo o negativo - di comporre la controversia che, però, è assai rigido, limitante, che non prevede la possibilità di dare all'attività giurisdizionale connotazioni anche sociali che dovrebbero

sempre essere insite nel patrimonio etico dei soggetti che assolvono a questi delicati compiti, non configurandoli solamente a mere opportunità di lavoro.

Come possono questi soggetti dare attuazione al loro intendimento?

Come fare per dare vita ad un tentativo di conciliazione che non sia una mera transazione e possa invece avere prospettive di riuscita con il reale soddisfacimento delle parti?

Quali sono le attività che si possono attuare per tentare di risolvere le controversie?

Come dovrà operare il consulente?

In primis, atteso che trattasi di procedimento giudiziale, munendosi dell'autorizzazione delle parti – che sono e rimangono sovrane per tutti gli aspetti privatistici che le riguardano – di potere dare corso ad un tentativo di mediazione con le modalità dettate dal D.Lgs. 28/2010 e ss.mm.

In secondo luogo, sotto l'aspetto etico e sociale, credendo nell'apporto che il consulente tecnico d'Ufficio è chiamato e deve dare nello svolgimento della propria funzione istituzionale e giurisdizionale.

In sostanza, a maggior ragione se è mediatore/facilitatore, spendendosi, mettendoci del proprio, privilegiando l'aspetto delle funzioni anche pacificatrici e dei compiti che è stato chiamato a svolgere, quindi, non rimanendo rigido nel ruolo prettamente diretto o propedeutico al decidere; in sostanza: osando!

Cosa si intende con l'affermazione "osando!"?

Si intendono la consapevole audacia e l'assunzione di responsabilità da parte del consulente tecnico di porre in essere le condizioni affinché, «forzando» i principi cardine (domanda, contraddittorio e difesa) che reggono il processo civile, egli possa spaziare nell'ambito della procedura, promuovendo incontri separati, allargando l'analisi della materia oggetto del contendere, interagendo direttamente con le parti per fare emergere gli effettivi interessi delle stesse rispetto alle formali posizioni che hanno assunto innanzi al magistrato.

È appena il caso evidenziare che il tentativo di conciliazione svolto con siffatte modalità nell'ambito di una consulenza tecnica d'Ufficio impone - salvaguardati i vincoli della riservatezza, dell'imparzialità e della terzietà - che il consulente sia pienamente conscio dei propri mezzi e goda di spiccate doti di equilibrio ed di auto-determinazione, che dovrà essere in grado di esercitare qualora l'esito del tentativo di conciliazione non sia positivo e, conseguentemente, debba procedere alla redazione dell'elaborato peritale.

Qualora vi siano la disponibilità e la volontà delle parti coinvolte nella lite, dalla possibilità di esperire un tentativo di conciliazione gestito alla stregua di una procedura di mediazione, emerge una rilevante interazione tra le professionalità di mediatore e di consulente tecnico d'Ufficio che, nella loro "unione", potrebbero migliorare notevolmente la qualità dell'accordo e le modalità attuate per il suo raggiungimento nell'ambito di una consulenza tecnica d'Ufficio.

4.2 L'ESPERTO (EX ART. 8 COMMA 4 D.LGS. 28/2010)⁵, OVVERO IL CONSULENTE TECNICO DEL MEDIATORE – C.T.M.

4.2.1 Procedimento

Con l'aumento del numero dei procedimenti di mediazione attivati presso gli Organismi di Mediazione, accade di frequente di dover provvedere alla nomina di un soggetto che si occupi di accertamenti e operazioni prettamente tecniche (consistenti, per i professionisti operanti nella c.d. "area delle attività professionali tecniche", in rilievi, stime di immobili e mobili, pratiche catastali, perizie descrittive dello stato dei luoghi o qualsiasi altra attività equiparata all'attività di un esperto del giudice).

In questa evenienza, l'Organismo di Mediazione nomina un tecnico tra quelli iscritti all'Albo dei Consulenti Tecnici d'Ufficio che, rispettando i vincoli di riservatezza, terzietà ed imparzialità, proceda alle operazioni peritali richieste dal mediatore.

4.2.2 Procedura

L'esperto o il c.d. "c.t.m." è invitato ad un incontro fissato ad hoc per l'incombenza, in occasione del quale conferma la già accettata nomina che, solitamente, avviene mediante riscontro di comunicazione inviata dalla segreteria dell'O.d.M. scelto dalle parti. Nel corso dell'incontro il mediatore, con l'ausilio delle parti assistite dai loro legali e consulenti, mutuando il disposto dell'art. 194 c.p.c., formula il quesito e fissa i termini per la comunicazione della relazione peritale preliminare, per la trasmissione all'esperto delle osservazioni a cura delle parti e per il deposito della relazione peritale definitiva, indicando le modalità di trasmissione (posta elettronica normale, PEC, servizio postale, telefax).

L'esperto/c.t.m., nella circostanza, comunica luogo, data ed ora dell'inizio delle attività peritali. Nell'occasione è chiesta all'esperto la formulazione del preventivo di spesa della prestazione professionale con riferimento ai dettati del D.P.R. 30 Maggio 2002 n. 115 – Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia e alle tabelle contenute del D.L. 30 Maggio 2002.

Le parti, con la sottoscrizione del processo verbale dell'incontro, assumono l'onere del pagamento delle competenze dell'esperto nelle quote tra loro medesime concordate.

Nel processo verbale dell'incontro di nomina dell'esperto/c.t.m. potrà essere previsto che la relazione peritale, qualora il procedimento di mediazione si concluda senza l'accordo, possa o meno essere utilizzata dalle parti, nell'eventuale successivo procedimento giurisdizionale, ovviando in tal modo, a decisioni nel merito dell'Autorità Giudiziaria.⁶

⁵ Art. 8 comma 4 D.Lgs 28/2010

Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e di liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

4.2.3 Compiti dell'esperto / C.T.M.

L'attività dell'esperto/c.t.m. è svolta alla stregua di quella di una consulenza tecnica d'Ufficio, come descritta al precedente capitolo 4.2.2, avendo l'accortezza di sollecitare e fare emergere la componente "cooperativa" tesa alla risoluzione della controversia e, nel redigere processi verbali e la reazione peritale, di mutare la terminologia corrente nei procedimenti giurisdizionali, con quella consona ad un procedimento di mediazione, ove i termini più soventemente usati nell'ambito giurisdizionale, solo per citare i più frequenti, assumono le seguenti corrispondenze:

udienza	=	incontro
attore	=	istante o parte attivante
convenuto	=	chiamato o parte aderente
causa	=	conflitto
avvocato	=	legale
consulente tecnico d'ufficio	=	esperto o consulente tecnico del mediatore
consulente tecnico di parte	=	assistente tecnico in mediazione
disaccordo	=	incomprensione
discussione	=	scambio di idee
contrattare	=	negoziare

⁶ Con Ordinanza RG. n. 78493-12 del 17/03/2014 del TRIBUNALE di ROMA SEZIONE XIII^o il magistrato dott. Massimo Moriconi, ha stabilito che la relazione redatta dal consulente tecnico nel corso di un procedimento di mediazione che si concluda senza accordo, può essere prodotta nel successivo giudizio ad opera di una delle parti senza violare le regole sulla riservatezza, poiché l'attività del consulente in mediazione, all'esito degli accertamenti che compie, «si estrinseca (ed esaurisce) nella motivata esposizione dei risultati dei suoi accertamenti tecnico-specialistici».

Capitolo 5

L'ACCORDO TRA LE PARTI DISUGUAGLIANZE OGGETTIVE E SOSTANZIALI TRA MEDIAZIONE E CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

5.1. DISUGUAGLIANZE OGGETTIVE E SOSTANZIALI

Il mediatore ha davanti a sé le parti che litigano e, con il suo operato, queste trovano un accordo. Il consulente tecnico d'ufficio ha davanti a sé le parti che litigano e, con il suo operato, queste trovano un accordo.

Un accordo raggiunto in mediazione è tutt'altra cosa – o lo dovrebbe essere – da un accordo definito “transattivo”, quale è il risultato che più frequentemente scaturisce nell'ambito della consulenza tecnica d'ufficio.

La differenza tra un accordo scaturito da una mediazione ed uno transattivo sta, appunto, nell'attività di coinvolgimento delle parti e di esplorazione a cura del mediatore degli effettivi interessi e delle necessità dei soggetti coinvolti nel conflitto, esplorazione che non si sofferma alle posizioni che le parti evidenziano.

Un semplice esempio

Gabriele, nuovo vicino di casa di Michela, durante i lavori di sistemazione della recinzione comune tra le loro proprietà, ha danneggiato un'antica e folta siepe di pyracantha del giardino di Michela che, in alcuni punti, dovrà essere espantata e nuovamente posta a dimora.

Michela chiede € 5.000,00 € di risarcimento, Gabriele è disposto a riconoscerle € 2.000,00.

Un accordo “transattivo”, basato solo sulle posizioni espresse dalle parti, con ogni probabilità comporterebbe che tra € 5.000,00 chiesti da Michela ed € 2.000,00 riconosciuti da Gabriele, la somma ritenuta equa possa essere quantificata in € 3.500,00, tuttavia, fermo restando che entrambe le parti non vedrebbero soddisfatte le rispettive richieste e concessioni.

Diversamente, un accordo raggiunto grazie all'attività di mediazione potrebbe invece essere di tutt'altra natura.

Nell'attività di esplorazione degli interessi, emerge che Michela ha da poco tempo acquistato un monolocale al mare e Gabriele è titolare di un'impresa di tinteggiature.

La conoscenza dei nuovi elementi - emersi grazie all'abilità del mediatore - e la negoziazione hanno permesso di raggiungere un accordo del seguente contenuto:

Gabriele verserà a titolo di risarcimento € 2.000,00 a Michela e provvederà, a sue spese, a tinteggiare il monolocale al mare; a sua volta, Michela affiderà a Gabriele il lavoro di tinteggiatura della grande casa nella quale abita.

L'accordo è stato raggiunto grazie alle domande formulate dal mediatore a Michela ed a Gabriele

nel corso delle sessioni private; domande, che gli hanno permesso di appurare quanto segue:
Relativamente a Michela:

- ha recentemente acquistato un monocale al mare e non è riuscita a reperire in loco alcuna impresa che effettuasse la tinteggiatura dell'appartamento ad un costo equo;
- l'anno prossimo ha intenzione di tinteggiare i locali della grande casa nella quale abita.

Relativamente a Gabriele:

- la ditta della quale è titolare Gabriele è in espansione ed egli ha da poco assunto due operai e, pertanto, è in costante ricerca di lavori da svolgere.

Le circostanze sopra elencate, poco avevano a che fare con la questione insorta tra Michela e Gabriele legata del danneggiamento della siepe di *pyracantha*, ma le tecniche di comunicazione conosciute ed applicate dal mediatore, hanno consentito di porre domande personali e quindi di venire a conoscenza dei reali interessi delle parti. Le domande poste senza alcuna pressione alle parti da parte del mediatore, hanno permesso di cogliere e far cogliere ai soggetti interessati elementi utili per la generazione di opzioni finalizzate al raggiungimento dell'accordo.

5.2. EFFETTI, EFFICACIA ED ESECUTIVITÀ: L'ACCORDO RAGGIUNTO IN MEDIAZIONE

Un accordo raggiunto al termine di un procedimento di mediazione, ai sensi dell'art. 12 comma 1 del D.Lgs 28/2010⁷, quando è sottoscritto da tutte le parti presenti e dai rispettivi legali (*in questo caso gli avvocati presenti attestano e certificano con la propria firma la conformità dell'accordo siglato alle norme imperative ed all'ordine pubblico*), diventa titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione delle ipoteche giudiziali.

Qualora invece l'accordo raggiunto non sia sottoscritto secondo il disposto del citato art. 12 del D.Lgs 28/2010, lo stesso, per diventare titolo esecutivo necessita, su istanza di parte, di omologa da parte del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'Organismo di Mediazione, il quale attesta la regolarità formale ed il rispetto delle norme imperative.

L'accordo di mediazione, qualora preveda il trasferimento o la costituzione di diritti reali, può essere trascritto presso il Servizio di Pubblicità Immobiliare previa la suddetta omologa oppure autenticato da parte di pubblico ufficiale - Notaio.

Ai fini della pubblicità immobiliare, lo stesso deve essere predisposto con l'indicazione di tutti i dati e le informazioni necessarie per la trascrizione, alla stregua di un rogito notarile.

⁷ Art. 12 D.Lgs 28/2010 - Efficacia esecutiva ed esecuzione

1. Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative dell'ordine pubblico.

Inoltre, il verbale di accordo di mediazione, ai sensi dell'art. 17 del D.Lgs. 28/2010 comma 3, è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di € 50.000,00 (la parte eccedente è soggetta ad imposta) mentre è sempre esente dall'imposta di bollo.

5.3. EFFETTI, EFFICACIA ED ESECUTIVITÀ: L'ACCORDO RAGGIUNTO NELL'AMBITO DELLA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO.

Una volta raggiunta la conciliazione, il consulente tecnico provvederà ad informare il giudice della circostanza depositando nel fascicolo d'ufficio il processo verbale di conciliazione sottoscritto dalle parti, dai rispettivi procuratori e da esso stesso, completo del contenuto dell'accordo ed esaustivo negli aspetti formali, al quale il magistrato attribuirà, con decreto ai sensi dell'art. 474 comma 3 c.p.c., efficacia di titolo esecutivo ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Nell'ipotesi la conciliazione abbia ad oggetto la costituzione o il trasferimento di diritti reali di godimento concernenti beni immobili, il consulente tecnico d'ufficio, darà notizia al giudice dell'avvenuta conciliazione, comunicando la comparizione delle parti all'udienza di trattazione della causa già fissata o chiedendo ne venga fissata una ad hoc (in gergo la c.d. comparizione spontanea) e, nel contempo, coadiuvato dai legali e dai consulenti tecnici delle parti, provvederà a redigere processo verbale di conciliazione, completo di quanto necessario per la corretta individuazione dei beni e delle rituali e formali indicazioni concernenti gli adempimenti e gli aspetti civilistici e fiscali.

All'udienza, una volta datane lettura, il processo verbale di conciliazione è sottoscritto innanzi al magistrato dalle parti o dai rispettivi procuratori e quindi unito al verbale di udienza per farne parte integrante e costituirà titolo per la trascrizione presso il Servizio di Pubblicità Immobiliare e la voltura catastale dei beni.

Quanto alla disciplina fiscale applicabile, il processo verbale di conciliazione è esente dal pagamento dell'imposta fino ad € 51.645,69, in forza di quanto statuito dal D.Lgs. 23/2011 e dal D.L. 104/2013 convertito con modificazioni dalla L. 8 novembre 2013 n. 128, nonché in forza della circolare esplicativa n. 2/E del 21.02.2014, paragrafo 9.3 dell'Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale - Normativa.

Il processo verbale di conciliazione dovrà disciplinare le modalità di regolazione delle spese legali, degli onorari dei legali e dei tecnici delle parti, dei compensi del consulente tecnico, nonché, per la rinuncia dei difensori delle parti alla solidarietà prevista dall'art. 13 comma 8 della Legge Professionale vigente, essere espressamente da questi sottoscritto.

GLOSSARIO

● Giurisprudènza

s. f. [dal lat. *iurisprudentia*, der. di *iurisprudens*: v. la voce prec.].

1.

a. In senso ampio, la conoscenza e la scienza del diritto, con riferimento originario al diritto romano, esteso poi anche al mondo moderno, soprattutto nelle espressioni *facoltà di g.*, facoltà di studio universitario, da cui si ottiene la *laurea in giurisprudenza*.

b. Lo svolgimento del diritto, e l'insieme delle leggi, delle istituzioni giuridiche, di un popolo, di una società storica: *la g. romana*; *la g. dell'età di mezzo*; *la g. italiana dell'età moderna*.

2.

a. In senso più tecnico, l'insieme delle pronunce, cioè delle sentenze e decisioni degli organi giurisdizionali di uno stato su questioni determinate; secondo la natura di tali organi e la materia che giudicano, si distingue una *g. costituzionale, civile, penale, commerciale, finanziaria, agraria, ecclesiastica, di diritto pubblico, di diritto internazionale*, ecc.; talora con riferimento indiretto agli organi che hanno emesso le decisioni: *quale è il pensiero della g. su questa materia?*; *la g. dominante è nel senso che ...*, e sim.

b. Anche, l'interpretazione della legge che è contenuta ed espressa nelle sentenze: *la g. della Cassazione, della Corte d'appello*.

● Procediménto

s. m. [der. di HYPERLINK «<http://www.treccani.it/vocabolario/procedere>» procedere]

1. ant. o poco com. Il fatto e il modo di procedere, cioè di svolgersi, di progredire: *il p. delle indagini, o nelle indagini; spiegare, illustrare il p. dei fatti*, il loro corso o svolgimento.

2. Modo, metodo con cui si conduce un'operazione mentale, manuale, tecnica: *p. dimostrativo, esplicativo; p. di calcolo; seguire un p. analitico, induttivo, deduttivo*. In partic., nella matematica e nelle sue applicazioni, il ragionamento logico per giungere alla soluzione di un determinato problema: *risolvere un quesito con p. algebrico, geometrico*; *il p. è giusto ma il risultato è sbagliato perché c'è stato un errore di calcolo*; per *p. euristico* e *p. iterativo*, v. i singoli aggettivi. In logica matematica, *p. di decisione*, metodo sistematico mediante il quale, dato un qualsiasi enunciato, si può decidere in un numero finito di passi se esso è dimostrabile o no in una determinata teoria (è, per es., rappresentato dalle «tavole di verità» per il calcolo delle proposizioni); *p. effettivo*, un procedimento descritto in modo non ambiguo, realizzabile in un numero finito di passi e applicabile a qualunque problema del tipo considerato (per es., il procedimento dell'addizione tra numeri decimali finiti). In chimica e nella tecnica, in genere lo stesso che *pro-*

cesso, da cui tuttavia differisce in quanto, più che la serie di operazioni, indica il metodo che nelle successive operazioni si segue (si dice, per es., *illustrare un procedimento*, ma non *illustrare un processo*, e, al contr., *il compiersi di un processo* e non *di un procedimento*); con sign. analogo, nel linguaggio com.: *p. di lavorazione, di fabbricazione*; *il p. per fare la panna, per tingere la stoffa, per produrre il vinsanto*.

3. non com. Modo di comportarsi, di agire: *non posso approvare il vostro p.* (più com., *modo di procedere*); *adottare, seguire un p. scorretto, un p. sleale* (verso qualcuno).

4. Nel diritto, serie di atti di vario genere, formalmente e a volte anche obbligatoriamente coordinati tra loro, rivolti al conseguimento di uno stesso fine: *p. legislativo, giurisdizionale, amministrativo*. Nel diritto processuale, sinon. spesso di *processo*: *p. penale*; *promuovere il p. contro qualcuno*; *avviso di p.*, avviso emesso dal magistrato, col quale si informa l'imputato o l'indiziato di reato di un procedimento che lo riguarda (tale denominazione è ora sostituita da quella di *informazione di garanzia*). In partic., *p. sommario*, forma particolarmente agile di procedimento giudiziario, espressamente prevista dalla legge (per es. dalla legge fallimentare) per facilitare la soluzione di controversie minori. Il termine è usato in modo estens. per indicare alcune particolari forme di giudizio, che si svolge davanti a un'autorità diversa da quella giudiziaria; per es., i *p. disciplinari*, promossi nei confronti di pubblici dipendenti e che si svolgono davanti ad apposite commissioni; o il *p. d'accusa*, che può essere deliberato dalle Camere in seduta comune (su proposta di una apposita *commissione per i p. d'accusa*) mettendo in stato d'accusa il capo dello stato per reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni e previsti dalla Costituzione.

5. Raro per *processione* nel sign. teologico.

● Procedura:

s. f. [dal fr. *procédure*, der. di *procéder* «procedere»; nel sign. 3 è un calco dell'ingl. *procedure*].

1a. non com. Modo di procedere, cioè di operare o di comportarsi in determinate circostanze o per ottenere un certo risultato (sinon. in taluni casi di *procedimento*, in altri di *prassi*): *seguire la p. migliore per raggiungere lo scopo, o una p. sbagliata*.

1b. Insieme di norme, formalità, usi e consuetudini che regolano la pratica di un'amministrazione o lo svolgimento dei compiti e delle attività dei diversi organi della vita pubblica e politica: *seguire la p. normale, l'ordinaria p. d'ufficio, o adottare una p. straordinaria, eccezionale, d'urgenza*; *p. parlamentari*; *la lentezza delle p. burocratiche*. Per estens., in tono scherz. o iron.: *per farsi ricevere dal direttore c'è tutta una complicatissima procedura*.

2. In partic., nel diritto, il complesso delle formalità dettate dalla legge che si devono osservare nello svolgimento di un processo e che costituiscono il diritto processuale: *norme di p.*; *errore, vizio di p.*; *p. civile, p. penale*, anche nelle denominazioni ufficiali dei codici di diritto processuale: *codice di p. civile, codice di p. penale*.

3. Sequenza ordinata di operazioni da eseguire per raggiungere un determinato scopo, spec.

in un contesto tecnico o informatico: *spogli di testi condotti con p. automatica*; *procedure di calcolo*; *procedure di elaborazione e di trasmissione dei dati*. In aeronautica, *p. di volo*, manovra predeterminata che un pilota deve eseguire per rispettare le regole del traffico aereo; *p. di attesa*, da eseguire in attesa di un'autorizzazione; *p. di avvicinamento*, serie di manovre fissate per ogni aeroporto, per portare un aeromobile alla fase di atterraggio in condizioni di sicurezza.

ESTRATTI DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

LIBRO PRIMO

CAPO III DEL CONSULENTE TECNICO, DEL CUSTODE E DEGLI ALTRI AUSILIARI DEL GIUDICE

Art. 61. Consulente tecnico.

Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica.

La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente codice.

Art. 62. Attività del consulente.

Il consulente compie le indagini che gli sono commesse dal giudice e fornisce, in udienza e in camera di consiglio, i chiarimenti che il giudice gli richiede a norma degli artt. 194 ss. e degli artt. 441 e 463.

Art. 63. Obbligo di assumere l'incarico e ricusazione del consulente.

Il consulente scelto tra gli iscritti in un albo ha l'obbligo di prestare il suo ufficio, tranne che il giudice riconosca che ricorre un giusto motivo di astensione.

Il consulente può essere ricusato dalle parti per i motivi indicati nell'art. 51.

Della ricusazione del consulente conosce il giudice che l'ha nominato.

Art. 64. Responsabilità del consulente.

Si applicano al consulente tecnico le disposizioni del codice penale relative ai periti.

In ogni caso, il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti, è punito con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda fino a € 10.329. Si applica l'art. 35 del codice penale. In ogni caso è dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti.

Art. 191. Nomina del consulente tecnico.

Nei casi previsti dagli articoli 61 e seguenti il giudice istruttore, con ordinanza ai sensi dell'articolo 183, settimo comma, o con altra successiva ordinanza, nomina un consulente, formula i quesiti e fissa l'udienza nella quale il consulente deve comparire.

Possono essere nominati più consulenti soltanto in caso di grave necessità o quando la legge espressamente lo dispone.

Art. 192. Astensione e ricusazione del consulente.

L'ordinanza è notificata al consulente tecnico a cura del cancelliere, con invito a comparire all'udienza fissata dal giudice.

Il consulente che non ritiene di accettare l'incarico o quello che, obbligato a prestare il suo ufficio, intende astenersi, deve farne denuncia o istanza al giudice che l'ha nominato almeno tre giorni prima dell'udienza di comparizione; nello stesso termine le parti debbono proporre le loro istanze

di ricasazione, depositando nella cancelleria ricorso al giudice istruttore. Questi provvede con ordinanza non impugnabile.

Art. 193. Giuramento del consulente.

All'udienza di comparizione il giudice istruttore ricorda al consulente l'importanza delle funzioni che è chiamato ad adempiere, e ne riceve il giuramento di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere ai giudici la verità.

Art. 194. Attività del consulente.

Il consulente tecnico assiste alle udienze alle quali è invitato dal giudice istruttore; compie, anche fuori della circoscrizione giudiziaria, le indagini di cui all'articolo 62, da sé solo o insieme col giudice secondo che questi dispone.

Può essere autorizzato a domandare chiarimenti alle parti, ad assumere informazioni da terzi e a eseguire piante, calchi e rilievi.

Anche quando il giudice dispone che il consulente compia indagini da sé solo, le parti possono intervenire alle operazioni in persona e a mezzo dei propri consulenti tecnici e dei difensori, e possono presentare al consulente, per iscritto o a voce, osservazioni e istanze.

Art. 195. Processo verbale e relazione.

Delle indagini del consulente si forma processo verbale, quando sono compiute con l'intervento del giudice istruttore, ma questi può anche disporre che il consulente rediga relazione scritta.

Se le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice, il consulente deve farne relazione, nella quale inserisce anche le osservazioni e le istanze delle parti.

La relazione deve essere trasmessa dal consulente alle parti costituite nel termine stabilito dal giudice con ordinanza resa all'udienza di cui all'articolo 193. Con la medesima ordinanza il giudice fissa il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni sulla relazione e il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse.

Art. 196. Rinnovazione delle indagini e sostituzione del consulente.

Il giudice ha sempre la facoltà di disporre la rinnovazione delle indagini e, per gravi motivi, la sostituzione del consulente tecnico.

Art. 197. Assistenza all'udienza e audizione in camera di consiglio.

Quando lo ritiene opportuno il presidente invita il consulente tecnico ad assistere alla discussione davanti al collegio e ad esprimere il suo parere in camera di consiglio in presenza delle parti, le quali possono chiarire e svolgere le loro ragioni per mezzo dei difensori.

Art. 198. Esame contabile.

Quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti.

Il consulente sente le parti e, previo consenso di tutte, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa. Di essi tuttavia senza il consenso di tutte le parti non può fare menzione nei processi verbali o nella relazione di cui all'articolo 195.

Art. 199. Processo verbale di conciliazione.

Se le parti si conciliano, si redige processo verbale della conciliazione, che è sottoscritto dalle parti e dal consulente tecnico e inserito nel fascicolo d'ufficio.

Il giudice istruttore attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale.

Art. 200. Mancata conciliazione.

Se la conciliazione delle parti non riesce, il consulente espone i risultati delle indagini compiute e il suo parere in una relazione, che deposita in cancelleria nel termine fissato dal giudice istruttore.

Le dichiarazioni delle parti, riportate dal consulente nella relazione, possono essere valutate dal giudice a norma dell'articolo 116 secondo comma.

Art. 201. Consulente tecnico di parte.

Il giudice istruttore, con l'ordinanza di nomina del consulente, assegna alle parti un termine entro il quale possono nominare, con dichiarazione ricevuta dal cancelliere, un loro consulente tecnico.

Il consulente della parte, oltre ad assistere a norma dell'articolo 194 alle operazioni del consulente del giudice, partecipa all'udienza e alla camera di consiglio ogni volta che vi interviene il consulente del giudice, per chiarire e svolgere, con l'autorizzazione del presidente, le sue osservazioni sui risultati delle indagini tecniche.

LIBRO PRIMO

TITOLO VI CAPO I DELLE FORME DEGLI ATTI E DEI PROVVEDIMENTI

Art. 126. Contenuto del processo verbale.

Il processo verbale deve contenere l'indicazione delle persone intervenute e delle circostanze di luogo e di tempo nelle quali gli atti che documenta sono compiuti; deve inoltre contenere la descrizione delle attività svolte e delle rilevazioni fatte, nonché le dichiarazioni ricevute.

Il processo verbale è sottoscritto dal cancelliere. Se vi sono altri intervenuti, il cancelliere, quando la legge non dispone altrimenti, dà loro lettura del processo verbale e li invita a sottoscriverlo. Se alcuno di essi non può o non vuole sottoscrivere, ne è fatta espressa menzione.

BIBLIOGRAFIA DI RIFERIMENTO

Codice della relazione peritale nel processo civile di cognizione – Scuola Superiore dell'Avvocatura; Associazione Nazionale Geometri Consulenti tecnici, Arbitri e Mediatori "GEO-C.A.M.," Pisa University Press (www.pisauniversitypress.it)

Treccani Enciclopedia Italiana

Codice Civile, codice di procedura civile, disposizioni attuazione c.p.c.

MAGGIO 2015