

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/10/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34000-la-mediazione-civile-e-l-atp-ex-art-696-bis-c-p-c>

Autore: Digregorio Francesco

La mediazione civile e l'atp ex art 696 bis c.p.c..

LA MEDIAZIONE CIVILE E L'ATP EX ART 696 bis C.P.C.

analogie e differenze

dott. agr. Francesco Digregorio – mediatore

SINTESI. Partendo da un interessante provvedimento endoprocedurale, queste brevi note vogliono offrire spunti di riflessione su analogie e differenze fra istituti normativi che perseguono la conciliazione. Forse si impone una revisione dell'ATP 'conciliativa' a seguito dell'innovazione legislativa che introduce la mediazione obbligatoria.

L'ORDINANZA. Con provvedimento infraprocedimentale ¹ il Tribunale di Milano dispone procedersi alla nomina del CTU su ricorso ex art. 696 bis cpc ritenendo insussistente la causa di improcedibilità ai sensi del D. Lgs. 28/2010 poiché gli istituti delle due norme applicabili al caso perseguono la stessa finalità conciliativa ².

Poi, nell'evidente impossibilità di eludere la norma sulla 'mediazione obbligatoria', se ne ravvede l'operatività solo all'esito negativo dell'ATP ³.

È arduo commentare il dispositivo citato laddove si paventa il ricorso necessario alla mediazione obbligatoria all'esito negativo dell'ATP 'conciliativa' avendo l'uno e l'altro istituto, tra l'altro, dichiarato intento deflattivo (e non già duplicativo).

Il provvedimento in commento ha dei precedenti: p.e., il Tribunale di Varese è intervenuto sul tema ⁴ con un Decreto dal contenuto analogo, autorevolmente, e negativamente, commentato con rilievi puntuali sulle differenti 'analogie' tra ATP 'conciliativa' ex art. 696 bis cpc e 'mediazione obbligatoria' ex D. Lgs. 28/2010 ⁵. Non pago, il Tribunale di Varese a distanza di oltre un anno, si è ripetuto, ad onta della crescente e migliore definizione dell'ambito applicativo della 'mediazione obbligatoria' nel contesto giuridico-ordinamentale ⁶.

LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO. Si vuole solo ricordare non tanto la genesi del D. Lgs. 28/2010 e il suo chiaro intento deflattivo, che noi riteniamo riduttivo rispetto al valore sociale e civile della mediazione (forse mezzo più idoneo di altri a ristabilire la convivenza civile, ma che è stato avversato sin dal suo primo vagito perché 'obbligatoria', temendo con ciò diversi Operatori del Diritto la sottrazione di linfa 'legale'), quanto ricordare che l'introduzione dell'art. 696 bis cpc con la L. 80/2005, con lo stesso intento deflattivo sotteso, non ha fatto rumoreggiare nessuno (mancando la obbligatorietà?) se non dare la stura ad interventi dottrinari interessanti ⁷, forse anche in ragione dell'infelice formulazione del novellato ⁸.

CONSIDERAZIONI. Se è vero che poteva essere sostenuta la tesi del Giudice di Varese (cfr nota 4 e 6) in un periodo ante D. Lgs. 28/2010, che sottolinea nei suoi provvedimenti molta giurisprudenza concorde ma riferibile al periodo 2006-2009, oggi appare irragionevole continuare a sostenere l'equivalenza fra ATP 'conciliativo' (ex art. 696 bis, cpc) e 'mediazione obbligatoria' (ex D. Lgs 28/2010) potendosi pervenire addirittura, per surrettizia speculazione nomofilattica, alla preminente applicazione del 696 bis, cpc, salvo poi a verificare che non si può eludere la mediazione obbligatoria in caso di insuccesso dell'ATP 'conciliativo' non potendo accedere ad un rito ordinario senza aver esperito il tentativo di mediazione.

Occorre rilevare che le tesi addotte circa le caratteristiche 'ADR' dell'art. 696 bis cpc e sulla sua capacità di risolvere le controversie mediante il ricorso ad un 'CTU mediatore' non sono

elementi estranei al D. Lgs 28/2010. Si veda in proposito il comma 4 dell'art. 8, laddove si prevede che possa essere nominato un CTU individuato dagli Albi dei Consulenti curati dai Tribunali.

Verrebbe da chiedersi chi è che spinge le Parti in un oceano di irragionevolezza giuridica, di dilatorio atteggiamento causidico, di spropositato allungamento del processo.

Pare, purtroppo, che presso il Min. di Giustizia non vi è statistica sul 696 bis, cpc; sarebbe stato interessante sapere quanti procedimenti vi avrebbero potuto accedere poiché, al di là della non felice formulazione che pone ancor oggi dubbi interpretativi, l'intento deflattivo è indiscutibile; soprattutto sarebbe stato interessante conoscere quanti procedimenti sono stati promossi dal 2006 ad oggi e quanti si sono conclusi con esito positivo (conciliativo). Ovvero, se l'istituto è stato sostanzialmente ignorato, è pensabile ora, e forse auspicabile, una sua derubricazione allo stato di 'volontaria giurisdizione' se non altro per fini di chiarezza ed evitare l'ingiustificato ricorso per aggirare la mediazione obbligatoria.

Ed infine, con tutto il rispetto che si deve all'art.696 bis cpc, ovvero a chi lo ha concepito, vi sarà una ragione plausibile (che vada oltre l'incompiutezza del D. Lgs 28/2010) per cui il Legislatore italiano, recependo la Dir. n. 52/2008/CE, ha introdotto la mediazione obbligatoria nell'ordinamento italiano, andando oltre la normazione delle sole controversie transnazionali.

Ma nell'ipotesi in cui si volesse mantenere una qualche forma 'conciliativa' all'interno dell'ordinaria giurisdizione, a noi pare opportuna una riformulazione dell'art. 696 bis cpc per precisare:

- gli ambiti di azione;
- il carattere processuale;
- il carattere non residuale del tentativo di conciliazione da parte dell'esperto prevedendosi la nomina, da un elenco, di un mediatore tecnico, esperto della materia, magari anche accreditato presso un OdM.

Per ogni altra argomentazione pertinente, puntuale e rigorosa, riassuntiva sulla questione analogica dei due istituti, valga quanto dedotto dal Tribunale di Siracusa che, con Provvedimento dell'11.06.2012, dichiara inammissibile il ricorso ex art. 696 bis, cpc, per materie ricomprese nell'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 ⁹.

CONCLUSIONI. L'istituto codicistico dell'ATP 'conciliativa' (ex art. 696 bis cpc) poteva avere significato giurisdizionale fino all'introduzione della 'mediazione obbligatoria' di cui al D. Lgs 28/2010. Purtroppo il citato D. Lgs. 28/2010 non abroga/riforma in maniera esplicita l'ATP 'conciliativa' e ciò ingenera non pochi problemi allorquando vi si ricorre, gli stessi che si vorrebbero risolti con le due norme 'deflattive'. È ovvio che gli Operatori del Diritto forse dovrebbero porre più attenzione professionale e deontologica nell'approccio al problema posto con l'introduzione della 'mediazione obbligatoria', così come al Legislatore si chiede di intervenire per coordinare i due istituti (le due norme) ed evitare spreco di risorse nell'ambito del sistema giudiziario (mancata o inadeguata risposta di giustizia al cittadino, inutile o velleitario impegno professionale degli Operatori, inutili provvedimenti dei Giudici) ed anche speculative elucubrazioni che poco di costruttivo apportano al miglioramento dell'operatività giudiziaria e conciliativa (questa nota ne è un esempio).

¹ Tribunale di Milano, Sez. VI Civ. - Dott.ssa Laura Cosentini – Ordinanza del 24 aprile 2012.

² Dall'Ordinanza citata: *“Ritenuto che, quanto all'istanza di ATP svolta ex art. 696 bis c.p.c., se ne escluda in via preliminare l'improcedibilità per mancato pregresso esperimento di procedimento di mediazione, condizione che si reputa riferita ai soli procedimenti di natura contenziosa e non già ai procedimenti, quale il presente, con finalità di conciliazione della lite;”*.

³ Dall'Ordinanza citata: *“Ritenuto altresì che la coesistenza nell'ordinamento processuale dei due istituti dell'ATP conciliativo (art. 696 bis c.p.c.) e del procedimento di mediazione (artt. 3 e ss. D.L.vo 28/2010) non sia prevista in termini di alternatività, tale per cui il ricorso all'uno esclude il ricorso all'altro, stimandosi che il ricorso al primo, rimesso alla disponibilità delle parti ove ne ricorrano i presupposti (con particolare riferimento all'utilità di una verifica tecnica che consenta alle parti di fare chiarezza sul tema controverso e su istanze restitutorie o risarcitorie poste), non escluda la necessità di ricorrere al secondo quando, non raggiunto l'obiettivo della conciliazione, si profili la via contenziosa e quindi, nelle materie previste, l'obbligatorietà di ricorrere al preventivo procedimento di mediazione (nel quale, prevalenti le tecniche relazionali di mediazione, ci si potrà comunque avvalere dell'accertamento tecnico già svolto);”*.

⁴ Tribunale di Varese, Sez. I Civ. – Dott. G. Buffone – dal Decreto del 21.04.2011:

.....

Ritenuto che la consulenza tecnica preventiva, come disegnata dall'art. 696-bis c.p.c., richieda il *contraddittorio delle parti* e, solo all'esito, la nomina del consulente tecnico d'ufficio, anche con finalità conciliative;

Rilevato che la prevalente giurisprudenza di merito (ex multis, v. Tribunale Trento 22 maggio 2009 .Tribunale Mantova 21 maggio 2009 . Tribunale Barcellona Pozzo Di Gotto 03 marzo 2009 . Tribunale Mondovì 21 novembre 2008 . Tribunale Mantova 04 settembre 2008 . Tribunale Pavia 14 luglio 2008 . Tribunale Mantova 03 luglio 2008; Tribunale Torino 31 marzo 2008 . Tribunale Nola 19 febbraio 2008) aderisce vuoi implicitamente vuoi esplicitamente alla tesi dottrinarie che iscrive l'istituto nell'alveo delle *alternative dispute resolution*, valorizzando la tensione della norma verso la composizione della lite, l'intervento di un terzo neutrale e le agevolazioni fiscali;

Ritenuto, dunque, che l'istituto non ha natura cautelare: da qui, però, la necessità di accertare se sussistano, in capo al difensore, gli obblighi di cui all'art. 4, comma III, d.lgs. 28/2010, omessi nel caso di specie;

Ritenuto che consulenza tecnica preventiva (696-bis c.p.c.) e mediazione (d.lgs. 28/2010) perseguano la medesima finalità, introducendo entrambi gli istituti un procedimento finalizzato alla composizione bonaria della lite, così da apparire tra loro alternativi e, quindi, apparendo le norme di cui al d.lgs. 28/2010 incompatibili logicamente e, quindi, non applicabili dove la parte proponga una domanda giudiziale per una CTU preventiva;

Ritenuto, quindi, che, in caso di CTU preventiva, non sussistano le condizioni di procedibilità di cui all'art. 5, comma I, d.lgs. 28/2010 e il difensore non sia obbligato alla comunicazione di cui all'art. 4, comma III, d.lgs. 28/2010;

.....

⁵ Nota dell'Avv. A. Capozzoli - in *Altalex* 02.05.2011:

.....

La natura giuridica dell'istituto come forma di ADR

In virtù della riforma introdotta dalla legge 80/2005, è possibile richiedere una c.t.u. preventiva anche *al di fuori del requisito dell'urgenza*, cioè al di fuori del requisito del c.d. *periculum in mora* (cui la legge condiziona le operazioni peritali di cui all'art. 696 c.p.c. ed in generale le forme di istruzione preventiva).

Infatti a mente dell'art. 696 bis, rubricato *“Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite”*:

“L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo art. 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti.

Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione.

Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Il processo verbale è esente dall'imposta di registro.

Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito.

Si applicano gli artt. da 191 a 197, in quanto compatibili”.

Pertanto, ove la domanda venga accolta ed il giudice disponga la consulenza, è previsto che all'esperto sia affidato il potere di conciliare le parti e – nel caso di buon esito – il relativo accordo contenuto nel verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale; inoltre il verbale di conciliazione gode dell'esenzione dall'imposta di registro.

Secondo un autore (v. Plenteda, La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, in *www.altalex.com*) la c.t.u. ex art. 696-bis c.p.c. si differenzia dall'a.t.p. perché pare configurare una prova *«in luogo del processo»* e non *«prima del processo»* o *«in vista del processo»*; in altre parole, tale tipologia di c.t.u. non è *«strumentale»* al successivo giudizio di merito, ma è essa stessa *«strumento base»* da cui partire per trovare una soluzione conciliativa tra le parti, tale appunto da evitare il giudizio di merito e dunque si tratta di diretto strumento di tutela del diritto sostanziale leso.

L'ambito di applicazione del nuovo istituto non risulta ben definito dalla disciplina positiva di cui agli artt. 696-bis ss. c.p.c. ed i suoi confini sono stati, fin dal suo nascere, delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in via interpretativa e teleologica.

Se, per un verso, è subito stata sottolineata l'evidente funzione conciliativa dell'istituto, come strumento volto a favorire la soluzione transattiva della controversia insorta tra le parti, per altro verso, secondo alcuni autori, considerato il rilievo che spesso assume la *quaestio facti* in giudizio, tanto da esigere l'apporto tecnico-consulenziale del perito nominato dal giudice, il legislatore ha inteso consentire l'anticipazione di tale perizia prima dell'inizio del giudizio di merito, proprio per mettere le parti in lite nella condizione di svolgere un giudizio prognostico in ordine all'esito della causa, così da stimolare la dissuasione all'esito giudiziale e

processuale della controversia insorta (cfr. Muroi, Resp. civ. e prev. 2010, 11, 2326).

Pertanto in dottrina si è rilevato come alla base dell'istituto vi sia una "doppia anima": la prima è quella che permette di utilizzarlo quale strumento di conciliazione della controversia tra le parti; la seconda è quella che riconosce alle parti il diritto di preconstituire una prova prima e al di fuori del processo di merito, "a prescindere" dalla ricorrenza dei presupposti del *fumus e del periculum* (cfr. Nardo, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, in www.judicium.it).

Come rilevato da quest'ultimo Autore la scelta in tal senso è stata dunque quella di riconoscere all'istituto una funzione di conciliazione della controversia; pertanto, esperita la relazione peritale, nel contraddittorio di tutte le parti interessate, la stessa relazione cui è pervenuto il c.t.u. può costituire "la base per una conciliazione della controversia fra le parti e ciò non più partendo dalle proprie valutazioni tecniche, eseguite dai propri periti di fiducia, ma per effetto di un accertamento tecnico svolto da un perito, terzo, nominato dal giudice, il quale, verificati lo stato dei luoghi, l'origine dei danni e le cause che le hanno determinate, individua finanche le possibili soluzioni e i rimedi per ovviare a tanto, offrendo quindi anche alle parti alcune ipotesi di soluzione della loro controversia". Secondo tale impostazione le parti, avendo potuto accertare la esistenza o meno di determinati crediti in favore di una parte; quantificare esattamente le somme eventualmente dovute e legittimamente spettanti ad una o più parti; verificare in che misura andrebbero suddivise le responsabilità dirette e/o indirette delle parti e le specifiche obbligazioni a carico delle stesse; individuare le possibili soluzioni per superare i diversi contrasti tra le parti; accertare i costi e la loro suddivisione tra le parti eventualmente responsabili, si rendono conto della opportunità pratica di conciliare la loro controversia (cfr. Nardo, op. ult. cit.). In questa duplice finalità dell'istituto, la dottrina si è espressa nel senso di **escluderne la natura e funzione cautelare**.

Anche il Tribunale di Varese, che si è espresso nel provvedimento in epigrafe, ha colto tale opzione interpretativa, affermando espressamente che «l'istituto **non ha natura cautelare**» e che «la prevalente giurisprudenza di merito (...) aderisce vuoi implicitamente vuoi esplicitamente alla tesi dottrina che iscrive l'istituto nell'alveo delle alternative dispute resolution, valorizzando la tensione della norma verso la composizione della lite, l'intervento di un terzo neutrale e le agevolazioni fiscali». Pertanto, secondo la pronuncia in commento, l'istituto in esame si pone come strumento alternativo di risoluzione delle controversie, non già come strumento cautelare di costituzione preventiva di un mezzo di prova.

La soluzione adottata, oltre che rispondente all'opinione della prevalente dottrina, è già stata seguita dalla giurisprudenza di merito.

Infatti così è stato ripetutamente affermato dal **Tribunale di Busto Arsizio**, 25 maggio 2010, con nota di Muroi in Resp. civ. e prev. 2010, 11, 2322): «la consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696 bis c.p.c. è nella sostanza uno strumento alternativo di risoluzione della controversia a scopo deflattivo del contenzioso civile e con fini, dunque, espressamente e primariamente conciliativi più che di cautela, di talché l'espletamento di tale consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 696 c.p.c., ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Stante la citata funzione deflattivo-conciliativa dell'istituto non sono consentite interpretazioni eccessivamente restrittive e valutazioni formalistiche, salvo il caso in cui la possibilità conciliativa sia totalmente da escludersi come quando vi sia una contestazione radicale non già della responsabilità ma del rapporto da cui trarrebbe origine il credito da accertare; in tali casi, infatti, mancherebbe qualsivoglia punto di partenza per l'ipotesi di conciliazione e la consulenza preventiva rischierebbe di essere meramente esplorativa, volta alla preconstituzione di un mezzo di prova al di fuori del requisito del periculum e non già ad evitare il giudizio di merito».

Secondo la giurisprudenza la finalità del procedimento ex art. 696 bis c.p.c. (quale si desume dalla complessiva disciplina dell'istituto e dalla stessa rubrica "consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite") impone alle parti uno speciale impegno nell'individuazione di una soluzione transattiva e, pertanto, il rifiuto di valutare la possibilità di una definizione bonaria della controversia deve essere considerato ai fini della disciplina delle spese di lite all'esito dell'eventuale giudizio di merito (così **Tribunale di Arezzo, 9 marzo 2010**).

Il ruolo del terzo

Il Tribunale di Varese, nel sottolineare la primaria funzione conciliativa dell'istituto di cui all'art. 696 bis c.p.c., inserisce la consulenza tecnica preventiva nell'ambito delle ADR, c.d. Alternative Dispute Resolution, gli strumenti di risoluzione alternativa dei conflitti.

Come rilevato, con la categoria delle ADR, infatti, l'art. 696-bis condivide la tensione verso una composizione non conflittuale della lite, in cui si esalta l'intervento di un terzo neutrale che ha il compito di promuoverla, anche grazie alle utilità rappresentate dalle agevolazioni fiscali e di accesso alla tutela esecutiva, nota comune dei «metodi informali» all'italiana (in tal senso *Romano, Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediationed anticipazione della prova, in Corr. giur., 2006, 405 ss*).

Molti autori (cfr. per tutti *Luiso, La conciliazione: i possibili sviluppi tratti dall'esperienza*, in www.judicium.it), sottolineano il carattere autonomo e non eteronomo degli strumenti di risoluzione alternativi dei conflitti, in quanto mezzo per raggiungere un risultato voluto dagli interessati e non individuato da un terzo (sia esso giudice od arbitro).

Nel provvedimento in commento il Tribunale si fonda sull'assunto per cui «consulenza tecnica preventiva (696-bis c.p.c.) e mediazione (d.lgs. 28/2010) perseguono la medesima finalità, introducendo entrambi gli istituti un procedimento finalizzato alla composizione bonaria della lite, così da apparire tra loro alternativi».

Tuttavia, a parte le finalità, a ben vedere le differenze ontologiche tra l'istituto di cui all'art. 696 bis c.p.c. e la mediazione sono notevoli, soprattutto sotto il profilo del ruolo del terzo, CTU da una parte e mediatore dall'altra.

Nella **mediazione** il ruolo del mediatore è un soggetto terzo neutrale ed imparziale, indipendente, **senza alcun potere decisorio sui fatti di lite** (non è infatti giudice né arbitro), il quale mantiene la riservatezza su quanto gli viene comunicato dalle parti, sia esternamente (in quanto niente di quanto gli viene comunicato può essere riportato all'esterno senza espressa autorizzazione del dichiarante, e non può essere chiamato a testimoniare), sia internamente nel corso degli eventuali incontri separati e riservati (in quanto non comunica niente ad una parte senza la preventiva autorizzazione dell'altra).

Nel procedimento di mediazione proprio la riservatezza costituisce una delle sue caratteristiche fondamentali, rendendo la procedura una sorta di black box da cui niente fuoriesce; tale precisa caratteristica è anche espressamente disciplinata dal decreto legislativo 28/2010, il quale all'art. 9 prevede che il mediatore (ma non solo, anche chiunque presti la propria opera o il

proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione) è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento. Viene quindi normato il principio della riservatezza esterna, come anche quello della riservatezza interna, considerato che al comma 2 del medesimo art. 9 si prevede che tutte le dichiarazioni o informazioni acquisite nel corso delle sessioni private sono coperte dalla riservatezza, salvo il consenso della parte dichiarante o da cui provengono le informazioni.

Ma il principio di riservatezza viene preso in considerazione dal legislatore anche sotto il profilo dell'eventuale **rapporto con il processo**, prevedendosi all'art. 10 D.lgs. 28/2010 l'**inutilizzabilità** delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione, nelle ipotesi di giudizio, avente il medesimo oggetto, anche parziale, che sia iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione. Espressamente viene fatto salvo il consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Inoltre sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio.

Difficilmente tali caratteristiche possono adattarsi a quel procedimento, quale la c.t.u. preventiva ex art. 696 bis c.p.c., del quale la giurisprudenza sottolinea essere *"strumento alternativo di risoluzione delle controversie, non tanto come strumento cautelare di costituzione preventiva di un mezzo di prova, la cui finalità conciliativa risponde alla "ratio legis" deflattiva del contenzioso ordinario. Solo in secondo luogo, ove la conciliazione non riesca, la consulenza tecnica potrà essere "acquisita agli atti del successivo giudizio di merito", così realizzandosi l'effetto di parziale anticipazione dell'istruzione probatoria del procedimento ordinario"* (Trib. Torino, 31 marzo 2008 in Giur. Merito 2008, 11, 2883).

Anche in altro senso la distinzione ontologica tra i due istituti è rilevante.

Come è stato sottolineato in dottrina, la consulenza tecnica preventiva può (o deve?) comprendere anche valutazioni in ordine alle cause ed ai danni relativi all'oggetto della verifica, nell'ottica di percepire, descrivere, analizzare e talora valutare economicamente i fatti controversi tra le parti; il riferimento normativo all'*"accertamento e relativa determinazione dei crediti"* indica quale rilevanza assuma in tale procedimento l'analisi dell'*an* di un diritto soggettivo e del *quantum* del medesimo.

Un tale natura sembra avvicinare maggiormente l'istituto ad una forma di ADR conosciuto da tempo all'esperienza angloamericana come **neutral expert fact-finding**, nel quale il perito (*il fact-finder*) indicato dalle parti e competente nella materia, ha l'incarico di accertare gli elementi di una determinata controversia e conduce un'indagine indipendente sulla *disputed technical issue* che costituisce la questione principale della contesa, e di regola serve poi anche come mediatore, adoperandosi per una conciliazione che per lo più muove dalle ragioni e dai torti delle parti sul piano del diritto sostanziale, e dunque mostra un fondamento essenzialmente *evaluative*. Infatti, ove richiesto, il terzo potrà esprimere una valutazione; in ogni caso il suo accertamento potrà costituire la base della negoziazione delle parti (cfr. anche Romano, ult. op. cit.).

Vi è anche una somiglianza con altra forma di ADR angloamericana offerta dalla valutazione preliminare, la c.d. **Early Neutral Evaluation** (ENE), che ha lo scopo di promuovere la conclusione di una transazione quando la causa è ancora nella fase del *pre-trial*. In tale procedura un terzo neutrale, dopo aver ascoltato le argomentazioni delle parti esprime una valutazione (che non ha valore vincolante, in quanto è *non binding*) della controversia illustrando quello che ritiene essere il possibile esito della causa. Altra forma è invece la **Summary Jury Trial** (SJT), una sorta di simulazione del processo, con una finta giuria, in cui la parte ha un tempo predeterminato a disposizione per convincere la giuria della propria tesi; la giuria emette una *advisory judgement*, non vincolante che aiuta le parti a capire i rischi di un processo vero e proprio.

Ora, come sottolineato, uno degli aspetti fondamentali dei metodi di ADR, e della mediazione in particolare, è la **garanzia di riservatezza** del procedimento, con l'effetto dell'impossibilità – in caso d'insuccesso della mediazione – di utilizzare nel successivo giudizio quanto emerso dinanzi al terzo neutrale. Ciò riguarda sia le dichiarazioni rese nei *caucuses*, sia le eventuali proposte formulate o rifiutate dalle parti, alle *early evaluations* espresse dal mediatore, agli esiti delle indagini in punto di fatto comunque condotte.

Al contrario, nel procedimento di cui all'art. 696-bis non solo manca qualunque garanzia normativa in tema di *confidentiality*, ma è addirittura **concepita come «naturale» la destinazione al processo di merito della ricostruzione degli avvenimenti compiuta dal terzo neutrale**: questa finisce dunque per fungere insieme da identico punto di partenza per il tentativo di conciliazione del perito e per il giudizio di diritto del magistrato (cfr. Romano, op. ult. cit.).

Inoltre ci si chiede quale sia il *modus procedendi* di una procedura in cui la funzione conciliativa pare piuttosto un *accidens*. Infatti parrebbe che al consulente – di cui non è prevista alcuna specifica preparazione e competenza in materia di tecniche di mediazione e conciliazione – sia richiesto anzitutto di procedere per proprio conto alle indagini, per giungere ad una conclusione e quindi alla predisposizione della perizia, mentre solo in un secondo momento, egli è chiamato a coinvolgere le parti nella ricerca di un accordo.

Infatti l'ultima parte del primo comma dell'art. 696 bis recita: *"Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti"*.

Pertanto non pare individuarsi un percorso, tra il terzo e le parti, finalizzato nel caso di specie alla chiarificazione di *technical issues*, in un contesto *mediativo*, come avviene di regola nel *neutral expert fact-finding* angloamericano.

Piuttosto l'istituto pone le parti in lite nella condizione di svolgere un giudizio prognostico in ordine all'esito della causa, così da dissuaderle nei confronti della prosecuzione giudiziale e processuale della controversia insorta.

Da quanto evidenziato, i tratti peculiari dell'istituto della consulenza tecnica preventiva, se pur rientrante tra le forme di ADR, tuttavia non ne consentono la riconducibilità piena ai modelli di mediazione, con riferimento precipuo al ruolo del c.t.u., all'essenziale mancanza di *confidentiality* ed all'assenza di garanzie circa la preparazione del perito nelle tecniche di mediazione.

Seguendo tale ricostruzione non si può ritenere che c.t.u. preventiva e mediazione siano alternative, in quanto, pur avendo in comune una finalità conciliativa (o forse piuttosto deflattiva), possiedono caratteristiche e procedure ontologicamente distinte.

Pertanto non pare condivisibile l'assunto del Tribunale di Varese nell'ordinanza de qua, secondo cui la consulenza tecnica preventiva e la mediazione sono alternative sicché le norme di cui al d.lgs. 28/2010 appaiono *"incompatibili logicamente e, quindi, non applicabili dove la parte proponga una domanda giudiziale per una CTU preventiva"*.

Pare difficile sostenere la non applicabilità del decreto legislativo 28/2010, il cui ambito di applicazione è, ai sensi dell'art. 2, ogni controversia civile e commerciale, purchè vertente in materia di diritti disponibili.

L'obbligo di informativa

Assume il Tribunale di Varese che *“in caso di CTU preventiva, non sussistano le condizioni di procedibilità di cui all'art. 5, comma I, d.lgs. 28/2010 e il difensore non sia obbligato alla comunicazione di cui all'art. 4, comma III, d.lgs. 28/2010”*.

Ora, secondo l'art. 4 co. 3 all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare, in modo chiaro e per iscritto, l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal decreto e delle agevolazioni fiscali.

L'avvocato è altresì tenuto ad informare l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (pleonastico, ove si pensi che tale informazione rientra nel dovere di competenza professionale dell'avvocato e di informazione di cui all'art. 40 del codice deontologico forense, per il quale l'avvocato *“è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili (...)”*).

Dalla lettura della norma e data la sua portata generale, non vi è alcun dubbio che tale dovere prescinda dalle controversie di cui all'art. 5 d.lgs. 28/2010, applicandosi la norma a ogni incarico conferito all'avvocato, purchè vertente in materia controversie civili e commerciali su diritti disponibili.

In considerazione della formulazione della norma (*“all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione...”*), non solo se ne deve inferire la generale applicazione, ma che l'obbligo di informativa gravi tanto sulla parte attrice quanto sulla parte convenuta.

Con l'effetto che la violazione del predetto obbligo informativo è sanzionata con l'**annullabilità** del contratto tra l'avvocato e l'assistito, con il che si rimette al cliente (e non alla controparte – cfr. Trib. Varese, 1 marzo 2011) l'iniziativa di farne valere il vizio, escludendosi la rilevabilità d'ufficio.

Pertanto, in considerazione della formulazione della norma, non pare possibile escludere l'obbligo di informativa, anche alla luce della considerazione che la mediazione può essere considerata dalla parte come alternativa valida utilizzabile, ai fini della controversia, onde il cliente deve, ai sensi della norma introdotta dal co. 3 dell'art. 4 d.lgs. 28/2010, esserne informato, al fine di valutare le conseguenze, le differenze, le utilità di una procedura (mediazione) piuttosto che di un'altra (c.t.u. preventiva), tale essendo lo scopo precipuo della norma.

.....

⁶ Tribunale di Varese, Sez. I Civ. – Dott. G. Buffone – Decreto del 24.07.2012 – A noi pare che con questo Decreto il Dott. Buffone voglia superare se stesso, cita se stesso, e si produce in motivazioni contraddittorie (circa la natura cautelare del ricorso ex art. 696 bis cpc), anacronistiche (si richiama a pronunciamenti della Cass. ante D.Lgs 28/2010), evaporando il concetto di 'diritti disponibili' dall'ambito dell'art. 696 bis cpc.

Dal decreto citato:

.....

Questioni preliminari

La lite trae linfa da un contratto assicurativo e, pertanto, dovrebbe trovare astrattamente applicazione l'art. 5 comma I del d.lgs. 28/2010 che istituisce, per le controversie de quibus, l'obbligo della preventiva mediazione. Nel caso di specie si tratta, tuttavia, di un procedimento ex art. 696-bis c.p.c. In casi analoghi, questo Tribunale (v. Trib. Varese, 21 aprile 2011 in *Foro It.*, 2012, 1) ha escluso la necessità di “un tentativo di mediazione per provare una mediazione” nel senso di ritenere inapplicabile l'art. 5 cit. allo speciale procedimento tipizzato in seno all'art. 696-bis c.p.c. La giurisprudenza maggioritaria si è pronuncia in senso conforme, seppur con altre motivazioni: in ragione del carattere “urgente della procedura (v. Trib. Pisa, 4 agosto 2011 in *Foro It.*, 2012, 1: tesi salutata con favore anche da Trib. Varese, sez. I civ., decreto 2 marzo 2012) oppure per l'assenza di una controversia in senso tecnico-giuridico (v. Trib. Milano, sez. VI civ., 24 aprile 2012 in *www.ilcaso.it*, 2012). L'orientamento che richiama invece il preliminare tentativo di mediazione risulta minoritario (v. Trib. Siracusa, sez. II civ., 14 giugno 2012 in *www.ilcaso.it*, 2012). Reputa questo giudice di dovere dare continuità all'indirizzo maggioritario. L'ambito dell'art. 696-bis c.p.c. è, infatti, escluso dall'obbligatorietà della mediazione sancita dall'art. 5 comma I d.lgs. 28/2010 per almeno tre diverse ragioni. In primo luogo, l'istituto, almeno secondo l'indirizzo delle Sezioni Unite, conserva natura “cautelare formale” (Cass. civ., Sez. Un., 20 giugno 2007 n. 14301 in *Giur. It.*, 2007, 11, 2525) e trova quindi applicazione l'esclusione ex lege prevista dall'art. 5, comma III, decreto cit. Inoltre, in adesione ai puntuali rilievi della Dottrina, resta “ovvia la constatazione secondo cui l'istituto disciplinato dall'art. 696 bis c.p.c. non introduce, a norma dell'art. 2 del decreto legislativo 28/2010, “una controversia in materia di diritti disponibili” e, dunque, non trova applicazione l'art. 5, comma 1, del medesimo decreto (mediazione obbligatoria) in ragione dell'art. 2, comma 1, del decreto cit. (*“chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili”*). In ogni caso, la consulenza tecnica preventiva, pur non avendo “sostanziale” carattere cautelare, conserva una relazione di accessorietà rispetto all'eventuale futuro giudizio di merito, posto che se la conciliazione non riesce, “ciascuna delle parti può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito” (art. 696-bis, comma V, c.p.c.). Incidendo, pertanto, sui tempi di definizione dell'eventuale futuro giudizio di merito, se ne deve quantomeno riconoscere il carattere “urgente”, in adesione alla collocazione formale dell'istituto nell'ambito dei procedimenti di istruzione preventiva, pur là dove non si voglia attribuire alla CTU preventiva la natura “cautelare formale”, proposta dalle Sezioni Unite. Ne discende l'esclusione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 in ragione della deroga di cui al successivo terzo comma della medesima disposizione.

Sul piano squisitamente logico-giuridico, non può poi, comunque, non segnalarsi l'aporia del “mediare per chiedere di mediare” posto che con il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. la parte non chiede la distribuzione di torti e ragioni ma di sperimentare un tentativo di risoluzione della lite con modalità alternative. Nel caso di specie, pertanto, pur non essendovi stato tentativo preliminare di mediazione, il ricorso è procedibile.

Merito

Effettivamente le parti controvertono in ordine alla riferibilità causale delle lesioni denunciate dal ricorrente al sinistro occorso in data 5 novembre 2008, essendovi dubbi circa la loro precisa eziogenesi ed essendosi i periti di parte pronunciati in modo difforme,

anche quanto alla complessiva valutazione del danno biologico espresso in termini percentuali secondo i noti Barèmes. Da qui l'adesione ad una CTU d'Ufficio e la concessione di termini per proposte specifico di quesito peritale. L'indagine è ammissibile essendovi la comune intenzione dei litiganti di sperimentare il tentativo di conciliazione, tenuto conto dello specifico atto d'istruzione in via preventiva richiesto al giudice in questa sede.

P.Q.M.

.....

⁷ p.e.: D. Voddo – L'ATP tra funzione cautelare e funzione conciliativa – in 'Iure Praesentia, www.iurepraesentia.eu.

⁸ p.e. vedasi Nota dell'Avv. A. Capozzoli, citata.

⁹ Tribunale di Siracusa, Sez. II Civ. – Dott. F. S. Mangano – Provvedimento dell'11.06.2012, proc. 1530/2012:

.....

All'udienza del 28.05.2012 il giudice invitava le parti ad interloquire in ordine al preventivo esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione (d. lgs. N. 28/2010) e le parti dichiaravano di non avere dato corso alla procedura di media-conciliazione, stante il carattere propedeutico dell'accertamento tecnico di cui all'art. 696 bis c.p.c. al successivo giudizio di merito.

La domanda è inammissibile.

Con il d. lgs. 28/2010, il legislatore ha recentemente introdotto l'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili, prevedendo l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione che, nella prospettiva della deflazione del contenzioso civile, è previsto come condizione di procedibilità della domanda (per le materie indicate nell'art. 5 comma 1). L'art. 5 comma 3, del citato decreto legislativo afferma che lo svolgimento della mediazione non preclude, in ogni caso, la concessione dei provvedimenti cautelari e urgenti, mentre il successivo comma 4 contiene un elenco di procedimenti sottratti all'esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione.

Nel citato elenco non è incluso il procedimento di cui all'art. 696 bis c.p.c., sicché occorre domandarsi se la superiore elencazione abbia carattere tassativo ovvero esemplificativo e se, di conseguenza, il silenzio del legislatore sul punto debba essere interpretato come una lacuna o una tecnica di disciplina.

La risposta al superiore quesito necessita un breve approfondimento sulle caratteristiche e sulle peculiarità della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi nonché sulla sua compatibilità con la procedura di mediazione.

L'istituto in oggetto, introdotto con la legge n. 80/2005, consente che sia disposta una consulenza tecnica prima dell'inizio della causa di merito, anche in assenza dello stato di *periculum in mora* cui la legge condiziona le operazioni peritali dell'art. 696 e, più in generale, ogni altra forma di istruzione anticipata. La finalità della norma è quella di consentire la deflazione del contenzioso allorché, all'esito della consulenza disposta dal giudice, questi proponga una soluzione conciliativa che, se andata a buon fine, viene racchiusa in un verbale di conciliazione che costituisce titolo esecutivo.

In realtà, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno evidenziato la "duplice anima" dell'istituto in esame: la prima è quella che permette di utilizzarlo quale strumento di conciliazione della controversia tra le parti; la seconda è quella che riconosce il diritto alle parti di precostituire una prova al di fuori dei presupposti di sussistenza del *periculum in mora*. È stato correttamente osservato che l'istituto, a differenza dell'accertamento tecnico preventivo (art. 696), pare configurare una prova "in luogo del processo" e non "prima del processo" o "in vista del processo", evidenziando con ciò il carattere non strumentale rispetto al successivo giudizio di merito e, diversamente, la funzione eminentemente conciliativa cui l'istituto è finalizzato. Secondo la prevalente giurisprudenza, l'istituto in esame deve essere considerato, nella sostanza, "uno strumento alternativo di risoluzione della controversia a scopo deflattivo del contenzioso civile e con fini, dunque, espressamente e primariamente conciliativi più che di cautela" (Trib. Busto Arsizio 25.5.2010; in questi termini, tra gli altri, Trib. Torino 31.3.2008), con la conseguenza che va esclusa la natura e la funzione cautelare dell'istituto in parola.

Operate tali premesse, occorre indagare la compatibilità tra il procedimento previsto dall'art. 696 bis c.p.c. con l'istituto della mediazione.

Ad avviso di questo giudice, la tesi sostenuta da talune recenti pronunce di merito, secondo cui "La consulenza tecnica (696-bis c.p.c) e mediazione (d.lgs. 28/2010) perseguono la medesima finalità, introducendo entrambi gli istituti un procedimento finalizzato alla composizione bonaria della lite, così da apparire tra loro alternativi e, quindi, apparendo le norme di cui al d.lgs. 28/2010 incompatibili logicamente e, quindi, non applicabili dove la parte proponga una domanda giudiziale per una CTU preventiva" (Trib. Varese, decreto 21.4.2011; si veda anche Trib. Pisa 3.8.2011), non appare condivisibile.

In primo luogo, milita a sostegno della tesi contraria l'argomento letterale per cui il legislatore del 2010 non ha previsto, tra i procedimenti sottratti al tentativo obbligatorio di mediazione, quello di cui all'art. 696 bis c.p.c.; del resto, escludendone la natura cautelare, lo stesso non può ritenersi compreso tra i procedimenti di urgenza o cautelari la cui trattazione è comunque garantita in ipotesi di svolgimento della procedura di mediazione.

Peraltro, l'argomento per cui entrambi gli istituti perseguirebbero la medesima finalità e, quindi, sarebbero tra loro alternativi, benché suggestivo, non convince. Invero, la *ratio* della disciplina introdotta col d.lgs. 28/2010 è quella di evitare l'instaurazione del rapporto con l'autorità giudiziaria, senza avere prima esperito la procedura di mediazione, nelle materie comprese nell'elenco di cui al primo comma dell'art. 5. Finalità che sarebbe facilmente elusa attraverso la proposizione di una domanda ex art. 696 bis c.p.c. volta all'esperimento di una consulenza tecnica preventiva che, in ipotesi di esito negativo della conciliazione, consentirebbe comunque di precostituire una prova da spendere in un successivo giudizio di merito.

Si tratta, allora, di interpretare il senso della asserita alternatività tra la procedura di mediazione e quella di cui all'art. 696 bis c.p.c. Se l'alternatività deve intendersi riferita alla fase procedimentale istaurata col ricorso ex art. 696 bis c.p.c., la soluzione sarebbe irragionevole oltreché antieconomica. Invero, in caso di esito negativo della conciliazione ex art. 696 bis c.p.c., si sarebbe costretti comunque, prima di proporre la domanda giudiziale di merito, ad attivare la procedura di mediazione. E, tuttavia, il procedimento di mediazione soffrirebbe della precostituzione di una prova, ottenuta in sede giudiziale, che minerebbe la terzietà della funzione che la legge ha voluto assegnare al mediatore. Peraltro, in tal modo, si otterrebbe un risultato in palese contrasto col principio costituzionale di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), laddove i due tentativi di conciliazione non dovessero raggiungere l'esito sperato della composizione della controversia e si profilerebbero come una sostanziale ripetizione l'uno dell'altro.

Se, invece, l'alternatività va intesa nel senso che la procedura di cui all'art. 696 bis c.p.c. è alternativa proprio alla mediazione, di talché la consulenza tecnica conciliativa sostituirebbe in toto la procedura disciplinata dal d.lgs. 28/2010, si arriverebbe comunque al risultato paradossale di sottrarre alla mediazione le stesse controversie che il legislatore ha previsto "obbligatoriamente" assoggettate alla predetta disciplina. Risultato che appare palesemente in contrasto con la finalità della norma e che, se praticato, consentirebbe di eludere facilmente l'accesso alla procedura della mediazione attraverso l'introduzione di un ricorso ex art. 696 bis c.p.c.

Né appare convincente l'assunto per cui vi sarebbe ontologica diversità tra il procedimento in cui l'esito conciliativo viene (se del caso) raggiunto all'esito della consulenza tecnica, con la procedura di mediazione. L'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 28/2010 prevede, infatti, che il mediatore, quando non possa procedere direttamente al raggiungimento dell'accordo, si può comunque avvalere di "esperti iscritti negli albi dei consulenti tecnici presso i tribunali", sicché le modalità procedurali di raggiungimento dell'accordo in sede conciliativa appaiono simili a quelle previste dall'art. 696 bis c.p.c., anche in ragione della maggiore duttilità del procedimento non giurisdizionale instaurato dinanzi al mediatore.

Infine non appare nemmeno convincente la tesi proposta dal Trib. Milano ord. 24.4.2012, secondo cui *"quanto all'istanza di ATP svolta ex art. 696 bis c.p.c., se ne escluda in via preliminare l'improcedibilità per mancato pregresso esperimento di procedimento di mediazione, condizione che si reputa riferita ai soli procedimenti di natura contenziosa e non già ai procedimenti, quale il presente, con finalità di conciliazione della lite"*, atteso che non pare, di contro, sussistano dubbi in ordine alla riconducibilità della consulenza tecnica a fini conciliativi nell'alveo della giurisdizione contenziosa (e non anche quella della volontaria giurisdizione): la stessa rubrica della norma fa riferimento alla sussistenza di una "lite" intorno ad un diritto di credito e, del resto, la cornice entro cui la stessa si iscrive è proprio quella di un procedimento contenzioso nel quale al giudice sono rimesse valutazioni ed attività che dovrebbero altrimenti essere compiute nel corso di un processo ordinario di cognizione.

Alla luce di quanto sopra, appare coerente con la lettera e lo spirito del d.lgs. 28/2010 ritenere che, laddove il ricorso ex art. 696 bis c.p.c. verta su una delle materie di cui al primo comma dell'art. 5, lo stesso debba essere considerato inammissibile, stante la necessità di dover previamente instaurare il tentativo obbligatorio di mediazione. Il silenzio del legislatore, in merito alla mancata previsione del procedimento di cui all'art. 696 bis c.p.c. tra quelli indicati nel comma 4 dell'art. 5, pertanto, va interpretato come una tecnica di disciplina ed espressione di una scelta voluta.

Dalle superiori argomentazioni discende l'inammissibilità del ricorso presentato da M.C., considerato che la controversia riguarda l'avvenuto adempimento o meno di obbligazioni scaturenti da due contratti di locazione; materia che rientra tra quelle previste dal citato art. 5 comma 1.

In considerazione della novità della questione e della definizione del procedimento sulla base di un rilievo officioso, sussistono i presupposti di legge per compensare tra le parti le spese del presente procedimento.

P.Q.M.

Il Tribunale di Siracusa, in persona del giudice designato nel procedimento ex art. 696 bis c.p.c., iscritto al n. 1530/2012:

- Dichiara inammissibile il ricorso;
- Compensa tra le parti le spese del presente procedimento.

Si comunichi.

Siracusa, 11.6.2012