

# Dovere di riservatezza in mediazione: le dichiarazioni dei mediandi

Un problema spinoso che spesso Mediatori e Mediandi si trovano ad affrontare, è quello relativo alle dichiarazioni rese nel corso degli incontri, ciò perché il D.Lgs. 28/10 (scaturito dopo la modifica allo stesso apportato dall'art. 60 della L. n. 69/2008 di conversione del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69) ha introdotto, all'art. 8 co. 1, il "primo incontro" o incontro preliminare, durante il quale : *"... il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento "*.

Appare dunque evidente che il legislatore ha voluto rendere in qualche modo "solenne" il momento in cui i Mediandi (e i loro avvocati) prendono la decisione di "entrare in Mediazione". Non mi soffermo ad analizzare le ragioni che hanno portato a introdurre questo "primo incontro", né che cosa si debba intendere per "possibilità di iniziare la procedura": quello che invece m'interessa è stabilire come si pongono le "dichiarazioni di scelta", operate in sede di primo incontro, in rapporto all'inutilizzabilità delle stesse alla luce di quanto dispone l'art. 10 del D.Lgs. 28/10, che così recita: *"Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni"*.

Per meglio comprendere la questione, serve allora rimarcare

come lo stesso D.Lgs. 28/10 "riformato", ha introdotto il co. 4-bis del citato art. 8, secondo cui: *"...Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio"*. La legge tutela quindi, nei casi di Mediazione obbligatoria e delegata dal Giudice (art. 5), due diversi interessi di uguale valore: a) l'interesse alla **riservatezza delle dichiarazioni dei Mediandi**, vera anima della Mediazione e principio fondamentale per il corretto funzionamento della mediazione, al punto che lo stesso legislatore comunitario ne ha sancito l'inderogabilità (cfr. art. 7 Dir. CE 2008/52). E' infatti evidente che la possibilità di raccontarsi tutto nella Stanza di Mediazione, con la certezza che niente potrà essere utilizzato nel futuro giudizio, porta senz'altro benefici enormi al fine di pervenire a un accordo, rimanendo unico ostacolo alla comprensione degli interessi sottesi, la sola eventuale ritrosia a svelarsi all'altro, che potrà essere sicuramente superata dal Mediatore che sappia fare buon uso della maieutica e degli strumenti di cui è abile conoscitore; b) l'interesse all'**effettivo svolgimento della procedura di Mediazione** per ottenere, da una parte che l'istituto non si riduca a vuoto simulacro in cui Mediatori e Organismi siano chiamati a "produrre verbali negativi" da esibire in un giudizio, comunque considerato inevitabile e naturale sbocco del dissidio; dall'altro e soprattutto, da porre a presidio di quell'effetto deflattivo del carico giudiziario, vero intento che forse il legislatore ha inteso e intende perseguire con la Mediazione.

Alla luce di quanto precede, analizziamo dunque come Mediatori e Mediandi si devono porre, nelle fasi del procedimento, di fronte alle dichiarazioni rese.

Non vi è dubbio che la questione si pone con maggiore

delicatezza in fase d'incontro preliminare. Se si considera prevalente l'interesse alla riservatezza, è evidente che nessuna dichiarazione resa per giustificare le ragioni a sostegno della volontà a non iniziare la Mediazione dovrà essere riportata a verbale, a meno che l'interessato abbia prestato consenso a che siano invece verbalizzate, così come dispone l'art. 10, essendo stato edotto però che potranno poi essere utilizzate nel futuro giudizio.

Ma si potrebbe anche ribattere, dando così come prevalente l'interesse all'effettivo svolgimento della Mediazione, che se al Giudice – ex art. 8 co. 4-bis – è dato di condannare al versamento di una somma d'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio *“la parte costituita che...non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo”*, allo stesso Giudice dovrà essere pur data la possibilità di analizzare la dichiarazione resa per stabilire se la scelta operata sia da considerare giustificata o no, ciò che sarebbe reso impossibile se il Mediatore non fosse tenuto comunque e in ogni caso a riportarle a verbale. Su quest'ultimo solco si pone la sentenza del Tribunale di Roma del 14.12.2015 (Dr. Massimo Moriconi) che affrontando ex professo la questione così si esprime: *“i principi relativi alla riservatezza delle dichiarazioni delle parti devono essere riferiti al contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione. Ogni qualvolta invece, che tali dichiarazioni, che vengano trasposte all'esterno, anche in udienza, riguardino circostanze che attengono alla possibilità di valutazione della ritualità (o meno) della partecipazione (o della mancata partecipazione) delle parti al procedimento di mediazione, va predicata la perfetta liceità della comunicazione e dell'utilizzo. Ed invero, vale, a consentirne la conoscenza da parte del giudice, la norma di cui all'art.8 co. 4 bis la presenza o assenza delle parti del decr.lgs.28/2010 nonché, in via generale, dell'art.96 III° cpc. Sarebbe infatti insolubile aporia ammettere da una parte che il giudice debba sanzionare la mancata o irriuale partecipazione delle parti al*

*procedimento di mediazione e per contro impedirgli di conoscere gli elementi fattuali e storici che tale ritualità o meno concretizzano". Concetto ribadito in una sentenza dello stesso Tribunale successiva di poche settimane (Trib. Roma 25.1.16 – Dr. Massimo Moriconi) in questi termini: "è necessario e doveroso che venga verbalizzata la ragione del rifiuto a proseguire nella mediazione vera e propria. Ciò, sempre che la parte dichiarante la esponga e chieda la relativa verbalizzazione... Conclusivamente, il mediatore deve trascrivere ogni circostanza – quand'anche consistente in dichiarazioni delle parti – utile a consentire (al giudice) le valutazioni di competenza, altrimenti impossibili, attinenti alla partecipazione (o meno) delle parti al procedimento di mediazione ed allo svolgimento dello stesso, come pure le circostanze che attengono al primo incontro informativo. In relazione al quale la parte che rifiuta di proseguire può esporne la ragione chiedendo che venga trascritta, con il correlativo obbligo del mediatore di verbalizzarla".*

Sempre con riferimento all'incontro preliminare, c'è poi un rilievo ulteriore non considerato dalle sentenze richiamate che sembrerebbe inficiarne il ragionamento soprattutto fondato sulle espressioni "*partecipazione al procedimento di mediazione*" e "*rifiuto di proseguire*". Infatti, se queste ultime sono senz'altro conformi a quella stessa adoperata nel co. 4-bis del citato art. 8, sono viceversa contrastanti con l'altra di cui al 1° co. dello stesso articolo che parla di invito ai Mediandi ad esprimersi sulla "*possibilità di iniziare la procedura di mediazione*".

Ed allora, se è vero come è vero che sulla base della lettera della legge il primo incontro "*deve essere considerato come momento non ancora inserito nello svolgimento vero e proprio dell'attività di Mediazione, come definita dall'art. 1, comma 1, lettera a) del D. Lgs. 28/2010*" (cfr. n. Ministero della Giustizia del 2.2.17), tant'è che "*nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per*

*l'organismo di mediazione"* (art. 17 co. 5-ter D. Lgs. 28/10), alla dichiarazione resa di non volere entrare in Mediazione non potrà applicarsi l'art. 10 che fa riferimento a dichiarazioni rese nel corso del procedimento di Mediazione.

Conseguenza di tale ragionamento sarebbe quindi la possibilità del Mediatore di inserire comunque a verbale le dichiarazioni rese, indipendentemente da ogni richiesta o autorizzazione dei Mediandi in proposito, non potendosi queste definirsi come rese in una Mediazione che, appunto, non è ancora iniziata. E' inutile allora rimarcare la lacunosità e contraddittorietà della D. Lgs. 28/10, troppe volte sottolineato dagli addetti ai lavori, come anche il solito metodo di "intervento correttivo" del legislatore che inserisce articoli e commi non curandosi, il più delle volte, di coordinarli con i relativi testi di legge; quel che conta è augurarsi un chiarimento finalmente definitivo che sgomberi il campo da dubbi interpretativi che si ripercuotono soprattutto sull'attività del Mediatore e sull'efficienza dell'istituto.

Nel frattempo, auspicando il sempre attento contributo della giurisprudenza di merito (anche) sul punto, è forse opportuno che, all'esito dello svolgimento del primo incontro preliminare e ai fini dell'eventuale sanzione ex co. 4-bis del citato art. 8 (ma non quindi per l'auspicabile condanna ex art. 96 c.p.c.) il Mediatore si limiti a richiedere a Mediandi e avvocati che si trovino al suo cospetto, se intendano o no entrare in Mediazione, verbalizzando altresì le ragioni che siano alla base del rifiuto, ma anche l'autorizzazione dei dichiaranti a tale ultima verbalizzazione, non senza averli comunque in precedenza informati che la rinuncia alla riservatezza sulle dichiarazioni rese comporta la libertà di utilizzo delle stesse nel futuro giudizio.

Nel caso in cui i Mediandi si siano decisi a "entrare in Mediazione", non sembrerebbero esserci problemi sulla piena applicabilità degli artt. 9 e 10 del D. Lgs. 28/10. Non vi è dubbio, infatti, che in questa fase l'interesse alla

riservatezza giochi un ruolo preponderante, se non esclusivo, al fine della conciliazione, risultando nel frattempo realizzato l'altro all'effettivo svolgimento della procedura di Mediazione.

Il condizionale vuole sottolineare come non manchino esempi di decisioni che tale certezza mettono in discussione pure in questa fase. E se pure ciò accade nella perfetta buona fede di chi opera con le migliori intenzioni, che poi sono sempre le stesse: assicurare o facilitare il più possibile il raggiungimento dell'accordo, dare forza all'istituto della Mediazione e (soprattutto e ancora) attuare lo scopo deflattivo, ciò non toglie che si rischia così di minare la Mediazione dall'interno, privandola di quelle caratteristiche che da sole dovrebbero già bastare per garantirne il successo, ove semplicemente lasciate utilizzare dal buon Mediatore. Ma tant'è, e a volte pare troppo forte e marcata la voglia di "processualizzare" l'istituto.

Intendo qui riferirmi – tralasciando di ricordare altri simili interventi – soprattutto a una recente ordinanza del Tribunale di Firenze del 17.02.17 (Dr.ssa Ada Mazzarelli) in cui il Giudice dispone per l'esperimento della Mediazione e, contemporaneamente, invita tra le altre cose gli avvocati a comunicare:

*“l'esito della mediazione, con nota da depositare in Cancelleria almeno dieci giorni prima della prossima udienza. La nota dovrà contenere informazioni: – in relazione a quanto stabilito dall'art. 8, c.4 bis del d.lgs. citato, in merito all'eventuale mancata (fattiva) partecipazione delle parti (sostanziali) senza giustificato motivo; in relazione a quanto stabilito dall'art. 5, c.2 del d.lgs. citato, in merito alle eventuali ragioni di natura preliminare che hanno impedito l'avvio dell'effettivo procedimento di mediazione; in relazione a quanto stabilito dall'art. 13 del d.lgs. citato, anche ai fini del regolamento delle spese processuali, in merito ai motivi del rifiuto dell'eventuale proposta di*

*conciliazione formulata dal mediatore*". Se I primi due punti si inseriscono apprezzabilmente nel solco oramai conforme delle decisioni succedutesi, il terzo desta invece qualche perplessità.

E' evidente, infatti, che il Giudice con tale richiesta, dimostra di avere a cuore che si giunga comunque a una conciliazione, perseguendo quindi quello scopo deflattivo della Mediazione di cui si è già detto, anche attraverso l'applicazione degli artt. 11 e 13 del D.Lgs. 28/10 che disciplinano la proposta (che viene indirettamente "sollecitata", pur se data come eventuale) e le conseguenze ad essa annesse.

Fin qui, pertanto, niente di particolare a parte forse (per i cultori della Mediazione) l'eccessiva attenzione che a tale scopo è riconosciuto rispetto a quelli veri perseguiti dall'Istituto. Ma dove i principi posti a presidio del successo della Mediazione sono messi a rischio (nella specie, quello alla riservatezza) è nell'invito a comunicare i motivi del rifiuto dell'eventuale proposta di conciliazione formulata dal mediatore. Ora, non vi è dubbio che la proposta del Mediatore – pur se appartenente a un modello di Mediazione "aggiudicativa" più che "facilitativa" – sia certamente ammissibile e utilizzabile ogni volta che il Mediatore stesso ritenga di poterla fare o ne sia richiesto dai Mediandi, ma è pur vero che l'art. 11 del D.Lgs. 28/10 che la disciplina, proprio in ossequio al principio di riservatezza, stabilisce che *"Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta"* e, ancora, che *"Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento"*.

Se, dunque, la legge richiede che il verbale riporti la proposta del Mediatore scevra delle dichiarazioni rese dai Mediandi e la mera dichiarazione degli stessi di accettazione

o rifiuto della stessa, sembra difficilmente sostenibile una conformità della decisione presa dal Giudice con il dettato normativo.

Parrebbe cioè che il Giudice non si sia preoccupato della violazione dell'art. 10 del D.Lgs. 28/10 cui sottopone gli stessi Mediandi che alla riservatezza non intendano rinunciare, e che verrebbero invece "costretti", tramite i propri legali, comunque a violarla. Il Giudice è insomma più interessato a conoscere comunque le ragioni alla base del rifiuto della (eventuale) proposta, così da avere basi più solide ai fini della condanna ex art. 13 del D.Lgs. 28/10 o, addirittura, ai fini di cui all'art. 91 c.p.c., nell'eventualità di una decisione conforme a quest'ultima, confermando con ciò quella tendenza alla "processualizzazione" dell'istituto cui superiormente si accennava.

Non solo: la Mediazione sembra così ridotta – più che a metodo alternativo per la risoluzione delle controversie (A.D.R., appunto) – ad attività prodromica a un futuro giudizio da iniziare (o proseguire) dato per certo. I Mediandi sono privati infatti di quell'arma che invece è la vera forza dell'Istituto: la sicurezza, cioè, che tutto quanto verrà detto nella Stanza di Mediazione, non uscirà da quella Stanza. Come poi si dovrebbe concretare questa "narrazione" al Giudice delle ragioni del rifiuto dell'eventuale proposta, restano incomprensibili.

Se lo facessero i Mediandi o i loro legali, o uno di loro – a fronte di un mancato consenso a derogare alla riservatezza – chiaramente violerebbero l'art. 10 e per i legali si porrebbero (forse) anche problemi di carattere deontologico, non solo, anche l'utilità di una tale narrazione sembra posta in dubbio in quanto, non potendo pretendere una verbalizzazione del Mediatore sul punto, i Mediandi potrebbero dare ognuno una propria versione dei fatti, senza che sia possibile verificare in giudizio quale sia quella esatta, posto che l'art 10 dispone che "*Sulle stesse dichiarazioni e*

*informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio” e, ancora: “Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all’autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità”;* se invece dovesse provvedervi il Mediatore, violerebbe anch’egli le medesime norme ed anche l’art. 11 in punto di riferimento alle dichiarazioni che a lui sono rese dai Mediandi.

Il danno che provocherebbe alla Mediazione l’affermarsi di questo orientamento, poi, sarebbe enorme: è evidente, infatti, che nessuno dei Mediandi si sbilancerebbe più in dichiarazioni, ammissioni o quant’altro, sapendo che il suo interlocutore, o il Mediatore, potrebbero poi “riferire” al Giudice qualora la Mediazione fallisse.

Un’ultima riflessione che, se vogliamo, è corollario di quanto fin qui detto e che riguarda sempre la riservatezza delle dichiarazioni rese, anche se su di un piano più di opportunità che di divieto.

Nell’ottica di quella tendenza alla “processualizzazione” della Mediazione, non è insolito rinvenire orientamenti che vorrebbero possibile la conclusione della Mediazione con una proposta che uno dei Mediandi fa all’altro e che il Mediatore dovrebbe recepire a verbale ai fini (anche) dell’applicazione dell’art. 91 c.p.c. nel successivo (o nella prosecuzione del) giudizio.

A mio parere, siffatta “interpretazione” è contraria alla normativa e all’essenza stessa della Mediazione. Da un punto di vista normativo, nessuna norma del D.Lgs. 28/10 prevede che la Mediazione possa terminare con una proposta di uno dei Mediandi che debba essere verbalizzata dal Mediatore: l’unica proposta prevista e disciplinata dalla legge in tutto il suo iter, anche nelle eventuali conseguenze processuali (art. 13), è la proposta del Mediatore.

D'altra parte, poi, ammettere un tale epilogo, urterebbe con l'essenza della Mediazione stessa: se il Mediatore, infatti, ritiene a suo insindacabile parere non meritevole, la proposta di uno dei Mediandi, di definire la lite al suo cospetto, non si capisce in base a quale logica (o quale norma) sarebbe invece tenuto comunque a verbalizzarla, se non in ossequio a quel fine "processualistico" cui, però, la Mediazione rifugge.

Di più: ammettere la conclusione della Mediazione con verbalizzazione della proposta di uno dei Mediandi all'altro, vanificherebbe la logica stessa dell'esistenza di un procedimento di Mediazione volto alla ricerca di soluzione comune dato che, per assurdo, uno dei Mediandi potrebbe arrivare al primo incontro già con la "sua proposta di definizione" stampata su di un foglio e chiederne immediatamente la verbalizzazione al Mediatore, senza nemmeno sentire le ragioni dell'altro!

Nulla toglie, allora, che durante la Mediazione si accantoni ogni proiezione nel futuro giudizio e, grazie al principio di riservatezza che copre il procedimento in ogni sua fase, si utilizzi quella proposta di definizione unilaterale per ottenere un'apertura del tavolo della trattativa alla ricerca di una soluzione che sia comune e accettata con soddisfazione da tutti nella consapevolezza che il Mediatore si atterrà alle norme di legge poste a presidio di quel principio (art. 10 e 11 D.Lgs. 28/10) e di cui avrà reso edotto i Mediandi fin dall'inizio della Mediazione.

Tutto ciò, in ogni caso, non prima che lo stesso Mediatore ritenga sia giunto il momento opportuno, ad evitare che proposte anticipatorie blocchino irrimediabilmente ogni trattativa.

***Approfondimento\* a cura dell'[Avv. Giuseppe Ruotolo](#), Mediatore e membro del comitato scientifico MedyaPro.***

***(\* articolo pubblicato sulla rivista quadrimestrale del***

**Comitato Adr&Mediazione, n.1 del 2017 – ADR ITALIA )**