Ammissibilità e utilizzabilità in giudizio della relazione dell'esperto esterno nominato durante la procedura di mediazione

Trib. Roma, 17 marzo 2014

Va affermata la ammissibilità e l'utilizzabilità della relazione dell'esperto esterno nominato durante la procedura di mediazione nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione. I risultati della relazione sono liberamente e validamente contestabili dalle parti in ogni contesto (mediazione e processo) e – il nostro ordinamento conoscendo ed autorizzando le prove atipiche, purché siano rispettati alcuni fondamentali principi dell'ordinamento stesso (e fra questi principalmente quello del contraddittorio) - il giudice potrà utilizzare tale relazione secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti.

Tribunale di Roma
Sezione XIII
17 marzo 2014
…omissis…

Non si ritiene sussistente la lamentata nullità della citazione per indeterminatezza della *causa petendi* e dell'oggetto della domanda.

Interpretando complessivamente, come doveroso, gli atti dell'attrice e non solo la citazione, si può affermare che la stessa addebita in modo intellegibile al nosocomio e al medico operante convenuti che : *doveva essere operata per endometriosi del setto retto vaginale consistente in asportazione di cisti nella cavità uterina;* e che *tale intervento veniva eseguito malamente e nel corso dello stesso subiva la non richiesta e non informata asportazione dell'utero con quanto di negativo ne conseguiva (sterilità).*
Nonché tutti i problemi e ricoveri successivi.

E' stato svolto prima della introduzione del presente giudizio un procedimento di mediazione (obbligatoria) alla quale ha partecipato, come unico convocato, l'attuale convenuto nosocomio.
Non sono stati infatti chiamati in mediazione in quella occasione né il medico successivamente citato in giudizio né, ovviamente (trattandosi di chiamata di terzo improvvidamente non disciplinata dalle norme che disciplinano il procedimento di mediazione), la sua assicurazione, attuale terza chiamata in causa.
Nel corso del procedimento di mediazione, sull'accordo delle parti, il mediatore ha nominato un consulente tecnico che ha depositato all'esito degli accertamenti concordemente demandatigli e svolti, una relazione peritale (intitolata *parere specialistico ginecologico pro-veritate*).
L'elaborato è stato prodotto al n.19 dei documenti di parte attrice.
Tutte le altre parti (convenuti e terza chiamata) hanno contestato la ammissibilità di tale produzione, il medico convenuto e la sua assicurazione anche per non essere stati parti nel procedimento di mediazione e di conseguenza per non aver potuto contraddire e nominare consulenti di parte.
La attenta difesa del nosocomio ha svolto una approfondita contestazione in merito alla produzione della relazione del perito nominato dal mediatore (ipotizzando anche profili di responsabilità deontologica a carico dell'avvocato della parte attrice derivante da tale ritenuta arbitraria produzione).
In particolare la difesa del nosocomio ha evidenziato tre punti di possibile collisione fra la produzione della relazione del consulente nonché la sua eventuale ammissione ed utilizzo in giudizio e la struttura e gli sbarramenti del procedimento di mediazione di cui al decreto legislativo 28/2010.
La produzione violerebbe la disposizione del comma primo dell'art.10 del decr.lgs.28/10 sulla inutilizzabilità nella causa delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione.
La produzione inoltre si scontrerebbe con le prescrizioni dell' art. 9 (che impone a chiunque operi nell'ambito del procedimento di mediazione l'obbligo di riservatezza) e del comma secondo dell'art.10 del cit. decreto.

Infine a presidiare il principio della riservatezza che ispira tutto il procedimento di mediazione si porrebbe il disposto del secondo comma dell'art. 10 del cit. decreto.
Ha altresì dichiarato, così come hanno fatto le altre controparti, l'assoluto diniego alla produzione di atti provenienti dal procedimento di mediazione (ed in particolare dell'elaborato dell'esperto), di cui è stato richiesto lo stralcio.
Va considerato che la possibilità della nomina di un consulente tecnico esterno ed estraneo ai soggetti ordinari che sono presenti nel procedimento di mediazione (mediatore, parti e loro rappresentanti) è, nel relativo sistema normativo, per così dire, residuale.
Ciò si ricava *a contrariis* dalla disposizione dell'art. 8 del decr.lgs. 28/10.
Nonché dalla successiva disposizione che prevede la possibilità della nomina di un consulente tecnico esterno solo laddove siano assenti o carenti non solo nel mediatore titolare ma anche in quello eventuale, ausiliario, le competenze tecniche specifiche e necessarie per il caso oggetto del procedimento.
Occorre interrogarsi, e la presente causa offre l'occasione per farlo, in mancanza di precedenti giurisprudenziali, su quali siano le possibilità di utilizzo e le utilità derivanti dalla nomina di un consulente tecnico esterno alla procedura di mediazione, sia all'interno della stessa e sia *nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione.*
Il tutto ponendo mente, oltre alle norme supra richiamate, al principio di riservatezza che ispira la procedura di mediazione di cui all'art. 3 del decr.lgs. 28/10.
Tale principio trova la sua scaturigine e ragion d'essere nella necessità di favorire quanto più possibile l'instaurazione fra le parti presenti nel procedimento di mediazione, di un clima di libero, leale e sincero confronto e discussione, nelle sessioni congiunte e in quelle separate con il mediatore, tale che consenta ad ognuna di esse di aprirsi senza remore e timori, esponendo fino in fondo il rispettivo punto di vista, con le relative aspettative e richieste, con ciò che vi è in esse di rinunciabile ed al contrario di indefettibile.
Disponibilità d'animo e di volontà sicuramente propiziate ed agevolate dalla consapevolezza della non utilizzabilità (altrove) senza il suo consenso, delle dichiarazioni che la parte abbia fatto.

Naturalmente se tale cogente e logica prescrizione normativa non fosse stata accompagnata dall'altra, contenente il divieto rivolto a chiunque partecipi al procedimento di mediazione, di propalare altrove e precipuamente nella causa alla quale pertiene la mediazione, quand'anche sotto invito di testimonianza, le dichiarazioni del dichiarante che non lo desideri e lo consenta, la prima cautela avrebbe rischiato di rimanere vana e di debole efficacia.
Non si può e non si deve, però, neppure enfatizzare oltre ogni limite il principio della riservatezza, rischiando di andare oltre quello che il legislatore ha stabilito.
Riservatezza ad ogni costo e sempre non significa infatti agevolare con sicurezza il successo della mediazione ed il raggiungimento dell'accordo.
E' sufficiente evidenziare, per dimostrarlo, che le parti in mediazione possono essere tentate, per il timore della sua circoscritta utilità, di rifiutarsi (e sicuramente ciò accade di frequente) di acconsentire alla nomina, da parte del mediatore, di un esperto anche quando l'ausilio di un tecnico specializzato nella materia potrebbe chiarire aspetti fondamentali, perché dubbi, della situazione in conflitto.
Si pensi all'accertamento, a mezzo di una consulenza medica, dei danni alla persona in presenza di una domanda di risarcimento a seguito di un qualsiasi evento (RCA, responsabilità medico-sanitaria e via dicendo).
In questi casi farsi carico della spesa non irrisoria per il compenso da attribuire all'esperto in mediazione potrebbe apparire inappropriato e non conveniente proprio per la prospettiva di non poter produrre la relazione dell'esperto nella causa che potrà seguire al mancato raggiungimento dell'accordo.
Ritiene il giudice, alla luce delle precedenti considerazioni ed in un'ottica di equilibrato contemperamento fra l'esigenza, nei limiti in cui è normata, di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all'interno di tale procedimento, di poter dichiarare legittima ed ammissibile la produzione nella causa alla quale pertiene la mediazione, dell'elaborato del consulente tecnico esterno.
Limitatamente, ove occorra rilevarlo, agli aspetti ed ai contenuti che siano strettamente corrispondenti al compito accertativo che gli sia stato affidato.

Il consulente, nel perimetro di ciò che le parti attraverso il mediatore, gli hanno demandato di accertare, esegue e svolge il suo incarico redigendo una relazione.

Quale sia esattamente l'attività espletabile dal consulente tecnico nella mediazione è agevolmente predicabile facendo riferimento a quanto lo stesso consulente, in quel caso nominato dal giudice, può effettuare nella causa, nell'adempimento dell'incarico.
Si ritiene, dalla giurisprudenza (e con riferimento all'ambito giudiziario) che vi siano due tipi di consulenza tecnica.
Quella c.d. *percipiente*, che ha natura di fonte di acquisizione della prova in quanto con essa il consulente acquisisce elementi e dati che precedentemente non facevano parte del materiale probatorio della causa, costituendo a ciò ostacolo la necessità (o la utilità) di specifiche doti e conoscenze tecniche ovvero di mezzi e di apparecchiature particolari non a disposizione del giudice.
La consulenza c.d. *deducente*, invece, è quella che ha per oggetto la valutazione di fatti, elementi e cose già presenti ed acquisiti al patrimonio istruttorio della causa.
Trasferiti, come è agevole e possibile, tali concetti nel procedimento di mediazione, si può desumere l'assenza di impedimenti giuridici all'utilizzo della relazione peritale al di fuori della mediazione e specificamente nella causa che può seguire (o proseguire), così come l'assenza di qualsiasi reale contrasto con le norme e la disciplina legale di tale istituto.
Invero i divieti previsti dalla legge come *supr*a ricordati hanno per oggetto esclusivamente le dichiarazioni delle parti (di cui le informazioni - di cui pleonasticamente parla la legge - sono solo uno dei possibili contenuti).

Viceversa l'attività del consulente in mediazione, all'esito degli accertamenti che compie (che non potranno consistere nel raccogliere e riportare dichiarazioni delle parti o informazioni provenienti dalle stesse, perché questo non è un suo compito e non rientra fra le attività che deve espletare, come del resto è previsto espressamente nell'ambito della causa dove la possibilità di acquisire informazioni dalle parti da parte del C.T.U. è subordinato ad espressa autorizzazione del giudice, cfr. 194 c.p.c.), si estrinseca (ed esaurisce) nella motivata esposizione dei risultati dei suoi accertamenti tecnico-specialistici.
Nessuna norma del decreto legislativo 28/2010 fa divieto dell'utilizzo nella causa della relazione dell'esperto, fermo restando il generale obbligo di riservatezza anche del consulente, come di tutti gli altri soggetti che intervengono nel procedimento.

Una esplicita conferma di quanto precede si ricava dall'ultima parte dell'art. 10 primo comma decr.cit. che fa salvo il consenso *della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.*
Così confermandosi che il consenso per l'utilizzazione in ambito diverso dal procedimento di mediazione all'interno del quale (le dichiarazioni) sono emerse è necessario solo per le *dichiarazioni* delle parti.

Un ultima considerazione riguarda un presunto divieto derivante dal generale principio di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione.
Si tratta, a ben vedere, di un'affermazione che prova troppo.
L'art. 3 del decr.lsg.28/10, non predica affatto una generale riservatezza del procedimento.
Piuttosto prevede espressamente *che il regolamento* (dell'organismo, n.d.r.) *deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9.*
Norma, l'art.9, che immancabilmente riferisce e limita testualmente l'obbligo di riservatezza *alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.*
Può pertanto stabilirsi un primo punto fermo: quella della selettività del divieto che riguarda esclusivamente le dichiarazioni e le informazioni che una parte abbia fornito (a chicchessia dei soggetti presenti nel procedimento di mediazione e quindi, per ipotesi, anche al consulente).
E non gli accertamenti del consulente.
Tale differenza non è casuale.

Una dichiarazione (e/o informazione fornita a cura) della parte, se considerata spendibile nel processo, potrebbe avere effetti devastanti per la medesima come ad esempio nel caso che abbia contenuto confessorio e ammissivo di circostanze a se sfavorevoli.
E' appena il caso di ricordare la possibile formidabile rilevanza nella causa delle dichiarazioni di una parte anche se rese in sede diversa da quella.
Affatto diversa è l'efficacia dell'accertamento dell'esperto nel corso della mediazione.
Si tratta di un diverso aspetto del problema fin qui affrontato e che attiene alla utilizzazione in giudizio della relazione dell'esperto.
I cui risultati, occorre precisare, sono liberamente e validamente contestabili dalle parti, in ogni contesto (mediazione e processo).
Invero, se come ritenuto, le risultanze della perizia in mediazione sono, in linea di principio, in sede giudiziale ammissibili ed utilizzabili, è ben diverso il valore e l'efficacia delle stesse rispetto a quelle della consulenza tecnica di ufficio.
E ciò in quanto la prima non facente parte degli strumenti apprestati dal codice di rito per l'acquisizione, formazione e valutazione della prova, perché non disposta, controllata e diretta dal giudice, e perché l'esperto in mediazione non è un ausiliario del giudice (per tutti gli effetti connessi e) con la conseguenza che anche le sue possibilità accertative potrebbero in concreto incontrare dei limiti e ostacoli nei rapporti esterni.
Ma il nostro ordinamento conosce ed autorizza le prove atipiche, purché siano rispettati alcuni fondamentali principi dell'ordinamento stesso (e fra questi principalmente quello del contraddittorio).
Ne consegue che il giudice potrà utilizzare tale relazione secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti .
Meno frequentemente per fondarvi la sentenza, più spesso per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio.
Ovvero, aspetto niente affatto secondario, per costituire il fondamento conoscitivo ed il supporto motivazionale (più o meno espresso) della proposta del giudice ai sensi dell'art. 185 bis cpc.

Nel caso di specie il giudice, pur ammettendo la produzione della relazione dell'esperto (stralciata da ogni divagazione rispetto agli accertamenti in senso stretto,) non ritiene di trarne elementi di utilità, neppure fra le parti fra le quali si è validamente svolto l'esperimento di mediazione.
Ed invero il medico specialista (non medico legale) ha con evidenti salti logici e vistose omissioni ricostruttive degli eventi e dei fatti, tratto un sommario quanto apodittico giudizio di responsabilità medica.
Inoltre, invece di rispondere solo come dovuto ed in modo diretto, ai tre appropriati quesiti formulati dalle parti e dal mediatore a verbale del 21.2.2012, l'esperto incaricato si perdeva con irrilevanti e inammissibili divagazioni.

Va pertanto disposta consulenza tecnica di ufficio.

Si assegnano al CTU nominato i seguenti quesiti:
gli atti di causa e la documentazione sanitaria allegata, visitata la perizianda, ed esperita ogni altra eventuale indagine clinico-strumentale specialistica, reputata indispensabile, anche avvalendosi di ausiliari, accerti il CTU in relazione alla attività professionale prestata alla parte attrice, considerata la storia pregressa dell'attrice e la patologia di endometriosi del setto retto-vaginale *in ordine alla quale la stessa veniva operata dal prof. ---*
1) Diagnosi
i) se la formulazione della diagnosi sia stata corretta
ii) in caso di errore di diagnosi specifichi se sia dovuto a
-- incompletezza delle indagini cliniche e strumentali
-- oggettiva difficoltà di interpretazione dei dati clinici e strumentali
-- altro
2. Scelta del trattamento (descrizione)

i) se il trattamento prescelto poteva ritenersi astrattamente adeguato rispetto al caso specifico, avuto riguardo alla diagnosi correttamente formulata ed agli interventi comunemente praticati secondo la migliore scienza ed esperienza medico-chirurgica del tempo per il caso in esame;
ii) in relazione al precedente quesito dica:
-- se il trattamento prescelto richiedesse una specifica competenza professionale e se questa fosse in possesso del convenuto (esperienza maturata nella esecuzione del trattamento prescelto)
3. Esecuzione del trattamento
i) accerti se il trattamento sia stato eseguito in conformità alle metodiche medico-chirurgiche stabilite dalla prassi e dalla scienza applicata ad interventi di questo genere;
ii) con particolare riguardo all'avvenuta isterectomia;
iii) in caso di risposta negativa:

specifichi le cause della difettosa esecuzione (in relazione alla: tempestività, regolarità, completezza, compatibilità dei mezzi impiegati, ecc.) - rilevi e descriva eventuali difficoltà (originarie o sopravvenute) nella esecuzione del trattamento indicando se e quali rimedi siano stati adottati (ovvero fossero in concreto adottabili) per il superamento delle stesse;
4. Danno
i) accerti se siano reliquati postumi diversi da quelli normalmente ricollegabili al trattamento correttamente praticato
ii) in caso affermativo accerti il rapporto causale tra l'operato del medico ed i postumi
iii) descriva gli eventuali precedenti morbosi del soggetto e la relazione di concorso-consistenza
iv) dica se ed in che misura percentuale i postumi abbiano ridotto in modo permanente la complessiva integrità psicofisica del soggetto (idoneità a svolgere le attività esistenziali comuni alla generalità delle persone), precisando il criterio adottato per la determinazione del valore percentuale
v) descriva separatamente, omettendo ogni valutazione percentuale, l'eventuale danno alla integrità fisiognomica, allegando fotografie
vi) dica se i postumi individuati possano incidere in concreto su particolari attività non lavorative che il periziando alleghi di svolgere, le quali per frequenza e caratteristiche intrinseche esulino dalle normali attività esistenziali
vii) dica se ed in che percentuale il periziando possa attenuare od eliminare i postumi con protesi o terapie ad hoc, precisando costo, durata, difficoltà e possibilità di successo di tali interventi
viii) valuti se le spese di cura sostenute dal periziando in conseguenza del danno patito e se siano state necessarie, utili o superflue
Dà atto che il CTU inizierà le operazioni peritali alle ore del giorno presso il proprio studio. Acquisisce il giuramento del CTU.
Termine ultimo per la nomina di CTP anche a verbale del CTU.
La relazione peritale sarà trasmessa dal consulente a mezzo fax ovvero e-mail alle parti entro il
Le parti fino al potranno trasmettere le loro osservazioni al consulente con i stessi mezzi.
Il CTU depositerà la propria relazione in cancelleria con le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione delle stesse, entro il ---
Concede al CTU un'acconto di €.800,00 più accessori da porsi provvisoriamente a carico dell'attrice.
Autorizza le parti al ritiro dei fascicoli per la consegna al nominato CTU.

P.Q.M.

a scioglimento della riserva,

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

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

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

Roma lì 17.3.2014 Il Giudice

dott. cons. Massimo Moriconi

Improcedibilità della domanda giudiziale: natura del primo incontro di mediazione, avvocati e presenza delle parti

Fattispecie: causa relativa a controversia bancaria.Trib. Firenze, 17 marzo 2014

Qualora le parti non abbiano partecipato personalmente alla procedura risultando rappresentate dai propri difensori i quali, all'uopo delegati, abbiano manifestato al mediatore la mera volontà dei deleganti di non procedere all'esperimento della procedura di mediazione, il tentativo di mediazione, pur ritualmente iniziato, non risulta altrettanto ritualmente condotto a termine; da ciò consegue che le parti devono essere rimesse dinanzi al mediatore affinché prosegua e si esaurisca l'esperimento della procedura di mediazione.

Il disposto di cui all'art. 8, d.lgs. n. 28/2010 (secondo cui il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione) vuol dire che le parti devono esprimersi "sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima" e non, invece, sulla loro volontà di procedere alla mediazione (I).

Tribunale di Firenze

17 marzo 2014

Ordinanza

Il giudice sciogliendo la riserva che precede e letti gli atti:

- ritenuto, con riferimento al merito, che le eccezioni sollevate dagli opponenti, in particolare anche con riferimento all'illegittimo e immotivato esercizio del recesso della Banca ingiungente, alla violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e all'erronea indicazione dell'ammontare di interessi anche anatocistici, non possono valutarsi in questa sede gravi motivi idonei alla sospensione del decreto opposto, tenuto conto sia del riepilogo depositato dagli opponenti (doc. 21) che semmai, previa illustrazione delle metodologie svolte a mezzo di effettiva consulenza tecnica, meriterà approfondimenti di verifica istruttoria sui risultati indicati sia della documentazione in atti, in ordine tanto alle clausole contrattuali che regolamentano il recesso quanto alla documentazione attestante la complessiva situazione economica di esposizione della società opponente, sia del potere-dovere del giudice dell'opposizione, comunque, di decidere sulla situazione giuridica controversa introdotta con l'azione monitoria;

- rilevato, con riferimento alla mediazione, che le parti non hanno partecipato personalmente alla procedura risultando rappresentate dai propri difensori; ritenuto al riguardo che l'esplicito riferimento operato dalla legge (art. 8) alla circostanza che "…al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato…" implica la volontà di favorire la comparizione personale della parte quale indefettibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi, limitando a casi eccezionali l'ipotesi che essa sia sostituita da un rappresentante sostanziale, pure munito dei necessari poteri; che pertanto mentre certamente soddisfa il dettato legislativo l'ipotesi di

delega organica del legale rappresentante di società, al contrario il mero transeunte impedimento a presenziare della persona fisica dovrebbe invece comportare piuttosto un rinvio del primo incontro;

- rilevato, altresì, che i difensori delle parti, all'uopo delegati, hanno manifestato al mediatore la mera volontà dei deleganti di non procedere all'esperimento della procedura di mediazione; ritenuto al riguardo che le procedure di mediazione ex art. 5, comma 1- bis (ex lege) e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.), 2 sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio, essendo addirittura previsti a pena di improcedibilità dell'azione; che difatti, per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima e non sulla volontà delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa alla mera volontà delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflativa;

- ritenuto per quanto sopra chiarito che nel caso di specie il tentativo di mediazione, pur ritualmente iniziato, non risulta altrettanto ritualmente condotto a termine; che pertanto le parti devono essere rimesse dinanzi al mediatore affinché, in ottemperanza all'interpretazione sopra offerta, prosegua e si esaurisca l'esperimento della procedura di mediazione;

che nel caso di specie l'onere di nuovo impulso, nel termine di cui al dispositivo, deve essere posto a carico della parte opposta, dal momento che nell'ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo – come da costante giurisprudenza della Suprema Corte – è da ritenersi quest'ultima parte attrice in senso sostanziale con l'esercizio in giudizio dell'azione monitoria, di cui la fase di opposizione rappresenta mera prosecuzione eventuale;

P.Q.M.

Respinge l'istanza di sospensione del decreto opposto nei confronti di tutti gli opponenti;

Rinvia la causa all'udienza del 16.12.2014, h.10.20 al fine di provvedere sulle istanze istruttorie, assegnando alle parti i termini per memorie ex art. 183/6 c.p.c. a decorrere dal 01.07.2014;

Dispone che le parti proseguano il procedimento di mediazione iniziato e non concluso, come in parte motiva, con onere di impulso a carico della parte opposta entro il 15.04.2014, rendendo noto che il mancato esperimento dell'effettivo tentativo è sanzionato a pena di improcedibilità della domanda per la parte opposta/attivante e ai sensi dell'art. 8/4bis (l. med.) per la parte opponente/attivata;

Invita le parti a comunicare l'esito della mediazione con nota da depositare in Cancelleria almeno 10 gg prima dell'udienza, nota che dovrà contenere informazioni in merito all'eventuale mancata partecipazione delle parti personalmente senza giustificato motivo; agli eventuali impedimenti di natura pregiudiziale o preliminare che abbiano impedito l'effettivo avvio del procedimento di mediazione; nonché infine, con riferimento al regolamento delle spese processuali, ai motivi del rifiuto dell'eventuale proposta di conciliazione formulata dal mediatore;

Dispone infine che a cura della parte attivante il procedimento, copia del presente verbale sia trasmesso altresì al mediatore.

Mediazione delegata (caso di opposizione a decreto ingiuntivo): invito alle parti a comunicare l'esito della mediazione con nota da depositare in cancelleria

Trib. Firenze, 18 marzo 2014

Disposto l'invio in mediazione ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, il giudice può invitare le parti a comunicare, tramite i loro avvocati, l'esito della mediazione, con nota da depositare in cancelleria (nella specie almeno dieci giorni prima della prossima udienza); nota che dovrà contenere informazioni in relazione: i. a quanto stabilito dall'art. 8, comma 4 bis (D.L.vo citato), in merito all'eventuale mancata (fattiva) partecipazione delle parti (sostanziali) senza giustificato motivo; ii. a quanto stabilito dall'art. 5, comma 2 (D.L.vo citato) in merito alle eventuali ragioni di natura pregiudiziale o preliminare che hanno impedito l'avvio del procedimento di mediazione; iii. a quanto stabilito dall'art. 13 (D.L.vo citato), anche ai fini del regolamento delle spese processuali, in merito al rifiuto delle parti – con specifica menzione della parte (delle parti) che ha (hanno) opposto il rifiuto – dell'eventuale proposta di conciliazione formulata dal mediatore, con indicazione del suo contenuto.

Al fine di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, in caso di opposizione a decreto ingiuntivo il giudice dispone che parte opposta, quale attore in senso sostanziale, esperisca il procedimento di mediazione presso un organismo accreditato ai sensi dell'art. 4, comma 1 d.lgs. n. 2872010, con deposito della domanda di mediazione entro il termine di 15 giorni.

Tribunale di Firenze

18 marzo 2014

Ordinanza

…omissis…

Entrambi i difensori chiedono la concessione dei termini ex art. 183 co. 6 c.p.c..

Il Giudice, visto l'art. 5, comma 2, D.L.vo n. 28/2010, così come modificato dalla L. n. 98/2013, sentiti i procuratori,

dispone

che parte opposta quale attrice in senso sostanziale esperisca il procedimento di mediazione presso un organismo accreditato ai sensi dell'art. 4, comma 1, (D.L.vo citato) con deposito della domanda di mediazione entro il termine di 15 giorni;

fa presente

che, ai sensi dell'art. 5, comma 2, D.L.vo citato, il mancato esperimento dell'effettivo tentativo di mediazione è sanzionato a pena di improcedibilità della domanda;

invita

- gli avvocati delle parti a informare i loro assistiti di quanto disposto, nei termini di cui all'art. 4, comma 3, (D.L.vo citato);

- le parti e i loro avvocati a partecipare a una sessione informativa presso ---;

- le parti a comunicare, tramite i loro avvocati, 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, comma 4 bis (D.L.vo citato), in merito all'eventuale mancata (fattiva) partecipazione delle parti (sostanziali) senza giustificato motivo;

- in relazione a quanto stabilito dall'art. 5, comma 2 (D.L.vo citato) in merito alle eventuali ragioni di natura pregiudiziale o preliminare che hanno impedito l'avvio del procedimento di mediazione;

- in relazione a quanto stabilito dall'art. 13 (D.L.vo citato), anche ai fini del regolamento delle spese processuali, in merito al rifiuto delle parti – con specifica menzione della parte (delle parti) che ha (hanno) opposto il rifiuto – dell'eventuale proposta di conciliazione formulata dal mediatore, con indicazione del suo contenuto;

fissa

al fine di acquisire le informazioni relative all'esito del disposto tentativo di mediazione e di verificare l'avveramento o meno della condizione di procedibilità l'udienza del ---.

Il Giudice

dott. Anna Primavera

Mediazione delegata e primo incontro: le parti devono essere presenti personalmente e va svolto un tentativo di mediazione vero e proprio teso a ricercare l'accordo rispetto alla lite

Trib. Firenze, 19 marzo 2014

Nell'art. 8. co. 1, d.lgs. n. 28/10 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 2 bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di "mancato accordo" se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. Per "mediazione disposta dal Giudice" si intende quindi che il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere – adempiano effettivamente all'ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l'esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità; le parti devono quindi essere presenti dinanzi al mediatore personalmente, oltre che munite dell'assistenza legale di un avvocato iscritto all'Albo.

Tribunale Ordinario di Firenze

Sezione II civile

19 marzo 2014

Ordinanza

…omissis…

Il Giudice dott. Luciana Breggia,

sciogliendo la riserva che precede,

visti gli atti del procedimento di cui si trascrive la scheda di lite:

<<Parte attrice, ---, deduce:

1. che in data 22.2.2000 i Sigg.ri --- acquistavano tutte le quote di partecipazione della Società in accomandita semplice, la quale era già proprietaria di tre immobili ad uso abitativo posti in Firenze, Via ---;

2. Tali immobili presentavano precarie condizioni dovute a infiltrazione d'acqua provenienti dai lastrici solari e dalle terrazze sovrastanti di proprietà della ---.

3. Le parti avevano trovato un accordo per la stipula di una successiva scrittura privata, in base alla quale la --- Sas avrebbe acconsentito ad una rapida esecuzione dei lavori e la --- Sas si sarebbe assunta integralmente gli oneri di esecuzione dei lavori di sistemazione dei lastrici e quindi delle terrazze di proprietà della ---.

4. In data 5.4.2000, al momento della firma della scrittura-convenzione condominiale, il Sig. --- aveva sottoscritto la stessa, pur non comprendendo la lingua italiana, nella convinzione che si trattasse del medesimo contenuto dell'accordo in precedenza raggiunto.

5. Soltanto in seguito, aveva appreso che il testo sottoscritto disponeva, al punto 3, che la società --- in futuro avrebbe dovuto provvedere alla manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché alla stessa ricostruzione del lastrico solario.

Pertanto parte attrice chiede che il Giudice'' accerti e dichiari la nullità della convenzione condominiale sottoscritta dalla società --- e --- Immobiliare stipulato in data 5.04.2000, ovvero la nullità della stessa nella sua parte individuata dal punto "3";

Parte convenuta, Società -- e --- Sas, si costituiva deducendo: che parte attrice contestava solo il contenuto della clausola n. 3, per cui la domanda di nullità dell'intera convenzione non doveva meritare accoglimento; la convenzione era stata stipulata nel 2000 davanti ad un notaio proprio al fine di trascrivere la stessa presso la competente Conservatoria dei Registri Immobiliari ai fini dell'opponibilità a terzi. Chiedeva il rigetto della domanda.>>

OSSERVA

1. All'esito della discussione con i difensori all'ultima udienza e alla luce della natura della causa, si rende particolarmente adeguato il ricorso a soluzioni amichevoli della medesima in quanto:

- si tratta di rapporto di natura condominiale iniziato nel 2000;

- indipendentemente dalla qualificazione giuridica della convenzione stipulata in data 5.4.2000, di fatto, possono essere intercorsi difetti di comunicazione tra le parti all'epoca dell'accordo;

- le parti hanno già avviato delle trattative (vedi udienze 28.2.2013, 8.5.2013, 19.9.2013, 5.12.2013) che tuttavia non stanno producendo un risultato positivo.

2. Pertanto ricorre il presupposto per ordinare l'invio in mediazione ai sensi dell'art. 5, comma II, del D.lgs 28/2010 (in base al principio tempus regit actum, la disposizione citata è applicabile ai procedimenti in corso a partire dal 21 settembre 2013 - art. 84 D.L. n. 69/2013).

3. Restano da precisare due importanti profili da osservare affinché l'ordine del giudice possa ritenersi correttamente eseguito (e la condizione di procedibilità verificata).

I. la mediazione deve svolgersi con la presenza personale delle parti;

II. l'ordine del giudice di esperire la mediazione ha riguardo al tentativo di mediazione vero e proprio.

4. A tale conclusione si giunge in base ad un'interpretazione teleologica delle norme che vengono in campo.

L'art. 5, comma 5 bis d.lgs. n. 28/2010, dispone: ''Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo''.

L'art. 8 , in tema di ' procedimento', dispone :''1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro 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''.

Come si vede le due norme sono formulate in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 2 bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo''. Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di "mancato accordo" se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria.

A parte le difficoltà di individuare con precisione scientifica il confine tra la fase cd preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma, appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE).

In tale prospettiva, ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (chiarimenti per i quali i regolamenti degli organismi prevedono tutti un tempo molto limitato), possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile.

Si specificano di seguito i motivi:

A. i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010, senza contare che obblighi informativi in

tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico). Non avrebbe dunque senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa.

B. la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione. D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1-bis e l'art. 8 prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l'"assistenza degli avvocati", e questo implica la presenza degli assistiti.

C. ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori.

Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione.

D. L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea) e, per quanto concerne il Tribunale di Firenze, presso l'URP (v. articolo 11 del protocollo Progetto Nausicaa2) e da ultimo, sempre nell'ambito di tale Progetto, presso l'ufficio di orientamento gestito dal Laboratorio Unaltromodo dell'Università di Firenze al piano V, stanza 9 del Palazzo di Giustizia;

E. L'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di "mediabilità'" del conflitto (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare ''la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti''), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto.

F. Da ultimo, può ricordarsi che l'art. 5 della direttiva europea citata (1) distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invio per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata.

P.Q.M.

Visto l'art. 5 II° comma d.lgs 28/2010;

visto il Progetto sulla mediazione demandata dal giudice del Tribunale di Firenze (Progetto Nausicaa2);

dispone l'esperimento della mediazione e assegna termine alle parti di quindici giorni per depositare la domanda di mediazione dinanzi a un organismo scelto dalle parti, avuto riguardo ai criteri dell'art. 4 I comma del d.lgs. 28/2010, salva la facoltà delle parti di scegliere concordemente un organismo avente sede in luogo diverso da quello indicato nell'art. 4 citato;

fissa udienza per il giorno 1.10.2014 ore 11.30 per verificare l'esito della procedura di mediazione;

precisa che per "mediazione disposta dal Giudice" si intende che il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere – adempiano effettivamente all'ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l'esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità;

precisa che le parti dovranno essere presenti dinanzi al mediatore personalmente e munite di assistenza legale di un avvocato iscritto all'Albo.

Si comunichi.

Firenze, 19.3.2014

Il Giudice

Luciana Breggia

Proposta conciliativa del giudice e mediazione demandata

Trib. Milano, 21.3.2014

Dato che la causa ha già avuto un corso sproporzionato rispetto ai termini reali della controversia, che avevano indotto il difensore di una delle parti ad ipotizzare un ragionevole componimento della controversia, anche alla luce della dubbia rilevanza e congruenza dei mezzi di prova offerti da ambo le parti, il giudice invita le parti ex art. 185 bis c.p.c. a valutare la sua proposta di definizione transattiva della causa e, ove le parti rifiutassero immotivatamente tale proposta, si riserva di avviarle a mediazione ai sensi dell'art. 5 co. 2° del d. lgs. n. 28/2010.

Tribunale di Milano

Sez. specializzata in materia di impresa

21 marzo 2014

Ordinanza

Il giudice istruttore,

letti gli atti introduttivi e le sei memorie depositate ex art. 183 co. 6° c.p.c.,

ed esaminati i documenti prodotti dalle parti,

sciogliendo la riserva automaticamente assunta il 18/03/2014,

rilevato

A. che non vi è specifica contestazione, ad opera della --- s.r.l., in merito alla quantificazione del residuo credito 'provvigionale' (in realtà, partecipazioni agli utili del Punto vendita napoletano dell'associante) maturato dal --- alla cessazione del rapporto (ottobre 2012) e risultante dalle fatture prodotte dall'attore sub doc. 12;

B. che non vi è altresì stata specifica contestazione ad opera dell'associato del conteggio relativo ai cc.dd. sospesi riferiti agli introiti di biglietteria, come documentato dalla società convenuta ai suoi documenti 6 & 7, portanti un residuo credito dell'Associante dell'ammontare di € 1.363,00;

C. che per il resto le parti si addebitano reciproci inadempimenti - di dubbia fondatezza - dai quali sarebbero discesi danni di cui, l'uno chiedendone accertamento giudiziale in via equitativa e l'altra cumulando ogni possibile penale contrattuale, hanno chiesto il risarcimento nella rispettiva misura di € 88.814,94 ed € 53.850,00;

ritenuto

D. che, così stando le cose e a quasi un anno e mezzo dai fatti, la causa ha già avuto un corso sproporzionato rispetto ai termini reali della controversia, che avevano indotto il difensore della società convenuta - già nel primissimo scambio di corrispondenza alla fine del 2012 - ad ipotizzare un ragionevole componimento riconoscendo "le eventuali competenze maturate dal sig. --- (...) a seguito del regolare adempimento di tutte le obbligazioni contrattuali dal medesimo assunte in merito alla gestione degli incassi e delle prenotazioni effettuate" (cfr. doc. 5 conv.);

E. che pertanto, anche alla luce della dubbia rilevanza e congruenza – nella parte in cui possono ritenersi ammissibili - dei mezzi di prova orale offerti da ambo le parti nelle rispettive memorie ex art. 183 co. 6° n. 2 c.p.c., le parti vanno piuttosto invitate ex art. 185 bis c.p.c. a valutare attentamente una ipotesi di definizione transattiva della causa in termini di riconoscimento e corresponsione dalla --- al --- del saldo residuo di € 16.934,11 (18.297,00 - 1.363,00), con reciproca rinuncia a tutte le altre pretese risarcitorie ed alla refusione delle spese di lite da ciascuno di essi sin qui sostenute;

F. che sin d'ora lo scrivente, ove le parti rifiutassero immotivatamente tale proposta, si riserva di avviarle a mediazione ai sensi dell'art. 5 co. 2° del d. lgs. n. 28/2010.

PQM

letti gli artt. 183 co. 7° e 185 bis c.p.c.,

1) formula alle parti la proposta transattiva indicata al punto E. della parte motiva della presente ordinanza;

2) invita le parti a riferire delle determinazioni in proposito assunte - ovvero sin d'ora per innescare, se lo riterranno, il meccanismo processuale di cui all'art. 309 c.p.c. - all'udienza del 16 settembre 2014 alle ore 11,20;

3) manda la cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle

parti.

Milano, 21.3.2014.

Il Giudice, Dr. G. Vannicelli

Condannata ex art. 96 c.p.c. per chi non si presenta in mediazione ed agisce in giudizio nella consapevolezza dell'infondatezza delle tesi sostenute

Trib. Roma n. 4140 del 2014

La parte va condannata ex art. 96 c.p.c. alla luce del comportamento da questa tenuto sia nella fase della mediazione, sia nella fase prettamente processuale(nella specie la parte, un'assicurazione, non si era presentata, e senza giustificarsi, nella fase mediatoria e, poi, aveva resistito alla domanda attorea "pur nella consapevolezza dell'infondatezza delle tesi sostenute" e, peraltro, "nel difetto della normale diligenza con cui era stata istruita la pratica assicurativa").

Tribunale di Roma

Sezione XII Civile

Sentenza n. 4140/2014

Il rifiuto da parte della --- Ass.ni s.p.a. di non onorare il contratto perfezionatosi con l'arrivo della proposta transattiva sottoscritta e con il dato IBAN, non trova giustificazione e pretestuosa appare la scusa avanzata dalla --- Ass.ni s.p.a., che non si era accorta che l'infortunato non era il contraente ma la moglie.

La e-mail di accettazione è stata inoltrata alla e-mail dalla quale è pervenuta la proposta a mezzo pec e nelle modalità indicate dalla ---.

E' ormai pacifico che l'indirizzo di posta elettronica possa essere considerato indirizzo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1335 c.c, trovando applicazione in tutti i casi la presunzione di conoscenza (Cass. Civ. Mass n.689 del 14.01.2005).

Come ormai confermata da costante giurisprudenza (cfr. Cass Civ. III sez. n. 7420 del 31.03.2011) la conclusione di un contratto si perfeziona al momento in cui l'accettazione sia giunta all'indirizzo del destinatario e la revoca della proposta, quale atto unilaterale recettizio, non produce effetti quando sia pervenuta all'accettante dopo la conclusione del contratto, vale a dire dopo l'arrivo all'indirizzo del proponente dell'accettazione della controparte.

Il significato della scusa dello scambio di persona non è comprensibile, in quanto che la polizza "Persona OK" è una polizza cumulativa con cui viene complessivamente assicurato un nucleo famigliare per una certa

somma (nella fattispecie € 100.000,00 per morte ed invalidità – con franchigia del 3% - e 3.000,00 per rimborso spese di cura; € 80,00 al giorno per il ricovero ed 40,00 per ogni giorno di gesso).

Quindi anche il contraente Sig. Cocco come l'infortunata erano titolari di un terzo dei singoli massimali essendo il nucleo famigliare composto da tre persone (vedi art. 23 C.G.A.).

La ratio di questa tipologia di polizze è il basso costo del premio assicurativo, essendo il rischio suddiviso su più persone.

L'ultimo comma dell'art. 23 delle Condizioni Generali di Polizza recita: "Qualora le indennità liquidabili ai sensi di polizza eccedessero le somme assicurate, esse verranno proporzionalmente ridotte".

Questa clausola non avrebbe senso se la somma assicurata per ciascun facente parte del nucleo familiare, pari ad e 33.333,33, non potesse mai essere superata dall'indennità liquidabile poiché anche una invalidità del 100% verrebbe liquidata con euro 33.333,33.

La corretta interpretazione dell'art. 23 delle C.G.A è che, fermo il massimale di e 33.333,33 per ciascun componente il nucleo famigliare, le indennità vanno rapportate al massimale complessivo di C 100.000,00 per invalidità permanente, e 80 per ciascuna giornata di ricovero, € 40,00 per ciascuna giornate di gesso oltre il rimborso delle spese di cura fino ad € 3.000,00.

Solo nell'ipotesi che uno dei garantiti abbia subito un danno con una permanente, poniamo del 50%, pari ad una indennità di € 50.000,00, questa, eccedendo la somma assicurata (€ 33.333,33) per ciascuno di loro, verrebbe proporzionalmente ridotta.

La Sig.ra .--- ha depositato una valutazione delle proprie lesioni pari a 14 punti di invalidità permanente, mentre la valutazione della --- Ass.ni s.p.a. pari a 11 punti, non è suffragata da idonea documentazione e sconosciuto è il nome del relatore.

Non essendo stata esperita una visita collegiale né richiesta una CTU in corso di causa, questo Giudice, esaminata la sola perizia di parte attorea redatta dal medico legale Dr. --- insieme con i certificati medici e le spese, valuta le lesioni residuate all'attrice, causa l'infortunio subito, pari a 13 punti, oltre a 6 gg. di ricovero e 35 gg. di gesso.

Spettano pertanto all'attrice, detratta la franchigia di 3 punti, euro 10.000,00 per la voce "invalidità", 480,00 per la voce "ricovero", 1.400,00 per la voce "gesso", oltre euro 2.144,81 per le spese mediche documentate.

La Sig.ra --- aveva anche provato a rivolgersi ad un Ente di mediazione per trovare una soluzione della vertenza, ma, non essendosi presentata la --- Ass.ni s.p.a., senza addurre motivazioni, la mediazione si è chiusa con la mera accettazione della proposta del mediatore per euro 9.750,00, anche questa rimasta inevasa, per cui le spese affrontate dovranno essere rimborsate in ragione di euro 205,00.

Dalla somma totale di euro 14.024,81, così ottenuta, vanno detratti euro 3.266,52 già corrisposti, e sul totale residuo di euro 10.758,29 vanno calcolati la rivalutazione e gli interessi legali a far data dal 23.02.2011 ad oggi in ragione di euro 1.302,00 , per un totale complessivo di euro 12.060,00. Sul totale delle somme così liquidate per sorte capitale ed interessi, competono gli interessi legali dalla data della presente decisione al saldo, ex art 1282 c.c.

Tenuto conto del comportamento della --- Ass.ni S.p.a., sia nella fase della mediazione che nella fase prettamente processuale, non presentandosi e senza giustificarsi nella fase mediatoria e resistendo alla domanda attorea pur nella consapevolezza dell'infondatezza delle tesi sostenute e nel difetto della normale diligenza con cui era stata istruita la pratica assicurativa, la mera opinabilità del diritto fatto valere e la consapevolezza della mancanza di documentazione medica, questa Società viene condannata al pagamento dell'ulteriore somma di € 2.000,00 ai sensi dell'art. 96 c.p.c. .

La spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo d'ufficio., tenuto conto delle somme in concreto liquidate e dei valori medi di liquidazione del D.M. 140/12, applicabile alla fattispecie come da giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass n.16581/ 12).

La mediazione obbligatoria non si estende alle domande riconvenzionali sollevate dal convenuto o da terzi

Trib. Reggio Calabria, 22 aprile 2014

Nel contesto di contrastanti opzioni interpretative (I), è maggiormente condivisibile la tesi (II) secondo cui la mediazione obbligatoria non si estende alle domande riconvenzionali sollevate dal convenuto o da terzi nel corso del procedimento.

Tribunale di Reggio Calabria

22 aprile 2014

Ordinanza

…Omissis…

rilevato che, come eccepito dall'attrice, in ordine alla domanda riconvenzionale (tendente al riconoscimento di un diritto di abitazione sul bene caduto in successione) la convenuta non ha attivato previamente la procedura di mediazione;

ritenuto, tuttavia, che, a giudizio di questo Tribunale, non ne deriva l'inammissibilità e/o improcedibilità, né sorge l'obbligo del giudice di invitare la parte ad attivare la procedura di mediazione;

che, infatti, nel contesto di contrastanti opzioni interpretative, è maggiormente condivisibile la tesi (sostenuta da parte della giurisprudenza di merito: v., ad esempio, Trib. Palermo, sezione distaccata di Bagheria, 11 luglio 2011) secondo cui la mediazione obbligatoria non si estende alle domande riconvenzionali sollevate dal convenuto o da terzi nel corso del procedimento.

Infatti, pur se l'art. 5 d. lgs. n. 28/2010 non sembra distinguere tra domanda principale e quella riconvenzionale, laddove fa genericamente riferimento a "chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a …", la ratio della legge, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, che faccia salvi i principi della ragionevole durata del processo e dell'efficienza ed effettività della tutela giurisdizionale (anche in relazione alla direttiva 2008/52/CEE, in tema di equilibrata relazione tra procedimento giudiziario e mediazione), sembra indicare che:

a) l'obbligo di preventiva mediazione, avendo come prioritario scopo quello di evitare l'instaurazione di un giudizio che, nel caso in esame, è comunque sorto, non sortirebbe, comunque, l'effetto di definire l'intero

contenzioso, posto che in ipotesi il tentativo conciliativo è già fallito per la domanda principale e la mediazione per le riconvenzionali non sarebbe preventiva, ma successiva;

b) si avrebbe un allungamento dei tempi del processo, in contrasto con l'art. 111 Cost., senza possibilità di verificare l'eventuale scopo dilatorio dell'azione del convenuto o del terzo;

c) lo stesso art. 5 cit. facoltà il convenuto ad eccepire il mancato tentativo di mediazione e tale va considerato chi viene citato in giudizio e non già chi, avendo promosso un'azione e, pertanto, notificato ad altri una vocatio in ius, risulti a sua volta destinatario di una domanda, collegata a quella originaria;

che è altresì priva di pregio l'evezione dell'attrice di inammissibilità della riconvenzionale (inerente l'asserito diritto di abitazione sul bene caduto in successione) per difetto di collegamento con la domanda principale di lesione di legittima e di divisione ereditaria;

ritenuto che, ferma restando la questione sulla validità o meno della scrittura del 16 maggio 2003 (sulla quale si deciderà con la sentenza definitiva), va disposta una consulenza tecnica d'ufficio, per:

1. Descrivere, anche mediante idonee planimetrie e rappresentazione fotografica, l'immobile caduto in successione, facente parte dell'asse ereditario in contesa;

2. Accertare il valore dello stesso alla data odierna, con metodo sintetico-comparativo, sulla base di oggettivi e controllabili dati di riscontro, di cui il consulente darà adeguato conto;

3. predisporre un progetto di divisione, con riguardo al valore alla data attuale, previa verifica della possibilità e/o convenienza di una divisione in natura;

4. determinare il valore locativo del bene a far data dal giorno della domanda giudiziale (art. 561 c.c.);

5. accertare se, in base agli atti prodotti in giudizio, risultino essere stati effettuati lavori di manutenzione o ristrutturazione dalla morte della de cuius ad oggi, determinando,e in caso positivo, il valore;

P.Q.M.

Rigetta l'eccezione di inammissibilità e/o improdedibilità della domanda riconvenzionale, sollevata dall'attrice;

nomina c.t.u. l'arch. (Omissis), via (Omissis), (Omissis), (Omissis), con il mandato indicato in premessa;

Visto l'art. 81 bis disp. att. c.p.c., tenuto conto della natura e dell'oggetto del processo, del carico del ruolo e della data di iscrizione a ruolo della causa, fissa il seguente calendario del processo ...omissis...

Si notifichi alle parti e al c.t.u.

Reggio Calabria, 22/04/2014.

Il Presidente istruttore

(Giuseppe Minutoli)

Mediazione obbligatoria: la rilevabilità dell'improcedibilità della domanda è obbligatoria e non discrezionale

Trib. Bari, 22 maggio 2014

Considerato che, letteralmente, il comma 1-bis dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 prevede che "l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza", va affermato che la rilevabilità dell'improcedibilità della domanda (a causa del mancato esperimento del procedimento di mediazione c.d. obbligatoria) è obbligatoria e non discrezionale.

Fattispecie: controversia in materia di locazione.

Tribunale di Bari

22 maggio 2014

Ordinanza

…omissis…

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 15 maggio 2014;

rilevata che l'intimata si è costituita in giudizio e si è opposta alla convalida contestando la violazione dell'art. 28 l. n. 392/1992 per essere la disdetta del contratto di locazione priva di motivazione; la circostanza che parte intimante non ha provato l'effettivo contenuto della raccomandata del 16.6.2009, ovvero che la stessa contenesse la disdetta del contratto di locazione; nel merito che l'eventuale ordine di rilascio si porrebbe in contrasto con l'attività di pubblica utilità svolta (segnatamente servizio di telefonia cellulare che sarebbe compromesso dalla disattivazione delle opere infrastrutturali);

considerato che, nell'ipotesi in cui l'intimato sia comparso, la pronuncia dell'ordinanza di convalida è consentita solo se egli non abbia fatto opposizione, la quale - osserva concordemente la dottrina - non richiede né il ricorso a formule sacramentali, risolvendosi nella semplice manifestazione di volontà, comunque espressa, di non accettare il provvedimento, né la specificazione dei motivi, perché l'effetto preclusivo in ordine alla pronuncia della convalida discende come un automatismo legale insensibile ad ogni valutazione circa la sua fondatezza nel merito (cfr. Cass. n. 12121/06; Cass. n. 11298/04; Cass. n. 17151/02, che annovera la mancata contestazione dell'intimato tra i presupposti specifici della pronuncia di convalida);

ritenuto che pertanto, avendo nella specie l'intimata fatto espressa opposizione alla convalida, questo provvedimento non può più essere pronunciato;

ritenuto al contrario che così facendo, pur non potendo ottenere la convalida dello sfratto – stante l'opposizione dell'intimato, l'intimante ha espresso la volontà di ottenere l'unica forma possibile di tutela attraverso il provvedimento provvisorio di rilascio (cfr. Cass civ., sez. III, 28 ottobre 2004, n. 20905);

rilevato che relativamente alla prima eccezione di parte intimata si osserva che l'obbligo di motivazione della disdetta ai sensi dell'art. 29 l. n. 392/1978 vale sole per la prima scadenza contrattuale, mentre la disdetta per cui è causa si riferiva alla seconda scadenza contrattuale;

ritenuto che relativamente alla seconda eccezione vero è, infatti, che la Cassazione ha avuto modo di affermare come la dimostrazione che una raccomandata sia stata ricevuta dal destinatario non vale di per sé a dimostrare quale fosse il contenuto della lettera; pertanto, in caso di contestazione, è onere di chi pretende che da quella ricezione siano

derivati effetti giuridici dimostrare il reale contenuto della lettera, tuttavia, la corretta portata di questa massima non può prescindere dal riferimento al caso concreto in cui essa fu dettata;

ritenuto che in quel giudizio, infatti, una parte pretendeva di provare l'avvenuta ricezione di una certa comunicazione (si trattava di cessione del credito) mediante la mera esibizione della ricevuta di ritorno nonché della l'attestazione dell'Amministrazione Postale dalla quale risultava che la raccomandata era stata consegnata: dal che la controparte lamentava che la mittente avrebbe dovuto produrre altri elementi a sostegno del suo assunto invio, come la copia della lettera (e la Suprema Corte, proprio perché in quel caso non era stata esibita nemmeno la copia della lettera inviata mediante raccomandata, giungeva alla affermazione del principio di cui in massima);

osservato che il caso che ci occupa, però, è assolutamente diverso, ciò per il semplice fatto che qui la parte intimante ha allegato diligentemente in atti la copia della raccomandata con cui era stata comunicata la disdetta dal contratto di locazione (v. documento n. 3 del fascicolo dell'intimante);

ritenuto che non vi è dubbio che tale copia possa valere, quanto meno in termini presuntivi, a far ritenere provato che il suo contenuto corrisponda proprio a quello della lettera inviata, laddove doveva ritenersi rimesso a carico del destinatario fornire la prova contraria, cioè dimostrare che, di contro, egli ricevette con la raccomandata in questione comunicazioni differenti da quelle trasparenti dalla copia esibita;

ritenuto, in definitiva, se è vero che - in assenza di esibizione di copia della lettera inviata - grava sul mittente l'onere di dimostrare, in caso di contestazione, quale sia il contenuto della raccomandata, è altrettanto vero che, di fronte all'esibizione di tale copia, con relativi ricevuta di spedizione e cartolina di ricevimento, opera una presunzione a favore del mittente di avvenuta ricezione da parte del destinatario proprio della specifica raccomandata offerta in visione, gravando su quest'ultimo (destinatario) l'onere di superare tale presunzione dimostrando con ogni mezzo di aver ricevuto una comunicazione diversa;

osservato relativamente alla terza contestazione che la T. ha avuto un tempo sufficiente per rinvenire altro immobile ove procedere alla installazione delle infrastrutture necessarie ad assicurare il servizio di telefonia mobile, fermo restando che tale tempo è assicurato anche in relazione al tempo necessario ad assicurare gli effetti della presente ordinanza di rilascio;

rilevato, sotto altro aspetto, che alla odierna controversia trova applicazione il d.lgs. n. 28/2010 come modificato dalla legge n. 98/2013;

rilevato che a norma dell'art 5, comma 4, legge n. 28/2010: i commi 1 bis e 2 non si applicano: b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;

rilevato, quindi, che le parti vanno mandate in mediazione e che la causa va rinviata ad oltre tre mesi (e 15 giorni per il deposito della domanda);

considerato che tale soluzione pare poi fornire alle parti maggiore tutela al fine di dotare di sicura procedibilità la domanda (non da parte di tutti, infatti, si ritiene che la questione della procedibilità o meno della domanda non sia più discutibile dopo la prima udienza del giudizio di primo grado; nel senso, invece, che qualora l'improcedibilità dell'azione non venga rilevata dal giudice entro la prima udienza, la questione non possa comunque più essere riproposta nei successivi gradi di giudizio v. invece Cass., sez. lav., 21797/09; 7871/08 e 15956/04);

considerato, però, che, letteralmente, il comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 prevede che "l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza";

ritenuto, quindi, che la rilevabilità dell'improcedibilità è obbligatoria e non discrezionale;

P.Q.M.

Visto l'art. 667 c.p.c. e 5 legge n. 28/2010;

non convalida l'intimato sfratto;

ordina a T. Spa, il rilascio dell'immobile sito in --- e lo spazio in copertura necessario per l'installazione dei supporti di antenna e relative antenne sul lastrico solare o copertura torrino dell'immobile di Via ---, fissando per l'esecuzione la data del 31 luglio 2014;

assegna alle parti termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione ai sensi del predetto decreto legislativo, computati decorrere dalla comunicazione della presente ordinanza;

dispone il passaggio del presente giudizio dal rito ordinario al rito speciale ed allo scopo fissa per la discussione l'udienza del 18 dicembre 2014, assegnando a parte attrice termine perentorio sino al 18 ottobre 2014 ed a parte convenuta termine perentorio sino al 18 novembre 2014 per l'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante il deposito di memorie e documenti in cancelleria, ai sensi degli artt. 414 e 416 c.p.c.

Bari 22 maggio 2014

Il Giudice

Dott. Francesco Agnino

Controversia sull'adempimento delle obbligazioni nei rapporti tra amministratore e condominio: mediazione obbligatoria

Trib. Bari, 26 maggio 2014

Le controversie relative all'adempimento delle obbligazioni nei rapporti tra amministratore e condominio ricadono nella materia del condominio per la quale è previsto l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità giudiziale .

Tribunale di Bari

26 maggio 2014

Ordinanza

Il giudice onorario,

sciogliendo la riserva che precede,

visto il ricorso per reclamo ex art.177 c.p.c del 13.05.2014;

lette le deduzioni formulate dalle parti nel verbale di udienza del 21.05.2014;

considerato che il presupposto della domanda attorea è costituito comunque dall'adempimento delle obbligazioni nei rapporti tra Amministratore e Condominio di tal guisa da ritenere che la fattispecie in esame ricada nella materia del condominio per la quale è previsto l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità giudiziale;

visti e applicati gli artt. 5–1-bis e 6 del D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 aggiornato al D.L. 13 agosto 2011 n. 138 e successivamente al Decreto Legge 21 giugno 2013 n.69 (Legge di conversione 9 agosto 2013 n. 98);

PQM

Revoca l'ordinanza del (...);

dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale;

fissa l'udienza del (…) assegnando alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Si comunichi.

Bari, 26.05.2014

Il Giudice Onorario

R. De Luca.

La mediazione non è un incontro tra difensori davanti al mediatore

Trib. Bologna, 5 giugno 2014

Anche il Tribunale di Bologna, con l'ordinanza del 5 giugno 2014, si esprime in relazione alla partecipazione delle parti in mediazione, prevedendo che esse debbano essere presenti all'incontro preliminare, informativo e di programmazione, proprio per poter verificare se sussistano spazi per procedere utilmente con la mediazione. Esse dovranno essere affiancate dal proprio avvocato, così come previsto dalla normativa, ma questo non significa che la presenza dell'avvocato sia da sola sufficiente a soddisfare la condizione di procedibilità prevista dalla legge.

L'istituto, infatti, è finalizzato al recupero della dialettica tra le parti in vista della ricostruzione di un rapporto che consenta loro il superamento delle rispettive posizioni iniziali (spesso – come ben sa chi opera nel settore – preconcette), e, in conseguenza di ciò, un incontro che si svolga tra i soli avvocati delle parti ed il mediatore – se può, in ipotesi, portare ad un esito positivo – solo formalmente risulterebbe qualificabile

Secondo la pronuncia in esame, infatti, le disposizioni di cui agli artt. 5, co. 5 – *bis*, e 8 D.lgs 28/2010 devono essere interpretate alla luce del contesto europeo nel quale si collocano (cfr. direttiva 2008/52/CE).

Ciò implica, secondo il Tribunale, che l'ordine del giudice deve ritenersi osservato "*…soltanto in caso di presenza della parte (o di un di lei delegato), accompagnata dal difensore (e non anche in caso di comparsa del solo difensore, anche quale delegato della parte).*

Quanto precede è giustificato dalle considerazioni che seguono.

In primo luogo, la natura della mediazione richiede "*…che all'incontro (…) siano presenti (anche e soprattutto le parti): l'istituto, infatti, mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in*

grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore".

Inoltre, va osservato che "*...i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, sono senza dubbio già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità (come peraltro si desume dal fatto che essi, prima della causa, devono fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010), di talchè non avrebbe senso imporre l'incontro tra i soli difensori ed il mediatore in vista di una (dunque, inutile) informativa*".

In terzo luogo "*…l'ipotesi in cui all'incontro davanti al mediatore compaiono i soli difensori, anche in rappresentanza delle parti, non può considerarsi in alcun modo mediazione, come si desume dalla lettura coordinata dell'art. 5, comma 1 – bis, e dell'art. 8, che prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti (personale o a mezzo di delegato, cioè di soggetto comunque diverso dal difensore)*".

Primo incontro e improcedibilità della domanda: la mediazione deve essere effettiva

Trib. Rimini, 16 luglio 2014

Qualora le parti si siano limitate a rifiutare di iniziare la procedura dopo la mera illustrazione da parte del mediatore della "funzione e modalità di svolgimento della mediazione", la mediazione non è stata intrapresa effettivamente e, quindi, dove procedersi a mediazione effettiva, a pena dell'improcedibilità della domanda ex art. 5,2° comma D.Lgs. n. 28/2010.

Tribunale di Rimini
16 luglio 2014
Ordinanza

…omissis…

Oggi 16 luglio 2014, alle ore 11.15, innanzi al Giudice dott. Dario Bernardi, sono comparsi:
l'avv. *…omissis…* per parte attrice il quale deposita verbale negativo di mediazione;
l'avv. *…omissis…* per *…omissis…* parte convenuta.

Entrambi chiedono i termini ex art. 183, 6 comma c.p.c. con decorrenza differita.

Il Giudice

Rilevato che la mediazione non è stata intrapresa effettivamente, essendosi le parti limitate a rifiutare di iniziare la procedura dopo la mera illustrazione da parte del mediatore della "funzione e modalità di svolgimento della mediazione".

Dispone procedersi a mediazione effettiva (in mancanza della quale seguirà la dichiarazione di improcedibilità) ex art. 5,2° comma D.Lgs. n. 28/2010.

Assegna un termine di 15 giorni da oggi per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza al 18.02.2015 ore 11.30.

Il Giudice
Dott. Dario Bernardi

TRIBUNALE DI PALERMO

Sezione prima civile
Il Giudice
sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 23.7.2014;
OSSERVA
Parte attrice ha avanzato domanda di risarcimento danni (per € 30.000) nei confronti del nosocomio X lamentando una negligenza ed un'imperizia professionale di personale sanitario del nosocomio in questione, personale che, nel rimuovere un catetere venoso precedentemente applicato nella mano destra, avrebbe compiuto un'errata manovra causando la rottura dell'agocannula all'interno della vena, con conseguente necessità di intervento chirurgico di asportazione del tratto venoso trombizzato.
Costituendosi, il nosocomio convenuto ha dedotto l'inesistenza di alcun comportamento colposo del suo personale sanitario e parasanitario, che si sarebbe scrupolosamente attenuto, nel praticare la terapia infusionale oggetto del giudizio, a quella che è la tecnica generalmente seguita in casi analoghi.
In fase istruttoria è stata disposta CTU. Nell'elaborato depositato dal consulente d'ufficio si legge che "*è da censurare il mancato riconoscimento della rottura dell'agocannula, da cui è derivato il realizzarsi di una tromboflebite che ha costretto l'attrice, dopo circa un mese, a far rientro presso il pronto soccorso ed essere sottoposta alla rimozione chirurgica del corpo estraneo. Sulla base di quanto riferito è evidente la sussistenza del nesso di causalità materiale tra l'evento dannoso occorso in occasione del trattamento sanitario presso il nosocomio (frammento di catetere venoso erroneamente lasciato in vena) in data 12.09.1998 e le lesioni accertate nei giorni seguenti (algia e gonfiore a causa dell'infiammazione instauratasi)… La condotta del sanitario che ha rimosso A.V.P.* (accertamento venoso periferico) *appare censurabile per non avere appurato la integrità dell'AVP all'atto della rimozione. Il tempestivo riconoscimento della rottura del catetere avrebbe infatti permesso di attivare la procedura di rimozione chirurgica nell'immediatezza, impedendo di fatto l'oltremodo perdurare della sintomatologia algico disfunzionale a carico dell'arto destro sino al 29.10.2008, in occasione del secondo accesso al Pronto soccorso allorquando venne rimosso chirurgicamente il corpo estraneo*".
Il CTU ha poi accertato la sussistenza di un'inabilità temporanea assoluta di giorni 20 e di un'inabilità temporanea assoluta di altri giorni 20, nonché (in considerazione di un esito cicatriziale chirurgico in prossimità del polso destro di circa 3 cm di lunghezza e di una sintomatologia algica) di un danno biologico del 2%.
Ed a conclusioni sostanzialmente identiche era già arrivato altro consulente d'ufficio nel giudizio in passato instaurato dall'attrice per gli stessi fatti nei confronti di altro ente convenuto e conclusosi con sentenza di questa Sezione del 27.4.2007 dichiarativa del difetto di legittimazione passiva di tale convenuto.
Orbene, ciò premesso, si ritiene adesso opportuno formulare alle parti, *ex* art. 185 *bis* c.p.c. e con effetti *ex* art. 91 c.p.c., la seguente proposta conciliativa:
art. 1) pagamento ad opera di parte attrice in favore di parte convenuta della somma di € 7.032,60 (somma calcolata tenendo conto di quanto accertato dal CTU, dei valori risultanti dalle tabelle del Tribunale di Milano sulla liquidazione del danno non patrimoniale, nonché della rivalutazione monetaria e degli interessi);
art. 2) rinunzia ad opera delle parti a tutte le domande, eccezioni e difese di cui al presente giudizio;
art. 3) pagamento ad opera di parte convenuta in favore di parte attrice della somma di € 1.620,43 a titolo di spese di lite.
L'accettazione della detta proposta conciliativa comporterebbe per parte attrice il vantaggio di conseguire integralmente quanto riconosciuto dal CTU (sebbene ciò non corrisponda a quanto dalla stessa parte attrice richiesto) e di ottenere il rimborso delle spese di lite fino ad oggi sostenute e comporterebbe, altresì, per parte convenuta, il vantaggio di non corrispondere somme ulteriori rispetto a quelle oggetto dell'accertamento del CTU e di bloccare ad oggi (escludendo quindi le spese per la fase decisoria del presente processo e le spese per eventuali gradi successivi del giudizio) le spese di lite da pagare in favore di parte attrice.

Va quindi fissata apposita udienza al fine di verificare la posizione delle parti sulla detta

proposta conciliativa.
Comunque, in caso di mancata accettazione della proposta in questione, questo giudice disporrà la mediazione *ex officio iudicis*.
Sul punto è bene ricordare che, al di là dei casi di mediazione obbligatoria *ex lege*, la legge 98/13 ha pure stabilito che il giudice può – anche in grado di appello e valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti – disporre l'esperimento del procedimento di mediazione a pena di improcedibilità della domanda. La legge 98/13 attribuisce quindi al giudice il potere di imporre alle parti di intraprendere un procedimento di mediazione nel corso del processo (in passato, invece, il giudice poteva solo invitarle a svolgere un tentativo stragiudiziale di mediazione, attendendo l'eventuale risposta positiva delle parti), in tal modo creando una nuova condizione di procedibilità (sopravvenuta) per ordine del giudice. Si tratta di una norma che rimette al giudice l'effettività di tale canale di accesso alla mediazione (che opera non quale filtro preventivo alle liti, ma successivo e non per questo meno utile ed efficace) e può operare in ogni lite, purché abbia ad oggetto diritti disponibili;
Peraltro, la mediazione *ex officio iudicis* può essere disposta anche per i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge 98/13 (e ciò in forza del principio per cui *tempus regit actum* ed in quanto il nuovo comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. 28/10 attribuisce un nuovo potere discrezionale al magistrato che va considerato come una nuova facoltà processuale e quindi applicabile dal momento dell'entrata in vigore della norma a tutti i procedimenti, compresi quelli pendenti) nonché pure per le materie diverse da quelle assoggettate a mediazione obbligatoria *ex lege* in base al comma 1 *bis* dell'art. 5 del d.lgs. 28/10 (il che sembra del tutto evidente se si considera che per le materie di cui al citato comma 1 *bis* è già prevista una forma di mediazione obbligatoria ed a nulla varrebbe la mediazione *ex officio iudicis*).
Con particolare riferimento ai giudizi pendenti, va poi osservato che nelle materie già selezionate dal Legislatore per la mediazione obbligatoria *ex lege* (come la responsabilità medicosanitaria rivendicata nel presente giudizio) può ritenersi sussistente una "presunzione semplice" di opportunità, avendo già la normativa formulato *ex ante* una prognosi favorevole quanto all'efficacia del procedimento di mediazione.
A ciò si aggiunga che la mediazione *ex officio iudicis* può poi essere disposta anche se una delle parti del processo è una Amministrazione Pubblica. Nelle fonti normative non si rinvengono, infatti, disposizioni che escludono le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della disciplina introdotta. Pertanto, la normativa in materia di mediazione in ambito civile e commerciale trova applicazione anche in riferimento al settore pubblico, come pure si legge nella circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 9/2012.
È bene adesso svolgere qualche considerazione in relazione alle conseguenze derivanti dalla mancata attivazione ad opera delle parti della mediazione prescritta dal giudice. La soluzione preferibile è quella che ritiene necessaria l'emissione di una sentenza di improcedibilità della domanda, restando però da chiarire se tale tipo di decisione sia da ritenere non adottabile ogniqualvolta venga instaurato il procedimento di mediazione disposto dal giudice o se occorra qualcosa di più per ritenere adempiuto l'ordine giudiziale.
Secondo Trib. Firenze, sez. II civile, 19.3.2014 le condizioni verificatesi le quali può ritenersi correttamente eseguito l'ordine del giudice e può quindi considerarsi formata la condizione di procedibilità sono: 1) che vi sia stata la presenza personale delle parti; 2) che le parti abbiano effettuato un tentativo di mediazione vero e proprio (ed anche per Trib. Firenze, sez. spec. impresa, 17.3.2014 occorre la comparizione personale delle parti).
Nel suo articolato e ben strutturato ragionamento il giudice fiorentino (ord. 19.3.2014) parte dalla considerazione per cui l'art. 5 e l'art. 8 del d.lgs. 28/10 sono formulati in modo ambiguo, posto che nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore ed a verificare la volontà di iniziare la mediazione (l'art. 8 prevede, infatti, che "*durante il primo incontro 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*"). Tuttavia, nell'art. 5, comma 5 *bis*, si parla di "*primo incontro concluso senza l'accordo*". Sembra dunque che il primo

incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria. Non avrebbe molto senso, secondo il
3
Tribunale di Firenze, parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. Ciò a prescindere dalle difficoltà di individuare con precisione *scientifica* il confine tra la fase c.d. preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma.
Pertanto, il Tribunale di Firenze ha ritenuto necessario, al fine di spiegare la detta ambiguità interpretativa, ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE).
Sei sono gli argomenti che hanno portato il Tribunale di Firenze a ritenere necessaria, per la formazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale dopo la mediazione *ex officio iudicis*, la presenza effettiva delle parti nel procedimento di mediazione e l'effettivo avvio di un sostanziale tentativo di mediazione:
1) i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010, senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico). Non avrebbe dunque senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa;
2) la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione. D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1 *bis* e l'art. 8 prevedono che le parti *esperiscano* il (o *partecipino* al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti;
3) ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata un'effettiva *chance* di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione;
4) l'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. Dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire *ex* art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea) e, per quanto concerne il Tribunale di Firenze, presso l'URP (v. articolo 11 del protocollo Progetto Nausicaa2) e da ultimo, sempre nell'ambito di tale Progetto, presso l'ufficio di orientamento gestito dal Laboratorio *Unaltromodo* dell'Università di Firenze;
5) l'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare *''la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti''*), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede, dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto;

6) l'art. 5 della direttiva europea 2008/52/CE distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invito (sempre da parte del giudice) per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè *l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere*

due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.
Alla luce delle considerazioni che precedono il giudice fiorentino ha considerato quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, che ruota attorno all'esigenza di tentare realmente di pervenire ad una soluzione non giudiziale della controversia, ed ha affermato la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata.
Un'altra strada interpretativa è quella seguita (allo stato) dal Tribunale di Milano (strada, però, inaugurata prima della presa di posizione di Firenze): la condizione di procedibilità è soddisfatta anche quanto sia tenuto solo il primo incontro di mediazione senza accordo (l'incontro di cui all'art. 8 comma I d.lgs. 28/2010). Le differenze non sono di scarsa rilevanza. Nel primo incontro 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 ed i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Si tratta, dunque, secondo il Tribunale di Milano, dell'incontro dedicato alla cd. valutazione di mediabilità e, cioè, dell'anticamera del procedimento mediativo.
Secondo il primo indirizzo illustrato (Tribunale di Firenze), per soddisfare la condizione di procedibilità questo primo incontro non basta: occorre dare effettivamente inizio alla procedura. Per il secondo indirizzo segnalato (Tribunale di Milano) questa prima relazione al tavolo di mediazione è già sufficiente.
La lettura che conferisce maggiore razionalità all'istituto è certamente quella fiorentina e ciò almeno per quanto riguarda l'effettivo tentativo di mediazione, considerato che è invece difficile sostenere che le parti debbano essere personalmente presenti, essendo loro diritto conferire eventualmente una procura di carattere sostanziale ad un altro soggetto (che può pure essere l'avvocato difensore).
Sussiste, però, un nodo interpretativo da risolvere. Il Legislatore ha espressamente regolato il regime giuridico sotteso alla condizione di procedibilità e previsto, all'art. 5 comma 2 *bis*, che «quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata *se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*». La disposizione, dunque, sembra richiamare espressamente "il primo incontro" di cui all'art. 8 comma I cit.
Il giudice non potrebbe quindi esigere, al fine di ritenere correttamente formata la condizione di procedibilità, che le mediazione sia stata tentata anche oltre il primo incontro.
Tuttavia, egli può comunque richiedere che in questo primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettivo.
Certo, è vero che può sembrare che in questo primo incontro il mediatore potrebbe non avere neppure la possibilità di tentare un accordo se le parti non vogliono che ciò accada. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 8 del nuovo d.lgs. 28/10, "*durante il primo incontro 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*".
Una prima lettura delle disposizioni normative pare giustificare un'interpretazione per cui se le parti e i loro avvocati non vogliono effettuare un vero tentativo di conciliazione (magari per non pagare il compenso all'organismo di mediazione) ben possono esprimere in questa prima parte del primo incontro, di natura preliminare, la loro volontà contraria all'inizio di una mediazione e il tutto finisce lì. La disposizione normativa in questione, così interpretata, sarebbe molto discutibile in quanto rischierebbe di rendere la mediazione di fatto facoltativa. Il mediatore potrebbe pure pensare, alla luce

di tale disposizione normativa, di non potere neppure tentare di verificare se effettivamente le posizioni delle parti sono inconciliabili. Se, infatti, in quest'ultimo caso si può parlare di un fallimento della mediazione, nel caso teoricamente consentito dal legislatore di manifestazione (anche ad opera di una sola delle parti) della sua volontà contraria alla mediazione vi sarebbe un aborto legale della mediazione. Peraltro, se si ritiene che ogni parte può impedire fin dall'inizio l'effettivo svolgimento del procedimento di mediazione, ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento e gli altri sarebbero tutti in una posizione di soggezione. Ed è da credere
5
che tale diritto potestativo verrebbe spesso esercitato se si considera che, come accennato, è stato aggiunto il comma 5 *ter* dell'art. 17 del d.lgs. 28/10, secondo cui nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione.
Tuttavia, una corretta interpretazione (in linea con la *ratio* della direttiva europea – ed è noto che gli operatori nazionali sono tenuti, secondo la Corte di giustizia UE, a tentare un'interpretazione delle disposizioni nazionali conforme alle norme europee – che mira ad agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario) è quella che ritiene che il mediatore, nell'invitare le parti e i loro procuratori a esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione, deve verificare se vi siano i presupposti per poter procedere nell'effettivo svolgimento della mediazione (il cui procedimento comunque già inizia con il deposito dell'istanza di mediazione). Tali presupposti sono, ad esempio, l'esistenza di una delibera che autorizza l'amministratore di condominio a stare in mediazione (così come previsto dalla legge 220/12) o l'esistenza di un'autorizzazione del giudice tutelare se a partecipare alla mediazione deve anche essere un minore ovvero la presenza di tutti i litisconsorti necessari. Il mediatore non dovrebbe chiedere, come invece ritenuto da molti, se le parti vogliono andare avanti. Egli non deve verificare la "volontà" delle parti e dei procuratori, ma li invita ad esprimersi sulla "*possibilità*" di iniziare la procedura di mediazione. E nel punto in cui la norma dice che "*nel caso positivo, procede con lo svolgimento*" essa non va intesa nel senso che se gli avvocati dicono che c'è tale possibilità si va avanti, mentre se dicono che non sussiste questa possibilità non si procede oltre. È il mediatore che, tenuto conto di quello che dicono le parti e gli avvocati, valuta se sussiste questa possibilità (nella norma, infatti, non si legge "*nel caso di risposta positiva*", ma "*nel caso positivo*"). Si comprende, quindi, il motivo per cui il comma 5 *ter* dell'art. 17 del d.lgs. 28/10 contempla (come il comma 2 *bis* dell'art. 5) la possibilità di un accordo tra le parti in sede di primo incontro (prevedendo che in caso di mancato incontro non è dovuto compenso all'organismo).
In conclusione, in caso di mancata accettazione della proposta conciliativa formulata dal giudice, verrà disposta la mediazione *ex officio iudicis* quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, condizione che si riterrà formata soltanto se nel primo incontro il tentativo di mediazione sarà effettuato dalle parti in modo effettivo.
Né rileva che la mediazione sia già stata tentata in via preventiva, in forza del d.lgs. 28/2010 nella versione antecedente la declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Consulta, in quanto parte convenuta non si è presentata in quella procedura (mentre dovrà presentarsi nella futura, eventuale mediazione *ex officio iudicis*) e poiché, dopo l'espletamento della CTU, vi sono ora maggiori possibilità di addivenire ad una soluzione transattiva basata sulle risultanze dell'accertamento peritale.
P.Q.M.
formula alle parti la proposta conciliativa indicata in parte motiva;
fissa per la verifica della posizione delle parti sulla detta proposta conciliativa l'udienza del giorno (…), ore (…), riservandosi di disporre nell'indicata udienza, in caso di mancata accettazione della proposta conciliativa, l'esperimento del procedimento di mediazione *ex officio iudicis* quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, che si riterrà formata soltanto se nel primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettuato dalle parti in modo effettivo.
Si comunichi.
Palermo, 16.7.2014
Il Giudice
Michele Ruvolo