

Tribunale di Roma
Sezione XIII
17 marzo 2014
Ordinanza

...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[1].

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[2].

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[3].

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[4].

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[5].

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[6].

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 desidera e lo consenta, la prima cautela avrebbe rischiato di rimanere vana e di debole efficacia.

Non si può e non si deve, però, neppure enfatizzare oltre ogni limite il principio della riservatezza, rischiando di andare oltre quello che il legislatore ha stabilito.

Riservatezza ad ogni costo e sempre non significa infatti agevolare con sicurezza il successo della mediazione ed il raggiungimento dell'accordo.

E' sufficiente evidenziare, per dimostrarlo, che le parti in mediazione possono essere tentate, per il timore della sua circoscritta utilità, di rifiutarsi (e sicuramente ciò accade di frequente) di acconsentire alla nomina, da parte del mediatore, di un esperto anche quando l'ausilio di un tecnico specializzato nella materia potrebbe chiarire aspetti fondamentali, perché dubbi, della situazione in conflitto.

Si pensi all'accertamento, a mezzo di una consulenza medica, dei danni alla persona in presenza di una domanda di risarcimento a seguito di un qualsiasi evento (RCA, responsabilità medico-sanitaria e via dicendo).

In questi casi farsi carico della spesa non irrisoria per il compenso da attribuire all'esperto in mediazione potrebbe apparire inappropriato e non conveniente proprio per la prospettiva di non poter produrre la relazione dell'esperto nella causa che potrà seguire al mancato raggiungimento dell'accordo.

Ritiene il giudice, alla luce delle precedenti considerazioni ed in un'ottica di equilibrato temperamento fra l'esigenza, nei limiti in cui è normata, di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all'interno di tale procedimento, di poter dichiarare legittima ed ammissibile la produzione nella causa alla quale pertiene la mediazione, dell'elaborato del consulente tecnico esterno.

Limitatamente, ove occorra rilevarlo, agli aspetti ed ai contenuti che siano strettamente corrispondenti al compito accertativo che gli sia stato affidato.

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

Quale sia esattamente l'attività espletabile dal consulente tecnico nella mediazione è agevolmente predicabile facendo riferimento a quanto lo stesso consulente, in quel caso nominato dal giudice, può effettuare nella causa, nell'adempimento dell'incarico.

Si ritiene, dalla giurisprudenza (e con riferimento all'ambito giudiziario) che vi siano due tipi di consulenza tecnica.

Quella *c.d. percipiente*, che ha natura di fonte di acquisizione della prova in quanto con essa il consulente acquisisce elementi e dati che precedentemente non facevano parte del materiale probatorio della causa, costituendo a ciò ostacolo la necessità (o la utilità) di specifiche doti e

conoscenze tecniche ovvero di mezzi e di apparecchiature particolari non a disposizione del giudice.

La consulenza c.d. *deducente*, invece, è quella che ha per oggetto la valutazione di fatti, elementi e cose già presenti ed acquisiti al patrimonio istruttorio della causa.

Trasferiti, come è agevole e possibile, tali concetti nel procedimento di mediazione, si può desumere l'assenza di impedimenti giuridici all'utilizzo della relazione peritale al di fuori della mediazione e specificamente nella causa che può seguire (o proseguire), così come l'assenza di qualsiasi reale contrasto con le norme e la disciplina legale di tale istituto.

Invero i divieti previsti dalla legge come *supra* ricordati hanno per oggetto esclusivamente le dichiarazioni delle parti (di cui le informazioni - di cui pleonasticamente parla la legge - sono solo uno dei possibili contenuti).

Viceversa l'attività del consulente in mediazione, all'esito degli accertamenti che compie (che non potranno consistere nel raccogliere e riportare dichiarazioni delle parti o informazioni provenienti dalle stesse, perché questo non è un suo compito e non rientra fra le attività che deve espletare, come del resto è previsto espressamente nell'ambito della causa dove la possibilità di acquisire informazioni dalle parti da parte del C.T.U. è subordinato ad espressa autorizzazione del giudice, cfr. 194 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[7].

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 specifici 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:

specifici 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 essenziali 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 allegghi di svolgere, le quali per frequenza e caratteristiche intrinseche esulino dalle normali attività essenziali*
- 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 prosiegua 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

AVVISO. Il testo riportato non riveste carattere di ufficialità.

[1] Art. 10 decr.lgsl.28/10

Inutilizzabilità e segreto professionale

1. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sulle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisivo.

[2] Art. 9 decr.lgsl.28/10

Dovere di riservatezza

1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.

2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.

[3] Art.10 co.II° decr.lgs.28/10: *Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili.*

[4] Art.8, co. I° ultimo periodo del decr.lgs.28/10: *Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari.*

[5] Art.8, co. IV° del decr.lgs.28/10 Art.8, 4, °decr.lgs.28/10: *solo quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti*

[6] Art.3 co.II° decr.lgs.28/10: *Il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico*

[7] Art. 2735 cc *Confessione stragiudiziale.*

La confessione stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale. Se è fatta a un terzo o se è contenuta in un testamento [587], è liberamente apprezzata dal giudice.

La confessione stragiudiziale non può provarsi per testimoni, se verte su un oggetto per il quale la prova testimoniale non è ammessa dalla legge