

1. RG.70421-11 n.14199-16 del 14.7.2016 REPUBBLICA ITALIANA Il Giudice **dott. cons. Massimo Moriconi**

nella causa tra

G.M. e P.T. (avv. to M. C.e T. A.) attrici E Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore (avv. ti A. M. e R. G.) convenuta

E spa ... **Assicurazioni**... (avv.P.G.) intervenuta E XXX srl in persona del legale rappresentante pro tempore (avv. to S. M. e L. P.) terza chiamata E spa **altra Assicurazione**. in persona del legale rappresentante pro tempore (avv. to G. S.) terza chiamata ha emesso e pubblicato, ai sensi dell' art. 281 sexies cpc, alla pubblica udienza del

14.7.2016 dando lettura del dispositivo e della presente motivazione, facente parte integrale del verbale di udienza, la seguente

SENTENZA

**ABSTRACT:**

- 1. I fatti rilevanti**
- 2. L'ordinanza del 15.12.2014 e l'invio in mediazione demandata**
- 3. La (in)sussistenza di un giustificato motivo per non aderire, non presentandosi, all'incontro di mediazione, da parte dell'ente convenuto e della sua assicurazione**
- 4. Le conseguenze previste dall'art.8 del decr.lgsi.28/10 per la mancata partecipazione del soggetto ritualmente convocato al procedimento di mediazione attivato dalle attrici su disposizione del giudice ex art.5 co.II° comma**
- 5. Le conseguenze, sul merito della causa, della mancata partecipazione di Roma Capitale senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione demandata dal giudice: l'art.116 cpc**
- 6. Le risultanze probatorie**
- 7. La responsabilità di Roma Capitale e dell'appaltatore XXX .srl**
- 8. Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione previste dal decr.lgsi.28/2010 - La sanzione del pagamento a favore dell'erario di una somma pari al contributo unificato**
- 9. Le conseguenze ulteriori per la inottemperanza alla disposizione del giudice ex art.5 co.II° - La responsabilità aggravata di cui all'art.96 III° comma cpc Presupposti e ragioni della sua applicabilità alla mediazione - A) L'art.8 comma quarto bis del decr.lgsi.28/10 non esaurisce gli strumenti sanzionatori posti a presidio dell'effettivo svolgimento della mediazione - B) Le condotte dei soggetti coinvolti nel procedimento di mediazione sono sussumibili nell'area di applicazione dell'art.96 cpc - C) L'art.96 cpc in combinato disposto con l'art. 3 Cost. in funzione riequilibratrice del sistema sanzionatorio apprestato per l'effettivo svolgimento della mediazione**
- 10. Il contenuto dell'art. 96 III° - Il dolo o la colpa grave - L'inottemperanza, ingiustificata, delle parti all'ordine del giudice ex art. 5 comma II° decr.lgsi.28/10, di attivare e di partecipare alla mediazione, costituisce grave inadempienza, dalla quale può discendere l'applicazione della sanzione di cui al terzo comma dell'art.96 cpc.**
- 11. La quantificazione della somma al cui pagamento va condannata Roma Capitale ai sensi dell'art.96 co.III° cpc**
- 12. Il danno erariale - Trasmissione degli atti alla Procura Generale della Corte dei Conti**
- 13. Le spese processuali.**

La motivazione che segue è stata redatta ai sensi dell' art.16-bis, comma 9-octies (aggiunto dall' art. 19, comma 1, lett. a, n. 2- ter, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6

agosto 2015, n. 132) decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 secondo cui **gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalita' telematiche sono redatti in maniera sintetica.**

Poiché già la novella di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69 era intervenuta sugli artt. 132 cpc e 118 att.cpc, prevedendo che la sentenza va motivata con una **concisa e succinta** esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, occorre attribuire al nuovo intervento un qualche significato sostanziale, che tale non sarebbe se si ritenesse che l'innovazione ultima sia puramente ripetitiva - mero sinonimo- del concetto già precedentemente espresso.

La necessità di smaltimento dei ruoli esorbitanti e le prescrizioni di legge e regolamentari (cfr. Strasburgo 2) circa la necessità di contenere la durata della causa, impongono pertanto applicazione di uno stile motivazionale **sintetico** che è stile più stringente di previgente alla disposizione dell' art. 19, comma 1, lett. a, n. 2-ter, d.l.83/2015

\* letti gli atti e le istanze delle parti, osserva: **-1- I fatti rilevanti**

2/17

L' incidente è accaduto in data 11.2.2009

Secondo quanto riferito dalle attrici G.M. mentre era alla guida, sotto la pioggia, del motociclo di proprietà di P.T., a velocità moderata, al centro della intersezione regolata da semaforo con luce verde fra Viale Africa e via dell' Arte perdeva il controllo della moto e cadeva a terra riportando lesioni alla persona e danni alla moto a causa di una buca di circa 6,00 m X 1,80 m ricoperta di acqua piovana, invisibile, apertasi proprio al centro della carreggiata da diversi giorni e segnalata al Comune di Roma proprio per la sua pericolosità

Erano casualmente presenti agenti della Polizia Municipale che assistevano al fatto e redigevano rapporto, nonché chiamando la ditta appaltatrice dei lavori (per conto del Comune) che provvedeva a riempire la buca con tredici sacchetti di catrame (come leggesi nel rapporto dei vigili).

L' attrice produceva fatture di ogni spesa medica sostenuta per la cura delle lesioni.

Chiedeva, ai sensi degli artt.20151 e 2043 cc, la somma di €.15.000 circa a titolo di risarcimento dei danni alla persona, €.2.700,00 spese mediche e fisioterapiche e di €.1.579,00 per quelli alla moto (come da fattura e preventivo)

Il Comune di Roma si costituiva e contestava sia nell' **an** che nel **quantum** le domande avverse, rilevando in particolare che buca era di vaste dimensioni e quindi visibile, ben conosciuta e che alle 9,15 di mattina vi era buona visibilità.

Chiamava in causa la ditta alla quale era stata appaltata la sorveglianza e la manutenzione della strada in questione.

La XXX srl contestava ogni sua responsabilità pur non negando di avere l' obbligo di manutenzione di quel tratto di strada e chiamava in causa l' assicurazione spa F..

Interveniva volontariamente l' Assicurazione del Comune di Roma.

Il giudice, disposta ed acquisita consulenza medica, disponeva, con ordinanza del 15.12.2014, la mediazione demandata, per il caso che sulla proposta, che contestualmente formulava ex art.185 bis, le parti non avessero raggiunto un accordo.

#### **-2- L'ordinanza del 15.12.2014 e l'invio in mediazione demandata**

Con l' ordinanza del 15.12.2014 il giudice proponeva:

**il pagamento a favore di G.M. della complessiva somma di €.4.000,00 di cui €.2000,00 a carico di Assicurazioni ....(per Roma Capitale) ed €.2000,00 a carico di srl XXX ; nonché della somma di €.600,00 a favore di P.T. nella stessa proporzione. Oltre al pagamento, a carico delle stesse parti, di un contributo alle spese di causa a favore delle attrici per l'importo di €.1.300,00 oltre IVA CAP e spese generali; nonché spese di consulenza tecnica di ufficio**

In particolare, e fra l' altro, l' ordinanza così motivava sulla proposta:

**considerato che nel caso in esame la caduta dalla moto, entrata in una buca allagata, è stata constatata nell'immediato da organi di Polizia presenti in loco;**

**ritenuto altresì che la velocità urbana deve essere particolarmente moderata da parte dei conducenti di ciclomotori e motocicli in una città come quella di Roma notoriamente affetta da un endemico problema di**

**dissesto del manto viario, e che il mantenimento di un condotta di guida prudente accorto e consapevole può ridurre o eliminare del tutto il pericolo di cadute ed incidenti causati da tale problema;**

**considerato che, nello specifico, gravava sulla conducente del motociclo l'obbligo di guidare con somma attenzione poste le condizioni meteorologiche avverse, la pioggia abbondante ed il conseguente stato delle strade, bagnate e sdrucchiolevoli; tutti fattori particolarmente significativi per un veicolo a dure ruote;**

**considerato che la diffusa e notoria presenza di buche e simili non dispensa né esonera da responsabilità l'ente proprietario;**

**considerato che la giurisprudenza della S.C. non esclude, condivisibilmente, la possibilità di concorso di colpa anche per quanto riguarda i danni derivanti da "insidia" stradale;**

**viste le tabelle per il risarcimento del danno biologico in uso presso il tribunale di Roma;**

3/17

Con la stessa ordinanza il giudice disponeva un percorso di mediazione demandata ai sensi del comma secondo dell' art.5 decr. lgs.28/2010 come modificato dal d.l.69/2013, che veniva regolarmente avviato dall' attrice.

Nella suddetta ordinanza, il giudice così motivava:

**a ) trattandosi di soggetto pubblico (ente locale territoriale), si ricorda che, laddove ciò dovesse essere utile per pervenire ad un accordo conciliativo, non vi sono ostacoli a che il funzionario delegato possa gestire la procedura e, nell'ambito dei poteri attribuitigli, concludere un accordo. Ricorrendone i presupposti, anche osservando le indicazioni contenute nelle linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali per l'attuazione dei procedimenti di mediazione di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante "Attuazione dell'art. 60 della Legge 18 giugno 2009, n.69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" circolare DFP 33633 10/08/2012 9/2012 per le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. Vale altresì sottolineare che l'eventuale deprecata scelta di una condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata dell'amministrazione pubblica (massime non presentandosi in mediazione senza ragione alcuna) potrebbe esporla a responsabilità per danno erariale sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo su una proposta del giudice o mediatrice comparativamente valutata rispetto al contenuto della sentenza. Conseguenze che, in relazione alle circostanze del caso concreto, sarebbe doveroso segnalare agli organi competenti;**

**b) la proposta del giudice che segue è permeata da un contenuto di equità e che oltre a ciò l'esito dell'ulteriore corso della causa, laddove mancasse l'accordo, non consente a ciascuna delle parti di considerare definitivamente stabilizzati, nel bene e nel male, i suoi contenuti;**

**c) ai sensi e per l'effetto del secondo comma dell'art.5 decr.lgs.28/'10 come modificato dal D.L.69/'13 è richiesta alle parti l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione demandata e che la mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione demandata dal giudice oltre a poter attingere, secondo taluna interpretazione giurisprudenziale, alla stessa procedibilità della domanda, è in ogni caso comportamento valutabile nel merito della causa.**

Nessun soggetto si è presentato per il Comune di Roma e per ... Assicurazioni .... benché ritualmente convocate dall' attrici, nel procedimento di mediazione.

Per la XXX era presente un procuratore speciale ( dott. ...così si legge nel verbale del mediatore) in virtù di procura speciale, **anche quale sostituto dell'avv. S.M.** (così nel verbale)

Per la spa **altra Assicurazione** era presente solo un procuratore speciale, NON assistito da alcun avvocato. Il procuratore speciale dichiarava di accettare la proposta del giudice.

In ragione delle assenze e senza potersi entrare nel merito delle diverse posizioni delle parti, il mediatore dichiarava chiuso il procedimento di mediazione.

**-3- La (in)sussistenza di un giustificato motivo per non aderire, non presentandosi, all'incontro di mediazione da parte dell'ente convenuto e della sua assicurazione**

Con PEC del 10.6.2015 il difensore di Roma Capitale inviava all' organismo di mediazione un messaggio nel quale preannunciava l' assenza in mediazione essendo intenzione dell' Ente di coltivare l' azione di garanzia nei confronti della ditta appaltatrice dei lavori di manutenzione della strada, sottolineando che **una definizione bonaria che vedesse Roma Capitale riconoscere somme alle parti attrici impedirebbe l'accoglimento della domanda di garanzia.**

Di analogo tenore la missiva del 29.4.2015 delle Assicurazioni .....

Devesi affermare l' assoluta insussistenza di un giustificato motivo per la non partecipazione al

procedimento di mediazione, e la inconsistenza delle suddette giustificazioni, per le seguenti ragioni:

I°

E' viziato da manifesta miopia logico-giuridica il tentativo di giustificare il rifiuto alla partecipazione alla mediazione, affermando e ribadendo, come fa l' ente territoriale ( e la sua assicurazione), la ragione del Comune appaltante ed il torto della ditta appaltatrice (XXX srl), e ciò in quanto

4/17

1. addurre la pretesa ragione contro l' altrui torto per non aderire alla mediazione è un' aporia: se questa fosse infatti una valida ragione per non partecipare al procedimento di mediazione, la mediazione non potrebbe esistere *tout court*, e comunque mai procedere, posto che alla base della sua ragione d' essere vi è, immancabilmente, la divergenza di vedute fra le parti in conflitto, divergenza che è precisamente alla base e causa del conflitto stesso;
2. il nuovo testo dell' art.8 del decr.lgs.28/10 prevede che *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.* La norma è stata, condivisibilmente, interpretata dalla giurisprudenza nel senso che solo in presenza di ragioni formali dirimenti (più precisamente di *questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità* ) sia ammissibile fermarsi alla fase introduttiva del primo incontro senza procedere oltre. In questo contesto, è ben arduo ravvisare un caso in cui possa sussistere un giustificato motivo che autorizzi l' assenza *tout court* davanti al mediatore della parte convocata, e ciò per la semplice ragione che qualunque *addetto ai lavori* ben sa quanto ogni questione, di merito o di rito, sia opinabile e passibile di diversa interpretazione da parte delle corti; con la conseguenza che pressoché ogni conflitto - ove sussista lealtà e non intenti dilatori - è mediabile
3. nella fattispecie, il Comune di Roma e la sua Assicurazione avrebbero ben potuto partecipare al procedimento di mediazione che conteneva più di un rapporto giuridico: il primo riguardante la domanda dell' attrice contro Roma Capitale in ordine alla quale l' ente territoriale avrebbe potuto addivenire ad un accordo con la danneggiata senza alcun pregiudizio della sua eventuale rivalsa facendo espressamente salvo ed impregiudicato ogni suo diritto nei confronti della società appaltatrice (ove fra questa ed il Comune non fosse stato raggiunto un accordo in mediazione). Il secondo, Comune- XXX srl) in ordine al quale non è stata neppure allegata dall' Ente territoriale e dalla sua Assicurazione alcuna ragionevole motivazione - al di là dell' apodittica e tautologia pretesa di aver ragione a trecentosessanta gradi - per la quale un qualche conveniente accordo non avrebbe potuto emergere all' esito del confronto e dialogo fra le parti con l' ausilio del mediatore.

II°

Non può essere obliterato che a monte del provvedimento di invio in mediazione vi è la valutazione del giudice che ha esaminato gli atti, studiato le posizioni delle parti, ed infine adottato un provvedimento che, in relazione alle circostanze tutte indicate dal secondo comma dell' art.5 decr.lgs.28/2010, testimonia il convincimento maturato dal magistrato circa l' utilità di un percorso di mediazione nell' ambito del quale le parti avrebbero potuto approfondire e discutere liberamente le rispettive posizioni fino al raggiungimento di un accordo per entrambe vantaggioso.

III°

**Vale ricordare che la partecipazione al procedimento di mediazione demandata è obbligatoria per legge e che proprio in considerazione di ciò NON è giustificabile una negativa e generalizzata scelta aprioristica di rifiuto e di non partecipazione al procedimento di mediazione. Neppure ove tale condotta muova dal timore di incorrere in danno erariale a seguito della conciliazione. Va infatti considerato che in tale timore è insita un'aporia. A prescindere che esiste la possibilità di un autorevole e rassicurante ausilio nel percorso conciliativo in mediazione , sta di fatto che la legge, nel disciplinare la mediazione, sia dal punto di vista attivo che passivo, non fa alcuna eccezione per quanto riguarda l'ente pubblico.**

**Un pregiudizio in tale senso pertanto costituisce una controsenso.**

**Occorre forse supporre che se una P.A. deve introdurre una causa in una delle materie di cui all'art. 5 co. 1 bis del decr.lgs.20/2010, promuove necessariamente – dovendo scontare altrimenti l'improcedibilità – il procedimento di mediazione, ma lo fa con la riserva mentale di non accordarsi mai !?**

Si tratterebbe, se così fosse, di un paradossale *non possumus* nonché di un pessimo esempio da parte dell'amministrazione pubblica di deliberata e pregiudiziale disapplicazione di una legge dello Stato.

Del tutto contraria alle apprezzabili finalità della legge. Che è quella del raggiungimento di accordi conciliativi, senza alcuna eccezione soggettiva. **Le P.A. pertanto hanno, in subjecta materia, gli stessi oneri ed obblighi di qualsiasi altro soggetto.**

5/17

Fermo restando che è opportuno proceduralizzare la loro condotta al riguardo.

**Il che sta a significare che è opportuno che il soggetto incaricato di rappresentare la PA in mediazione previamente concordi con chi ha il potere dispositivo del diritto un chiaro e determinato perimetro all'interno del quale il funzionario delegato possa serenamente condurre le trattative.**

Risulta pertanto comprovato che nel caso di specie non solo non sussiste un giustificato motivo per la mancata comparizione del Comune di Roma e della sua Assicurazione nel procedimento di mediazione; ma che tale rifiuto è irragionevole, illogico e contrario allo spirito ed alla lettera della legge.

**-4- Le conseguenze previste dall'art.8 del decr.lgsl.28/10 per la mancata partecipazione del soggetto ritualmente convocato al procedimento di mediazione attivato dall'attore su disposizione del giudice ex art.5 co.II° comma**

L' art.8 co.IV° bis prima parte del decr. lgs. 28/2010 relativamente alla *mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione* prevede che *il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.*

La norma si applica a differenza della seconda parte dell' art. 8 co.IV° (relativa al contributo unificato) che riguarda solo le parti costituite, a tutte le parti.

**-5- Le conseguenze, sul merito della causa, della mancata comparizione del Comune di Roma , senza giustificato motivo, l'art.116**

La mancata partecipazione, senza una valida giustificazione, al procedimento di mediazione (obbligatoria o demandata), costituisce condotta di per sé grave perché idonea a determinare la introduzione ovvero, se già pendente, l' incrostazione ed il prolungamento di una controversia in un contesto giudiziario, quello italiano, già ampiamente saturo nei numeri e troppo dilatato nella durata.

Quanto alla possibilità di valorizzare, nel processo, come argomento di prova a sfavore di una parte, la mancata comparizione in mediazione, senza giustificato motivo, della parte convocata, si confrontano nella giurisprudenza due diverse opinioni.

Secondo una prima tesi la decisione del giudice non può essere fondata esclusivamente sull' art. 116 c.p.c., cioè su circostanze alle quali la legge non assegna il valore di piena prova, potendo tali circostanze valere in funzione integrativa e rafforzativa di altre acquisizioni probatorie.

Secondo altra opinione non vi è alcun divieto nella legge affinché il giudice possa fondare solo su tali circostanze la sua decisione, valendo come unico limite quello di una coerenza e logica motivazionale in relazione al caso concreto.

È espressione della prima teoria l' insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui *la norma dettata dall'art. 116 comma 2 c.p.c., nell'abilitare il giudice a desumere argomenti di prova dalle risposte date dalle parti nell'interrogatorio non formale, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni da esso ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo, non istituisce un nesso di consequenzialità necessaria tra eventuali omissioni e soccombenza della parte ritenuta negligente, ma si limita a stabilire che dal comportamento della parte il giudice possa trarre 'argomenti di prova', e non basare in via esclusiva la decisione, che va comunque adottata e motivata tenendo conto di tutte le altre risultanze* (fra le tante Cassazione civile, sez. trib., 17/01/2002, n. 443).

La norma in questione merita senz' altro una maggiore utilizzazione anche se a differenza di altri casi in cui da una determinata circostanza è consentito ritenere provato *tout court* il fatto a carico della parte che tale circostanza subisce, in questo caso la legge prevede che il giudice possa utilizzarla per trarre dalle circostanze valorizzate *"argomenti di prova"*.

La norma dell' art.116 c.p.c. viene richiamata dal legislatore della mediazione (art.8 decr. lgs. cit.) nell' ambito della ricerca ed elaborazione di una serie di incentivi e deterrenti volti a indurre le parti, con la previsione di vantaggi per chi partecipa alla mediazione e di svantaggi per chi al contrario la rifugge, a comparire in sede di mediazione al fine di pervenire a un accordo amichevole che prevenga o ponga fine alle liti

Ciò sul presupposto che le statistiche ufficiali dimostrano sempre più alte percentuali di accordi in presenza della comparizione della parte convocata.

Ne consegue, tali essendo le finalità del richiamato art. 116 c. p. c. nel decr. lgs. 28/10, che equivarrebbe a tradire la *ratio* della

6/17

norma, svalutarne la portata, considerandola una mera e quasi irrilevante appendice nel corredo dei mezzi probatori previsti dall'ordinamento giuridico.

Va considerato che nell'attuale situazione, affetta da una endemica lunghezza nei tempi di risposta alla domanda di giustizia, causata principalmente dalla imponente mole di cause iscritte nei tribunali e delle corti; e viste le sempre più gravi e negative conseguenze sociali, economiche e di immagine anche internazionale del Paese, derivanti dal ritardo nella definizione dei processi, sia necessario rivalutare quanto previsto dall'art. 116 cpc

È necessario tuttavia fissare delle regole precise al riguardo.

Deve essere ben chiaro in primo luogo che la mancata comparizione in sede di mediazione potrà costituire argomento per corroborare o indebolire una tesi giuridica, che dovrà sempre essere risolta esclusivamente in punto di diritto.

A favore o contro la parte non comparsa in mediazione.

Ed infatti lo strumento offerto dall'art. 116 c.p.c. attiene ai mezzi che il giudice valuta, nell'ambito delle *prove libere* (vale a dire dove si esplica il principio del libero convincimento del giudice precluso in presenza di *prova legale*) ai fini dell'accertamento del fatto.

L'argomento di prova appartiene all'ampio armamentario degli strumenti utilizzati dal giudice in un ambito in cui non opera la prova diretta, vale a dire quella dove si ha a disposizione un fatto dal quale si può fondare direttamente il convincimento.

Nel processo di inferenza dal fatto al convincimento l'argomento di prova ha la stessa potenzialità probatoria indiretta degli indizi.

E come le presunzioni semplici ha come stella polare il criterio della *prudenza* (art. 2729 c.c.) che deve illuminarne l'utilizzo da parte del giudice.

Va ricordata quella giurisprudenza della Suprema Corte che ha ritenuto che l'effetto previsto dall'art. 116 c.p.c. *può* – secondo le circostanze – *anche costituire unica e sufficiente fonte di prova* (Cassazione civile, sez. III, 16/07/2002, n. 10268, che così si esprime: *Quanto a questa ultima norma – art. 116 c.p.c. n.d.r. – in particolare, essa attribuisce certo al giudice il potere di trarre argomento di prova dal comportamento processuale delle parti – e però, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, ciò non significa solo che il comportamento processuale della parte può orientare la valutazione del risultato di altri procedimenti probatori, ma anche che esso può da solo somministrare la prova dei fatti, Cass. 6 luglio 1998 n. 6568; 1 aprile 1995 n. 3822; 5 gennaio 1995 n. 193; 14 settembre 1993 n. 9514; 13 luglio 1991 n. 7800; 25 giugno 1985 n. 3800).*

Tuttavia il giudice opina che almeno di regola e secondo le circostanze sia preferibile ritenere che gli argomenti di prova che possono essere desunti dalla ingiustificata mancata comparizione della parte chiamata in mediazione abbiano lo scopo e l'utilità di integrare gli elementi di giudizio già presenti.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che la ritenuta assenza di giustificati motivi per la mancata partecipazione dell'ente territoriale alla mediazione demandata dal giudice, in forza del combinato disposto degli artt. 8 co. IV° bis del decr. lgs. 28/2010 e art. 116 c.p.c., concorra alla valutazione del materiale probatorio già acquisito, nel senso di ritenere raggiunta la prova - per quanto e nei limiti *infra* illustrati - della fondatezza degli argomenti delle attrici.

#### **-6- Le risultanze probatorie ed il risarcimento dei danni**

Già nell'ordinanza del 15.12.2014 il giudice aveva puntualizzato la fondamentale circostanza che nel caso in esame la caduta dalla moto, entrata in una buca allagata, è stata constatata nell'immediato da organi di Polizia presenti in loco.

E non solo.

Gli stessi verbalizzanti davano atto che per riempire la buca la ditta sopravvenuta doveva impiegare una grande quantità di materiale, ciò a dimostrazione della grandezza e pericolosità della buca.

Ricoperta dall' acqua e quindi NON visibile se non quando la moto vi entrava dentro.

Va ricordato che per la sussistenza della situazione definita tradizionalmente “ *insidia*” fonte di danno si richiede *la non riconoscibilità e la non prevedibilità della situazione pericolosa, quale fonte di danno, da parte di una persona di ordinaria diligenza; oltre ovviamente la non conoscenza in concreto.*

7/17

Occorre poi applicare tale concetto adeguandolo alla situazione specifica dei luoghi, nonché soggettiva della persona che assume di aver subito un danno dall' *insidia*.

In questo caso non vi è dubbio sulla sussistenza di un pericolo non facilmente evitabile, in considerazione che la pioggia in atto aveva ricoperto la buca, rendendola non visibile.

Che la buca fosse stata segnalata come affermato genericamente dalla difesa dell' attrice non è stato dimostrato (chi, come e quando avrebbe effettuato la segnalazione ?).

Si reputa che si tratti di una mera affermazione difensiva da parte dell' avvocato delle attrici per dare maggiore evidenza alla responsabilità dei convenuti.

E d' altra parte è impensabile che una buca di tali enormi dimensioni potesse essersi formata all' istante. Sicché, che fosse stata già segnalata (non certo dalle attrici che non lo hanno mai affermato, cfr. dichiarazione della M. alla Polizia Municipale) è possibile.

Ma ciò rende ancor più manifesta la inadempienza del Comune e della ditta appaltatrice. L' evento dannoso è accaduto in data 11.2.2009 quando G. M. aveva 26 anni.

E' importante indicare la data del fatto in quanto dal marzo 2001 (1.5.3.2001 n.57) è in vigore il sistema del punto legale al quale il giudice in virtù della legge 12.12.2002 n.273 e successive può derogare in aumento, per le micropermanenti, solo nella misura di un quinto.

Ne consegue che per quanto riguarda il danno biologico permanente da 1 a 9 punti ed il danno biologico temporaneo vanno applicate le norme suindicate e le relative tabelle applicative (derivanti dai decreti ministeriali).

Per quanto invece concerne: 1. il danno biologico (temporaneo e permanente) relativo ad aree diverse da quella dei danni *derivanti da sinistri*

*conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti* (precisamente come in questo caso) ed 2. il danno biologico permanente *derivante da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti* per il quale i postumi delle lesioni sono superiori al nove per cento,

il sistema seguito per la valutazione del danno biologico *muove* dal valore di punto che rappresenta il criterio più ampiamente diffuso nell' ambito del Tribunale di Roma.

Invero l' applicazione delle tabelle di punto ha il vantaggio di attenuare la possibilità di trattamenti diversi per situazioni analoghe (come pure quello di consentire alle parti di addivenire più agevolmente a soluzioni transattive extragiudiziali).

Senza che ciò escluda la doverosità da parte del giudice (correlativa alla legittima aspettativa della parte) di personalizzare, ove necessario, l' ammontare degli importi riconosciuti al fine di rendere effettivo e completo il ristoro.

Nelle esplicative delle tabelle romane è condivisibilmente previsto fra l' altro...*Per la valutazione equitativa nel caso di effettiva prova (ivi compresa la presunzione nell'ambito del diritto civile) del danno secondo i parametri della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 26792/2008 (il ristoro di tale danno, infatti, compete a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato potendo in questo caso essere oggetto di risarcimento qualsiasi danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, indipendentemente da una sua rilevanza costituzionale; b) quando sia la legge stessa a prevedere espressamente il ristoro del danno limitatamente ai soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto; c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale e non predeterminati dovendo, volta a volta essere allegati dalla parte e valutati caso per caso dal giudice (cfr ad es. Cass. sez. III, 25 settembre 2009 n. 20684), si ritiene necessario prendere in considerazione, per il concreto esercizio del relativo potere, un criterio che utilizzi, al fine di individuazione della somma adeguata a quanto provato, un importo percentuale di quanto liquidato a titolo di danno biologico in misura ordinariamente non eccedente il 60%, tenuto conto che nelle tabelle del danno biologico elaborate dal Tribunale non era compresa alcuna quota relativa al cd danno non patrimoniale soggettivo.*

Premesso che il fatto in sé costituisce reato di lesioni colpose, non v' ha dubbio che debba essere

riconosciuto all' attrice (a

8/17

prescindere dall' esistenza o meno di querela) la voce di danno non patrimoniale relativa alla sofferenza ed al patimento che ne sono derivati (descrittivamente **danno morale**) con applicazione, per la quantificazione, dei criteri, scaglioni e **range** elaborati a tale proposito dal tribunale capitolino.

Esaminata e condivisa la relazione peritale d' ufficio, ben motivata ed immune da errori o vizi logico-tecnico-giuridici, ed in assenza di specifiche e valide contestazioni, va evidenziato che l' attrice ha subito a seguito dell' evento i seguenti danni:

1. invalidità permanente 2 % 2. invalidità temporanea 100% di gg.15 3. invalidità temporanea 50% di gg.10 4. spese medico-sanitarie per la persona e danni alla moto

**Ai fini della quantificazione della componente di danno morale e del danno alla moto si valorizza (oltre per la moto per il quale è stata prodotta fattura e preventivo), la circostanza della mancata ed ingiustificata adesione al procedimento di mediazione da parte di Roma Capitale e della sua Assicurazione, ex art. 8 decr.lgsi 28/2010 e art. 116 cpc**

Le somme riconosciute sono la risultanza della rivalutazione alla data della decisione (secondo le tabelle aggiornate): ed invero solo attraverso il meccanismo della rivalutazione monetaria è possibile rendere effettivo il principio secondo cui il patrimonio del creditore danneggiato deve essere ricostituito per intero (quanto meno per equivalente); essendo evidente che, pur nell' ambito del vigente principio nominalistico, altro è un determinato importo di denaro disponibile oggi ed altro è il medesimo importo disponibile in un tempo passato).

Comprendono altresì il danno consistente nel mancato godimento da parte della danneggiata dell' equivalente monetario del bene perduto per tutto il tempo decorrente fra il fatto e la sua liquidazione. Ed invero devesi a tale fine fare applicazione delle presunzioni semplici in virtù delle quali non si può obliterare che ove il danneggiato fosse stato in possesso delle somme predette le avrebbe verosimilmente impiegate secondo i modi e le forme tipiche del piccolo risparmiatore in parte investendole nelle forme d' uso di tale categoria economica (ad esempio in azioni ed obbligazioni, in fondi, in titoli di Stato o di altro genere) ricavandone i relativi guadagni. Con tali comportamenti oltre a porre il denaro al riparo dalla svalutazione vi sarebbe stato un guadagno (che è invece mancato) che pertanto è giusto e doveroso risarcire, in via equitativa, con la attribuzione degli interessi legali.

Il calcolo di tali interessi viene effettuato in virtù della sentenza del 17.2.1995 n.1712 della Suprema Corte procedendo prima alla devalutazione alla data del fatto dannoso degli importi che erano stati rivalutati alla data della sentenza; e successivamente calcolando sugli importi rivalutati anno per anno i relativi interessi legali ai tassi stabiliti per legge anno per anno, senza alcuna capitalizzazione.

In definitiva a G.M. spetta complessivamente la somma di **€.7.200,00** e a P.T. la somma di **€. 1.800,00** , oltre interessi legali fino al saldo.

#### **-7- La responsabilità di Roma Capitale e dell'appaltatore XXX srl**

Il Comune di Roma è responsabile nei confronti delle attrici in quanto l' aver affidato in appalto a terzo soggetto la manutenzione delle sue strade non è fatto che, da solo, possa escluderne la concorrente responsabilità. La società XXX srl è sicuramente responsabile nei confronti del Comune di Roma per non aver assolto adeguatamente alle obbligazioni derivanti dal contratto relativo all' appalto di manutenzione delle strade in corso, in particolare per la mancata sorveglianza

**Non è infatti accettabile che una ditta incaricata della manutenzione (ma anche della vigilanza come si legge nel contratto in atti) di un quadrante relativamente limitato della città non vigili regolarmente e con metodo, percorrendo in lungo e largo le strade sottoposte a sua vigilanza controllandone lo stato ed intervenendo dove necessario, ma si limiti ad attendere -come manifesta la vicenda in esame (grandissima buca sicuramente preesistente da tempo), che a seguito di un incidente sia chiamata, per effettuare la riparazione di quella buca (il che sta a significare che occorre un incidente per provvedere a quella manutenzione che deve invece essere il più possibile preventiva)**

Va ricordato che in tema di appalto *e' di regola l'appaltatore che risponde dei danni provocati a terzi ed eventualmente anche dell'inosservanza della legge penale durante l'esecuzione del contratto, attesa l'autonomia con cui egli svolge la sua attività nell'esecuzione dell'opera o del servizio appaltato, organizzandone i mezzi necessari, curandone le modalità ed obbligandosi a fornire alla controparte l'opera o il servizio cui si era obbligato, mentre il controllo e la sorveglianza del*

*committente si limitano all'accertamento e alla verifica della corrispondenza dell'opera o del servizio affidato all'appaltatore con quanto costituisce l'oggetto del contratto. In tale contesto, pertanto, una responsabilità del committente nei riguardi dei terzi risulta configurabile solo allorché si dimostri che il fatto lesivo sia stato commesso dall'appaltatore in esecuzione di un ordine impartitogli dal direttore dei lavori o da altro rappresentante del committente stesso – tanto che l'appaltatore finisca per agire quale nudus minister privo dell'autonomia che normalmente gli compete – o allorché risultino presenti gli estremi della culpa in eligendo, il che si verifica se il compimento dell'opera o del servizio sono stati affidati ad un'impresa appaltatrice priva della capacità e dei mezzi tecnici indispensabili per eseguire la prestazione oggetto del contratto senza che si determinino situazioni di pericolo per i terzi (così fra le tante Cassazione civile sez. lav., 23 marzo 1999, n. 2745)*

Con tali premesse non è dubbio che del fatto debba rispondere oltre che l'appaltatore, nei confronti del Comune di Roma che ha esercitato azione di garanzia dei suoi confronti, lo stesso Comune, responsabile ex art.2043 cc, per i danni causati all'attrice.

Ed invero non vi è stata alcuna dimostrazione da parte del Comune di Roma che l'impresa avesse le caratteristiche di serietà e di affidabilità, oltre che di robustezza economica e finanziaria idonea a svolgere le prestazioni commissionategli, tali da ritenere assolto l'obbligo di diligenza nella scelta dell'appaltatore. Si tratta di verifica fondamentale in quanto che, diversamente opinando, sarebbe fin troppo facile per un committente, e nella specie per il Comune di Roma, al fine del discarico di ogni responsabilità, appaltare a terzi del tutto inadeguati, suoi compiti e oneri, sfuggendo agli obblighi derivanti dalla violazione del principio del *neminem laedere*.

Né è pensabile che la prova (della idoneità dell'appalto) debba fare carico al danneggiato, che non ne avrebbe alcuna concreta possibilità a differenza del Comune appaltante (applicazione del principio della prossimità della prova che onera la parte che è, in base alle circostanze del caso, più in grado di offrirla).

La XXX srl deve indennizzare Roma Capitale dell'importo dovuto dall'ente locale per il risarcimento alla parte danneggiata. Non le spese di causa (dovute alle attrici) che derivano da condotta processuali di Roma Capitale (inadeguata) la cui scelta di resistere in giudizio ad oltranza, articolando una difesa non fondata e non partecipando alla mediazione, comporta anche le relative conseguenze.

La spa *altra assicurazione* è tenuta alla relativa manleva

**-8 – Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione previste dal decr.lgsi.28/2010 – La sanzione del pagamento a favore dell'erario di una somma pari al contributo unificato.**

Non avendo partecipato, ingiustificatamente, Roma Capitale e spa Le Assicurazioni .....al procedimento di mediazione al quale erano state convocate le stesse vanno condannate al versamento all'Erario di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

La cancelleria provvederà alla riscossione.

**-9- Le conseguenze ulteriori per la inottemperanza alla disposizione del giudice ex art.5 co.II° – La responsabilità aggravata di cui all'art.96 III° comma cpc Presupposti e ragioni della sua applicabilità alla mediazione – A) L'art.8 comma quarto bis del decr.lgsi.28/10 non esaurisce gli strumenti sanzionatori posti a presidio dell'effettivo svolgimento della mediazione – B) Le condotte dei soggetti coinvolti nel procedimento di mediazione sono sussumibili nell'area di applicazione dell'art.96 cpc – C) L'art.96 cpc in combinato disposto con l'art. 3 Cost. in funzione riequilibratrice del sistema sanzionatorio apprestato per l'effettivo svolgimento della mediazione**

Occorre rispondere ad alcuni interrogativi attinenti

1. al dubbio che l'art.8 comma quarto bis del decr.lgsi.28/10 possa esaurire, delimitandoli in modo non estensibile, gli strumenti legali *latu sensu* sanzionatori posti a presidio dell'effettivo svolgimento della mediazione;
2. alla pertinenza o meno delle condotte dei soggetti coinvolti nel procedimento di mediazione a quelle sussumibili nell'area di interesse dell'art.96 cpc
3. alla sussistenza della colpa grave

Ed ancora, chiedersi se il sistema *latu sensu* sanzionatorio apprestato dal decr.lgsi 28/2010 a presidio

dell' effettivo svolgimento

10/17

della mediazione sia conforme all' art.3 della Costituzione. 1. Quanto al primo interrogativo va osservato:

contro il rischio della mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione l' art.8 comma quarto bis del decr. lgsl.28/10 predispone specifici deterrenti e precisamente la possibilità dell' utilizzo dell' art.116 cpc da parte del giudice e la condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Alla domanda se possa essere applicata anche la sanzione di cui all' art.96 cpc non espressamente menzionata dall' art.8 decr. lgsl. cit, si deve dare risposta univocamente affermativa.

Che si impone, non potendo valere a pena di grave *vulnus* al sistema processuale, il brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*

Invero, l' art. 96 cpc è norma aperta, cioè di generale applicazione e non può neppure concettualmente essere ipotizzata, pena una grave aporia, un' interpretazione che condizioni il suo perimetro applicativo all' esistenza di una espressa previsione per singoli casi.

Ciò trova conferma nello stesso decr. lgsl.28/10 che all' art.13, all' atto di prevedere una specifica disciplina delle spese di causa in materia di proposta del mediatore irragionevolmente non accettata, fa comunque salva *l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile*

Piuttosto quindi, è giocoforza affermare che sono gli strumenti previsti dall' art.8 del decr. lgsl.28/10 ad aggiungersi, in virtù di una specifica previsione di legge, alle norme di generale applicazione (qual' è l' art.96 cpc) per le quali non è necessario uno specifico richiamo.

1. Quanto al secondo interrogativo va osservato:

La possibilità di applicare l' art.96 cpc, nel caso di ingiustificata partecipazione della parte convocata al procedimento di mediazione deriva dai seguenti e convergenti parametri logico-sistematici:

1. nel caso dell' art.5 II° decr. lgsl.28/2010 (diversamente dalla mediazione obbligatoria) il giudice ha effettuato una valutazione di mediabilità concreta e specifica (relativa all' *an*, al momento in cui disporla, ed alle circostanze oggettive e soggettive che hanno evidenziato l' utilità del tentativo di conciliazione): il disvalore del rifiuto di partecipare all' incontro è quindi, all' evidenza, ben più elevato rispetto al caso della mediazione obbligatoria;
2. l' applicazione della misura sanzionatoria (dell' art.96 III° ) non è una conseguenza automatica della mancata partecipazione, ma di una valutazione specifica e complessiva della condotta del soggetto renitente con riferimento, fra l' altro ma non solo, all' assenza di giustificati motivi per non partecipare ed al grado di probabilità del raggiungimento di un accordo in caso di partecipazione (fattore quest' ultimo che, in questo caso il giudice aveva ben evidenziato nell' ordinanza di invio); cosicché tanto più alte ed evidenti si appalesano tali possibilità tanto più grave e meritevole di sanzione (art.96 cpc) si connota l' ingiustificato rifiuto;
3. il collegamento, già insito nell' essere la mediazione condizione di procedibilità, fra procedimento giudiziario (causa) e procedimento esterno (mediazione) è strettissimo e sincronico nella mediazione demandata. Nella quale si radicano più che altrove, molteplici punti di contatto e di interferenza con la causa (le indicazioni offerte alle parti ed al mediatore da parte del giudice nell' ordinanza di invio in mediazione demandata; la proposta del mediatore - che il giudice può propiziare nell' ordinanza- con i suoi possibili riflessi nella causa in caso di mancato accordo; la consulenza in mediazione con gli effetti della producibilità ed utilizzabilità nella causa in caso di mancato accordo, alla stregua dei requisiti, con i limiti e per gli effetti indicati dalla giurisprudenza );
4. la *doverosità* della partecipazione delle parti al procedimento di mediazione, se è predicata in modo *diretto* dalla legge per quanto riguarda la parte onerata dalla condizione di procedibilità, e solo *indiretto*, come si argomenta dal contenuto dell' art. 8 co.4 bis decr. lgsl.28/10, per quanto riguarda il convenuto, acquista ben più pregnante spessore e cogenza, quanto a quest' ultimo, a seguito della mediazione demandata riformata, nella quale l' ordine (e non come nel testo previgente un mero invito), del giudice si rivolge direttamente a tutte le parti, nessuna esclusa, rendendo manifesta ed esplicita la doverosità della partecipazione al procedimento di

mediazione. In entrambi i casi la circostanza che siano state previste delle sanzioni per la mancata partecipazione attesta formalmente ciò che è ovvio sostanzialmente, vale a dire che l'attivazione della procedura di mediazione non afferisce solo ad un onere, in quanto a seguito dell'istanza nascono obblighi - sanzionati- di partecipazione a carico di tutte le parti in conflitto (istante e chiamato)

11/17

Emerge con evidenza da quanto precede che con l'applicazione dell'art.96 co. III° viene sanzionata la condotta del soggetto renitente prima di tutto *processuale*, cioè *interna ed appartenente alla causa*, dove tale espressione afferisce alla scelta del soggetto di non tenere nella giusta considerazione l'ordine impartitogli dal giudice, opponendogli un ingiustificato rifiuto.

Ne consegue che l'applicazione dell'art.96 co.III° cpc alla fattispecie della mancata partecipazione al procedimento di mediazione demandata non è solo questione ed interesse dell'istituto della mediazione, al cui presidio soccorrono (anche) norme interne alla legge che la disciplina (art. 8 decr.lgsl.28/2010), *ma ben di più e prima*, di disciplina del processo e di condotta processuale, che si qualifica scorretta e sanzionabile proprio nella misura in cui senza valida ragione viene disatteso un ordine legalmente dato dal giudice.

### **Art. 96 cpc, mediazione ed art. 3 della Costituzione**

L'applicazione dell'art. 96 III° può avere inoltre, nel contesto di cui si discute, la funzione di un salutare e necessario riequilibrio del sistema sanzionatorio della mediazione, altrimenti palesemente sbilenco. E, in definitiva, consentire una interpretazione costituzionalmente orientata (dall'art.3 Cost), delle norme che la disciplinano.

Come è noto, l'attivazione del procedimento di mediazione è stata dal legislatore prevista quale condizione di procedibilità (art.5 decr.lgsl.28/2010) delle domande giudiziali nelle materie di cui all'art.1 bis decr.lgsl. cit. (mediazione obbligatoria), come pure, dal 2013 ed a prescindere dalla materia, nel caso di mediazione demandata dal giudice.

Qual'è la ragione d'essere di tale condizione di procedibilità e quale l'obiettivo del legislatore? La risposta al primo interrogativo è molto agevole.

Una riforma epocale destinata ad incidere profondamente ed in modo definitivo su una antica cultura giuridica formata ed avvezzata pressoché esclusivamente all'aspra gestione della contesa giudiziale, con l'innesto di una massiccia dose di cultura conciliativa, non può produrre i suoi effetti, da un giorno all'altro, solo con un invito del legislatore.

Occorrono forti incentivi e deterrenti per le prevedibili naturali resistenze al Nuovo, anche quando sicuramente, come in questo caso, un Nuovo molto positivo, perché diretto a rivitalizzare la giurisdizione valorizzandola negli ambiti dove è davvero necessaria. Senza la pretesa, che sarebbe errata e velleitaria, di sostituirla *tout court*, ma affiancandole un valore aggiunto che consiste nella possibilità per le parti, in moltissimi casi, nell'area dei diritti disponibili, di pervenire con l'aiuto di un mediatore professionale e imparziale, all'accordo. Prevenendo o ponendo fine ad una lite.

Una cultura quindi della pacificazione sociale, piuttosto della esasperazione del conflitto giudiziario immanente ed ubiquo. Anche per l'individuazione dell'obiettivo, la risposta è agevole.

Si può ipotizzare che il legislatore si volesse accontentare del semplice dato formale dell'avvenuta presentazione dell'istanza di mediazione da parte del soggetto onerato?

Si può ipotizzare che per il legislatore fosse del tutto indifferente che l'istante si presentasse effettivamente davanti al mediatore per esperire la mediazione? E che potesse essere sufficiente, per le esigenze perseguite con questa riforma, un ruolo del mediatore puramente notarile, di attestazione dell'avvenuta presentazione della domanda?

E' del tutto evidente, al contrario, che il legislatore ha perseguito un obiettivo sostanziale, vale a dire che le parti in conflitto esperissero concretamente la mediazione, vale a dire si incontrassero personalmente e tentassero, discutendo con la presenza attiva e fattiva del mediatore, di accordarsi.

A questo serve la condizione di procedibilità. Per questo è stata prevista per la parte onerata una sanzione assai pesante, vale a dire l'improcedibilità della domanda con conseguente condanna alle spese, per il caso di non attivazione del procedimento di mediazione, obbligatoria e demandata.

Se così stanno le cose e così precisamente stanno, non v'è chi non veda come il raggiungimento di tale obiettivo si scontra con la irragionevole sproporzione, al ribasso, della sanzione prevista a carico del soggetto convocato renitente.

Quest'ultimo, per quanto ingiustificata sia la sua assenza, subisce l'applicazione (certa) di una sanzione pari al contributo unificato, all'evidenza di scarsa o nulla deterrenza (essendo una somma fissa, del tutto imbellesse per soggetti possidenti, come enti, assicurazioni, banche e per stare al caso in esame ad un ente territoriale), e l'eventuale utilizzo da parte del giudice

12/17

dell'art. 116 cpc le cui limitate potenzialità sono state *supra* ampiamente descritte e che, peraltro, nel caso in cui la soccombenza sia stata per altro verso già attinta, è del tutto fuori luogo ed inutile.

Quindi in moltissimi casi e nella sostanza, non vi è (nella legge 28) a carico del convocato che non voglia pregiudizialmente partecipare al procedimento di mediazione nessuna sanzione.

Tale sbilanciamento non è poca cosa, per l'ovvia considerazione che l'accordo non si fa con una parte sola, sicché in definitiva a serve l'esistenza (nella legge 28) di un forte spinta a mediare - la sanzione di improcedibilità della domanda - a carico di uno solo dei contendenti.

Da quanto segue risulta chiaramente dimostrata la sostanziale equità costituzionale (ed invero non si vede per quale ragione logica, e con quale giustizia, l'importanza della partecipazione all'incontro di mediazione, predicata con limpida chiarezza dal legislatore, dovrebbe essere adeguatamente presidiata solo nei confronti di una sola delle parti in conflitto e non dell'altra) dell'utilizzo dell'art. 96 III° cpc (anche) in funzione riequilibratrice delle posizioni delle parti rispetto ai mezzi legali applicabili per rendere effettiva la loro partecipazione all'esperimento di mediazione.

**-10- Il contenuto dell'art. 96 III° Il dolo o la colpa grave – L' 'inottemperanza, ingiustificata, della parte all'ordine del giudice ex art. 5 comma II° decr.lgsi.28/10, di partecipare alla mediazione, costituisce grave inadempienza, dalla quale può discendere l'applicazione della sanzione di cui al terzo comma dell'art.96 cpc.**

L'art. 96 dispone che: I° *se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra*

*parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza.*

*II° Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziaria, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.*

E per quel che qui interessa:

**III° In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata**

La norma del terzo comma introdotta dalla l. 18.6.2009 n.69 ed entrata in vigore dal 4.7.2009 ha cambiato completamente il quadro previgente con alcune importanti novità:

in primo luogo non è più necessario allegare e dimostrare l'esistenza di un danno che abbia tutti i connotati giuridici per essere ammesso a risarcimento essendo semplicemente previsto che il giudice condanna la parte soccombente al pagamento di un **somma di denaro** ;

non si tratta di un risarcimento ma di un indennizzo (se si pensa alla parte a cui favore viene concesso) e di una punizione (per aver appesantito inutilmente il corso della giustizia, se si ha riguardo allo Stato), di cui viene gravata la parte che ha agito con imprudenza, colpa o dolo;

l'ammontare della somma è lasciata alla discrezionalità del giudice che ha come unico parametro di legge l'equità per il che non si potrà che avere riguardo, da parte del giudice, a tutte le circostanze del caso per determinare in modo adeguato la somma attribuita alla parte vittoriosa;

a differenza delle ipotesi classiche (primo e secondo comma) il giudice provvede ad applicare quella che si presenta né più né meno che come una sanzione d'ufficio a carico della parte soccombente e non (necessariamente) su richiesta di parte;

infine, la possibilità di attivazione della norma non è necessariamente correlata alla sussistenza delle fattispecie del primo e secondo comma.

Come rivela in modo inequivoco la locuzione *in ogni caso* la condanna di cui al terzo comma può essere emessa sia nelle situazioni di cui ai primi due commi dell' art. 96 e sia in ogni altro caso. E quindi in tutti i casi in cui tale condanna, anche al di fuori dei primi due commi, appaia ragionevole.

13/17

Benché non sia richiesto espressamente dalla norma, si ritiene dalla giurisprudenza necessario anche il requisito della *gravità* della colpa.

A ben vedere nel caso che ci occupa, non di colpa (sia pure grave) trattasi, ma di **dolo**, in quanto la parte convocata si è volontariamente e consapevolmente sottratta all' obbligo, derivante dall' ordine impartito dal giudice, di presentarsi e partecipare alla mediazione, di cui era perfettamente a conoscenza (come dimostra la pur errata e fuorviante giustificazione riferita).

La giurisprudenza richiede la sussistenza del dolo o della colpa grave poiché non è ragionevole che possa essere sanzionata la semplice soccombenza, che è un fatto fisiologico alla contesa giudiziale, ed è necessario che esista qualcosa di più rispetto ad essa, tale che la condotta soggettiva risulti caratterizzata, come in questo caso, da ostinata resistenza all' ordine del giudice e da una pervicace volontà di protrarre la lite quale che ne siano le conseguenze.

La sussistenza di tali requisiti potrà essere riscontrata ricavandola da qualsiasi indicatore sintomatico.

Nel caso in esame, in presenza di chiare e comprovate circostanze (indicate dal giudice nell' ordinanza di invio in mediazione) che imponevano a tutta evidenza di dismettere una posizione processuale di ostinata pregiudiziale e pervicace resistenza, la condotta della P.A. convenuta che ha scelto deliberatamente quanto ingiustificatamente di non aderire alla mediazione demandata dal giudice, integra certamente dolo o colpa grave.

**Deve affermarsi che il volontario ed ingiustificato rifiuto di aderire ad un ordine del giudice civile, legittimamente dato, va sempre considerato grave ed infatti l'ordinamento prevede rimedi, sanzioni e deterrenti di variegata natura e contenuto, a carico della parte (e talvolta anche del terzo) renitente.**

Per il convergente e necessario fine che l' ordine non rimanga *telum imbelles sine ictu* e venga in tal modo, in maggiore o minore misura, intralciato e sabotato il buon governo della causa da parte del giudice.

Ed infatti se gli ordini del giudice, quando previsti e impartiti, potessero essere impunemente rimanere vani e inascoltati, il sistema processuale verrebbe gravemente depotenziato con forti e irreparabili ricadute sulla sua efficienza e, di conseguenza, gli stessi fondamenti sociali della civile convivenza verrebbero messi a repentaglio.

In realtà lo *iussum* del giudice trova sempre un adeguato presidio nell' ordinamento.

Di ciò può essere data ampia prova e di esempi se ne possono fare in gran numero.

Fermo restando che lo stesso sistema della esecuzione forzata non è altro che lo strumento per rendere coattivo e imperativo lo *iussum* esecutivo giudiziale, le sanzioni possono essere dirette e prevedere la condanna della parte (e talvolta anche di un terzo) al pagamento di somme di danaro così come previsto a carico di chi si sottrae volontariamente al provvedimento che dispone l' assunzione della testimonianza e di chi si rifiuta di adempiere all' obbligo di un fare (o non fare) infungibile (art.614 bis cpc)..

Come pure consistere in sanzioni penali come nel caso dell' art.388 del codice penale..

Ovvero, possono essere indirette, nei casi in cui le conseguenze dell' inottemperanza vanno ad attingere, negativamente, il merito, come nel caso della mancata risposta all' interrogatorio formale, dell' art.116 cpc, dell' art. 118 cpc, etc.

In altri casi ancora dall' inottemperanza possono scaturire misure coercitive (è il caso dell' ordine di esibizione ex art. 210 cpc al quale, ove inadempito, può seguire il sequestro di cui all' art. 670 cpc)

**Ciò per dire e concludere che l'inottemperanza, ingiustificata, delle parti (di regola quella convocata, posto che per l'istante sussiste adeguata sanzione ed infatti all'ordine della demandata segue nella quasi totalità dei casi l'introduzione del procedimento di mediazione), all'ordine del giudice ex art. 5 comma II° decr.lgsi.28/10, non solo di introdurre, ma di partecipare effettivamente alla mediazione, costituisce sempre grave inadempienza, dalla quale ben può discendere, secondo le circostanze del caso, l'applicazione della sanzione di cui al terzo comma dell'art.96 cpc.**

**-11- La quantificazione della somma al cui pagamento la convenuta va condannata ai sensi dell'art.96 co.III° cpc**

L' ammontare della somma deve essere rapportato :

14/17

1. Allo *stato soggettivo* del responsabile, perché il dolo e la cosciente volontarietà della condotta censurabile ex art. 96 co. III° è più grave della colpa. **In questo caso vi è stata una volontaria condotta del Comune di Roma, che disattendendo il motivato e ragionevole invito del giudice di cercare di trovare un conveniente accordo tenendo conto di quanto argomentato nell'ordinanza, ha preferito portare la causa alle estreme conseguenze, aggravando inutilmente il lavoro del giudice, piuttosto che ragionare e discutere responsabilmente in sede conciliativa, con un sicuro risparmio anche per le casse dell'ente territoriale.**
2. Alla qualifica ed alle caratteristiche del responsabile, persona fisica o giuridica che sia, ed alla sua maggiore o minore capacità anche in termini organizzativi, di preparazione professionale, culturale, tecnica, di assumere condotte consapevoli (si tratta di un parametro che riguarda la scusabilità, ove esistente, in misura maggiore o minore, della condotta censurata). **In questo caso la condotta dell'Ente territoriale non è scusabile per le ragioni dette .**
3. Alla rilevanza delle conseguenze della condotta censurata. Ed a quanto ciò abbia inciso sulla parte vittoriosa sia dal punto di vista oggettivo che da quello soggettivo per lo stress aggiuntivo connesso all' incertezza dell' esito della lite ed al protrarsi dell' attesa del conseguimento del bene della vita atteso. **Una conciliazione, facilmente conseguibile, visti i presupposti, avrebbe evitato tali ultime conseguenze che possono ritenersi verosimilmente verificate a carico delle attrici.**
4. Alla *forza ed al potere economico* del responsabile, che secondo le circostanze può risultare avere abusato con la sua azione o la sua resistenza, del giudizio, dei suoi tempi e del modo di gestirlo. **All'evidenza per un ente di grandi dimensioni, qual'è Roma Capitale l'eventualità della condanna alle (sole) spese connesse alla soccombenza non costituisce remora sufficiente per evitare condotte processuali deresponsabilizzate ed agnostiche**

15/17

5. Alla perseveranza della condotta censura. Laddove il soccombente non abbia manifestato alcuna resipiscenza perseverando con argomenti manifestamente errati. **E l'evidente caso che ci occupa dove la giustificazione addotta dall'ente territoriale per non partecipare alla mediazione è stata:**
  1. **puramente di stile e reiterabile all'infinito (come dire che Roma Capitale predica che NON intende partecipare in questo genere di cause alla mediazione benché obbligatoria); ed**
  2. **erronea, non essendo, come dimostrato supra, la divergenza di opinioni nel merito (in particolare, dell'allogazione delle responsabilità nei rapporti fra committente-appaltatore) un buon motivo per non partecipare alla mediazione, trattandosi di una precondizione (logica prima ancora che giuridica) della stessa ragione d'essere dell'istituto mediazione (peraltro obliterante il segmento della causa: danneggiata-ente territoriale, in tesi autonomamente mediabile senza pregiudizio delle ragioni del Comune).**
3. Alla necessità che in relazione alle caratteristiche del soggetto responsabile, ed in particolare alla sua capacità patrimoniale, la condanna ex art. 96 co III° cpc costituisca un efficace deterrente ed una sanzione significativa ed avvertibile. **Nei confronti di un'amministrazione pubblica tale provvedimento acquista maggiore efficacia, tale da essere in grado di sensibilizzare direttamente il funzionario responsabile e quello titolare del rapporto organico, se accompagnato dalla trasmissione degli atti all'Organo competente (Procura Generale della Corte dei Conti) per l'accertamento del danno erariale (in questo caso commisurabile quanto meno alla somma per la quale viene emessa condanna ex art. 96 co. III° cpc; ed al contributo unificato), incumbente che, valutata ogni circostanza, devesi senz'altro adottare in questo caso.**
4. Per la concreta determinazione della somma si ritiene di adottare, quale valido ed obiettivo parametro di riferimento, una somma di ammontare multiplo di quella liquidata a titolo di sorte. - **12- Il danno erariale – Trasmissione degli atti alla Procura Generale della Corte dei Conti** Come da ordinanza che segue.

#### **-13- Le spese processuali.**

Le spese (che vengono regolate secondo le previsioni - orientative per il giudice che tiene conto di ogni utile circostanza per adeguare nel modo migliore la liquidazione al caso concreto- della l. 24.3.2012 n. 27 e del D.M. Ministero Giustizia 10.3.2014 n. 55) vengono liquidate come in dispositivo.

Vanno compensate quanto alla società appaltatrice nei confronti di Roma Capitale e la sua Assicurazione

attesa la ingiustificata non adesione al procedimento di mediazione dei predetti soggetti, per quanto supra giudicato

La sentenza è per legge esecutiva. - P. Q. M. definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda eccezione e deduzione respinta, così provvede:

1. **CONDANNA** Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore al risarcimento dei danni che liquida in favore di G.M. nella complessiva somma di €. =**7.200,00** e in favore di P.T. nella complessiva somma di €. **1.800,00** oltre interessi legali dalla data della sentenza al saldo;
2. **CONDANNA** Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore al pagamento delle spese di causa che liquida in favore delle attrici in complessivi €. **6.000,00** per compensi oltre IVA, CAP e spese generali;
3. **CONDANNA** Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore al pagamento in favore delle attrici ai sensi dell' art .**96 co.III**° della somma di €. **12.000,00** ;
4. **CONDANNA** Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore al pagamento in favore dell' Erario di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, mandando alla cancelleria per la riscossione;
5. **CONDANNA** la XXX srl in persona del legale rappresentante pro tempore al rimborso in favore di Roma Capitale di ogni somma erogata nei confronti delle attrici, in dipendenza del punto 1) ;
6. **CONDANNA** la spa altra assicurazione a manlevare la srl XXX di ogni esborso;
7. **COMPENSA** le spese di causa fra la XXX srl e Roma Capitale e spa ....Assicurazioni ....;

16/17

8. **CONDANNA** la spa ...Assicurazioni...al pagamento in favore dell' Erario di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, mandando alla cancelleria per la riscossione;
9. **DISPONE** con separata ordinanza, l' invio degli atti e della sentenza alla Procura Generale della Corte dei Conti per la valutazione dei danni erariali;
10. **SENTENZA** esecutiva Roma li 14.7.2016 *Il Giudice dott.cons.Massimo Moriconi*