

---

Comitato scientifico:

*Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).*

---

## **Mediazione demandata anche se sia stata già esperita la mediazione obbligatoria**

*Il fatto che sia stata esperita mediazione obbligatoria senza esito, non osta ad un successivo percorso di mediazione demandata ad opera del giudice, in presenza di circostanze ed acquisizioni istruttorie inesistenti prima dell'inizio della causa.*

### **Tribunale di Roma, sezione tredicesima, ordinanza del 1.2.2016**

*...omissis...*

Si ritiene che in relazione a quanto emerso allo stato degli atti, le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo conciliativo. Con alcune premesse.  
E' sicuramente possibile, nella presente fattispecie, redigere una proposta del giudice ai sensi dell'art.185 bis c.p.c., sussistendone gli elementi di fatto e di diritto.

Il giudice ha sperimentato per due anni con indubbio notevole successo tale strumento, che richiede tempo, impegno e perizia. Occorre avvicinarsi quanto più possibile a quella che sarebbe una sentenza allo stato degli atti, variandone però l'esito con sapienti prudenti integrazioni e correttivi, ispirati dall'equità e all'obiettivo dell'accordo conseguibile solo attraverso la prospettazione ad ognuna delle parti di un possibile vantaggio ricavabile dall'accordo rispetto alla sentenza.

Benché la legge non lo richieda, il raggiungimento dell'accordo è vieppiù favorito da eventuali indicazioni motivazionali del giudice, sintetiche ma espressive dei punti di forza e di debolezza delle parti alle quali è diretto il provvedimento. Una volta che le parti raggiungono l'accordo, la causa viene abbandonata e cancellata (mediante art. 309 c.p.c.)

Il siffatto lavoro del giudice è molto impegnativo e se non fatto con notevole perizia, non solo non produce alcun risultato, ma può essere anche controproducente laddove interferisca in modo disarmonico sulle posizioni delle parti che siano, già per loro conto, non del tutto avulse da una possibilità di accordo.

Allo stato, nonostante in ogni occasione, scritto e convegno, sia stata richiamata l'attenzione di chi spetti a che questo lavoro del giudice sia in qualche modo e misura valorizzato, nulla è stato fatto, per cui tuttora vale il paradosso che il giudice sottrae tempo all'unico vero ambito dove si effettuano rilevazioni e valutazioni del suo lavoro, vale a dire le sentenze (sic), senza che ciò, pur quando il conseguente smaltimento del ruolo è testimoniato dalla presenza di numerosi accordi (di cui è prova l'abbandono delle cause) che fanno seguito alla proposta, sia né rilevato né valutato.

E' pertanto opportuno ed utile, sperimentare altri moduli operativi.

In particolare, attesi gli ottimi risultati che la mediazione sta dimostrando, occorre affinare e ottenere il meglio da questo strumento: la mediazione demandata dal giudice (art. 5 co.II° d.lg. n. 28/10 come modificato dal decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69), che richiede anch'essa da parte del giudice attenzione e studio, ma non dovendo contenere una proposta specifica è certamente meno impegnativa.

In questo contesto, è possibile prevedere, al fine di incrementare l'efficacia del provvedimento rispetto al modello della semplice e anodina ordinanza di invio in mediazione, la presenza di indicazioni motivazionali, così come già sperimentato nell'ambito della proposta del giudice.

Mentre però in quel caso (art. 185 bis) tali indicazioni erano funzionali a propiziare nelle parti l'accoglimento della proposta del giudice, nel caso della mediazione demandata, si tratta di operazione diversa.

In questo contesto il giudice segnala alle parti ed al mediatore i punti fondamentali sui quali è opportuno orientare e centrare la discussione nella ricerca dell'accordo.

Anche in questo caso (come nella proposta ex art. 185 bis), il giudice segnala, prudentemente e con lealtà gli aspetti salienti di maggiore o minore forza delle posizioni delle parti e delle risultanze istruttorie, al fine esclusivo di favorire le migliori condizioni di confronto dialogo e soluzione del conflitto. Il vantaggio della mediazione demandata rispetto alla proposta del giudice si manifesta ulteriormente nell'armamentario sanzionatorio che è costituito da: improcedibilità delle domande da chiunque proposte se il procedimento conciliativo non stato promosso, ovvero è stato esperito in modo irrituale (secondo le chiare ed espresse indicazioni esposte nell'ordinanza di invio in mediazione); e, ove di ragione argomenti di prova a carico ex art. 116 c.p.c. nell'accezione prevista dall'art.8 co.4 bis del d.lg. n. 28/2010; art. 96 co III.

La presente causa verte in materia di responsabilità medico professionale.

Un medico è stato riconosciuto con sentenza penale passata in giudicato responsabile per colpa della morte di una persona che è il padre delle attrici della causa di danni da esse azionata e conclusa (in primo grado e non ancora definitiva) con la sentenza del giugno 2015 di una collega della XIII Sezione civile di questo tribunale (RG *omissis*).

In questa causa (azionata dal coniuge del defunto) così come nell'altra era presente la struttura nosocomiale dove operava il medico e svariate compagnie assicuratrici dell'Azienda Ospedaliera da questa chiamate in causa.

In questa causa vi sono anche gli eredi del medico originario convenuto e la sua assicurazione.

Nella causa xxxxx sono state riconosciute alle due attrici, secondo i parametri delle tabelle in uso presso il Tribunale di Roma, il danno da perdita parentale, aggravato dal peso della sofferenza patita nel corso degli anni trascorsi dall'evento dannoso occorso in ospedale alla morte. E' stato escluso il danno esistenziale, perché già ricompreso nel primo. Oltre interessi e rivalutazione. E' stato escluso il danno biologico e morale jure hereditatis per la ragione espressa nella sentenza (mancata consapevolezza della sua situazione da parte della vittima dell'errore medico); come pure quello patrimoniale, non provato.

E' stata rigettata la domanda di manleva dell'ospedale nei confronti delle assicurazioni, ritenendosi operative e valide le clausole claims made, con relativa condanna alle spese dell'Azienda Ospedaliera.

E' stata effettuata una proposta transattiva dalle attrici, che riguarda sia la presente causa che quella conclusa con la ricordata sentenza.

Il giudice ritiene che le parti possano agevolmente raggiungere un accordo sulla base di quanto xxxxx le assistono, siglata dal giudice: tale sobria proposta è condivisibile anche nella parte correttiva della sentenza relativamente alla convivenza delle figlie del defunto, fatto del tutto verosimile stante la giovane età delle stesse, anche a prescindere dalle attestazioni anagrafiche, mentre merita un qualche contenimento la richiesta di E.50.000 e quella dei compensi che si propongono equiparati ad una causa che ha visto più ampie attività difensive.

Quanto alla posizione delle assicurazioni e del medico, si potrà agevolmente cercare l'accordo sulla base della semplice compensazione delle spese, in questa; come (per i soggetti che ne sono accomunati), nell'altra causa. Per quanto riguarda le assicurazioni ciò ha il vantaggio che la validità della clausola claims made non debba essere messa troppo alla prova.

E' stata a suo tempo esperita mediazione obbligatoria senza esito.

Ciò, secondo una nota giurisprudenza non osta ad un successivo percorso di mediazione demandata ad opera del giudice, in presenza di circostanze ed acquisizioni istruttorie inesistenti prima dell'inizio della causa.

Peraltro, allorché l'invio in mediazione sia stato effettuato da parte del giudice ai sensi del riformato secondo comma dell'art. 5 d.lg. n. 28/2010 si tratta non più di un semplice invito bensì un ordine presidiato da sanzioni, che presuppone peraltro, il previo effettuato vaglio, l'esame e la valutazione degli atti di causa da parte del magistrato che l'ha disposto.

Considerati i gravosi ruoli dei giudici ed i tempi computati in anni per le decisioni delle cause, una soluzione conciliativa, che va assunta in un'ottica non di preconcetto antagonismo giudiziario, ma di reciproca rispettosa considerazione e valutazione dei reali interessi di ciascuna delle parti, è sicuramente vantaggiosa per tutte le parti. Anche in considerazione del fatto che il sistema giudiziario verticale non garantisce, a differenza della conciliazione, a causa della possibilità di gravami, la sicurezza della stabilità dell'esito della sentenza (che la parte reputi per sé) soddisfacente.

Inoltre, nel caso di specie, attesa la presenza nella causa di un'Azienda Ospedaliera pubblica, si impone una considerazione di carattere generale.

I soggetti pubblici sono restii a partecipare, pur quando ritualmente convocati, al procedimento mediazione.

Ove mai l'esistenza di una posizione pregiudiziale in tal senso non esista, non sarebbe da aggiungere altro.

In caso contrario vale ricordare che la partecipazione al procedimento di mediazione demandata è obbligatoria per legge e che proprio in considerazione di ciò non è giustificabile la scelta aprioristica di rifiuto e di non partecipazione al procedimento di

mediazione. Neppure ove tale condotta muova dal timore di incorrere in un 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 (istante) che passivo (convocato), non fa alcuna eccezione per quanto riguarda l'ente pubblico.

Un pregiudizio in tale senso pertanto costituisce un controsenso.

Sarebbe a dire, infatti, che se una P.A. vuole introdurre una domanda giudiziale in una delle xxxxx

Si tratta all'evidenza di un paradossale non possumus, del tutto contrario alla lettera ed alla sostanza della legge, che va in tutt'altra direzione.

Che è quella del raggiungimento di accordi conciliativi, senza alcuna eccezione soggettiva fra soggetti privati e pubblici.

Le P.A. pertanto hanno, in subiecta materia, gli stessi oneri ed obblighi di qualsiasi altro soggetto.

Fermo restando che potrebbe essere utile proceduralizzare la condotta del soggetto pubblico.

Vale a dire che il soggetto che è presente in mediazione in rappresentanza della P.A. abbia concordato con chi ha il potere dispositivo dei diritti oggetto di lite, perimetri oggettivi all'interno dei quali poter condurre le trattative.

Pertanto, va considerato che una conciliazione raggiunta sulla base del correlativo provvedimento del giudice, spesso, come in questo caso anche corredato da indicazioni motivazionali, in nessun caso può esporre il funzionario a responsabilità erariale, caso mai potendo essa derivare dalle conseguenze sanzionatorie (art. 96 III° c.p.c.) che conseguono ad una condotta deresponsabilizzata ignava ed agnostica della P.A.

Alle parti si assegna termine fino all'udienza di rinvio per il raggiungimento di un accordo amichevole.

Va fissato il termine di gg.15 decorrente dal 20.4.2016, per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art. 5 del d.lg. n. 4.3.2010 n.28; con il vantaggio di poter pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del d.lg. n. 4.3.2010 n.28), della controversia in atto.

Va evidenziato che ai sensi e per l'effetto del secondo comma dell'art.5 d.lg. n. 28/2010 come modificato dal D.L.69/2013 è richiesta l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione demandata, laddove per effettiva si richiede che le parti non si fermano alla sessione informativa e che oltre agli avvocati difensori siano presenti le parti personalmente; e che la mancata partecipazione (ovvero l'irrituale partecipazione) senza giustificato motivo al procedimento di mediazione demandata dal giudice oltre a poter attingere, secondo una sempre più diffusa interpretazione giurisprudenziale, alla stessa procedibilità della domanda, è in ogni caso comportamento valutabile nel merito della causa

All'udienza di rinvio, le parti, in caso di accordo, potranno anche non comparire; viceversa, in caso di mancato accordo, potranno, volendo, in quella sede fissare a verbale quali siano le loro posizioni al riguardo, anche al fine di consentire l'eventuale valutazione giudiziale della condotta processuale delle parti ai sensi degli artt. 91 e 96 III co. c.p.c.

Il giudice non può, tecnicamente, ordinare la mediazione anche nei confronti delle attrici (figlie del de cuius) della causa RG 24216/09, peraltro assistite dai medesimi avvocati che difendono l'attrice (moglie del de cuius) in questa causa.

Tuttavia è di tutta evidenza la necessità che al procedimento di mediazione partecipino tutte le parti interessate, peraltro nello spirito della proposta omnia formulata proprio dagli avvocati di tali parti.

D'altra parte il procedimento di mediazione, caratterizzato dalla informalità (cfr. art.3 comma 3 d.lg. n. 28/2010), ben può essere svolto anche con parti ulteriori rispetto a quelle della causa alla quale pertiene il provvedimento di invio in mediazione demandata, fermo restando che nessuna conseguenza negativa può derivare a tali soggetti nel caso di mancata partecipazione.

p.q.m.

A scioglimento della riserva che precede: dispone che le parti procedano alla mediazione demandata, ai sensi dell'art.5 comma secondo del d.lg. n. 28/2010, della controversia; invita i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4, co.3 d.lg. n. 28/2010, e specificamente della necessità di partecipare effettivamente e di persona, assistiti dai rispettivi avvocati, al procedimento di mediazione; informa le parti che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, co.2 e che ai sensi dell'art.8 d.lg. n. 28/2010 la mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione comporta le conseguenze previste dalla norma stessa; oltre che dall'art. 96 III co. c.p.c.; va fissato il termine di gg. 15, decorrente dal *omissis*, per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art. 5 del d.lg. n. 28/2010; rinvia xxxxxxxxxxxxxxx

La Nuova **Procedura Civile**  
Direttore Scientifico: Luigi Viola