

ORDINANZA

INDICE

1. Premessa – La mediazione obbligatoria ante causam, 1

2. Presenza all'incontro della sola parte istante. La possibilità che la mediazione possa procedere anche in assenza della parte convocata, 2

3. Verifica dell'attualità di quanto argomentato nel paragrafo 2) alla luce delle modifiche introdotte al decr.lgs. 28/10 dal D.L. 21.6.2013 n.69 conv.in legge 148/2011, 8

4. La consulenza in mediazione, 10

5. La consulenza in mediazione in assenza della parte convocata – modi e limiti di utilizzabilità nella mediazione e nella causa, 10

6. La proposta ex art.185 basata sulla consulenza in mediazione, 13

Il Giudice,

dott. Massimo Moriconi,

letti gli atti, osserva:

-1- Premessa – La mediazione obbligatoria ante causam

Riservato all'esito di quanto segue la decisione sulla ammissione di mezzi istruttori ulteriori a quelli documentali, osserva.

Prima dell'introduzione di questa causa (iniziata con giudizio sommario ex art. 702 bis e convertita dal giudice con concessione dei termini di cui all'art.183 cpc), E.D.B. aveva attivato un procedimento di mediazione obbligatoria (si tratta di questione attinente a presunta responsabilità medico-sanitaria) comunicata alla società convenuta (spa D.) in data 31.7.2012.

La società pur avendo ricevuto la convocazione non si presentava nel procedimento di mediazione, argomentando circa la necessità di svolgere una complessa istruttoria in modo da coinvolgere anche i medici e la compagnia assicuratrice per l'accertamento delle eventuali quote di responsabilità.

Cionondimeno, il mediatore dell'organismo compulsato dall'attrice, e su richiesta di questa, nominava un medico legale che all'esito dell'esame degli atti e della visita medica espletata, depositava una relazione nella quale esprimeva l'opinione della sussistenza di responsabilità medica con una indicazione di percentuali di invalidità temporanea e permanente (si tratta nella specie, di perdita completa della vista dell'occhio destro, non causato direttamente dall'intervento chirurgico alla cataratta di cui trattasi, in persona sessantunenne all'epoca affetta da molteplici problematiche ad entrambi gli occhi, intervento che tuttavia ne avrebbe costituito la iniziale scaturigine).

Tutti i convenuti, e quindi sia la società convenuta e sia l'assicurazione di questa ed i due medici che effettuavano l'intervento chirurgico all'occhio destro in data 19.12.2002, contestavano la validità e la stessa ammissibilità della nomina di un consulente (e della conseguenza perizia) nel corso della mediazione in assenza del contraddittorio delle parti interessate, ed in ogni caso eccepivano la inutilizzabilità della relazione nella causa, neppure omettendo di contestare, in quanto erroneo, il contenuto della relazione dell'esperto e le conclusioni alle quali era pervenuto.

Il mediatore avrebbe dovuto, secondo tale prospettazione, semplicemente prendere atto dell'assenza della convenuta convocata e definire di conseguenza il procedimento di mediazione senza avere la possibilità di procedere ad atti ulteriori, nella specie la nomina di un perito e la formulazione di una proposta.

La società convenuta chiedeva che fosse disposta consulenza tecnica di ufficio.

-2- Presenza all'incontro della sola parte istante .

La possibilità che la mediazione possa procedere anche in assenza della parte convocata.

Alla domanda se la mediazione possa procedere anche in assenza della parte convocata si deve dare risposta positiva, non essendovi in contrario dirimenti ostacoli né giuridici né logici.

Dal punto di vista normativo, va dato atto che nel decr.lgs.28/10 non è previsto alcun divieto in tale senso.

Ciò non deve meravigliare perché il legislatore si è preoccupato essenzialmente di disciplinare le regole del funzionamento della procedura di mediazione in vista di un accordo che all'esito dello svolgimento della stessa le parti possano raggiungere davanti al mediatore ed all'interno del procedimento di mediazione.

Che è il percorso usuale della mediazione.

Lo stesso legislatore ha dettato norme volte a incoraggiare, in vari modi, la partecipazione della parte convocata ed a scoraggiarne, principalmente con le previsioni di cui all'art.8 comma 4 bis, il disinteresse e l'assenza.

Ma non vi è nessun indizio che sia rinvenibile nella legge, sia pure sotto traccia, un divieto di dar corso alla mediazione in mancanza della parte convocata.

Si tratta, certo, di una eventualità secondaria, che non rappresenta la regola, per la elementare ragione che la finalità della mediazione è il raggiungimento dell'accordo che per definizione non si può configurare in capo ad una sola parte.

Occorre però saper guardare oltre (l'usuale), per scorgere tutte le potenzialità, pur sempre funzionali al raggiungimento dell'accordo, insite nella mediazione e nelle disposizioni che la disciplinano.

Accordo non è solo quello che si raggiunge a seguito dell'immediato contatto delle parti, istante e convocata, con il mediatore.

Sono possibili percorsi meno diretti, più articolati e problematici. E tuttavia forieri di possibilità utilità.

Tutti convergenti verso la medesima conclusione: è possibile che la procedura di mediazione non si arresti a fronte dell'assenza della parte convocata.

Sono decisivi in tal senso svariate convergenti circostanze.

L'espressione " *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*" (nota 1: Art. 8 primo comma quarto periodo decr.lgs. 28/10 (come modificato dal D.L. 21.6.2013 n.69 (c.d.Decreto del Fare) conv.in legge 148/2011)

1. lungi dal testimoniare l'ineffabile necessità dell'esistenza di una condizione necessaria rappresentata dalla contemporanea presenza dell'istante e del convocato (che è la situazione normale, che viene descritta), manifesta, al contrario, al fine dello svolgimento della procedura di mediazione, l'importanza della volontà delle parti (nella loro ordinaria pluralità, che è la regola) ovvero di quella della parte che, anche da sola, sia presente e che abbia un interesse, meritevole di considerazione, a che l'esperimento sia comunque portato avanti (in questo caso l'attenzione dell'interprete va spostata sulla ricerca ed individuazione di quale possa essere un tale interesse tutelabile)
2. Mediazione obbligatoria e demandata non solo *possono* giustificare, per la ragione dianzi illustrata (vale a dire la presenza di un interesse concreto e meritevole di tutela, della parte presente) la presenza davanti al mediatore di una sola delle parti (di regola quella onerata dalla condizione di procedibilità), ma la richiedono, quanto meno nella fase preliminare ed iniziale del procedimento,
3. Tale principio è stato enunciato, anche da questo giudice, con sentenza del 22.8.2012 nella causa srl SDPCA c. srl GUU presso la Sezione Distaccata di Ostia del Tribunale di Roma, interpretando in modo sostanziale il precetto di cui all'art. 5 del decreto legislativo 28/10 laddove prevede che chi intenda esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia nelle materie indicate dalla stessa norma è *tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione* (nota 2: *L'orientamento interpretativo (del decr.legisl.28/10) che si ritiene debba essere preferito a proposito del contenuto formale o sostanziale di tale precetto è per la soluzione contenutistica, vale a dire che non sia sufficiente, per radicare l'avveramento della condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziale nei casi di cui al primo comma dell'art.5 cit. la semplice proposizione della domanda di mediazione alla quale non segua effettivamente la presenza e la partecipazione (almeno) della parte istante davanti al mediatore* (così la sentenza citata)

Il Ministero della Giustizia, dal suo canto, già con la **circolare 4 aprile 2011** – *Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti* osservava quanto segue:

“Preme evidenziare che si ritiene non corretto l’inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l’incontro fissato del responsabile dell’organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l’istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell’organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata.

Una siffatta previsione non può, infatti, essere considerata conforme alla disciplina normativa in esame nei casi di operatività della condizione di procedibilità di cui all’art. 5 del d.lgs.28/2010.

L’inserimento di tale previsione nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione non può che essere ritenuta in contrasto con la norma primaria (art.5 del d.lgs 28/2010) che esige che, per determinate materie, deve essere preliminarmente esperito il procedimento di mediazione: il che postula che si compaia effettivamente dinanzi al mediatore designato, il quale solo può constatare la mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione.

La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l’istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione.

Ove, invece, si ritenesse legittima tale previsione regolamentare, si produrrebbe l’effetto, non consentito, di un aggiramento della previsione che ha imposto l’operatività della condizione di procedibilità per talune materie.

In realtà, in tale caso, deve ritenersi che il rilascio da parte della segreteria di un organismo della dichiarazione di conclusione del procedimento non può assurgere ad atto valido ed efficace ai fini dell’assolvimento dell’onere di esperire previamente il tentativo di conciliazione; ciò, in quanto la mancata comparizione anche del solo istante, dinanzi al mediatore, impedisce di ritenere correttamente iniziato e proseguito il procedimento di mediazione.

A dare ulteriore conforto a tale impostazione è la circostanza che ai sensi dell’art.11 del d.lgs.28/2010 e dell’art.7 del d.m. 180/2010, il mediatore può formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione; in ogni caso, è il mediatore che deve verificare se effettivamente la controparte non si presenti, essendo tale comportamento valutabile dal giudice nell’effettivo successivo giudizio, ai sensi dell’art.8, comma quinto, del d.lgs. 28/2010.

E’ inoltre, rilevante considerare che, nel corso del procedimento di mediazione, il mediatore potrebbe ragionare con l’unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all’altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore.

In conclusione: la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, sia pure con le modalità sopra indicate, con la conseguenza che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, l’unico soggetto legittimato secondo legge a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore e non la segreteria dell’organismo di mediazione.

Ai fini, quindi, della corretta applicazioni delle previsioni normative di riferimento, questa direzione, nell’esercizio dei propri poteri di vigilanza, invita gli organismi di mediazione ad adeguarsi alla presente circolare nei sensi di cui sopra, limitando alla sola fattispecie della mediazione volontaria l’applicazione di una eventuale previsione del regolamento di procedura che abbia contenuto analogo a quello preso in esame.

Con il successivo D.M. 6 luglio 2011 n. 145 tale orientamento veniva confermato prevedendosi nei casi di mediazione obbligatoria la necessaria presenza della parte istante al fine di consentire al mediatore di incontrare almeno tale parte e se del caso accertare l’effettiva impossibilità di un’ utile prosecuzione dell’esperimento. Solo all’esito di tale incontro e verbalizzazione l’organismo di mediazione è abilitato ad attestare l’esito negativo della media conciliazione per la mancata presenza della parte chiamata

Infine con la circolare del Circolare del 20.12.2011 il Ministero ribadiva i concetti già espressi con la circolare del 4.4.2011.

18. **c)** La possibilità che il procedimento di mediazione abbia un contenuto sostanziale anche nel caso di assenza della parte convocata ha una base normativa nell’art.11 del decr.lgs.28/10 come attuato dal D.M. 18.10.2010 n.180, ed in particolare nella previsione dell’art.7 comma secondo dedicato al contenuto del Regolamento di Procedura di cui ogni Organismo di Mediazione si deve dotare.

In tale norma è previsto che l’organismo può prevedere nel regolamento:

1. **b)** *che, in caso di formulazione della proposta ai sensi dell’articolo 11 del decreto legislativo, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione.*
2. **d)** *Va rammentato che la mediazione non è disciplinata dal codice di rito civile, né sulla falsariga di quello, al contrario è per espressa ed opportuna disposizione normativa, informale (nota 3: 3 comma 3 del decr.lgs.28/10: Gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità).*

Essendo la finalità della mediazione quella di pervenire ad una pacificazione del conflitto fra più soggetti, non vi è alcuna ragione per escludere che il procedimento possa articolarsi in forme e modi, non confliggenti con alcuna disposizione, duttili e diversificati, anche non espressamente o compiutamente disciplinati dalla legge, ma tuttavia idonei a favorire il raggiungimento di un accordo di mediazione.

La possibilità di dare corso alla mediazione anche in assenza della parte convocata, con modalità pur sempre finalizzate alla ricerca di un accordo, superando l'*empasse* determinata da tale assenza, non può che essere salutata positivamente, perché, come l'esperienza fin qui maturata attesta, è tutt'altro che rara la possibilità che un percorso, pur diverso da quello usuale, possa tuttavia conseguire, attraverso il successivo interessamento della parte originariamente assente, la ripresa del dialogo fra le parti ed il conseguimento dell'accordo.

Modi efficaci, in questo particolare scenario, per rafforzare tale possibilità implicano la proiezione esterna di alcuni contenuti della mediazione, attraverso ad esempio la formulazione (e comunicazione) della proposta della parte presente ovvero di quella, formale, del mediatore, alla parte assente.

M non solo.

Può predicarsi, infatti, anche dell'altro. Come si vedrà in prosieguo *infra*.

- 3 - Verifica dell'attualità di quanto argomentato nel paragrafo 2) alla luce delle modifiche introdotte al decr.lgs. 28/10 dal D.L. 21.6.2013 n.69 conv.in legge 148/2011

Tale verifica è necessaria in quanto sia la giurisprudenza e sia le fonti normative secondarie citate sono antecedenti all'importante intervento normativo del c.d. Decreto del Fare.

Intervento che non si ritiene conduca a conclusioni diverse da quelle rassegnate al paragrafo che precede in ordine alla possibilità che la mediazione possa procedere anche in assenza della parte convocata.

Il terzo comma dell'art.8 del decr.lgs.28/10 nella nuova formulazione così recita:

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.

Occorre interrogarsi sul significato del plurale utilizzato dal legislatore (*le parti, i loro avvocati*).

Che può sottintendere che la mediazione non può procedere e deve essere dichiarata conclusa dal mediatore, se ad essere presente è una sola parte.

Ovvero, e per contro, ed in una accezione non letterale, ma sostanziale, che la mediazione può procedere purché vi sia l'interesse e la disponibilità delle parti, non necessariamente quelle ordinariamente previste, essendo sufficiente che almeno una delle parti dichiari di avere tale interesse alla prosecuzione.

Svariate circostanze conducono a ritenere fondata e preferibile tale interpretazione non letterale.

Invero lo scopo precipuo della norma non è certo (e su questo nessuno ha dubbi) di disciplinare il problema che qui si discute (necessarietà o meno per la prosecuzione della mediazione della presenza di altre parti oltre dell'unica interessata presente).

Lo scopo a tutti noto della norma era quello di trovare un *ubi consistam* al problema della possibile vessatorietà della onerosità della mediazione obbligatoria (cioè della necessità di pagare *comunque* le indennità di mediazione) anche laddove fossero inesistenti i presupposti e le condizioni per un accordo e più in generale ove le parti non intendessero procedere alla mediazione. O, addirittura, anche laddove fosse presente la sola parte istante, per la quale si riteneva, come visto *supra* necessaria la presenza davanti al mediatore nella mediazione obbligatoria anche in caso di non adesione (e non partecipazione) della parte convocata.

La norma, pur con i limiti che sono stati rilevati (nota 4: Vale a dire il rischio che si pervenga alla prevista (dalla legge stessa) verifica della condizione di procedibilità pur in presenza di una non effettivo e solo formale svolgimento della mediazione), **intendeva risolvere questo problema ed assolve (in modo certamente critico e ambiguo) solo a questo scopo.**

Tale disposizione è volta non a precludere la predicata possibilità che la mediazione possa procedere anche in assenza della parte convocata e su impulso della sola parte presente ed interessata alla prosecuzione dell'esperimento.

Al contrario, è volta ad *escludere* che in caso di dissenso delle parti (a fortiori se una sola) il mediatore possa procedere oltre nella mediazione.

All'esito di questa verifica, di fatto favorevole per la parte istante (nel senso che in presenza dell'interesse della parte presente, sia pure unica, a procedere, onerandosi peraltro del pagamento delle indennità di mediazione, non vi è all'attuale alcun ostacolo normativo), può aggiungersene un'altra, relativa alla posizione della parte assente.

Ci si può chiedere se dalla prosecuzione della mediazione nel contesto delineato possano scaturire conseguenze pregiudizievoli anomale per la parte assente, tali da snaturare l'istituto della mediazione, rendendo tale prosecuzione imprevedibile.

La risposta è, in buona sostanza, in un opportuno bilanciamento degli interessi in gioco (non ultimo considerata l'importanza della mediazione quale fondamentale strumento di degiurisdizionalizzazione dei conflitti), negativa.

Nel senso che le conseguenze negative che possono scaturire sono quelle tipiche e normali dell'istituto (a prescindere dalla problematica qui affrontata: e così per il comma quattro bis dell'art.8 del decr.lgs.28/10 in punto *ingiustificata mancata partecipazione alla mediazione*).

Altri effetti, come quelli di cui all'art.13 del decr.lgs.28/10 (quanto agli *effetti della proposta del mediatore sulle spese*) sono invero connessi all'opzione qui prescelta, ma in un contesto del tutto coerente con il sistema, come quanto detto fin qui comprova, e concorrono anzi alla maggior efficacia deterrente contro atteggiamenti agnostici e di rifiuto pregiudiziale della mediazione .

-4- La consulenza in mediazione

Accertato che **la mediazione può essere validamente svolta anche senza la presenza della parte convocata**, si tratta di approfondire quali attività possano essere utilmente svolte, in che modo e con quali effetti.

La possibilità che il mediatore nomini, su richiesta delle parti, un consulente, allorché il conflitto involga questioni tecniche, ed acquisisca la conseguente relazione tecnica è espressamente prevista dalla legge (art.8 decr.lgs.28/10) e non può pertanto essere posta in dubbio.

Eguale non può essere posto in dubbio che il mediatore possa trovare conforto e utilità dal contenuto di tale relazione al fine di formulare una proposta ai sensi dell'art.11 del decr.lgs.28/10 nei casi nei quali la proposta può essere formulata.

La possibilità che tale relazione, ove l'accordo in mediazione non sia stato raggiunto, possa essere validamente **prodotta** nella causa da una delle parti, è ammessa sia nel caso in cui le parti abbiano preventivamente, all'atto della richiesta al mediatore di nomina di un esperto, acconsentito a tale utilizzo (che sarà in questo caso *tout court*), e sia in caso di silenzio delle parti su questo punto, ma alle condizioni, per gli effetti e con i limiti che la giurisprudenza ha elaborato al riguardo – nota 4: cfr.ordinanza 17.3.2014 Tribunale civile di Roma giudice Moriconi – <http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore> del 18.3.2014 ed alla quale per un'ampia motivata disamina si rinvia)

-5- La consulenza in mediazione in assenza della parte convocata – sua valenza ed utilizzabilità nella mediazione e nella causa

Si tratta ora di verificare se ed in che misura l'ammissibilità della consulenza in mediazione nei termini esposti dalla suddetta giurisprudenza, siano pertinenti ed applicabili alla presente fattispecie, che se ne distingue, principalmente,

1) perché in questo caso l'unica parte convocata non ha ritenuto di aderire e partecipare alla mediazione, mentre le altre, pur chi informata della convocazione della società convenuta (cioè la sua assicurazione, terza chiamata), non sono state convocate;

2) perché la consulenza è stata disposta dal mediatore, e svolta dall'esperto, su richiesta della sola parte presente, l'attrice.

Non vi sono valide ragioni in punto di diritto per escludere la possibilità che anche in assenza (per mancanza di adesione e partecipazione) della parte convocata, possa essere disposta una consulenza da parte del mediatore, richiestone dal solo istante presente.

Ed invero:

1. **a)** se si ammette (come è stato dimostrato possibile), l'effettuazione da parte del mediatore di una proposta, anche nel caso di assenza della parte convocata, in quanto ciò sia previsto dal Regolamento dell'Organismo (per inciso nel caso che ci occupa **nessuno dei convenuti ha contestato l'esistenza di tale previsione del regolamento dell'Organismo compulsato dall'attrice**), è di manifesta ed inconfutabile evidenza che l'espletamento di una consulenza può facilitare il mediatore nella formulazione del contenuto della proposta stessa;
2. **b)** in termini di pura logica, prima ancora che di stretto diritto, la mancata presenza della parte convocata non può di per sé costituire impedimento all'espletamento di un'attività espressamente prevista come fattibile in mediazione (sarebbe come dire, per rendere meglio l'idea e non per trasferire in mediazione norme processuali, che in presenza di contumacia del convenuto in causa non possa essere disposta una consulenza tecnica; oppure che, pur esso costituito ma non presente alle operazioni peritali, il CTU non possa procedere).

E' evidente l'aporia. Ciò che una sistema ordinato e liberale deve garantire è la *possibilità concreta* del contraddittorio. La società convenuta è stata, ed è incontestato, regolarmente convocata ed ha ritenuto, volontariamente, di non partecipare alla mediazione (altra e diversa è la situazione delle altre parti, convenute e terza);

1. **c)** l'espletamento della consulenza avviene mediante la scelta dell'esperto ad opera dell'organismo di mediazione e specificamente del mediatore, il che non rende equiparabile la consulenza in mediazione alla consulenza di parte nella quale il rapporto fra l'esperto e la parte è evidentemente quello di un incarico commissionato dal cliente al professionista non certo con l'obiettivo di accertare *tout court* la verità dei fatti (il che non vuol dire che il consulente di parte sia incaricato di scrivere menzogne, quanto che il suo compito non può di molto discostarsi, ragionevolmente, dall'evidenziazione ed enfaticizzazione degli aspetti della vicenda favorevoli al suo cliente, fosse altro perché in caso contrario libero sarebbe il cliente di cestinare la relazione, cosa che non potrà mai accadere nel caso di nomina dell'esperto da parte del mediatore);
2. **d)** l'acquisizione della relazione peritale può offrire quelle ulteriori utilità (ricavabili grazie alla informalità della procedura di mediazione) di cui si è accennato *supra*. Ciò in misura tanto maggiore quanto più la serietà dell'organismo e la competenza del mediatore e dell'esperto siano in grado di supplire ai deficit ancora presenti in questo sottosistema (nota5: Il rilievo vuole sottintendere che vi è ancora molta strada da percorrere verso l'obiettivo di un elevato, appagante ed efficace livello di funzionamento degli organismi di mediazione e di competenza dei mediatori e ciò a causa di una serie di sfavorevoli cause convergenti ed equivoci che non è questa la sede di approfondire (dalla perdurante assenza della previsione sia per l'attivazione di un organismo di mediazione e sia per l'acquisizione della qualifica di mediatore, attribuita addirittura *ope legis* e per intero ad una categoria professionale, all'assenza di controlli e verifiche di qualità degli uni e degli altri, alla incongruenza normativa della bassa o assente remunerazione per servizi che per essere di qualità necessitano allocazione di risorse, strutture ed energie etc.) .

Invero, in presenza di un accertamento tecnico ben effettuato, da parte di un professionista iscritto nell'albo dei C.T.U. del tribunale, il mediatore e la parte presente possono studiare e porre in essere ulteriori attività dirette a riattivare il dialogo con la parte assente, ad esempio con l'invio alla medesima della relazione, con l'invito a esaminarne il contenuto e a partecipare ad un incontro, all'uopo fissato, per discutere se e quali possibilità possano trarsi da questo nuovo scenario. Come pure il mediatore, se richiesto, potrebbe formulare (come accaduto in questa vicenda) una proposta inviata alla parte assente, per quanto ne possa conseguire.

Nel caso poi che non si raggiunga l'accordo, nella causa che segua la relazione dell'esperto potrà egualmente produrre delle utilità, ove il suo contenuto sia di valore, e con le caratteristiche necessarie richieste dalla giurisprudenza menzionata al paragrafo 4 che precede.

In particolare il giudice potrà, come ritenuto possibile nel caso in esame, formulare una proposta ai sensi dell'art.185 bis.

In questo caso, per la natura (non decisionale) e lo scopo (finalizzato alla conciliazione) del provvedimento, l'utilizzo (della consulenza) potrà estendersi anche a soggetti che non abbiano partecipato alla mediazione per non essere stati convocati, come nel caso di specie, l'assicurazione (chiamata in causa) della società ed i due medici (non assicurati dalla stessa assicurazione terza chiamata dalla società, diversamente da quanto erroneamente opinato dal dott.P.).

-6- La proposta

In particolare si formula la proposta in calce sviluppata, che è parte integrante di questa ordinanza.

Benchè la legge non preveda che la proposta formulata dal giudice ai sensi dell'art.185 bis cpc debba essere motivata (le motivazioni dei provvedimenti sono funzionali alla loro impugnazione, e la proposta ovviamente non lo è, non avendo natura decisionale); tuttavia si indicano alcune fondamentali direttrici che potrebbero orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta e nella opportunità e convenienza di farla propria, ovvero di svilupparla autonomamente.

Si sottolinea che la proposta del giudice è permeata in questa fase da un contenuto di equità.

All'esito della risposta delle parti, il giudice si riserva se e quali mezzi istruttori ammettere (certamente per la laconicità e sintesi della relazione dell'esperto, ed a prescindere che vi sono parti di questa causa del tutto estranee alla mediazione, su di essa non si potrà fondare l'eventuale sentenza)

Alle parti si assegna termine fino al 30.9.2015 per il raggiungimento di un accordo amichevole sulla base di tale proposta.

In caso di accordo le parti potranno anche non comparire; viceversa, in caso di mancato accordo, potranno, volendo, in quella sede fissare a verbale quali siano state 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° cpc

P.Q.M.

- **INVITA** le parti a raggiungere un accordo conciliativo/transattivo sulla base della proposta che il Giudice redige in calce; concedendo termine fino alla data del 30.9.2015;
- **RINVIA** all'udienza del 14.1.2016 h.10,15 per quanto di ragione.-

Roma lì 9.4.2015

Il Giudice

dott.cons.Massimo Moriconi

PROPOSTA FORMULATA DAL GIUDICE AI SENSI DELL'ART.185 BIS CPC

Il Giudice,

letti gli atti del procedimento,

ritenuto opportuno,

considerato che in materia di responsabilità contrattuale è pacifico e notorio il quadro probatorio in ordine al quale, una volta che sia stato provato l'esistenza del contratto (fatto pacifico) da parte del creditore, è il debitore, nell'ambito della ritenuta responsabilità contrattuale (sia per la struttura nosocomiale, *et similia*, sia per il medico) che deve provare, in relazione al necessario onere del (presunto) danneggiato della specifica **allegazione** (non prova) del mancato esito positivo della prestazione (esito positivo equivalente: alla guarigione, o quanto meno al miglioramento), l'adempimento, ovvero ove sia ciò che è contestato, l'esatto adempimento; ovvero provare, nel caso in cui tale adempimento non vi sia stato per ragione a sé non imputabile, il caso fortuito, di regola rappresentato (ma non solo) da complicità non prevedibili ovvero seppure prevedibili e previste, non controllabili ed evitabili;

ricordato altresì che le lacune ed i deficit della documentazione quale cartella clinica *et similia*, trattandosi di atti formati dal medico, non possono che gravare, dal punto di vista probatorio, secondo consolidata giurisprudenza, sul professionista (circostanza questa pertinente nel caso in esame);

considerato che è pacifico che nel corso dell'intervento di cataratta del dicembre 2002, posto in essere dai due medici convenuti, si verificava una "*piccola deiscenza*" cioè la rottura della capsula posteriore dell'occhio (con la necessità di provvedere di conseguenza) e preso atto della assenza di trascrizioni nella cartella di indicazioni e descrizioni del perché e del per come di tale evento; e preso atto che anche nelle difese dei convenuti non si va oltre la reiterata osservazione che si tratti di una *complicanza*, il che non può di per sé essere risolutivo di ogni interrogativo circa l'assenza di errori ed imperizia sia nella sua verifica che nei provvedimenti necessari ed utili per porvi rimedio;

preso atto, d'altra parte, che la relazione effettuata in mediazione è apodittica circa l'addebito ai medici delle conseguenze pregiudizievoli (non immediate), in termini di causalità materiale (distacco retinico trattivo alle aderenze cagionate dalla vitrectomia posta in essere a seguito della rottura -deiscenza- della capsula posteriore, e degli altri successivi inconvenienti);

atteso che l'assicurazione è stata debitamente informata del sinistro a mezzo comunicazione della convocazione in mediazione della società convenuta; sicché non è sostenibile che non abbia avuto notizia del sinistro;

viste ed applicate le tabelle romane per la quantificazione del danno alla persona;

effettuata, nel modo usuale, la devalutazione ed applicati rivalutazione ed interessi secondo l'accettato principio giurisprudenziale;

PROPONE

il pagamento a favore di E.D.B.di €40.000,00, di cui a carico di spa D. (e per essa di C. Assicurazioni) l'80% di €30.000, rimanendo il restante 20% (F.) a carico della spa D.; e dei restanti €10.000 il 50% ciascuno a carico dei dott.ri A. P. e P. V.; pagamento in 12 mesi quanto ai medici; oltre €2.000,00 oltre IVA CAP e spese generali quale contributo alle spese di questa causa a favore dell'attrice; compensazione per il restante.

Il Giudice

dott.Massimo Moriconi