



In NOME del POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE di ROMA SEZIONE Sez.XIII°
N. RG.17051/12
REPUBBLICA ITALIANA
Il Giudice **dott. cons. Massimo Moriconi**
nella causa tra

R.C. (avv.to R.P.)
attore

E

srl Casa di Cura G. in persona del suo rappresentante pro tempore (avv.to E.G.)
convenuta

E

dott. A.G. (avv.P.V.)
convenuto

E

spa A.M. in persona del suo rappresentante pro tempore (avv.ti G.B., S.F., T.M.)
terza chiamata dal dott. A.G.

ha emesso e pubblicato, ai sensi dell'art.281 sexies cpc, alla pubblica udienza del
23.2.2017 dando lettura del dispositivo e della presente motivazione, facente parte inte-
grale del verbale di udienza, la seguente

S E N T E N Z A

- 1. I fatti rilevanti, 2**
- 2. Inadempimento e danni - La responsabilità del medico e della casa di cura 3**
- 3 . La proposta del giudice ai sensi dell'art.185 bis cpc con successivo invio in mediazione demandata ex art. 5 co.II° decr.lgsl.28/2010 e la posizione delle parti, 8**
- 4. La qualificazione in termini di giustificabilità o meno, della mancata partecipazione della Casa di Cura ritualmente convocata al procedimento di mediazione attivato dall'attrice su disposizione del giudice ex art.5 co.II° decr.lgsl.28/10 comma (mediazione demandata), 9**

5. Le conseguenze, sul merito della causa, della mancata comparizione in mediazione della casa di cura, senza giustificato motivo. L'art.116 integra la prova, *aliunde* emergente, dell'inadempimento, del nesso causale e della colpa concorrenti, 11

6. Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione La sanzione del pagamento a favore dell'erario di una somma pari al contributo unificato 14

7. 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 - 14

A) L'art.8 comma quarto bis del decr.lgs.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 interesse 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

D) Il contenuto dell'art. 96 III° cpc- In particolare, il dolo o la colpa grave.

8. La quantificazione della somma al cui pagamento la convenuta casa di cura va condannata ai sensi dell'art.96 co.III° cpc, 19

9. La domanda di manleva. La nullità della clausola che si sovrappone all'art.1892 cc in modo peggiorativo per l'assicurato, 20

letti gli atti e le istanze delle parti,
osserva:

-1- I fatti rilevanti

Nella sostanza si tratta di questo.

A seguito di incidente domestico R.C. subiva la *frattura trimalleolare scomposta della caviglia sinistra* e veniva di conseguenza operata, per la correlativa riduzione, presso la Casa di Cura G. dal dott. G., convenuto.

Seguivano una serie di controlli e visite sia presso la stessa casa di cura e chirurgo e sia altrove con interventi correttivi e riparativi dell'intervento erroneo (presso la Città di Aprilia in particolare).

Ciò che veniva rimproverato ad dott. A.G. era la superficiale conduzione sia della fase operatoria e sia di quella successiva. Invero nonostante avesse più volte esaminato (all'esito di ben due esami radiografici) le condizioni post operatorie della C. ed avesse preso atto della *compromissione delle strutture articolari (ed in particolare della marcata diastasi della pinza tibio-peronale sinistra che non era riuscito a ridurre mediante gli strumenti di osteosintesi applicati il 19.5.2006)* si limitava reiteratamente a consigliare *fisioterapia riabilitativa e terapia farmacologica invece del necessario rapido reintervento chirurgico che avrebbe evitato all'attrice l'insorgere di processi flogistici a carico delle componenti sierose, capsulo-legamentose e tendinee dell'articolazione tibio-peroneo-astragalica sinistra, contribuendo in tal modo al peggioramento del quadro clinico della C. e provocando la necessità di sottoporsi a ben altre tre interventi chirurgici l'ultimo del quale di protesizzazione del collo piede sx in data dicembre 2008* (così in sintesi l'ottimo approfondito ed esaustivo parere del prof. Francesco Paolo Iapichino)

-2-

Inadempimento e danni - La responsabilità del medico e della casa di cura

Che la condotta del dott. A.G. sia stata imperita è conclamato.

A tale fine, oltre quanto precede, che per specificità e coerenza logica, apporta elementi di giudizio utili, vale la consulenza dell'ausiliario del Giudice, ben motivata, immune da errori o vizi logico-tecnico-giuridici, pienamente condivisibili, essendo le note critiche mosse dal dott. F. (CTP del dott. A.G.) inconsistenti ed erronee come ben dimostrato dalle convincenti risposte del C.T.U.

In particolare rileva il dott. Vito Borrometti (C.T.U.), medico legale e specialista ortopedico:

A seguito di frattura trimalleolare del collo piede sinistro R.C. in data 19.05.2006 veniva ricoverata presso il reparto ortopedico della clinica G. e sottoposta ad intervento chirurgico di riduzione e sintesi.

Riguardo al trattamento chirurgico eseguito, si deve rilevare che l'evoluzione clinica della frattura non è stata ottimale a causa della scarsa contenzione dei mezzi di sintesi.

Già dal riscontro radiologico dell'immediato post-operatorio del 19.05.2006, era evidenziata una risalita del malleolo peroneale con la laterizzazione dell'apice malleolare tibiale mediale. Dati che avrebbero fin da allora dovuto insospettire i sanitari, e non mettere in dimissione la paziente.

Successivamente i controlli radiografici eseguiti in data 13.06.2006 e 06.07.2006 ne confermavano la dislocazione dei frammenti. In data 12.07.2006, il dottor G. (chirurgo operatore), pur prendendo atto della situazione radiografica, si limitava solamente a prescrivere divieto di carico, mantenere tutore, e prescrivere un trattamento di fisioterapia con magnetoterapia (campi magnetici) e terapia medica con antiriassorbitivi (Dronal) per la cura dell'osteoporosi e Fraxiparina (anticoagulanti) per trenta giorni. Terapie che non avrebbero sortito alcun miglioramento per il allineamento delle fratture, dato lo spostamento dei frammenti ossei.

Sicuramente, in quel momento sarebbe stato necessario ricoverare immediatamente la paziente e risottoporla ad intervento chirurgico con nuova riduzione, ed osteosintesi dei due malleoli con sistemi più energici (placca e viti).

Alle osservazioni (di stile e carenti di logica oltre che di tecnica) mosse dal C.T.P. del medico, il C.T.U. poteva facilmente replicare osservando, fra l'altro (non si riportano le risposte a ulteriori censure *ictu oculi* inconsistenti), che

per quanto riguarda la possibilità di pronunciarsi sull'indicazione chirurgica di una frattura, in assenza di esame radiografico, posso rispondere in senso positivo al collega ricordandogli che si trattava di una comune frattura trimalleolare in cui i chirurghi operatori della clinica G., nel referto operatorio riportato in cartella clinica, non evidenziavano alcuna difficoltà o complicanza.

Per il secondo punto, sulla certezza della diligenza della paziente al fine di ottemperare alle prescrizioni rilasciata all'atto di dimissione, posso affermare che la paziente veniva dimessa con doccia gessata, uso di bastoni canadesi con arto in scarico. Appare quindi inverosimile che la paziente possa, in queste condizioni, aver deambulato o incorso in altri traumatismi per il blocco dato dal peso dell'apparecchio gessato

Ma cosa rileva sapere cosa ha fatto la paziente dopo, se già nell'immediato controllo radiografico post operatorio, effettuato presso la Clinica G. durante il ricovero, il radiologo Panzetti segnalava una scarsa riduzione dell'allineamento dei monconi di frattura ?

Essendo incontrovertibilmente provati gli errori del medico (durante e dopo l'intervento chirurgico), ne consegue la sussistenza di inadempimento contrattuale, secondo i noti e consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza.

La responsabilità va attribuita al medico dott. A.G., che ha operato la C. per le prestazioni mediche inesatte e carenti, e alla srl Casa di Cura G. per la evidente carenza organizzativa

E' opportuno rammentare, tenendo conto della sostanziale irrilevanza della natura pubblica o privata del nosocomio (cfr. sentenze in nota), la natura contrattuale del rapporto ospedale - paziente ¹ e di quello medico - paziente ²; giustificato, quanto al

¹ **Cassazione civile, sez. III, 13/04/2007, n. 8826** sia in relazione a propri fatti d'inadempimento sia per quanto concerne il comportamento del personale medico operante, prescindendo dalla sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato del medico con la struttura (pubblica o privata) sanitaria

² **Cassazione civile, sez. III, 27/07/1998, n. 7336** La responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico fra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale di tipo professionale.
Cassazione civile, sez. III, 13/04/2007, n. 8826 La responsabilità dell'ente ospedaliero e quella del medico hanno natura contrattuale e trovano titolo nell'inadempimento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1218 c.c.

La responsabilità dell'ente ospedaliero ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti d'inadempimento sia per quanto concerne il comportamento dei medici dipendenti, prescindendo dalla sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato del medico con la struttura (pubblica o privata) sanitaria, con la conseguenza che la responsabilità non trova fondamento nella colpa, quanto piuttosto

primo dal c.d. contratto di ospedalità e quanto al secondo, dalla figura del contratto sociale³

nell'inadempimento. Ed in senso più esteso, anche in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, si reputa che comunque sussista un collegamento tra la prestazione del medico e l'organizzazione aziendale dell'ospedale, non rilevando in contrario la circostanza che il sanitario risulti essere anche di fiducia dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto (Cass. n. 13066/2004; Cass. n. 2042/2005).

³ **Cassazione civile, sez. III, 22/01/1999, n. 589**

L'obbligazione del medico dipendente dal S.S.N. per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale

Cassazione civile, sez. III, 13/04/2007, n. 8826 *La responsabilità contrattuale del medico è giustificata dal **contatto sociale** che intercorre con il paziente; nel contatto sociale è, infatti, da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi.*

*L'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un **contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità**, in base alla quale la stessa è tenuta ad una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dall'art. 2 l. n. 132 del 1968, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle "lato sensu" alberghiere.*

*In presenza di **contratto di ospedalità**, la responsabilità della struttura ha natura contrattuale, sia in relazione a propri fatti d'inadempimento sia per quanto concerne il comportamento dei medici dipendenti, a norma dell'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, ancorché non alle sue dipendenze, risponde anche dei fatti dolosi o colposi dei medesimi. A questi fini è sufficiente che la struttura sanitaria comunque si avvalga dell'opera di un medico. Né ad escludere tale responsabilità è idonea la circostanza che ad eseguire l'intervento sia un medico di fiducia del paziente, sempre che la scelta cada (anche tacitamente) su professionista inserito nella struttura sanitaria, giacché la scelta del paziente risulta in tale ipotesi operata pur sempre nell'ambito di quella più generale ed a monte effettuata dalla struttura sanitaria, come del pari irrilevante è che la scelta venga fatta dalla struttura sanitaria con (anche tacito) consenso del paziente.*

Inoltre in ordine alla responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi (Cass. 25.2.2005, n. 4058)

Il suddetto rapporto è stato riconsiderato in termini autonomi dal rapporto paziente-medico, e riqualificato come un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (da taluni definito contratto di ospedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria) al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c..

*Ed ancora **Cassazione civile, sez. III, 19/04/2006, n. 9085** che ricorda come questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità dell'ente ospedaliero nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (v. per es. Cass. 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. 11 aprile 1995, h. 4152; Cass. 27 luglio 1998, n. 7336; 2 dicembre 1998, n. 12233; Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in motiv.; Cass. 1 settembre 1999, n. 9198; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; Cass. 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316, in motiv.; 28 maggio 2004, n. 10297, in motiv.).*

A sua volta anche l'obbligazione del medico dipendente dall'ente ospedaliero nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale. (Cass. 22 dicembre 1999, n. 589; 28 maggio 2004, n. 10297

Ne consegue che trovano piena applicazione i seguenti consolidati principi di diritto:

a. **il medico e/o la struttura hanno l'onere della prova che l'inadempimento non vi è stato affatto o se vi è stato, non è dipeso da causa ad essi imputabile ovvero non è stato causa del danno;**

b. **dal punto di vista del nesso causale, ove il giudice non sia in grado di accertare in modo certo e pieno, in base al principio del libero convincimento, la derivazione del danno dalla condotta del medico e/o della struttura, occorrerà verificare se in mancanza della condotta sanitaria censurabile (ovvero in presenza di una condotta più appropriata ed omessa) i risultati (in termini di normalità applicata alla singola e complessiva fattispecie) sarebbero stati diversi e migliori (per il paziente) secondo il principio del *più probabile che non* (Cassazione civile, sez. un. 11/01/2008 n. 577).**

Sotto entrambi i profili (e con l'aggiunta della acquisita positiva certezza della sussistenza di condotta imperita del medico) la responsabilità dei convenuti è assolutamente incontrovertibile.

Sotto il profilo della colpa, la colpa del medico va allogata nella misura del 50% del totale.

La Casa di Cura risponde (nei rapporti interni, ferma la responsabilità solidale dei convenuti verso la danneggiata) per il restante 50 %

Ciò in dipendenza di una responsabilità sua propria.

Non vi è dubbio infatti che fra i compiti primari di una struttura ospedaliera (pubblica o privata che sia) vi è l'organizzazione dei servizi offerti all'utenza.

E fra i quali e primariamente, delle prestazioni sanitarie dei medici.

Che presuppongono la previa selezione, scelta e controllo dell'operato, per quanto ne consegue in termini di conferma o meno del rapporto, del personale medico sanitario che deve essere di provata qualificazione preparazione competenza ed esperienza, quante ne occorrono per la professione medica, massime chirurgica, che attinge a valori fondamentali e primari della persona.

Si tratta di momento di esclusiva pertinenza della struttura ch , in mancanza e diversamente opinando, potrebbe ritenersi esonerata da qualsiasi particolare attenzione

Secondo questa condivisibile giurisprudenza (si veda diffusamente Cass. n. 589 del 1999), le obbligazioni possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, in quei casi in cui taluni soggetti entrano tra loro in contatto. Bench  questo "contatto" non riproduca le note ipotesi negoziali, pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non pu  esservi (solo) responsabilit  aquiliana, ma si rinviene una responsabilit  di tipo contrattuale, per non avere il soggetto fatto ci  a cui era tenuto in forza di un precedente vincolo. La situazione descritta si riscontra nei confronti dell'operatore di una professione c.d. protetta (cio  una professione per la quale   richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato), particolarmente quando la professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica, che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.. Rispetto all'operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non tacere e cio  il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalit , ma giustappunto quel facete nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attivit  in ogni momento.

nella scelta, non sentendosi in definitiva responsabile della qualità e pregio delle prestazioni rese dal medico al paziente, quasi fosse *res inter alios acta*

Ad integrare il giudizio fattuale di colpa della struttura sanitaria concorre la sua mancata partecipazione, ingiustificata, alla mediazione demandata dal Giudice ai sensi dell'art.116 cpc richiamato dall'art.8 del decr.lgs.28/2010.

Al fine di quantificare il danno, di natura biologica, ed in applicazione delle tabelle in uso presso il Tribunale di Roma, è giusto riconoscere all'attrice un'invalidità temporanea nella misura del 100% per gg.40 e del 50% per gg 90; nonché una invalidità permanente del 10% quale maggior danno, fissando la liquidazione relativa nella somma intermedia del *range* previsto dalle tabelle per tale percentuale di invalidità.

Considerate le sofferenze, intese come ansia, stress, dolore, preoccupazione et similia derivati dall'imperito intervento del medico, ed integrando in tesi l'evento condotta penalmente rilevante, è giusto riconoscere all'attrice a titolo di danno morale un incremento della somma riconosciuta a titolo di danno biologico e così complessivamente ed in totale di **€.33.000,00**

Tale somma contiene le voci di danno biologico temporaneo, permanente, morale e spese come richieste e riconosciute dovute.

Previa già operata devalutazione della originaria somma all'attuale, ed applicazione di rivalutazione ed interessi

Le somme riconosciute, sono quindi 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).

--nonché dell'applicazione degli **interessi legali**.

Infatti è doveroso **riconoscere** oltre alla rivalutazione anche ulteriore danno consistente nel mancato godimento da parte del danneggiato 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.

Secondo l'insegnamento consolidato delle S.U. essendo state calcolate le somme dovute all'attuale, si è proceduto alla devalutazione e successivamente all'applicazione della rivalutazione e degli interessi Il calcolo di tali interessi è stato 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.

-3-

La proposta del giudice ai sensi dell'art.185 bis cpc e la posizione delle parti.

Con ordinanza del 26.1.2015 il giudice provvedeva come di seguito riportato:

Riservato all'esito di quanto segue la decisione sulla ammissione di ulteriori mezzi istruttori.

Si ritiene quindi che in relazione all'istruttoria fin qui espletata ed ai provvedimenti già emessi dal giudice ed all'esito di quelli che potrebbe assumere in prosieguo, le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo conciliativo.

Infatti, considerati i gravosi ruoli dei giudici ed i tempi computati in anni per le decisioni delle cause, una tale soluzione, 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, non potrebbe che essere vantaggiosa per tutte.

Invero la controversia non ha fatto emergere questioni di diritto complesse, e dubbi tali da richiedere approfondite analisi e difficili interpretazioni dei testi normativi.

Lo si dice in quanto la condizione postulata dall'art.185 bis (come introdotto dall'art.77 del d.l.21.6.2013 n.69 conv.nella l.9.8.2013 n.98) della *esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto*, trova il suo fondamento logico nell'evidente dato comune che è meno arduo pervenire ad un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall'inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell'esito applicativo che il giudice ne dovrà fare.

Anche la natura ed il valore della controversia in un'accezione rapportata ai soggetti in causa, sono idonei a propiziare la formulazione di una proposta da parte del giudice ai sensi della norma citata.

La quale, trattandosi di norma processuale, in applicazione del principio *tempus regit actum*, è applicabile anche ai procedimenti già pendenti alla data della sua entrata in vigore.

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.

Sotto tale ultimo profilo, vale a dire la possibilità che le parti, assistite dai rispettivi difensori, possano trarre utilità dall'ausilio, nella ricerca di un accordo, ed anche alla luce della proposta del giudice, di un mediatore professionale di un organismo che dia garanzie di professionalità e di serietà, è possibile prevedere, anche all'interno dello stesso provvedimento che contiene la proposta del giudice, un successivo percorso di mediazione demandata dal magistrato.

Alle parti si assegna termine fino alla data del 30.6.2015 per il raggiungimento di un accordo amichevole sulla base di tale proposta.

Dalla eventuale infruttuosa scadenza del suddetto termine, decorrerà quello ulteriore di gg.15 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 decreto; 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 decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto.

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

Vanno avvertite le parti che 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.

Viene infine fissata un'udienza alla quale 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 (relativamente alla sola proposta del giudice), 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 30.6.2015;
- **DISPONE** che le parti, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, procedano alla mediazione della controversia;
- **INVITA** i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4, co.3° co.decr.lgs.28/2010;
- **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 dec.lgs.28/10 la mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione comporta le conseguenze previste dalla norma stessa;
- **FISSA** termine fino al quindicesimo giorno dalla scadenza del primo termine indicato *supra* 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 dec.lgs.28/10;

....

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

Il Giudice,

letti gli atti del procedimento,

ritenuto opportuno,

letta la consulenza tecnica di ufficio e le note del CTP di parte G.;

ritenuta l'applicabilità delle tabelle romane;

preso in considerazione un riparto di responsabilità al 50% relativo alle conseguenze scaturenti dalla condotta del dott.A.G. e quelle derivanti dalla organizzazione dell'impresa (mezzi, scelta dei medici e del personale sanitario etc) da parte della srl Casa di Cura G.;

applicata secondo i metodi correnti rivalutazione devalutazione ed interessi;

PROPONE

il pagamento della somma totale di €28.000,00 a favore di R.C. ed a carico per il 50% della srl Casa di Cura G. e per il restante 50% (in capo ad A.G.) della spa A.M., oltre ad €7.000,00 più accessori per compensi oltre al pagamento per intero delle spese di consulenza tecnica di ufficio.

Presenti le altre parti, in mancanza di adesione della Casa di Cura il mediatore dell'organismo di mediazione compulsato dall'attrice ne dava atto nel verbale del 30.7.2015 informando che la stessa aveva inviato un fax confermando di avere ricevuto la convocazione e che non intendeva partecipare.

-4-

La qualificazione in termini di giustificabilità o meno, della mancata partecipazione del convenuto ritualmente convocato al procedimento di mediazione attivato dall'attore su disposizione del giudice ex art.5 co.II° decr.lgs.28/10 comma (mediazione demandata).

Con ordinanza del 26.1.2015 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

La Casa di Cura non si è presentata all'incontro di mediazione, benché ritualmente convocato dall'attrice, e l'esperimento è stato di conseguenza chiuso senza poter entrare nel merito delle diverse posizioni delle parti.

L'art.8 co.IV° bis prima parte del decr. lgsl. 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.

La (in)sussistenza di un giustificato motivo per non aderire, non presentandosi, all'incontro di mediazione.

Le ragioni del rifiuto esposte dalla Casa di Cura.

Il difensore della Casa di Cura ha depositato una memoria il cui contenuto è il seguente:

Con note del 10.2.2015 l'assicuratrice milanese ha dichiarato di non poter accettare la proposta del giudice in ragione della sollevata eccezione di inoperatività della polizza per violazione da parte del dott. G. del combinato disposto degli artt. 1892 c.c. e 17 cga.

Alla luce di quanto dichiarato dalla Assicurazione M. in merito alla non accettazione della proposta del Giudice, in considerazione altresì del fatto che a carico della società assicuratrice è stato posto il 50% del risarcimento di cui all'ordinanza del Giudice, la Casa di Cura G. si trova costretta a non aderire alla proposta transattiva ex art. 185bis cpc anche al fine di non pregiudicare eventuali successive azioni di rivalsa nei confronti del medico e del suo assicuratore.

Si tratta di giustificazioni illogicamente incoerenti, errate in punto di fatto e di diritto, semplice neghittosa mancanza di volontà di partecipare al percorso legittimamente prescritto dal Giudice.

L'assicurazione è andata in mediazione, non vi era alcuna ragione perché vi si sottraesse la Casa di Cura G..

Il senso della partecipazione all'incontro di mediazione è esattamente e precisamente quello di porre tutte le parti (che ovviamente, vedi *infra*, sono) in conflitto, sedute allo stesso tavolo, con la possibilità che le iniziali posizioni, nel corso della discussione, degli eventuali ulteriori incontri, previa concessioni e rinunce reciproche, possano, con l'ausilio di un mediatore imparziale, pervenire ad un accordo.

Traslando in generale l'erroneo ragionamento della Casa di Cura, si potrebbe infatti affermare che ogni qualvolta la controparte ritenga erronea, inutile, superata la tesi della parte che l'ha convocata in mediazione (come in questo caso), vi sia dispensa dalla sua partecipazione all'esperimento di mediazione, e di conseguenza essa sia validamente e giustificatamente dispensata dal comparirvi.

L'esponente non si avvede nell'aporia in cui incorre posto che così ragionando sussisterebbe sempre in ogni causa un qualche giustificato motivo di non comparizione, posto che se la parte convocante condividesse la tesi del suo avversario, convocato, la lite non sarebbe neppure insorta e non vi sarebbe nessuna causa.

La ragione d'essere della mediazione si fonda proprio sulla *esistenza* di un contrasto di opinioni, di vedute, di volontà, di intenti, di interpretazioni etc., che il mediatore esperto

tenta di sciogliere favorendo l'avvicinamento delle posizioni delle parti fino al raggiungimento di un accordo amichevole.

La volontaria mancanza di indicazioni motivazionali per la non adesione e comparizione nel procedimento di mediazione (ai sensi dell'art.5 1 bis ovvero co.II° del decr.lgs.28/10) - come pure l'esposizione di motivazione di stile, illogiche e prive di fondamento- equivale ad assenza di un giustificato motivo.

D'altra parte non può essere obliterato che a monte del provvedimento vi è la valutazione del giudice che ha esaminato gli atti, studiato le posizioni delle parti, in questo caso anche formulato una proposta che poteva essere un'utile base di discussione ed infine adottato un provvedimento che, in relazione alle circostanze tutte indicate dal secondo comma dell'art.5 decr.lgs.28/2010, testimonia il maturato convincimento circa l'utilità di un percorso di mediazione nell'ambito del quale le parti avrebbero potuto approfondire le rispettive posizioni fino al raggiungimento di un accordo per entrambe vantaggioso.

Risulta pertanto comprovato che nel caso di specie non solo non sussiste un giustificato motivo per la mancata comparizione della parte convenuta nel procedimento di mediazione; ma che tale rifiuto è del tutto irragionevole, illogico in concreto ma anche dal punto di vista astratto ed inescusabile.

-5-

Le conseguenze, sul merito della causa, della mancata comparizione in mediazione dell'parte convenuta, senza giustificato motivo.

L'art.116 integra la prova, aliunde emergente, della responsabilità della casa di cura

La mancata partecipazione al procedimento di mediazione (obbligatoria o demandata), senza che ricorra una valida giustificazione costituisce condotta grave perché idonea a determinare la introduzione o l'incrostazione di una procedura giudiziale (evitabile) in un contesto giudiziario, quello italiano, saturo nei numeri e smisuratamente dilatato nella durata dei giudizi.

Quanto alla possibilità di valorizzare, nel processo, come argomento di prova a sfavore di una parte determinate condotte della stessa (nella specie 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 ⁴

Ciò sul presupposto che le statistiche ufficiali dimostrano incoraggianti percentuali di successo in presenza della comparizione della parte convocata ⁵

Le statistiche di alcuni tribunali sono ancora più incoraggianti evidenziando elevate percentuali di successo (intorno al 60%) degli strumenti ADR (proposta del giudice e mediazione) ⁶

Ne consegue che, tali essendo le finalità del richiamo dell'art.116 c.p.c nel decr. lgsl. 28/10, equivarrebbe a tradire l'intento del legislatore, svalutare la portata di tale norma considerandola una mera e quasi irrilevante appendice nel corredo dei mezzi probatori istituiti dall' ordinamento giuridico.

Va considerato che nell'attuale situazione, affetta da una endemica ed apparentemente insuperabile crisi nei tempi di risposta alla domanda di giustizia, causata dalla imponente mole di cause iscritte nei tribunali e delle corti; e viste le sempre più gravi conse-

⁴ Art.8 co. 4-bis decr.lgsl.28/10 seconda parte: *Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio.*

⁵ *Posto il 57,3% riferito ad aderente non comparso ed il 10,3% a proponente rinunciante prima dell'esito, del restante 32,4% di aderente comparso il 42,4 % costituisce la percentuale di accordi raggiunti (statistiche 1.1.2013-31.12.2013 Ministero Giustizia.*
<http://webstat.giustizia.it/AreaPubblica/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20civile%20al%2031%20dicembre%202013.pdf>)

⁶ Cfr per una esaustiva analisi ed esposizione dei risultati **Sole 24 Ore del 4.8.2014**
<http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com/art/civile/2014-07-31/-mediazione-primi-dati-romani-deflazione-processi-120526.php?uuid=ABYzo6fB>

guenze sociali, economiche e di immagine anche internazionale, derivanti dal ritardo nella definizione dei processi, sia necessario rivalutare, senza forzature ma con fermezza, ciò che è previsto da una norma (l'art.116 cpc) tuttora vigente ma un pò desueta.

È necessario tuttavia fissare delle regole precise al riguardo.

Deve essere ben chiaro in primo luogo che giammai 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.

Ciò detto si ritiene di poter affermare che la mancata comparizione della parte regolarmente convocata, come nel caso in esame, davanti al mediatore costituisce di regola elemento integrativo e non decisivo a favore della parte chiamante, per l'accertamento e la prova di fatti a carico della parte chiamata non comparsa.

Con ciò non si intende svalORIZZARE 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).*

Ritiene infatti il giudice che secondo le circostanze del caso concreto gli argomenti di prova che possono essere desunti dalla mancata comparizione della parte chiamata in mediazione ed a carico della stessa nella causa alla quale la mediazione, obbligatoria o demandata, pertiene, possano costituire integrazione di prove già acquisite, ovvero anche unica e sufficiente fonte di prova.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che la radicale evidente assenza di un giustificato motivo alla mancata partecipazione della casa di cura alla mediazione demandata dal giudice, in forza del combinato disposto degli artt. 8 co.IV° bis del decr. lgsl. 28/2010 e

art. 116 c.p.c., concorra a ritenere raggiunta la piena prova della infondatezza della resistenza ad oltranza della stessa.

-6-

Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione

La sanzione del pagamento a favore dell'erario di una somma pari al contributo unificato.

Non avendo partecipato, ingiustificatamente, la Casa di Cura al procedimento di mediazione al quale era stata convocata lo stesso va condannato al versamento all'Erario di una somma pari a quanto ammonta il contributo unificato dovuto per il giudizio.

La cancelleria provvederà alla riscossione.

-7- 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.lgs.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 interesse 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

D) Elemento soggettivo - Dolo o colpa grave

Occorre rispondere ad alcuni interrogativi attinenti

- a. alla possibile obiezione che l'art.8 comma quarto bis del decr.lgs.28/10 esaurisca, delimitandoli in modo esaustivo, gli strumenti legali *latu sensu* sanzionatori posti a presidio dell'effettivo svolgimento della mediazione;
- b. alla pertinenza o meno delle condotte dei soggetti coinvolti nel procedimento di mediazione a quelle sussumibili nell'area di interesse dell'art.96 cpc
- c. al grado di intensità dell'elemento soggettivo del soccombente necessario affinché si apra la porta dell'art.96 co. III°

Ed ancora, chiedersi se il sistema *latu sensu* sanzionatorio apprestato dalla legge per la (mancata o irrituale) partecipazione alla mediazione sia conforme all'art.3 della Costituzione.

A. 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.lgs.28/10 predispone specifici deterrenti e precisamente l'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.lgs.cit, si deve dare risposta 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.lgs.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.lgs.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 richiamo⁷

B. 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.lgs.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 non è una conseguenza automatica della mancata partecipazione, ma di una valutazione specifica della condotta del soggetto renitente con preciso riferimento 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 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

⁷ il richiamo all'art.116 cpc da parte dell'art.8 dec.lgs.cit., è stato invece opportuno, stante la formulazione della disposizione la cui applicazione alla mediazione, a prescindere dal richiamo, poteva apparire di dubbia percorribilità

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 etc.);

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.lgs.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 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)

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 tali espressioni indicano la 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.lgs.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 squilibrato. 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.lgs.28/2010) delle domande giudiziali nelle materie di cui all'art.1 bis dell'art.1 bis del decr.lgs. cit. (mediazione obbligatoria), come pure, a prescindere dalla materia, nel caso di mediazione demandata dal giudice.

Qual'è la ragione 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 cultura giuridica consolidata, pressoché esclusivamente, nell'aspra gestione, in punto di diritto, della contesa giudiziale, da definirsi con sentenza del giudice, 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, molto positivo, perché innesta nella cultura della giurisdizione, senza la pretesa, che sarebbe errata e velleitaria, di sostituirla, un valore aggiunto che consiste nella possibilità per le parti, in moltissimi casi, di pervenire con l'aiuto di un mediatore capace e imparziale, all'accordo. Prevenendo o ponendo fine ad una lite.

Una cultura quindi della pacificazione, piuttosto della esasperazione del conflitto.

Anche per l'individuazione dell'obiettivo, la risposta è facile.

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 provassero, incontrandosi e discutendo, con la presenza attiva e fattiva del mediatore, ad 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 viene di fatto messo in pericolo dalla sproporzione della sanzione prevista a carico di chi abbia interesse a fare procedere la domanda rispetto a quelle espressamente previste a carico del soggetto convocato.

Quest'ultimo rischia l'applicazione di una sanzione pari al contributo unificato, all'evidenza di scarsa o nulla deterrenza (essendo una somma fissa, del tutto imbecille 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 dell'art. 116 cpc le cui limitate potenzialità sono state *supra* ampiamente descritte.

Tale sbilanciamento non è poca cosa, per l'ovvia considerazione che l'accordo si fa (almeno) fra due parti, sicché a poco può servire l'esistenza di un forte spinta a mediare nei confronti 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 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.

L'elemento soggettivo dell'art. 96 III° Il dolo o la colpa grave

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.

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 noncuranza dell'ordine del giudice, da deresponsabilizzazione della P.A., da 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 Casa di Cura G. - in conclamato contrasto con il carico di responsabilità che la giurisprudenza della S.C. attribuisce al nosocomio pubblico o privato - integra certamente (laddove non si ritenesse sussistere il dolo) la colpa grave.

Va evidenziato peraltro che il rifiuto ingiustificato di aderire ad un ordine del giudice, legittimamente dato, è sempre considerato grave dall'ordinamento che prevede sanzioni e deterrenti di variegata natura e contenuto, a carico della parte renitente.

Di ciò vi è ampia e trasversale prova nell'ordinamento, e di esempi se ne possono fare in gran numero: ad esempio, dall'art.116 cpc alle conseguenze previste per chi si sottrae al provvedimento che dispone l'assunzione della testimonianza, dell'interrogatorio formale etc., all'art.388 secondo comma del codice penale

8- 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 :

- a. 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 la presenza di un avvocato che assiste la casa di cura e che non può non aver reso edotto la cliente dello stato della giurisprudenza fa propendere per la volontaria e consapevole sottrazione alla partecipazione contando di minimizzare le conseguenze)
- b. 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, in questo caso impossibile, in misura maggiore o minore, della condotta censurata).

- c. Alla rilevanza delle conseguenze della condotta censurata (anche come inutile protrazione nel tempo della controversia, avendo di fatto intralciato ogni possibilità di accordo)
- d. 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.

Per la concreta determinazione della somma si ritiene di adottare, quale valido ed obiettivo parametro di riferimento, una somma di ammontare pari o multiplo a quella liquidata a titolo di sorte.

Nel caso di specie, pertanto, si reputa giusto ed equo condannare la Casa di Cura al pagamento della somma di €.10.000,00.

9. La domanda di manleva. La nullità della clausola che si sovrappone all'art.1892 cc in modo peggiorativo per l'assicurato

A fronte della domanda di essere garantito in virtù della polizza assicurativa del 31.12.2009 n. 777029209764 la spa A.M., insieme a trascurabili eccezioni di stile, non pertinenti e tanto meno rilevanti, esponeva che in virtù del combinato disposto degli artt.1892 cc e art. 17 del contratto la garanzia non era operante.

In particolare secondo l'assicurazione il dott. G. aveva avuto chiara percezione dei presupposti di responsabilità in relazione alla fattispecie "de quo" in epoca antecedente la stipula della polizza. Infatti per porre rimedio agli esiti dell'intervento il dott. G. Alessandro il 12 luglio 2006 visitava nuovamente la Sig.ra C. e, in allegato n. 6 di parte attrice, certificava lo spostamento di mezzi di sintesi con diastasi della pinza malleolare, prospettando la necessità di sottoporre la paziente ad un ulteriore reintervento chirurgico per la rimozione di sintesi a carico della caviglia sinistra. Il dott. G. dunque, secondo l'assicurazione, aveva certamente avuto percezione dell'esistenza dei presupposti di una sua responsabilità, anche per la gravità del caso

Il medico convenuto replicava premettendo che la denuncia della C. risaliva al 14.3.2010, veniva comunicata all'assicurazione il 15.3.2010 e che al contrario di quanto opinato dall'assicurazione aveva ritenuto in perfetta buona fede, anche all'esito della radiografia del 15.5.2006 (che certificava una modesta risalita e lateralizzazione del malleolo tibiale) che non fosse necessario un ulteriore controllo essendo sufficiente una terapia riabilitativa. La circostanza che si fosse prospettata a luglio 2006 (12.7) all'esito dell'esame della RX rammostratagli dalla C. lo spostamento dei mezzi di sintesi, non implicava, a detta del convenuto, che il medico avesse in tal modo acquisito consapevolezza o notizia di una sua qualche responsabilità, essendo il mutamento del quadro clinico intervenuto a distanza di tempo, per cause che potevano dipendere da errate manovre del fisioterapista o da un qualsiasi evento traumatico subito medio tempore dalla paziente.

Non vi è alcun dubbio che la tesi del dott. G., se rapportata al disposto dell'art. 1893 cc⁸ non può essere condivisa, essendo evidentemente fuori luogo

⁸ *Le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero*

La norma infatti esclude l'efficacia della garanzia in presenza di

1. *dichiarazioni inesatte e reticenze* del contraente
2. relative a fatti rilevanti ai fini della volontà dell'assicurazione di stipulare (o stipulare in quel modo)
3. esposte *con dolo o colpa grave*

E allora occorre chiedersi, cosa avrebbe dovuto dire il dott.G. ? Ovvero, cosa di rilevante, nell'accezione della norma, non ha detto ?

All'attuale stato delle cose, come ognuno sa, ogni mancata guarigione, ogni imperfezione o ritardo, da parte del medico è potenziale fonte di azione di danno nei suoi confronti.

Forse è esigibile e ragionevole che all'atto della stipula di un siffatto contratto il medico narri per filo e per segno la storia della sua vita professionale, delle centinaia e centinaia di interventi e cure effettuati e somministrati ?

E si può parlare di dolo o colpa grave se in perfetta buona fede (che va presunta) non ritiene di aver posto in essere condotte errate e colpevoli ?

L'eccezione dell'assicurazione si fonda, a ben vedere, su altro.

Consapevole che con il parametro dell'art. 1893 cc la garanzia sarebbe per lo più operante, ha cercato di restringere, surrettiziamente, il campo di operatività della stessa, inventando una curiosa clausola

L'art.17 del contratto prevede infatti quanto segue:

*... per i fatti e/o i comportamenti anteriori alla stipula della polizza, l'assicurazione viene contratta limitatamente ed esclusivamente per le responsabilità in relazione alle quali l'assicurato non abbia ricevuto alla data di stipula, richiesta risarcitoria alcuna e se l'assicurato non abbia avuto **percezione**, notizia o conoscenza dell'esistenza dei presupposti di detta responsabilità.*

*L'**omessa percezione**, notizia o conoscenza, per colpa, dell' assicurato del fatto o del comportamento anteriore alla stipula della polizza esclude, al pari, l'operatività della copertura assicurativa. In tal senso ai fini di quanto previsto dall'art. 1892 c c , l'assicurato dichiara di non aver ricevuto alcuna richiesta di risarcimento in ordine a comportamenti colposi posti in essere prima della stipulazione del contratto e di non essere a conoscenza di alcun elemento che possa **far supporre** il sorgere e di un obbligo di risarcimento di danno a lui imputabile per fatto già verificatosi al momento della stipulazione del contratto e conferma di essere cosciente che l'inesattezza della dichiarazione ora resa comporta la decadenza dei diritti*

La clausola è in parte irrilevante ed in parte conclamatamente inefficace

Irrilevante laddove è ripetitiva dell'art. 1892 cc.

Infatti l'assicurato non aveva ricevuto alcuna denuncia di danni alla data della stipula del contratto di assicurazione (fatto pacifico).

Per contro gli ulteriori parametri della clausola sono del tutto inapplicabili perché palesemente inconsistenti prima ancora che nulli.

stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave

Una fondamentale regola di civiltà giuridica, che vale sia nell'ordinamento penale che in quello civile, impone la **specificità e verificabilità, empirica, di una certa prevista condotta dalla cui violazione possano derivare conseguenze peggiorative per il soggetto** (nel civile, per il contraente)

La formulazione della clausola è assurda e impresentabile. Davvero indifendibile.

Come si può pensare, in base ad un normale bagaglio di cognizioni giuridiche (moderne), che si possa prevedere validamente che il contraente sia sanzionato (con l'inefficacia della garanzia) se solo poteva *supporre* (testuale)...*per non aver supposto* (sic) e che il contratto non spieghi efficacia laddove il contraente abbia avuto *percezione* (testuale)..

I processi alle intenzioni, ai modi di essere, agli stati di autore, *et similia* appartengono per fortuna al bagaglio sanzionatorio di trascorse epoche buie delle quali non si avverte alcuna nostalgia, in nessun ambito dell'ordinamento.

Le clausole dell'art. 17 cc sono prive di valore perché non empiricamente verificabili, neppure attraverso processi indiziari. Nessun processo indiziario infatti potrà mai arrivare, sensatamente, a capo di nulla, se l'obiettivo da verificare empiricamente è la sussistenza di una *possibile supposizione* o addirittura la *colpa per non aver supportato*

Tutto è infatti è supponibile.

Anche che vi siano alieni sulla terra...

Non vi è alcun dubbio che la condotta del dott. G., sia *ex post* e dal punto di vista del giudicante, all'esito di approfondita indagine, risultata erronea e meritevole di valutazione e giudizio come tale.

Vi è, piuttosto, da rilevare che laddove l'assicurazione acceda alla possibilità di assicurare eventi NON FUTURI, ma passati, è inevitabile che si possano verificare una moltitudine di situazioni in cui quella clausola (che condiziona all'assenza del semplice sospetto e della mera percezione dei presupposti che possano fondare una richiesta di danni, l'efficacia della garanzia), si appalesa per quello che è, una finta garanzia, uno strumento efficacissimo ed implacabile per mettere fuori gioco praticamente ogni garanzia per fatti precedenti alla stipula (la palese mala fede che permea la clausola non rileva in questa sede in quanto potrebbe essere fonte di risarcimento dei danni, peraltro non richiesto, ma non di invalidità, per altro verso attinta)

E' evidente che ogni qual volta risulti che il paziente sia tornato dal medico per lamentare la mancata guarigione o miglioramento, o che sperava in un diverso esito della cura o dell'intervento, ogni qual volta il medico abbia aggiunto, modificato, consigliato, integrato, in altre parole apportato condotte successive alla sua precedente non *uno actu* risolutiva...in tutti questi casi si potrà sempre dire che poteva sospettare, poteva presumere, anzi doveva sospettare e presumere che

La clausola è nulla perché confligge (sfavorevolmente per l'assicurato) *in parte qua* e per una declinazione non consentita della colpa (anche lieve), in relazione alla norma imperativa di cui all'art.1932 cc.

Ai sensi del cpv dell'art.1932 cc le suddette clausole nulle sono sostituite di diritto dalla corretta ed esaustiva previsione di cui all'art. 1892 cc.

Le spese (che vengono regolate secondo le previsioni della l.24.3.2012 n.27 e del D.M. Ministero Giustizia 10.3.2014 n.55) vengono liquidate, secondo soccombenza, come in dispositivo. Quanto all'assicurazione tenendo conto, in negativo, dell'irragionevole rifiuto di accedere alla proposta del Giudice ex art. 185 bis

La sentenza è per legge esecutiva.-

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda eccezione e deduzione respinta, così provvede:

1. **DICHIARA** l'inadempimento e la responsabilità dei convenuti dott. A.G. (50%) e srl Casa di Cura G. (50%)
2. **CONDANNA** il dott. A.G. e la srl Casa di Cura G., in solido, al risarcimento dei danni che determina in favore di R.C. nella complessiva somma di **€.33.000,00=** oltre agli interessi legali dalla data della sentenza al saldo;
3. **CONDANNA** il dott. A.G. al pagamento delle spese di causa che liquida in favore dell'avvocato R. P. in complessivi **€.10.000,00** per compensi oltre ad **€. 700,00** per spese, oltre IVA, CAP e spese generali;
4. **CONDANNA** la srl Casa di Cura G. al pagamento delle spese di causa che liquida in favore dell'avvocato R. P. in complessivi **€.10.000,00** per compensi oltre ad **€. 700,00** per spese, oltre IVA, CAP e spese generali; spese di consulenza a carico definitivo dei convenuti;
5. **CONDANNA** la srl Casa di Cura G. al versamento, a titolo di sanzione per la mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione, di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio; mandando alla cancelleria, in mancanza di volontario pagamento, per la riscossione coattiva;
6. **CONDANNA** la srl Casa di Cura G. al pagamento ai sensi dell'art.96 co.III° in favore di R.C. della somma di **€.10.000,00** ;
7. **CONDANNA**, dichiarata l'inefficacia della clausola art.17, nei limiti di cui in motivazione, del contratto di assicurazione n. 31.12.2009 n. 777029209764, la spa A.M. a manlevare, relativamente al punto 2 (per la quota parte di spettanza) e al punto 3 il dott. A.G.;
8. **CONDANNA** la spa A.M. al pagamento delle spese di causa che liquida in favore del dott. A.G. in complessivi **€.15.000,00** per compensi, oltre IVA, CAP e spese generali;
9. **SENTENZA** esecutiva.-
Roma 23.2.2017

Il Giudice
dott.Massimo Moriconi

