

Giulia Ricci

La mediazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Le parti del procedimento di mediazione. – 4. Instaurazione del procedimento. – 4.1. Fase preliminare. – 4.2. Prosecuzione del procedimento. – 4.3. La nomina di mediatori ausiliari e di esperti iscritti all'albo dei consulenti tecnici presso i tribunali. – 4.4. Conclusione del procedimento di mediazione. – 5. Instaurazione del processo. Il rito applicabile. – 5.1. Improcedibilità della domanda per mancato o incompleto esperimento del procedimento di mediazione. – 5.2. Procedibilità della domanda. Incidenza del principio di riservatezza sull'istruzione probatoria.

1. Premessa

Nel disegno di legge C-259 anteriore all'approvazione definitiva, il testo dell'art. 8, comma 2°, escludeva espressamente l'applicabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 5, comma 1°bis, d. lgs. 28/2010* alle controversie di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria¹.

Nel testo dell'art. 8, l. 8 marzo 2017, n. 24 è stata invece inaspettatamente confermata l'applicazione della mediazione obbligatoria per le controversie interessate dalla riforma, quale condizione di procedibilità alternativa all'esperimento della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*². Come si preciserà nel corso della trattazione, l'inserimento *in extremis* della mediazione obbligatoria pone alcune questioni di coordinamento con la disciplina contenuta nell'art. 8, l. 24/2017, dedicata prevalentemente alla consulenza tecnica preventiva (v. *infra* § 5.1).

Relativamente all'alternativa tra le procedure di conciliazione, è prevedibile che il danneggiato valuti, in primo luogo, le diverse finalità perseguite dagli istituti di cui all'art. 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017: la procedura *ex art. 696 bis c.p.c.* coordina la finalità conciliativa con quella di

¹ M.A. ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. BOVE, Giappichelli, Torino, 2017, p. 435, nota che la sovrapposizione si sarebbe comunque determinata nel caso in cui le parti avessero stipulato una convenzione di mediazione *ex contractu*, parimenti obbligatoria.

² Per cui si rinvia a M. ADORNO, *Il nuovo filtro dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in *questo volume*.

conservazione della prova in funzione del giudizio di merito, mentre il procedimento di mediazione tende esclusivamente alla conciliazione delle parti e non ha risvolti sull'istruzione probatoria del procedimento giudiziale, se non in senso limitativo (v. *infra* § 5.2).

Per tale motivo, sulla scelta tra la consulenza tecnica preventiva e la procedura di mediazione incideranno il grado di complessità della controversia concretamente insorta e la specializzazione tecnica richiesta ai fini dell'accertamento dei fatti³; l'oggetto della contestazione, che può riguardare la sussistenza o soltanto il *quantum* del credito risarcitorio⁴, nonché il grado della conflittualità tra le parti, che può in alcuni casi annullare le prospettive di conciliazione.

2. Ambito di applicazione

Il tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art.* 8, l. 24/2017 è disciplinato tramite il rinvio all'art. 5, comma 1° *bis*, d. lgs. 28/2010. Tale disposizione, introdotta dall'art. 84, comma 1°, lett. b), d. leg. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, prevede l'esperimento obbligatorio del tentativo di conciliazione nelle controversie di risarcimento del danno derivante da «responsabilità medica e sanitaria»⁵. La prima questione che si pone all'interprete è coordinare

³ È dunque ipotizzabile la scelta della mediazione obbligatoria, ad esempio, nelle controversie insorte per la violazione della disciplina del consenso informato, v. Cass. 10 settembre 1999, n. 9617, in «Contratti», 2000, p. 397; v. ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 436; C. CONSOLO - P. BERTOLLINI - A. BUONAFEDE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in «Corriere giur.», 2017, p. 767; F. ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione delle controversie*, in «Resp. civ.», 2012, pp. 739 ss.; M. MARINARO, *La mediazione delle controversie risarcitorie: i danni da responsabilità medico-sanitaria*, in *Responsabilità medico-sanitaria e mediazione delle controversie. Dal diritto alla salute al diritto alla giustizia*, Aracne Roma, 2012, pp. 52 ss.

⁴ Si ricorda infatti che talvolta la giurisprudenza ha ritenuto inammissibile il mezzo *ex art.* 696 *bis* c.p.c. ove «sussista radicale e profondo contrasto fra le parti sull'esistenza stessa del credito, prima ancora che sulla sua quantificazione, e [...] tale accertamento richieda indagini complesse non solo in fatto ma anche in diritto. Ciò in quanto non è possibile demandare la risoluzione di siffatte questioni al consulente tecnico», v. Trib. Roma 26 marzo 2015, in «Resp. civ. e prev.», 2015, 4, pp. 1298 ss.; *contra* Trib. Verona 14 gennaio 2016, <<https://www.iusexplorer.it/>>; M. VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <<http://www.ilprocessocivile.it/>>, 14 marzo 2017, § 1.

⁵ Mentre l'originaria formulazione dell'art. 5, comma 1° d. lgs. 28/2010 si riferiva esclusivamente alla responsabilità medica; tuttavia si era diffusa l'interpretazione, maggiormente

tale rinvio con l'art. 8, comma 1°, l. 24/2017, che delinea l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria in relazione alle controversie derivanti da «responsabilità sanitaria».

La giurisprudenza ha distinto la responsabilità medica dalla responsabilità sanitaria, riconducendo alla prima categoria le fattispecie di risarcimento del danno derivante dall'esecuzione della prestazione medica e dal contatto sociale del sanitario con il paziente, e alla seconda il danno imputabile alla struttura sanitaria inadempiente alle obbligazioni derivanti dal c.d. contratto di ospitalità⁶.

L'interpretazione sistematica dell'art. 8, l. 24/2017 induce a comprendere nell'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria (in alternativa alla consulenza tecnica preventiva) entrambe le forme di responsabilità considerate dall'art. 5, comma 1° *bis*, d. lgs. 28/2010. Si consideri infatti che l'art. 12, l. 24/2017, che disciplina l'azione diretta del danneggiato verso l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria, fa «salve le disposizioni di cui all'art. 8», con conseguente applicazione della condizione di procedibilità. Poiché in tale giudizio è prevista la partecipazione necessaria del sanitario assicurato, si ritiene che, *a fortiori*, l'esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità (in alternativa alla procedura di consulenza tecnica preventiva) anche per la domanda risarcitoria proposta dal danneggiato nei confronti del sanitario medesimo.

Può dunque affermarsi che il danneggiato, che non intenda instaurare la procedura di consulenza tecnica preventiva, sia tenuto ad avviare il procedimento di mediazione nei confronti *i*) della struttura sanitaria *ex art. 7*, comma 1°, l. 24/2017, *ii*) dell'esercente la professione sanitaria *ex art. 7*, comma 3°, l. 24/2017, o *iii*) dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria *ex art. 12*, l. 24/2017⁷.

Secondo la prevalente giurisprudenza di merito, la condizione di procedibilità va inoltre applicata alla domanda di risarcimento del danno

rispettosa del canone di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, nel senso dell'estensione della mediazione obbligatoria alle controversie per responsabilità sanitaria in senso stretto, v. R. BARBERIO, E. DE MASI, A. SIROTTI GAUDENZI, *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 148 ss.

⁶ *Ex multis* cfr. Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538, in «Resp. civ.», 2010, p. 665; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in «Resp. civ.», 2010, pp. 101 ss.

⁷ Nell'ambito delle controversie tra le parti indicate, si ritiene che la condizione di procedibilità vada soddisfatta anche se il danneggiato propone domanda di condanna generica, poiché il riferimento di cui all'art. 8, comma 1° l. 24/2017 alla «controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria» non sembra porre limitazioni in tal senso, v. A. BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*, in < <http://www.ridare.it/>>, 7 aprile 2017, § 1.

proposta in via riconvenzionale, per il principio di parità di trattamento tra le parti⁸. Per le controversie in materia sanitaria, ciò comporta che quando il paziente è convenuto in giudizio dal sanitario, ad esempio per inadempimento di un'obbligazione contrattuale relativa ad una prestazione sanitaria, e ritiene di aver subito un danno dalla stessa prestazione, la domanda riconvenzionale di risarcimento è improcedibile se non è preceduta da una delle procedure di cui all'art. 8, l. 24/2017.

I primi commentatori hanno evidenziato che, in tal caso, la procedura obbligatoria di mediazione potrebbe sovrapporsi alla negoziazione assistita ex art. 3, comma 1°, d. leg. 132/2014 convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, ove la domanda di pagamento avanzata dal medico non superi la somma di cinquantamila euro⁹.

Diversamente, è espressamente escluso il cumulo tra le procedure di mediazione obbligatoria (o di consulenza tecnica preventiva) e la procedura di negoziazione assistita relativamente alla medesima domanda di risarcimento del danno ex artt. 8, comma 2°, l. 24/2017 e 3, comma 1° (e comma 3°), d. leg. 132/2014.

Tra le azioni disciplinate dalla l. 24/2017, si ritengono escluse dall'ambito di applicazione della condizione di procedibilità le azioni di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti del sanitario di cui all'art. 9, trattandosi del regresso tra coobbligati solidali cui sia imputabile la responsabilità per il medesimo fatto dannoso e non di controversie sul risarcimento del danno da responsabilità sanitaria¹⁰.

È inoltre esclusa dall'applicazione della mediazione obbligatoria ex art. 5, comma 4°, d. lgs. 28/2010 l'azione di risarcimento del danno esercitata nel processo penale (lett. g)¹¹.

⁸ Trib. Bari 28 novembre 2016 (ord.), in <<http://www.eclegal.it/>>, 16 maggio 2017; Trib. Verona 12 maggio 2016 (ord.), in <<http://www.ilcaso.it/>>; F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in <<http://www.judicium.it/>>, 21 marzo 2011, § 2. In senso contrario si sono espressi Trib. Palermo 27 febbraio 2016, e Trib. Reggio Calabria 22 aprile 2014, entrambe in <<https://www.101mediatori.it/>> e la prevalente dottrina, tra cui A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in «Foro it.», 2010, V, coll. 145 ss.; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in «Giusto proc. civ.», 2011, p. 341 ss.; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 292.

⁹ VACCARI, *L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., § 1.

¹⁰ C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, pp. 770 ss.

¹¹ Osserva BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*,

3. Le parti del procedimento di mediazione

Quando il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità della domanda, al procedimento di mediazione devono partecipare i soggetti titolari della legittimazione ad agire e a contraddire nel relativo giudizio. Va peraltro precisato che, al fine della procedibilità della domanda, è sufficiente che tali soggetti siano informati dell'instaurazione del procedimento di mediazione tramite la comunicazione di cui all'art. 8, comma 1°, d. lgs. 28/2010.

Il danneggiato può dunque proporre istanza di mediazione nei confronti della struttura sanitaria o dell' esercente la professione sanitaria, se intende richiedere il risarcimento *ex art. 7, l. 24/2017*, ovvero nei confronti dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o di quella che presta copertura assicurativa al sanitario, se intende richiedere il risarcimento direttamente all'impresa di assicurazione *ex art. 12, l. 24/2017*. In quest'ultimo caso, poiché l'art. 12, comma 4°, l. 24/2017 qualifica litisconsorte necessario il soggetto assicurato, la partecipazione di questo si impone anche nella procedura stragiudiziale che condiziona la procedibilità della domanda.

Nel caso in cui il procedimento di mediazione sia instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o dell' esercente la professione sanitaria, non è invece necessaria la partecipazione della relativa impresa di assicurazione. In mancanza di espressa disposizione in tal senso, si ritiene infatti inapplicabile al procedimento di mediazione l'art. 8, comma 4°, l. 24/2017, che impone la partecipazione delle imprese assicuratrici al procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*

Va però considerato che la partecipazione dell'impresa assicuratrice può incidere notevolmente sull'esito positivo della conciliazione, in quanto l'assicurazione che non abbia partecipato alla procedura può rifiutarsi di rivalere l'assicurato o pagare l'indennizzo al terzo danneggiato *ex art. 1917, comma 2°, c.c.*¹². Per tale motivo, quando il contratto di assicurazione contiene un patto di gestione della lite esteso alla fase di mediazione, l'assicurato deve provvedere ad informare l'impresa di assicurazione dell'instaurazione della procedura stragiudiziale; in mancanza, si ritiene onere dell'organismo di mediazione adito favorire la partecipazione al

cit., § 2 l'opportunità di estendere tali limiti all'esperibilità della consulenza tecnica preventiva.

¹² F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Zanichelli Bologna, 2013, p. 172; M. HAZAN, D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 448 ss.; C. CARRESE, A. CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria: aggiornato al c.d. decreto del fare*, Altalex Milanofiori Assago, 2014, pp. 94 ss.

procedimento dell'impresa di assicurazione, provvedendo ad informarla o invitando le parti a farlo¹³.

Quanto alle modalità di partecipazione al procedimento, a fronte di un orientamento giurisprudenziale secondo cui è sempre necessaria la partecipazione personale dei soggetti coinvolti¹⁴, altra parte della giurisprudenza ammette, nelle controversie di natura patrimoniale, che la parte rilasci apposita procura speciale a terzi o allo stesso avvocato, dotando tali soggetti della rappresentanza sostanziale esercitabile nel procedimento di mediazione¹⁵.

In caso di mancata partecipazione senza giustificato motivo di una delle parti, il mediatore deve farne menzione nel verbale di cui all'art. 11, comma 4°, d. lgs. 28/2010. Nel giudizio di merito successivamente instaurato, la mancata partecipazione al procedimento di mediazione determina a carico della parte inerte le conseguenze di cui all'art. 8, comma 4° *bis*, d. lgs. 28/2010, inerenti sia la valutazione di tale comportamento come argomento di prova *ex art.* 116, comma 2°, c.p.c.¹⁶, sia la condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato a favore del bilancio dello Stato¹⁷.

¹³ HAZAN, ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., pp. 235 ss. Disposizioni in tal senso sono previste nelle «Linee Guida per la gestione della mediazione a fini conciliativi in materia assicurativa» elaborate dall'Associazione Nazionale delle Imprese Assicuratrici (ANIA); similmente cfr. le «Linee guida sulla mediazione obbligatoria in tema i responsabilità medica» emanate dalla Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia; cfr. CARRESE, CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria: aggiornato al c.d. decreto del fare*, cit., p. 94.

¹⁴ Trib. Vasto 9 marzo 2015, in «Corriere giur.», 2016, p. 1083; Trib. Siracusa 17 gennaio 2015, in <http://www.mcmmediazione.com/>; Trib. Firenze 19 marzo 2014, in <<https://www.iusexplorer.it/>>.

¹⁵ Trib. Treviso 25 maggio 2017 in <<https://www.pluris-CEDAM.utetgiuridica.it/>>; Trib. Verona 28 settembre 2016, in <<http://www.quotidianogiuridico.it/>>.

¹⁶ Nel senso che la mancata comparizione nel procedimento di mediazione non può costituire argomento a fondamento della decisione, v. Trib. Roma-Ostia 5 luglio 2012, in <<http://www.101mediatori.it/>>; v. M.A. LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in <<http://www.judicium.it/>>, 1° ottobre 2012, pp. 7 ss.; cfr. M. BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *ibid.*, 25 gennaio 2012, p. 4, per cui tale sanzione costituisce un rinvio «all'arbitrio del giudice». Per ulteriori approfondimenti sugli argomenti di prova si rinvia a G. RUFFINI, *Argomenti di prova e fondamento della decisione del giudice civile*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2004, pp. 1329 ss.

¹⁷ Sulle sanzioni pecuniarie si rinvia a V. GIUGLIANO, *Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza*, in *questo volume*.

4. *Instaurazione del procedimento di mediazione*

Il procedimento di mediazione si instaura tramite il deposito dell'istanza presso la segreteria di un organismo di mediazione iscritto nel registro ministeriale. La scelta dell'organismo di mediazione deve rispettare la competenza per territorio di cui all'art. 4, comma 1° d. lgs. 28/2010, individuata nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia¹⁸.

Relativamente alla competenza per materia, si ricorda che l'art. 7, comma 2°, lett. d) ed e), d.m. 180/2010 prevede che ciascun organismo può limitare la propria attività di mediazione in specifiche materie chiaramente individuate¹⁹ (v. *infra* § 4.3).

L'istanza di mediazione deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa *ex* art. 4, comma 2°, d. lgs. 28/2010. Si ritiene tuttavia che l'istanza di mediazione possa limitarsi ad indicare genericamente la controversia, considerata l'eventualità di successivi ampliamenti o variazioni dell'oggetto del procedimento, purché questo sia almeno identificabile al momento dell'instaurazione della procedura²⁰.

Peraltro, poiché l'esperimento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, è necessario che il giudice accerti la corrispondenza tra la controversia dedotta in giudizio e quella per cui si è svolto il procedimento di mediazione. A tal fine, si ritiene che il confronto vada svolto tra il contenuto dell'atto con cui è proposta la domanda giudiziale (determinato dagli artt. 163 e 702 *bis* c.p.c.) ed il contenuto del verbale di mancata conciliazione, dal quale deve risultare compiutamente individuata la controversia per cui si è svolto il procedimento di mediazione²¹.

Al momento del deposito dell'istanza presso la segreteria dell'organismo, sorge in capo a questo l'obbligo di svolgere la procedura di mediazione, salvo che ricorra giustificato motivo per rifiutare *ex* art. 9, d. m. 180/2010; dallo stesso giorno inizia a decorrere il termine di durata massima di tre mesi del

¹⁸ Si ritiene che il luogo di competenza dell'organismo corrisponda all'intero circondario del tribunale, v. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 251; nel rispetto della competenza per territorio, in caso di deposito di più domande inerenti la medesima controversia l'art. 4, comma 1° d. lgs. 28/2010 prevede il criterio della prevenzione.

¹⁹ Salvo gli organismi dotati di competenza limitata a determinate materie, quali, ad esempio, gli organismi che gestiscono i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. o la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

²⁰ M. BOVE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, CEDAM, Assago, 2011, p. 164.

²¹ ID., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 164.

procedimento *ex art.* 6, comma 1°, d. lgs. 28/2010.

Il deposito dell'istanza va inoltre comunicato alle altre parti, unitamente al provvedimento con cui è fissata la data del primo incontro; la comunicazione è effettuata con ogni mezzo «anche ad opera dell'istante» *ex art.* 8, comma 1°, d. lgs. 28/2010²². Ciò comporta, in mancanza di ulteriori previsioni in ordine alle modalità della comunicazione, che ciascun organismo può prevedere nel proprio regolamento che la comunicazione avvenga anche tramite raccomandata a.r. o posta elettronica certificata. In secondo luogo, si ritiene che l'onere della comunicazione gravi sull'organismo di mediazione, ma, considerato l'interesse dell'istante alla produzione degli effetti sostanziali della domanda di mediazione (di cui si dirà a breve) non può escludersi che egli stesso provveda alla comunicazione, a prescindere dall'avvenuta fissazione del primo incontro²³.

L'art. 5, comma 6°, d. lgs. 28/2010 prevede che, dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione interrompe la prescrizione ed impedisce la decadenza.

Per quanto riguarda l'interruzione della prescrizione, è indubbia l'efficacia interruttiva istantanea *ex art.* 2943 c.c., mentre si dubita dell'efficacia sospensiva, poiché nel procedimento di mediazione non è rinvenibile un momento assimilabile al passaggio in giudicato della sentenza di cui all'art. 2945, comma 2°, c.c.²⁴. Secondo una diversa interpretazione, tale analogia è individuabile nel momento del deposito del verbale di mancata conciliazione *ex art.* 11, d. lgs. 28/2010, e si afferma che da tale momento decorre nuovamente il termine di prescrizione, salvo il verificarsi di un nuovo periodo di interruzione-sospensione quando sia proposta la domanda giudiziale²⁵.

Quanto all'impedimento della decadenza, precisa l'art. 5, comma 6°, d. lgs. 28/2010 che tale effetto può prodursi una sola volta, e, in caso di

²² Ma, nel senso che gli effetti sulla prescrizione e la decadenza si producono dal momento della ricezione della comunicazione all'altra parte, v. la Relazione illustrativa al d. lgs. 28/2010, *sub art.* 5, comma 6°.

²³ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., pp. 258 ss.; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in <<http://www.judicium.it/>>, 29 aprile 2010, pp. 18 ss.; A.D. DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo civile*, in *La nuova mediazione civile e commerciale*, a cura di A. MAIETTA, CEDAM, Padova, 2014, pp. 197 ss.

²⁴ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 257; G. MINELLI, *sub art.* 5, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. BOVE, cit., p. 204; G. IMPAGNATELLO, *La domanda di mediazione: forma contenuto ed effetti*, in «Giusto proc. civ.», 2011, pp. 8 ss.

²⁵ P. NELA, *Il procedimento*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. BESSO, Giappichelli, Torino, 2010, p. 272.

fallimento della mediazione, dal momento del deposito del verbale di mancata conciliazione inizia a decorrere un nuovo termine di decadenza, che si ritiene della stessa durata del primo.

Nella fase di instaurazione rileva inoltre l'art. 13, l. 24/2017, che pone a carico della struttura sanitaria o della sua impresa di assicurazione, o dell'impresa di assicurazione del sanitario, l'onere di comunicare al sanitario l'avvio del procedimento di mediazione da parte del danneggiato, con invito a parteciparvi; tale adempimento è previsto a pena di inammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9, l. 24/2017²⁶.

4.1. Fase preliminare

Nel procedimento di mediazione assume autonoma rilevanza lo svolgimento del primo incontro, che determina la procedibilità della domanda giudiziale ed è gratuito per le parti *ex artt.* 5, comma 2° *bis* e 17, comma 5° *ter*, d. lgs. 28/2010²⁷.

L'art. 8, comma 1°, d. lgs. 28/2010 prevede che il responsabile dell'organismo di mediazione presso cui è stata depositata l'istanza «designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda»²⁸.

Se le parti si presentano al primo incontro, il mediatore deve illustrare la funzione e le modalità di svolgimento della procedura ed invitarle ad esprimersi sulla possibilità di iniziare (*rectius* proseguire²⁹) il procedimento.

Sin dal primo incontro, la mancata presentazione di una parte senza giustificato motivo determina a suo carico le conseguenze di cui all'art. 8, comma 4° *bis*, d. lgs. 28/2010 (v. *supra* § 3)³⁰.

²⁶ BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*, cit., § 1, secondo cui se «si conclude con la transazione, questa non avrà efficacia verso il condebitore solidale che non abbia partecipato o non vi abbia aderito *ex art.* 1304 c.c., dunque l'azione di regresso potrà spiegarsi nei limiti di quanto riconosciuto in sede di mediazione».

²⁷ A seguito della sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272, in «Giur. It.», 2013, 4, pp. 893 ss. e delle modifiche apportate con il d. leg. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

²⁸ Secondo l'opinione prevalsa in dottrina, il termine di trenta giorni si riferisce all'attività di fissazione della data del primo incontro, che può invece svolgersi oltre tale termine, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 379; G. MINELLI, *sub art.* 8, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 224.

²⁹ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 280.

³⁰ Con sostanziale annullamento degli effetti della gratuità del primo incontro nei confronti della parte che non vi ha partecipato, cfr. EAD., *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., pp. 121 ss.

Nel caso in cui nessuna delle parti si presenti al primo incontro, la condizione di procedibilità della domanda giudiziale non è soddisfatta e, al fine del relativo accertamento, si ritiene che il mediatore debba redigere un verbale in cui attesta il mancato svolgimento dell'incontro³¹.

4.2. Prosecuzione del procedimento

Dopo lo svolgimento del primo incontro, la prosecuzione del procedimento si articola in incontri successivi che si svolgono senza formalità, durante i quali il mediatore ascolta le parti, congiuntamente o singolarmente, e si adopera al fine di farle pervenire alla conciliazione.

A tal fine, quando lo ritiene opportuno il mediatore può disporre che gli incontri si svolgano attraverso mezzi di comunicazione a distanza *ex artt.* 3, comma 4°, d. lgs. 28/2010 e 7, comma 4°, d. m. 180/2010, o tramite sedute separate, come si desume dall'art. 9, comma 2°, d. lgs. 28/2010.

La riservatezza delle parti nel procedimento di mediazione è tutelata dall'art. 9, d. lgs. 28/2010, che impone a tutti coloro «che prestano la loro opera o servizio nell'organismo o nell'ambito del procedimento» di non divulgare all'esterno informazioni acquisite e dichiarazioni rese nel corso del procedimento. Se gli incontri si svolgono per sedute separate, il dovere di riservatezza riguarda anche le dichiarazioni rese in tali sessioni, salvo il consenso del dichiarante.

Allo stesso fine, l'art. 10, d. lgs. 28/2010 prevede l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione ed il segreto professionale del mediatore, con conseguente limitazione dell'attività probatoria nel procedimento giudiziale eventualmente instaurato in seguito al fallimento della mediazione (v. *infra* § 5.2).

4.3. La nomina di mediatori ausiliari e di esperti iscritti all'albo dei consulenti tecnici presso i tribunali

In materia di responsabilità sanitaria può emergere la necessità che il mediatore possieda una competenza tecnica specifica, anche al fine di redigere una proposta conciliativa coerente con l'accertamento e la quantificazione del danno.

Come anticipato, l'art. 7, d. m. 180/2010 prevede la facoltà di ciascun organismo di redigere «separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche»³².

³¹ EAD., *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 284.

³² In forza del rinvio di cui all'art. 16, comma 2° d. lgs. 28/2010 per l'istituzione di sepa-

Quando l'organismo adito non offre tale possibilità, la soluzione alle carenze tecniche del mediatore è offerta dall'art. 8, commi 1° e 4°, d. lgs. 28/2010.

La prima disposizione prevede che il mediatore può nominare uno o più mediatori ausiliari, che soddisfino la competenza tecnica richiesta dalla specificità tecnica o dalla complessità delle questioni inerenti la controversia³³. Il mediatore ausiliario (o co-mediatore) affianca senza sostituire il mediatore principale sia nell'attività di assistenza delle parti che nella formulazione della proposta di conciliazione³⁴.

In alternativa, l'organismo di mediazione può avvalersi del personale di altri organismi di mediazione, quando tra questi sia intercorso un accordo in tal senso, anche per singoli affari di mediazione *ex art.* 7, comma 2°, lett. c), d. m. 180/2010.

Quando non sussistano le condizioni per procedere alla nomina di mediatori ausiliari, o la complessità della controversia richieda l'esperimento di perizie tecniche, l'art. 8, comma 4°, d. lgs. 28/2010 prevede che il mediatore può avvalersi degli esperti iscritti negli albi dei consulenti presso il tribunale³⁵. Tale possibilità va considerata come residuale rispetto alla prima opzione, in quanto la nomina dei consulenti tecnici, diversamente dalla nomina dei mediatori ausiliari, comporta un aumento dei costi della mediazione a carico delle parti³⁶. Per tale motivo è opportuno che la scelta del mediatore di nominare consulenti tecnici sia condivisa dalle parti; in caso contrario, può ritenersi legittimo il rifiuto delle parti di proseguire la procedura di mediazione come previsto dall'art. 3.3 del Codice europeo di condotta per mediatori³⁷.

rate sezioni del Registro degli organismi per la trattazione di questioni inerenti specifiche competenze «anche in materia di consumo e internazionali»; cfr. CARRESE, CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria*, cit., pp. 80 ss.

³³ Nel senso che le stesse parti potrebbero indicare tale opportunità, ma la decisione della nomina spetterebbe comunque al mediatore *ex art.* 7, comma 5 d. m. 189/2010, CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 276.

³⁴ DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 377.

³⁵ Gli albi indicati vengono aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire una rappresentanza qualificata di esperti nelle discipline specialistiche dell'area sanitaria, v. art. 13 r. d. 18 dicembre 1941, n. 1368, recante disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.

³⁶ Secondo le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi a questi spettanti previste dal regolamento di procedura dell'organismo *ex art.* 8, comma 4° d. lgs. 28/2010, v. G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in «Soc.», 2010, p. 629.

³⁷ Nel caso in cui l'organismo abbia predeterminato l'ambito della propria attività *ex art.*

Quando il mediatore ha provveduto alla nomina di un esperto *ex art. 8*, comma 4°, d. lgs. 28/2010, si ritiene esteso all'attività di consulenza tecnica il principio di informalità che caratterizza la mediazione, salvo il necessario rispetto delle garanzie del contraddittorio³⁸. Ne deriva che alle parti dev'essere consentito partecipare alle operazioni peritali, eventualmente con l'assistenza di propri consulenti tecnici.

Si ritiene che l'esperto che ha «prestato la propria opera [...] nell'ambito del procedimento di mediazione» sia soggetto al dovere di riservatezza rispetto ad informazioni acquisite e dichiarazioni rese nell'ambito del procedimento *ex art. 9*, d. lgs. 28/2010³⁹.

4.4. Conclusione del procedimento di mediazione

L'esito della mediazione va documentato per iscritto mediante redazione di un apposito processo verbale, che il mediatore deve tempestivamente depositare presso la segreteria dell'organismo *ex art. 11*, comma 5°, d. lgs. 28/2010. Il deposito del verbale di mancata conciliazione determina la decorrenza del termine di decadenza *ex art. 5*, comma 6°, d. lgs. 28/2010.

L'esito positivo della mediazione può derivare *i)* dall'accordo amichevole tra le parti o *ii)* dall'adesione delle parti alla proposta del mediatore, che può essere formulata spontaneamente dal mediatore prima di dichiarare il fallimento della mediazione, o su richiesta delle parti in qualsiasi momento del procedimento. In ogni caso il verbale di conciliazione dev'essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale «certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere» *ex art. 11*, comma 3°, d. lgs. 28/2010.

L'accordo di conciliazione costituisce un atto di autonomia privata avente natura negoziale e riconducibile alla categoria dei contratti di composizione delle controversie, avente «forza di legge tra le parti» *ex art. 1372 c.c.*⁴⁰.

7, comma 2° d. m. 180/2010 si ritiene operante un vero e proprio «divieto di assumere incarichi in materie diverse da quelle enumerate», v. CARRESE, CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria*, cit., p. 82.

³⁸ ADORNO, *L'avvocato, il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. TISCINI, Giuffrè, Milano, 2012, p. 162.

³⁹ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in <<http://www.judicium.it/>>, 5 luglio 2010, § 3; M. ADORNO, *L'avvocato, il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, cit., p. 170; M. BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in «Giust. civ.», 2011, II, pp. 495 ss.; sulla questione dell'utilizzabilità in giudizio della relazione dell'esperto, v. *infra* § 5.2.

⁴⁰ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 32 ss.; sulla

L'art. 12, d. lgs. 28/2010 riconosce a tale accordo l'efficacia di «titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale»⁴¹.

Nelle controversie in materia sanitaria va in particolar modo precisato che l'accordo di conciliazione non è opponibile a terzi non intervenuti nel relativo procedimento.

Ciò comporta, in primo luogo, che il danneggiato, che abbia raggiunto la conciliazione con uno dei condebitori solidali, non può far valere la transazione nei confronti di coloro che non hanno partecipato alla stipula dell'accordo né vi hanno aderito successivamente *ex art.* 1304 c.c. Di conseguenza, se il condebitore solidale che ha sottoscritto il verbale di conciliazione risulta insolvente, il danneggiato può agire nei confronti degli altri soltanto dopo essersi munito di un titolo nei suoi confronti⁴², attraverso l'instaurazione di nuova procedura conciliativa *ex art.* 8, l. 24/2017 ed eventualmente l'esercizio delle azioni di cui agli artt. 7 o 12, l. 24/2017.

L'esito negativo del procedimento di mediazione può invece risultare *i)* dalla mancata partecipazione di una delle parti al procedimento, *ii)* dalla volontà concorde delle parti di non proseguire la mediazione, manifestata nella fase preliminare di cui all'art. 8, comma 1°, d. lgs. 28/2010 o nei successivi incontri, o *iii)* dalla mancata adesione di una delle parti alla proposta del mediatore.

In ogni caso, anche il verbale di mancata conciliazione «è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere» *ex art.* 11, comma 4°, d. lgs. 28/2010. Nel verbale va inoltre specificato il motivo del fallimento della conciliazione, in particolare quando si tratti della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento; nel caso *sub iii)*, il verbale deve contenere «l'indicazione della proposta»⁴³.

possibilità che l'accordo di conciliazione abbia ad oggetto una transazione o un negozio di accertamento, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 457 ss.

⁴¹ Si ritiene dunque suscettibile di opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c., v. C. MANDRIOLI, A. CARRATA, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 205 ss.

⁴² HAZAN, ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., p. 236.

⁴³ Omettendo però l'indicazione dei motivi della proposta stessa, v. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., § 5; N. SOLDATI, *Tecniche e strumenti per il procedimento di mediazione*, <<http://www.gruppo24ore.ilsole24ore.com/>>, 2011, p. 208.

5. *Instaurazione del processo. Il rito applicabile*

In caso di fallimento della mediazione, il danneggiato può proporre domanda giudiziale di risarcimento del danno contro il soggetto che ha partecipato o è stata chiamato a partecipare alla procedura stragiudiziale, esercitando le azioni di cui agli artt. 7 o 12, l. 24/2017.

Si ritiene che il danneggiato possa scegliere se instaurare il procedimento secondo il rito ordinario con atto di citazione *ex art.* 163 c.p.c. o il rito sommario con ricorso *ex art.* 702 *bis* c.p.c., quando la causa sia attribuita alla cognizione del tribunale in composizione monocratica e richiede un'istruzione sommaria⁴⁴.

Emerge dunque una vistosa differenza nel rito applicabile al procedimento giudiziale a seconda che l'instaurazione sia preceduta dalla procedura di consulenza tecnica preventiva o dalla procedura di mediazione *ex art.* 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017.

L'art. 8, comma 3°, d. lgs. 28/2017 prevede infatti che quando «la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi», l'instaurazione del procedimento giudiziale avvenga tramite «il ricorso di cui all'articolo 702-*bis* del codice di procedura civile», e che gli effetti della domanda sono salvi se tale ricorso è depositato «entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio». La disposizione così formulata si ritiene inapplicabile al procedimento giudiziale instaurato in seguito al fallimento del procedimento di mediazione.

Va infatti precisato che i riferimenti al termine perentorio di «sei mesi» per la conclusione della procedura e al deposito di una «relazione» sono estranei al procedimento di mediazione disciplinato dal d. lgs. 28/2010, il cui termine di durata è fissato in «tre mesi» (art. 5, comma 6°) e che si conclude con un «verbale» di mancata o raggiunta conciliazione (art. 11). Al dato letterale si aggiunge la *ratio* della previsione del rito sommario di cui all'art. 8, l. 24/2017, che appare strettamente connessa alla funzione *latu sensu* probatoria e anticipatoria della consulenza tecnica preventiva⁴⁵.

⁴⁴ MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 769; M. RUVOLO, S. CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in <<http://www.questionegiustizia.it/>>, 11 aprile 2017; per approfondimenti si rinvia a MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. IV, pp. 386 ss.

⁴⁵ Per approfondimenti, v. G. PARISI, *Le forme del giudizio di merito*, e ADORNO, *Il nuovo filtro dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, entrambi in questo volume.

5.1. *Improcedibilità della domanda per mancato o incompleto esperimento del procedimento di mediazione*

Instaurato il giudizio nel rito prescelto dal danneggiato, vanno considerate tre ipotesi in relazione alla procedibilità della domanda:

- i) che la condizione di procedibilità non sia stata soddisfatta ma sia stato avviato un procedimento di mediazione⁴⁶;
- ii) che la condizione di procedibilità non sia stata soddisfatta, in quanto il danneggiato non ha instaurato alcun procedimento ex art. 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017;
- iii) che la condizione di procedibilità sia stata soddisfatta ed il procedimento di mediazione si sia concluso negativamente (v. infra § 5.2)⁴⁷.

In ogni caso, l'improcedibilità della domanda può essere rilevata d'ufficio dal giudice o eccepita dal convenuto non oltre la prima udienza ex art. 5, comma 1°bis, d. lgs. 28/2010.

Nel caso *sub i)* deve ricordarsi che la condizione di procedibilità «si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo» a norma dell'art. 5, comma 2°bis, d. lgs. 28/2010. Ciò comporta che l'ipotesi *sub i)* può concretamente verificarsi soltanto nel caso in cui l'istante abbia avviato la mediazione successivamente o contestualmente rispetto alla proposizione della domanda giudiziale e l'organismo di mediazione indichi per lo svolgimento del primo incontro una data successiva a quella fissata per la prima udienza di comparizione di cui all'art. 183 c.p.c.⁴⁸.

In tal caso, l'art. 5, comma 1°bis, d. lgs. 28/2010 dispone che il giudice deve fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6, d. lgs. 28/2010, consentendo alle parti di concludere il procedimento di mediazione, anche limitatamente al primo incontro, e soddisfare la condizione di procedibilità.

Decorso il termine fissato per la prosecuzione del giudizio, se il giudice accerta che la mediazione si è conclusa, il vizio di (temporanea) improcedibilità della domanda è sanato con efficacia *ex tunc*⁴⁹.

Se invece il giudice accerta che le parti non hanno provveduto a concludere il procedimento di mediazione, disertando entrambe (v. *supra* § 4.1) il

⁴⁶ O che sia stato iniziato un procedimento di consulenza tecnica preventiva, ipotesi per cui si rinvia a ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in questo volume.

⁴⁷ V. *sub* nota precedente.

⁴⁸ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 157.

⁴⁹ Cass. 13 aprile 2017, n. 9557 (ord.), in <<http://www.ilcaso.it/>>; DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 280.

primo incontro, si ritiene che il giudice debba dichiarare l'improcedibilità della domanda, con chiusura in rito del processo⁵⁰. Resta salva la riproponibilità della stessa domanda previa instaurazione di una procedura di conciliazione *ex art. 8*, commi 1° e 2°, l. 24/2017.

Anche nel caso *sub ii)* l'improcedibilità «deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza» *ex art. 8*, comma 2°, l. 24/2017, ma il rilievo dell'improcedibilità ha conseguenze differenti.

L'art. 5, comma 1°*bis*, d. lgs. 28/2010 dispone che il giudice, se rileva che il procedimento di mediazione non è stato esperito, «fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6, [...] assegnando contestualmente alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione».

Tuttavia l'art. 8, comma 2°, l. 24/2017 non considera tale eventualità e prevede che «il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile non è stato espletato [...] assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva».

Sembra che il difetto di coordinamento tra le due disposizioni derivi dall'introduzione *in extremis* della mediazione obbligatoria nell'art. 8, l. 24/2017, inserendo un succinto rinvio all'art. 5, comma 1°*bis*, d. lgs. 28/2010 nel corpo di una disposizione interamente dedicata alla disciplina della consulenza tecnica preventiva.

La difformità tra le due previsioni genera incertezza sulla modalità in cui deve provvedere il giudice quando rileva l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento di uno dei due procedimenti previsti dall'art. 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017. In particolare, va chiarito se il giudice debba fissare la data per la prosecuzione del giudizio rispettando il termine di durata massima di tre mesi del procedimento di mediazione, oppure se debba assegnare alle parti il termine di quindici giorni per il deposito dell'istanza di consulenza tecnica preventiva.

Nel rispetto del tenore letterale dell'art. 8, l. 24/2017 si propende per la seconda soluzione. Nel caso in cui il danneggiato proponga la domanda senza

⁵⁰ Trib. Siena 25 giugno 2012, in <<https://www.mcmmediazione.com/>>; Trib. Lamezia Terme 22 giugno 2012, in <<https://www.101mediatori.it/>>; v. LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, cit., p. 22; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Cacucci Bari, 2017, pp. 26 ss. Per altri, anche se le parti non hanno concluso il procedimento di mediazione nel termine assegnato, l'improcedibilità della domanda è sanata alla data fissata dal giudice per la prosecuzione, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 280.

aver previamente instaurato una delle due procedure conciliative, diventa dunque obbligatorio l'espletamento della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*⁵¹

5.2. *Procedibilità della domanda. Incidenza del principio di riservatezza sull'istruzione probatoria*

Nel caso in cui la condizione di procedibilità sia soddisfatta ed il procedimento di mediazione si sia concluso con esito negativo, anche a seguito del differimento dell'udienza (v. *supra* § 5.1), il giudizio si svolge nelle forme del rito scelto dal danneggiato, salva la possibilità per il giudice di disporre il mutamento del rito *ex artt. 183 bis e 702 ter, comma 3°*, c.p.c.⁵².

Va considerata l'incidenza del principio di riservatezza nel procedimento di mediazione sull'istruzione probatoria nel giudizio «avente il medesimo oggetto anche parziale».

In primo luogo, si estende a tale giudizio il dovere di riservatezza del mediatore e di chiunque abbia prestato la propria opera nell'ambito del procedimento *ex art. 9, d. lgs. 28/2010*, relativo alle «dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo». Ciò è confermato dall'*art. 10, comma 1°*, d. lgs. 28/2010, che esclude l'utilizzabilità in giudizio delle medesime dichiarazioni e informazioni, salvo il consenso della parte dichiarante o da cui le informazioni provengono; sono inoltre inammissibili la prova testimoniale ed il giuramento decisivo aventi ad oggetto il contenuto di tali dichiarazioni e informazioni.

La *ratio* della disposizione è impedire che in sede processuale sia riprodotto, in qualsiasi modo, il contenuto delle informazioni emerse in sede di mediazione. L'ambito di applicazione del divieto va tuttavia precisato.

In primo luogo, il divieto di riproduzione non può tradursi in una limitazione generalizzata del diritto alla prova; per tale motivo alle parti è consentito provare con qualsiasi mezzo di prova i fatti allegati a fondamento della domanda o delle eccezioni, anche quando gli stessi sono già emersi nel procedimento di mediazione⁵³.

Ciò che non può riprodursi in sede giudiziale, nemmeno sotto forma di testimonianza o giuramento, è il fatto che determinate dichiarazioni o

⁵¹ CONSOLO - BERTOLLINI - BUONAFEDE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione» nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., pp. 762 ss.

⁵² Per ulteriori approfondimenti si rinvia a MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pp. 98 ss., e vol. IV, pp. 393 ss.

⁵³ Prospettandosi altrimenti la violazione dell'*art. 24 Cost.*, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 419; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 316.

informazioni siano state rese o acquisite nel procedimento di mediazione⁵⁴.

In secondo luogo, il riferimento alla prova testimoniale e al giuramento decisorio ha posto l'alternativa tra l'interpretazione in senso tassativo o estensivo dell'inammissibilità.

L'interpretazione in senso tassativo dell'indicazione dei mezzi di prova inammissibili *ex art. 10, comma 2°*, d. lgs. 28/2010 deriva da un'esigenza di bilanciamento tra la tutela della riservatezza nell'attività di mediazione e la tutela del diritto alla prova in sede giurisdizionale. Ne deriva che, fatta eccezione per la testimonianza ed il giuramento decisorio, dovrebbero ammettersi i mezzi di prova aventi ad oggetto il contenuto di dichiarazioni ed informazioni acquisite in sede di mediazione; si ritiene ammissibile, a titolo di esempio, l'ordine di esibizione di documenti della cui esistenza la parte sia venuta a conoscenza solo in sede di mediazione o formati eventualmente nel corso del procedimento⁵⁵.

Secondo una diversa opinione, per garantire l'effettività del principio di riservatezza si impone l'interpretazione estensiva dell'inammissibilità *ex art. 10, comma 1°*, d. lgs. 28/2010, relativa a qualsiasi mezzo di prova volto a dimostrare che determinate dichiarazioni o informazioni siano state rese o acquisite nel procedimento di mediazione; oltre all'ordine di esibizione di documenti, l'inammissibilità viene dunque estesa all'interrogatorio formale, finalizzato a provocare la confessione giudiziale, e al deferimento del giuramento suppletorio⁵⁶.

In ogni caso, la violazione del divieto di utilizzabilità, tramite riproduzione in giudizio del contenuto delle informazioni e dichiarazioni acquisite in sede di mediazione, comporta che il giudice non può valutare le stesse al fine di decidere sulla controversia, anche se sono state acquisite tramite un mezzo di prova astrattamente ammissibile in base ai parametri di cui agli artt. 2721 ss. c.p.c.⁵⁷

Il regime dell'inutilizzabilità è peraltro disponibile dalle parti, per cui viene meno se la parte dichiarante o da cui proviene l'informazione presta il consenso all'utilizzazione in giudizio *ex art. 10, comma 1°*, d. lgs. 28/2010. Nel caso in cui il consenso all'utilizzazione non sia manifestato espressamente, sorge il dubbio se il giudice possa rilevare d'ufficio la violazione del

⁵⁴ EAD., *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 316.

⁵⁵ E. D'ALESSANDRO, *Inutilizzabilità ex lege delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione ed accordi processuali sulla prova: convivenza possibile?*, in «Giusto proc. civ.», 2012, pp. 1035 ss.; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 316.

⁵⁶ DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 425 ss.; NELA, *Il procedimento*, cit., p. 291; BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, cit., p. 495.

⁵⁷ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 314; per approfondimenti cfr. MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pp. 288 ss.

divieto di riproduzione⁵⁸.

L'art. 10, comma 2°, d. lgs. 28/2010 completa la disciplina prevedendo che il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto di dichiarazioni e informazioni rese o acquisite nel procedimento di mediazione dinanzi all'autorità giudiziaria o davanti ad altra autorità. Si precisa che la facoltà di astensione e l'opponibilità del segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. e le garanzie di libertà del difensore *ex art.* 103 c.p.p., richiamate dalla disposizione in esame, riguardano ipotesi ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 10, comma 1°, d. lgs. 28/2010, in cui la prova testimoniale è in ogni caso inammissibile.

Da ultimo, va segnalata la questione dell'applicabilità dell'art. 10, comma 1°, d. lgs. 28/2010 alla relazione dell'esperto nominato dal mediatore *ex art.* 8, comma 4°, l. 24/2017.

Come anticipato (v. *supra* § 4.3), l'esperto è tenuto a non divulgare le informazioni acquisite e le dichiarazioni rese nell'ambito del procedimento di mediazione *ex art.* 9, d. lgs. 28/2010⁵⁹. Rigorosamente interpretata, la previsione determina l'inutilizzabilità in giudizio delle informazioni provenienti dal consulente tecnico, acquisite tramite la deposizione testimoniale di questo o la produzione della relazione tecnica redatta in sede di mediazione⁶⁰.

D'altra parte, considerando le esigenze di economia processuale e di riduzione dei costi del processo, è diffuso l'orientamento della giurisprudenza di merito che ammette la produzione della relazione dell'esperto riconducendola alla categoria delle prove c.d. atipiche⁶¹, la cui attendibilità e utilizzabilità sono valutate dal giudice caso per caso⁶².

⁵⁸ Propendono per la soluzione affermativa quanti ritengono che il principio di riservatezza garantisca un'esigenza di carattere generale, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 423; cfr. anche O. DESIATO, *Mediatore, organismi di mediazione, enti di formazione*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, cit., p. 108.

⁵⁹ ID., *Mediatore, organismi di mediazione, enti di formazione*, cit., p. 110; ADORNO, *L'avvocato, il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, cit., p. 170.

⁶⁰ DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 400; ADORNO, *L'avvocato, il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, cit., p. 170; BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., § 4.

⁶¹ Trib. Roma 4 aprile 2016, in <<https://www.mondoadr.it/>>; Trib. Roma 17 marzo 2015, in <<https://www.mcmmediazione.com/>>; Trib. Roma 9 aprile 2015, in <<https://www.iusexplorer.it/>>; Trib. Parma 13 marzo 2015 (ord.) in <<https://www.aequitasadr.eu/>>; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 279; ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 437.

⁶² Per approfondimenti si rinvia a MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pp. 187 ss.

Abstract

Il contributo affronta le principali questioni processuali poste dalla previsione del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda inerente controversie in materia di responsabilità sanitaria, di cui all'art. 8, comma 2°, l. 24/2017.

Nota biografica

Giulia Ricci è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e diritto privato per l'Europa –Diritto processuale civile, presso l'Università degli Studi Roma Tre.

È autrice di pubblicazioni su diverse riviste scientifiche italiane.