

TRIBUNALE di ROMA Sez. XIII°

ORDINANZA

Il Giudice,

dott. Massimo Moriconi

letti gli atti, osserva:

l'Azienda Ospedaliera convenuta ha eccepito la non rituale introduzione della causa (avente ad oggetto responsabilità medico-sanitaria) non preceduta da un idoneo procedimento di mediazione (sotto il profilo che non tutti gli attori avevano introdotto la domanda ex art. 4 del *decr.lgs.28/2010*, e comunque nessuno di essi partecipava personalmente, attesa la sola presenza dell'avvocato delegato).

Ha altresì richiesto la dichiarazione di improcedibilità non ritenendo applicabile la disposizione di cui all'art. 5 co.1 bis sesto periodo della legge, che vale solo per il caso in cui la mediazione non sia stata esperita.

Il giudice ha segnalato (senza esito) all'Azienda la possibilità di rinunciare all'eccezione in prospettiva che in prosieguo e secondo le circostanze, fossero disposti provvedimenti A.S.R.¹ Allo stato, ferma restando tale possibilità se e quando ritenuto opportuno dal giudice, occorre dare atto che la mediazione obbligatoria non è stata esperita ritualmente, perché - presente il solo avvocato munito di delega - è mancata la partecipazione effettiva e personale degli attori, come richiesto dalla giurisprudenza di merito pressoché unanime.

Va considerato che la legge dispone, per la mediazione obbligatoria e demandata, la partecipazione della parte, assistita dall'avvocato² (il che, in *claris non fit interpretatio*, esclude alla radice che possa ritenersi ritualmente instaurato il procedimento di mediazione con la presenza del solo avvocato, sia pure munito di delega del cliente; rimanendo da esaminare la diversa situazione nella quale oltre all'avvocato, vi sia altro soggetto munito del potere di rappresentanza della parte assente di persona)

Il giudice non ammette, per le persone fisiche e salvi casi eccezionali, la rappresentanza della parte, assente di persona, in mediazione (cfr. giurisprudenza costante, ex multis

<https://www.mondoadr.it/giurisprudenza/mediazione-demandata-dal-giudice-necessaria-la-presenza-personale-delle-parti-e-leffettiva-partecipazione-alla-procedura.html>³

A tale conclusione è agevole pervenire attraverso l'interpretazione letterale, sistematica e teleologica del decreto legislativo 28/2010.

Si rinvengono numerosi riferimenti testuali, in tale legge, alle parti.

L'art. 8 primo comma terzo periodo dispone che al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato.

E prosegue, prevedendo che durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento.

L'espressione "parte" potrebbe essere interpretata, ma solo se completamente avulsa dal contesto della legge, in modo anodino e indifferente (parte fisica personalmente presente; ovvero parte fisica non presente ma rappresentata da un terzo).

¹ *Alternative Sentence Resolution*, mediazione demandata art. 5 co.II° *decr.lgs.28/2010* e proposta del giudice ex art. 185 bis

² Art. 8 comma 1 terzo periodo *decr.lgs.28/2010*: *al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato.* 3 Trib. di: Roma - Ordinanza del 27-06-2017 - Giudice: Massimo Moriconi

³ Trib. di: Roma - Ordinanza del 27-06-2017 - Giudice: Massimo Moriconi

Per verificare la praticabilità di tale interpretazione occorre tenere presenti, oltre al dato testuale, ulteriori segmenti logici e normativi che concorrono nella univoca conclusione che la giusta accezione della parola parti (fisiche) è quella che riferita ai soggetti titolari del diritto conteso personalmente presenti

Il mandato (che in ciò si sostanzia il conferimento di rappresentare la parte assente in mediazione), necessita, per la sicurezza del mandante, del mandatario e del terzo, di istruzioni e poteri certi, chiari e ben delineati⁴

Ciò rende assai problematica la difficoltà di ammettere in via generale la rappresentanza della persona fisica in mediazione

In primo luogo per le valutazioni, ponderazioni e scelte del tutto discrezionali e non facilmente preventivabili a monte (cioè fuori e prima della mediazione, in sede di conferimento dei poteri rappresentativi dalla parte assente titolare del diritto) che il soggetto presente si trova ad assumere nel corso degli incontri di mediazione; determinazioni che sono articolate, modificate e influenzate, non secondariamente, dall'atteggiamento delle altre parti coinvolte e dai contributi offerti dal mediatore, ed in definitiva- vero e proprio work in progress - dall'andamento della discussione e delle trattative (ciò è ben noto specialmente a chi conosce e pratica effettivamente la mediazione ed è testimone di quante le volte in cui da un atteggiamento iniziale di totale chiusura si perviene infine all'accordo)

In secondo luogo non può essere trascurata la circostanza che solo la parte conosce realmente e profondamente quali sono i suoi interessi, quali quelli fermi ed irrinunciabili e quali quelli che tali non sono.

Come dire che solo la parte personalmente è portatrice delle necessarie e complete conoscenze degli interessi che muovono il suo agire.

L'eventuale paragone con quanto accade nella causa dove il difensore può essere specificamente dotato di poteri dispositivi⁵ non sequitur: invero elemento fondamentale che distingue la transazione giudiziale dalla più frequente conciliazione in mediazione è l'assenza, in questa procedura, dei limiti segnati, nella sede giudiziale, dalla causa petendi e dal petitum

Si deve pertanto ritenere che la necessaria partecipazione personale, non delegabile a terzo soggetto, salvo casi eccezionali (di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona) che qui non ricorrono non essendo stati neppure adottati, è insita nella natura stessa delle attività da compiere e implicita ed ineludibile

nella corretta interpretazione del *decr.lgs.28/2010* tutto proteso a favorire il raggiungimento di un accordo mediante l'incontro delle parti (personalmente) e la ripresa di un corretto rapporto interpersonale messo in crisi dal conflitto insorto.

Per quanto un delegato (*rectius*: rappresentante), possa avere ricevuto dal mandante istruzioni e poteri per conciliare, rimane insuperabile la circostanza che nessuno, neppure il mandante, può prevedere, *ex ante*, quali saranno, nel corso del procedimento di mediazione e con il contributo del mediatore, gli sviluppi della discussione, quali le proposte, le offerte e le rinunce possibili, le soluzioni ai problemi prospettabili e prospettate, ed in definitiva i passi avanti e indietro, rispetto alle posizioni iniziali, che reciprocamente le parti soltanto - assistite da avvocati convinti dell'utilità di una leale opera di sostegno e promozione della cultura dell'accordo piuttosto di quella, comunque e sempre, dell'antagonismo e conflitto - potranno

⁴ *art. 1711 cc Il mandatario non può eccedere i limiti fissati nel mandato. L'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario se il mandante non lo ratifica.*

art.1398 Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto

⁵ *5 art.84 cpv cpc In ogni caso non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere.*

attuare con piena consapevolezza, essendo solo loro, di persona, a conoscere quali sono i reali interessi di cui sono portatori.

Va considerato peraltro, che la mancanza della presenza personale, è idonea, indirettamente, ad affievolire le possibilità di un accordo, anche per un'altra ragione

Può accadere, ed è accaduto⁶ che una parte non presente in mediazione rinneghi l'accordo raggiunto dall'avvocato che abbia asserito, verbalizzandolo in mediazione, di rappresentarla, domandando l'annullamento del negozio (accordo), con riserva di azione di danni, in separato giudizio, contro l'avvocato.

Va ricordato che l'avvocato non ha un potere generale di autenticare la sottoscrizione di una scrittura privata, qual è di regola una procura, men che meno la procura di un mandato di rappresentanza in mediazione che attinge ad un alto tasso di possibilità di disposizione dei diritti.

Il potere di autenticazione dell'avvocato è circoscritto infatti al solo ambito giudiziario, ed in particolare alla autentica della firma del cliente (art. 83 cpc ..in tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore); anche nel caso in cui avendo il giudice disposto la comparizione personale della parte questa abbia designato un rappresentante che sia a conoscenza dei fatti ed abbia il potere di transigere o conciliare (art.185 cpc)

Cosa consegue da ciò ?

Che una sottoscrizione (di una procura) non autenticata può essere facilmente messa in discussione dal titolare del diritto, assente in mediazione, che non abbia condiviso (o abbia ripensato la convenienza del) l'accordo negoziato e raggiunto in suo nome dal rappresentante. Come pure che il titolare del diritto (rappresentato) potrà anche nel caso in cui non rinneghi tout court la sottoscrizione, contestare al rappresentante un eccesso di delega.⁷

Di tali incertezze sono ben consapevoli: il rappresentante, che sarà prudente e limitato e cauto nelle possibilità di disposizione del diritto la controparte ed il suo avvocato che potranno legittimamente dubitare della duratura efficacia di un eventuale accordo.⁸

Tutti effetti che concorrono a depotenziare l'efficacia del procedimento di mediazione, allontanando l'obiettivo della stessa, cioè il raggiungimento dell'accordo.

Questo quadro dovrebbe rendere del tutto chiaro perché non è pensabile – qualificandosi il contrario come vero e proprio corto circuito acceso nella legge- che il decr. lgs.28/2010 abbia voluto ammettere, come regola generale, la possibilità di rappresentanza della parte fisica in mediazione.

Infine, non coglie nel segno l'obiezione mossa a tale ricostruzione sistematica della presenza della parte in mediazione, che, con reductio ad absurdum, evidenzia che la mancata partecipazione personale del 6 lo stesso giudice che scrive è titolare di un procedimento in corso precisamente di tale contenuto (RG 82171-16)

convenuto potrebbe dilatare sine die la conclusione della procedura di mediazione e quindi l'accesso dell'attore alla giustizia.

In realtà il decr. lgs. 28/2010 distingue la posizione dell'attore da quella del convenuto.

⁶ lo stesso giudice che scrive è titolare di un procedimento in corso precisamente di tale contenuto (RG 82171-16)

⁷ art. 1711 cc *Il mandatario non può eccedere i limiti fissati nel mandato. L'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario se il mandante non lo ratifica*
Il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione.

⁸ Da ciò deriva che per la sicurezza dell'accordo (raggiunto tramite rappresentante della parte assente di persona) sarebbe sempre necessario esigere.... la procura notarile, con le complicazioni (e spese) che ciò comporterebbe.

Solo per l'attore è prevista, per la mediazione obbligatoria e demandata, la sanzione dell'improcedibilità della domanda nel caso in cui non abbia introdotto la procedura di mediazione (o, che è lo stesso⁹, l'abbia gestita in modo gravemente viziato, come nel caso in esame, con la sola partecipazione dell'avvocato; ovvero nel caso di non rispetto del termine assegnato dal giudice per l'introduzione che abbia inciso severamente sulle scansioni temporali che legano mediazione e causa¹⁰; ovvero, nella mediazione demandata, si sia fermato al primo incontro informativo¹¹)

Nel caso in cui sia il (solo) convenuto a non partecipare (o, per quel che interessa in questo contesto argomentativo, a non partecipare ritualmente) alla mediazione gli si applicheranno le sanzioni previste dall'art. 8 co.4 bis del decr.lgs.28/2010, salvo il terzo comma dell'art. 96 cpc; senza che ciò possa impedire di ritenere espletato, ai fini della procedibilità giudiziale della domanda, il procedimento di mediazione.

L'eccezione dell'Azienda Ospedaliera di immediata improcedibilità della domanda, non essendo possibile – a suo dire – che il giudice possa provvedere diversamente, non è condivisibile.

Così come in caso di mediazione obbligatoria non introdotta, il giudice assegna alla parte un termine per farlo ai sensi dell'art. 5 co. 1 bis del decr.lgs. 28/2010¹² nello stesso modo (e per una sola volta) occorre procedere nel caso di espletamento irrituale del procedimento di mediazione

Va quindi assegnato agli attori un termine per introdurre il procedimento di mediazione.

Attesa la ferma eccezione della difesa dell'Azienda sull'eccezione preliminare sollevata, va avvertito che è assolutamente imprescindibile dalla lealtà processuale che si esige, la partecipazione effettiva della stessa, a mezzo dei suoi organi delegati, al procedimento di mediazione obbligatoria

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

Va fissato il termine di gg.15, decorrente dal 23.4.2018, 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 decr.legisl.4.3.2010 n.28; con il vantaggio di poter pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto.

Va evidenziato e ribadito che ai sensi e per l'effetto del comma uno bis dell'art.5 decr.lgs.28/'10 come modificato dal D.L.69/'13 è richiesta l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione, laddove per effettiva si richiede che le parti non si fermino alla sessione

⁹ ..che diversamente ragionando si dovrebbe ammettere, con vera aporia e oltraggio alla legge, che per radicare la condizione di procedibilità sarebbe sufficiente spedire una domanda di mediazione, salvo poi a disinteressarsi completamente ad ogni attività successiva

¹⁰ Sentenza Tribunale di Roma giudice Moriconi 14.7.2016 <http://www.arcadiaconcilia.it/news/126-tribunale-di-roma-sentenza-14-7-2016-istanza-di-mediazione-depositata-oltre-il-termine-dei-15-giorniprevisti-dal-decreto-legislativo-n-28-2010>

¹¹ Sentenza Tribunale di Roma giudice Moriconi 26.5.2016 <http://www.arcadiaconcilia.it/news/117-tribunale-civile-di-roma-sentenza-del-26-05-2016-giudice-massimo-moriconi-materia-lite-di-naturasocietaria-il-giudice-dichiara-improcedibile-la-domanda-per-il-mancato-svolgimento-effettivo-dellamediazione-demandata-dal-giudice>

¹² *Il giudice ove rilevi che la mediazione e' gia' iniziata, ma non si e' conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non e' stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione*

informativa e che oltre agli avvocati difensori siano presenti le parti personalmente; e che la mancata partecipazione (ovvero l'irrituale partecipazione) senza giustificato motivo al procedimento di mediazione demandata dal giudice oltre a poter attingere all' stessa procedibilità della domanda, è in ogni caso comportamento valutabile nel merito della causa. All'udienza di rinvio, le parti, in caso di accordo, potranno anche non comparire; viceversa, in caso di mancato accordo, potranno, volendo, in quella sede fissare a verbale quali siano le loro posizioni al riguardo, anche al fine di consentire l'eventuale valutazione giudiziale della condotta processuale delle parti ai sensi degli artt.91 e 96 III° cpc¹³.

P.Q.M.

a scioglimento della riserva che precede,

DISPONE che le parti procedano al rinnovo, della procedura di mediazione ai sensi dell'art.5 comma 1 bis del decr.lgs.28/2010 ;

INVITA i difensori delle parti a informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4, co.3° decr.lgs.28/2010, e specificamente della necessità di partecipare effettivamente e di persona¹⁴, assistiti dai rispettivi avvocati, al procedimento di mediazione;

INFORMA le parti che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art.5 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; nonché dall'art. 96 III ° cpc;

VA fissato il termine di gg.15, decorrente dal 23.4.2018 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 comma 1 bis dell'art.5 del dec.lgs.28/10.-

RINVIA all'udienza del 13.12.2018 h.9,30 per quanto di ragione.-

Roma lì 12.3.2018 Il Giudice

dott.cons.Massimo Moriconi

¹³ Art.96 III° cpc: *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*

¹⁴ Per le persone giuridiche, pubbliche o private, "di persona" va riferito al soggetto - incaricato da chi è titolare del diritto oggetto della controversia - che ne abbia, ai fini che qui interessano, la rappresentanza, con la possibilità di disporre del diritto nell'ambito dei poteri conferitigli