amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Riflessioni sulla forma della procura "sostanziale" da rilasciare al rappresentante per la mediazione.

di Valeria Verde

(Ricercatrice presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. La procura a sostituire la parte dinanzi al mediatore secondo la disciplina origina-ria. - 2. Perplessità in ordine alla richiamata giurisprudenza. - 3. La nuova disposi-zione. – 4. Una possibile lettura della nuova disposizione. - 5. Considerazioni ri-assuntive. - 6. Una conclusione

Abstract

The Cartabia reform provides for the personal participation of the parties from the first meeting to allow an effective discussion on the dispute. If the parties cannot be present for justified reasons, they have the possibility of being replaced by individuals who are aware of the facts and have the appropriate powers to decide.
The law has not resolved the problem of the form that the power of attorney given to the person delegated by the party to participate in the mediation meeting and possibly reconcile the dispute must take. The author offers a solution to the que-stion.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. La procura a sostituire la parte dinanzi al mediatore secondo la disciplina originaria.

Nel vigore dell'originario d.l. n. 28 del 2010 è sorto il problema di stabilire che forma deve rivestire la procura rilasciata a chi surroga la "personale" presenza della parte dinanzi al mediatore. La questione non ha riguardato l'assistenza tecnica dell'avvocato, ma la necessità che l'attività dinanzi al mediatore si svolga con la presenza "fisica" delle parti interessate, perché soltanto la loro presenza può contribuire a realizzare un dialogo costruttivo, come adombrato nel precedente primo comma dell'art. 8, che si limitava a stabilire: "al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato".

Dalla scarna lettera della norma sono discesi alcuni problemi interpretativi: possono le parti delegare qualcuno affinché li "sostituisca" fisicamente dinanzi al mediatore? Se ciò è possibile qual è la forma necessaria per conferire l'incarico? E di quale incarico si tratta?

Il silenzio del legislatore è stato colmato dai giudici con una giurisprudenza "creativa", come oramai avviene di frequente. A partire dalla ordinanza della Cassazione n. 8473 del 27 marzo 2019[1], l'orientamento dei giudici di merito è stato nel

[1] Commentata in "*Ilprocessocivile.it*", 2019, con nota di V. AMENDOLAGINE, "*Nel procedimento di mediazione per rappresentare la parte assente serve una procura speciale autenticata?*"; in "*Judicium.it*", 2020, con nota di N. GIALLOLONGO, "*Il dibattito giurisprudenziale sui profili processuali del D. lgs. 28/2010: le incertezze interpretative e i dubbi applicativi*"; in "*Questionegiustizia.it*", 2019, con nota di C. GIOVANNUCCI ORLANDI, "*La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*"; in "*Judicium.it*", 2019, con nota di P. LUCARELLI, "*La sentenza della Corte di cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*"; in "*Giur. It.*", 2019, I, 2128, con nota di F. LUISO, "*Mediazione – la mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*", che enfatizza la necessità della partecipazione personale delle parti nella mediazione volontaria ove si tratti di persone fisiche, laddove mostra maggiore apertura nell'ambito della mediazione soprattutto con riferimento a persone giuridiche; in "*Riv. dir. proc.*", 2020, 434, con nota di A. MELLUCCO, "*Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento della condizione di procedibilità nella mediazione*"; in "*Ilprocessocivile.it*", 2019, con nota di R. NARDONE, "*La Suprema Corte si esprime sulla mediazione e più che mai emerge la necessità di un intervento legislativo*"; in "*Diritto&giustizia.it*", fasc. 59, 2019, p. 2, con nota di L. TANTALO, "*Mediazione: anche per la Cassazione le parti devono essere presenti*"; in "*Diritto.it*", 2019, con nota di F. Cuomo Ulloa; in "*Foro It.*", 2019, I, 3250, con nota di D. DALFINO, "*<<Primo incontro>>, comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*" e di A. ZANELLO, "*Cass. 8473/2019: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità*" in Diritto & Giustizia, 2019, fasc. 29, p. 2.

Il caso esaminato dalla Cassazione viene di seguito sintetizzato. Tizio agisce in giudizio contro Caio. Non esperisce il preventivo tentativo di conciliazione. In seguito all'eccezione di Caio, il giudice adito assegna il termine per l'avvio della procedura di mediazione. Avviata la procedura, al primo incontro dinanzi all'organismo partecipano i soli procuratori delle parti. Successivamente essi comunicano al mediatore l'impossibilità delle parti di raggiungere l'accordo stragiudiziale. Agli atti non c'è il verbale di mancata conciliazione. Il processo riprende. Caio eccepisce che la domanda è improcedibile in quanto nel procedimento di mediazione non erano comparse le parti personalmente. Essendo cessata la materia del contendere (per ragioni che qui non rilevano), il processo prosegue per la sola rifusione delle spese processuali. Il Tribunale afferma che la domanda era diventata improcedibile e compensa le spese. Tizio propone appello, assumendo che la mediazione obbligatoria si era svolta, avendo partecipato alla stessa i difensori e avendo egli rilasciato al suo difensore procura speciale (notarile) con la quale gli erano stati conferiti tutti i poteri per definire e trattare questioni giudiziali e

ISSN 2036-7821

senso che alla procedura di mediazione le parti devono essere presenti personalmente, assistite dal difensore[2].

Nel richiamato giudizio definito dalla Corte di Cassazione sono stati affermati principi importanti, sebbene nell'ambito di un procedimento che (sia detto *per incidens*) non meritava di essere sottoposto al vaglio del giudice di legittimità. Infatti, essendo venuta meno la materia del contendere, il Tribunale aveva correttamente dichiarato improcedibili tutte le domande (anche quelle proposte dal convenuto), compensando le spese, così che l'accanimento di una delle parti, nell'impugnare il provvedimento, costituisce un esempio di ingiustificata e criticabile litigiosità.

Nell'ordinanza in esame la Corte di Cassazione si occupa per la prima volta del problema relativo alla sostituzione della parte ai fini del valido esperimento del tentativo di mediazione.

La Corte si dilunga dapprima in considerazioni di tipo sociologico sulla funzione della mediazione e del mediatore, nonché sul ruolo dell'avvocato nel procedimento di mediazione e - dopo avere dichiarato che la Corte non è "*la sede per valutare le probabilità di successo della creazione forzosa di una cultura della mediazione*" - prende atto del fatto che "*il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, perché solo nel dialogo informale e diretto tra parti e mediatore, conta che si*

---

stragiudiziali. La Corte di appello rigetta l'appello. Tizio ricorre per cassazione e la Corte rigetta il ricorso, con le motivazioni di cui si darà conto nel testo.

[2] Tra cui si ricordano Trib. Milano, sezione XIII, 11.6.2019, n. 5605; Trib. Paola, 9.7.2019, n. 8473; Trib. Roma, sez. XIII, 27.6.2019, n. 13630 secondo cui per potenziare l'efficacia del procedimento di mediazione è necessaria, fatte salve ipotesi eccezionali, la comparizione personale delle parti; Trib. Napoli, 18.05.2020, n. 3514; Trib. Pordenone, 7.12.2020, n. 647; Corte di appello di Napoli, sez. II, 29.9.2020, n. 3227; Corte di appello de L'Aquila, sez. I, 15.07.2021, n. 1129. Secondo Trib. Milano, sezione XIII, 02.07.2019, n. 6458, <<*laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare valore alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "la parte interrogata deve rispondere personalmente" e il successivo art. 232 c.p.c. che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio). In considerazione di ciò si deve ritenere che non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore, con la conseguenza che la parte (in particolare, la parte che intende iniziare l'azione, ma identico discorso vale per la controparte), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente a un incontro di mediazione, possa farsi sostituire da una persona a sua scelta e quindi anche – ma non solo – dal suo difensore. Affinché sia possibile validamente delegare un terzo alla partecipazione delle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto*>>. Trib. di Bologna, sez. III, 29.9.2021, sentenza ex art. 281 *sexies* c.p.c. R.G. n. 20525/2019; Trib. Napoli, sez. II, 10.02.2022, n. 1488 ha precisato che <<*in tema di mediazione, seppur vero che la normativa preveda la comparizione personale delle parti, unitamente ai rispettivi legali, al primo incontro con il mediatore ciò non sta a significare che tale comparizione possa essere delegata al proprio legale, non trattandosi di attività strettamente personale. L'eventuale scelta di delegare un soggetto (anche il proprio legale) a comparire in propria vece innanzi al mediatore, per scelta o per impossibilità a comparire, non può essere valutata negativamente per la posizione del soggetto*>>.

ISSN 2036-7821

possa trovare quella composizione degli opposti interessi satisfattiva al punto da evitare la controversia ed essere più vantaggiosa per entrambe le parti"[3].

Tuttavia, la Corte –nel precisare la ratio della comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore - riconosce che ciò non comporta che tale attività non sia delegabile. Infatti, "*in mancanza di una previsione in tale senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri*". La parte può scegliere a tal fine una qualsiasi persona di sua fiducia e, quindi, anche il difensore. E' chiaro che, in tal caso, debba essere conferita al difensore una procura sostanziale.

Di qui la seguente affermazione: "*Se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore*". Questo è il passaggio-chiave della motivazione, dal quale seguono i corollari, che, interpretati alla luce della recente riforma, si possono così riassumere: a) nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal d. lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore; b) nella comparizione obbligatoria davanti al mediatore la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché dotato di apposita procura speciale "sostanziale", avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto; c) la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata <se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione> (art. 5, comma 4).

C'è, a ben vedere, nella motivazione della Corte di cassazione, qualcosa che desta perplessità.

In primo luogo, va considerato che la questione non riguarda il compimento di atti che impegnano l'autonomia delle parti, ma la semplice partecipazione "personale" ad una riunione alla quale si deve assicurare la possibilità di un dialogo costruttivo.

[3] Tra i precedenti giurisprudenziali, secondo cui è necessaria la partecipazione al procedimento della parte e del difensore, si ricordano: Trib. Firenze, 23 novembre 2016; Trib. Mantova, 25 ottobre 2016; Trib. Modena, 2.6.2016 (ord); Trib. Roma, 29 settembre 2016; Trib. Vasto, 23 aprile 2016; Trib. Vasto, 6 dicembre 2016; Trib. Roma, 29 settembre 2016, n. 18361; Trib. Vasto, 17 dicembre 2018. Secondo Trib. Vasto, 9 marzo 2015 e Trib. Pavia, 9 marzo 2015, la partecipazione della parte durante il procedimento di mediazione è un'attività personalissima, non delegabile. Quindi, in caso di delega al difensore, la successiva domanda giudiziale è improcedibile, non essendo stata soddisfatta la condizione di procedibilità. In senso contrario rispetto alla soluzione della Cassazione: Trib. Firenze, 8 maggio 2019, in *adrnotariato.org*; Trib. Roma 27 giugno 2019, *in altalex.com* e, in precedenza, Trib. Firenze, 26 novembre 2014, in Riv. *Dir proc*., 2015, 588, con nota di RAITI, "*Il primo incontro di mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d.leg. 4 marzo 2010, n. 28*; in Giur. It, 2015, 641, con nota di Benigni, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*.

ISSN 2036-7821

Se, dunque, il problema riguardasse l'assistenza tecnica, l'art. 4 (precisava e) precisa che tra l'avvocato e il cliente deve essere formato un contratto che va inserito in un documento da depositare; così stabilendo la necessità della scrittura, ossia inserendo questo contratto tra quelli per i quali è necessaria la forma scritta (ex art. 1350 c.c.). Se, invece, il problema riguardasse la conclusione di accordi transattivi, facendo riferimento agli artt. 1392 c.c. e 1967 c.c., si dovrebbe ritenere che la procura deve essere conferita nella forma che è prevista per il negozio transattivo con cui si pone fine al procedimento. Ed infatti di ciò la Corte è ben consapevole, quando ammette che la parte ben può decidere di farsi sostituire da un proprio "rappresentante sostanziale", eventualmente anche dallo stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché però sia dotato di "apposita procura sostanziale".

E' verosimile ritenere che la Corte, con l'aggettivo "sostanziale", che non trova specifico riscontro nella legge, abbia voluto contrapporre tale procura alla procura autenticata dall'avvocato medesimo, che ha natura processuale[4]. Orbene, fermo che nei casi in cui la mediazione è prevista come condizione di ammissibilità, l'assistenza dell'avvocato è necessaria e che a tal fine la parte deve stipulare un contratto scritto con il difensore; fermo che, se si devono assumere impegni negoziali definitivi o da perfezionare con atti pubblici successivi, la parte può delegare soltanto nelle forme richieste per tali negozi, è evidente che la cd. procura "sostanziale", di cui parla la Corte di cassazione, ha per oggetto il semplice incarico a partecipare a una o a più discussioni nelle riunioni preliminari che si svolgono dinanzi al mediatore. Che questo incarico debba essere dato con un atto "autenticato" da un pubblico ufficiale finisce con l'essere una "creazione" della giurisprudenza, la quale, non potendo affermare – come ammette - che si tratta di attività non delegabile (*recte*: non surrogabile), introduce forme che implicano una sorta di raccomandazione alla parte di valutare l'importanza della sua presenza personale che non è facilmente sostituibile. Del resto quando la legge impone alla parte di essere presente personalmente nel processo, lo fa non perché manchi chi la rappresenti (e all'avvocato munito di procura possono ben essere conferiti anche poteri "sostanziali"), ma proprio perché vuole imporre la partecipazione "fisica", che non ritiene -in quel caso- surrogabile.

[4] Inoltre, secondo la richiamata pronuncia della Cassazione la condizione di procedibilità poteva ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore qualora una o entrambe le parti, dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, avessero comunicato la propria indisponibilità di procedere oltre. Sotto tale specifico profilo, in ordine alla formulazione dell'art. 8 antecedente alla riforma avvenuta con d.lgs 149/2022, si vedano i commenti di DALFINO, *"Primo incontro", comparizione personale delle parti, effettività della* mediazione, in Foro It., 2019, I, 3261; RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28*, in Riv. Dir. proc., 2015, II, 564 ss.; REALI, *La mediazione come condizione di procedibilità della domanda tra dubbi interpretativi e incertezze applicative*, in *Giusto processo civile*, 2015, p. 979 ss.

ISSN 2036-7821

2. Perplessità in ordine alla richiamata giurisprudenza.

Negli indirizzi della Corte di Cassazione parrebbe adombrarsi una preoccupazione: se la partecipazione personale è funzionale per il corretto funzionamento dell'istituto, non è possibile affidarsi alla determinazione delle parti, ma occorre costringerle (direttamente o indirettamente) ad essere presenti. In altre parole bisognava porre un "divieto" alla parte che non vuole partecipare personalmente al procedimento ed impedire che il difensore, per la sua posizione di fiduciario, possa sovrapporsi indebitamente alla parte. Infatti, secondo la Cassazione, non soddisfano i requisiti richiesti dalle norme sulla mediazione né la procura alle liti, ancorché in forma di procura notarile, né la procura autenticata dal difensore poiché "*il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore*". Anche se il principio di diritto formulato dalla Corte si limita a prevedere la "procura sostanziale", senza imporre alcuna forma, nella motivazione, invece, sembra che venga richiesta una procura notarile che conferisca al procuratore il potere di transigere e conciliare. La Corte non chiarisce da dove nasca l'esigenza di avere una procura notarile[5]. Se volessimo seguire il ragionamento svolto dalla Cassazione nella citata ordinanza n. 8473/2019, dovremmo ritenere che, affinché la delega rilasciata al rappresentante sia valida, la parte deve conferire tale potere a un terzo a sua scelta - che potrebbe anche essere il difensore - purché "*mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto*". Sembra che la Corte abbia ingiustificatamente sovrapposto la mediazione al processo così estendendo alla mediazione un'esigenza propria del processo, nel quale la parte deve partecipare con l'intermediazione necessaria del difensore, sussistendo esigenze di certezza che non possono essere messe a rischio[6]. Di conseguenza, nel processo si è reso necessario che

[5]<<*E' evidente che così ritenendo il conferimento della procura comporterebbe significativi oneri aggiuntivi per la parte che potrebbe essere indotta a partecipare personalmente (così raggiungendo indirettamente l'effetto di favorire quel contatto immediato tra parti e mediatori che la stessa Corte ritiene fondamentale per la riuscita della mediazione); questa lettura potrebbe avere implicazioni rilevanti anche per il mediatore e per l'organismo che, nel caso di rappresentanza, dovrebbero non solo verificare forme e contenuti della procura (in fase di avvio e ovviamente anche di conclusione della mediazione) ma anche sollecitare eventuali integrazioni, rinviando il procedimento tutte le volte in cui la partecipazione di una o entrambe le parti non fosse regolare*>> CUOMO ULLOA, cit..

[6] Sotto tale profilo, si ricorda quanto chiarito dalla Corte di appello di Milano nella sentenza del 7 giugno 2017, n. 2515. Si riportano gli importanti passaggi motivazionali della citata sentenza che chiariscono la profonda differenza che corre tra processo e mediazione e l'impossibilità di creare indebite sovrapposizioni <<*Questa Corte dunque è chiamata a decidere se il mancato rispetto del termine di 15 giorni assegnato dal giudice per avviare il tentativo di mediazione, alla stregua della legge sulla mediazione processuale, possa ritenersi equivalente al mancato tentativo di mediazione nei casi in cui esso sia previsto come obbligatorio, situazione quest'ultima- che certamente determina l'improcedibilità del giudizio ordinario. 10. Rispetto a tale evenienza, la Corte rileva come il termine assegnato dal giudice corrisponda a quello di quindici giorni indicato dalla legge nell'art. 5 del d.lgs 28/2010 senza alcuna indicazione del carattere perentorio del medesimo. Quindi, considerando che il tentativo di mediazione è stato comunque esperito (con esito negativo),*

ISSN 2036-7821

la procura al difensore sia certa e si è reso l'avvocato garante di tale certezza, conferendogli un potere di certificazione dal momento che viene investito di una funzione di natura pubblicistica.

Questo eccezionale potere di certificazione non si estende al procedimento di mediazione. Nella mediazione la procura permette a un soggetto delegato dalla parte di partecipare ad un procedimento stragiudiziale, dove si svolge attività di diritto privato, con il potere di conciliare, così che la stessa deve essere rilasciata con atto autonomo, secondo le norme del codice civile.

---

il giudice avrebbe dovuto rilevare che la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale si era in ogni caso avverata, sebbene con ritardo rispetto al termine (ordinatorio) inizialmente assegnato. Ed infatti, il termine di quindici giorni non appare corrispondere a un termine processuale cui applicare il disposto di cui all'art. 154 c.p.c.. Lo spirare di tale termine, invero, non avrebbe neanche dovuto condurre il giudice a ritenere necessaria una richiesta di proroga del termine, una volta fosse inutilmente spirato, circostanza che avrebbe avuto come effetto (questo sì paradossale) di allungare ulteriormente i termini di espletamento del tentativo di mediazione. Difatti il procedimento di mediazione costituisce una parentesi (giustappunto un'alternativa) del procedimento ordinario; e non può ritenersi come un'appendice di quest'ultimo, certamente sottoposto a più rigorose regole endoprocessuali. 11. Invero, nessuna norma della legge in esame attribuisce allo spirare di quel termine un effetto preclusivo dell'attività di mediazione come, viceversa, affermato dal primo giudice. Lo stesso principio di effettività dei diritti, immanente al diritto di accesso alla giustizia cui si conforma la legge sulla mediazione, imporrebbe di non considerare come penalizzanti termini che la legge non definisce come perentori, e che chiaramente si devono definire come regolatori degli interessi in gioco. Nella normativa in esame, invero, l'unico termine perentorio stabilito dalla legge (v. art. 6, comma 1, d.lgs. n.28 del 4.3.2010, come modificato dalla L. n. 98 del 9.8.2913), è riferito al termine di sospensione di tre mesi del giudizio che il giudice non potrebbe superare per consentire l'espletamento del tentativo di mediazione, sia esso obbligatorio che demandato dal giudice (v. art. 6 " 1. il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi. 2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del sesto o del settimo periodo del comma 1-bis dell'articolo 5 ovvero ai sensi del comma 2 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale"). Sempre secondo la legge, l'esperimento del tentativo di mediazione vale come condizione di procedibilità dell'azione, la quale a sua volta non è sottoposta ad alcun termine se non a quello ordinario previsto eventualmente dalla legge (v. prescrizione o decadenza processuale prevista in caso di opposizione a decreto ingiuntivo). Pertanto sarebbe del tutto incoerente ritenere che un termine riferito al particolare e alternativo procedimento di mediazione possa incidere così pesantemente sui diritti processuali delle parti… 13. In conclusione, si deve assumere che nel procedimento de quo, nonostante il tentativo di conciliazione sia stato espletato, il giudizio ordinario di opposizione al decreto ingiuntivo sia stato erroneamente dichiarato improcedibile, da parte del giudice di primo grado, sul rilievo dello spirare di un termine per l'attivazione del procedimento di mediazione che non è previsto dalla legge come processuale, posto che il procedimento di mediazione non è assimilabile al procedimento ordinario e costituisce uno strumento di risoluzione delle liti alternativo al procedimento ordinario e giurisdizionale. Sicché, la mancata osservanza di un termine finalizzato a regolare un procedimento alternativo a quello giurisdizionale, non potrebbe certamente avere effetti processuali regolati da norme riferibili solo al procedimento ordinario e, tanto meno, essere interpretata alla stregua di un mancato avveramento di una condizione di procedibilità dell'azione, con definitiva compressione del diritto d'azione costituzionalmente protetto. 14. Un'interpretazione di diverso senso, difatti, aprirebbe un vulnus nella stessa legge di mediazione di derivazione comunitaria che, se nella versione nazionale scelta dal legislatore interno ha previsto come obbligatorio il tentativo di mediazione nella fase preliminare di alcuni contenziosi civili, come imprescindibile condizione di procedibilità, rimane pur sempre una disciplina orientata a incentivare soluzioni delle controversie pacifiche e alternative alla giurisdizione, senza eccessiva compromissione del diritto di agire, il quale non potrebbe essere impedito frapponendo ulteriori ostacoli temporali o decadenze processuali incompatibili con il principio del giusto processo e con il diritto di libero accesso alla giustizia, di matrice costituzionale e convenzionale (v. art. 24 Cost. e art. 6 Convenzione dei diritti dell'Uomo). 15. Per tale motivo, la Corte ritiene che nel caso specifico non possa operare la causa di improcedibilità ravvisata d'ufficio dal giudice, rendendosi necessario riformare in questo punto la sentenza impugnata. Conseguentemente, il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in esame, essendo stato inutilmente esperito il tentativo di mediazione previsto come obbligatorio dalla legge, deve essere considerato procedibile…>>.

ISSN 2036-7821

L'imposizione della forma, quindi, nasconde un problema di sostanza: secondo la Corte - si ripete -è necessario che si "obblighi" la parte a intervenire personalmente.

3. La nuova disposizione.

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, (G.U. n. 38 L. del 17 ottobre 2022), di "attuazione della legge 2l6 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata", è intervenuto, accogliendo le indicazioni della Corte. Ha modificato l'art. 8, comma 4, d. lgs. 28/2010, disponendo la necessità di prevedere la partecipazione personale delle parti oppure la possibilità di delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. L'attuale formulazione dell'art. 8, comma 4, è la seguente: <<*Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione. In presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale*>>.

La modifica normativa ha apportato un correttivo al procedimento di mediazione con l'intento di rafforzarne l'efficacia: in primo luogo è stata prevista sin dal primo incontro la partecipazione personale delle parti per consentire un confronto effettivo sulla controversia; inoltre, il primo incontro dà la possibilità di entrare subito nel vivo della questione per raggiungere un accordo di conciliazione. Esso, quindi, non è più un incontro dedicato esclusivamente all'esposizione del significato della mediazione e del suo funzionamento: si è compreso che si trattava di chiarimenti che costituivano un inutile appesantimento della procedura soprattutto nei casi in cui le parti sono assistite dai difensori, per cui è verosimile ritenere che le parti abbiano già ricevuto tutte le informazioni necessarie per comprendere l'attività da svolgere durante il procedimento di mediazione e i possibili vantaggi offerti dalla mediazione rispetto al processo. Peraltro, qualora non possano essere presenti per giustificati motivi, le parti hanno la possibilità di farsi sostituire da soggetti a conoscenza dei fatti e dotati degli opportuni poteri di decidere[7].

Si è detto che la disposizione ha lasciato aperta la questione della forma che deve rivestire la procura rilasciata al soggetto delegato dalla parte per partecipare

[7] CALIFANO, *L'ennesima riforma del sistema di mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *www.ildirittoprocessualecivile.it*, 19 gennaio 2023, p. 102 ss.

ISSN 2036-7821

all'incontro di mediazione e conciliare eventualmente la controversia[8], in quanto la precisazione contenuta nell'art 8, comma 4 (secondo cui <*ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale*>), non è idonea a risolvere il problema. Ad avviso di chi scrive sembra, invece, che la norma abbia voluto risolverlo e che lo abbia fatto in maniera da indurre una riflessione.

[8] Non ha dubbi sulla soluzione TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Questione Giustizia*, 1/2023, p. 220, per il quale <Sebbene sia stata persa l'occasione per chiarirlo una volta per tutte *apertis verbis*, codesta "procura sostanziale", cioè *ad negotia* e non *ad mediationem tantum*, non dovrà essere autenticata da notaio (eccezion fatta quando la mediazione verta su beni immobili, dovendosi trascrivere nei registri immobiliari l'eventuale accordo conciliativo munito di autentica notarile, in ossequio alle norme vigenti in materia di trascrizioni), ma potrà essere rilasciata anche nelle forme di cui all'art. 185 cpc, con firma autenticata dal difensore, eventualmente nominando se stesso quale rappresentante abilitato a transigere e conciliare la controversia, purché messo compiutamente a parte e a conoscenza dei fatti di cui si discute, non potendosi certo rendere le forme da adottare nel contesto della mediazione più gravose di quelle che s'adoprano nel processo, nonostante l'insana passione di proceduristi e "tuzioristi" d'ogni genere e sorta nell'imporre stringenti regole formalistiche, forgiando cavilli procedurali degni della proverbiale lana caprina>>. Al riguardo, Tedoldi richiama Trib. Genova 15 febbraio 2022, n. 393, che ha affermato l'insufficienza della procura speciale sostanziale da parte del cliente in favore del proprio avvocato, priva di autentica notarile; Trib. Parma, 10 ottobre 2022, n. 1139 e Trib. Milano, 4 ottobre 2021, n. 7980, che fraintendendo alcuni passaggi motivazionali della pronuncia della S.C. n. 8473/2019 (di cui *infra*) hanno sostenuto la necessità del rilascio al rappresentante sostanziale della procura notarile.

In aggiunta ai precedenti ricordati dall'Autore, si ricordano Trib. Milano, sezione XIII, 11.6.2019, n. 5605; Trib. Paola, 9.7.2019, n. 8473; Trib. Roma, sez. XIII, 27.6.2019, n. 13630 secondo cui per potenziare l'efficacia del procedimento di mediazione è necessaria, fatte salve ipotesi eccezionali, la comparizione personale delle parti; Trib. Napoli, 18.05.2020, n. 3514; Trib. Pordenone, 7.12.2020, n. 647; Corte di appello di Napoli, sez. II, 29.9.2020, n. 3227; Corte di appello de L'Aquila, sez. I, 15.07.2021, n. 1129. Secondo Trib. Milano, sezione XIII, 02.07.2019, n. 6458, <<*laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "la parte interrogata deve rispondere personalmente" e il successivo art. 232 c.p.c. che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio). In considerazione di ciò si deve ritenere che non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore, con la conseguenza che la parte (in particolare, la parte che intende iniziare l'azione, ma identico discorso vale per la controparte), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente a un incontro di mediazione, possa farsi sostituire da una persona a sua scelta e quindi anche – ma non solo – dal suo difensore. Affinché sia possibile validamente delegare un terzo alla partecipazione delle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto*>>. Trib. di Bologna, sez. III, 29.9.2021, sentenza ex art. 281 *sexies* c.p.c. R.G. n. 20525/2019; Trib. Napoli, sez. II, 10.02.2022, n. 1488 ha precisato che <<*in tema di mediazione, seppur vero che la normativa preveda la comparizione personale delle parti, unitamente ai rispettivi legali, al primo incontro con il mediatore ciò non sta a significare che tale comparizione possa essere delegata al proprio legale, non trattandosi di attività strettamente personale. L'eventuale scelta di delegare un soggetto (anche il proprio legale) a comparire in propria vece innanzi al mediatore, per scelta o per impossibilità a comparire, non può essere valutata negativamente per la posizione del* soggetto>>.

Sul punto afferma LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo nel D. lgs 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in *Judicium*, 2022, che <<*Sarebbe stato utile chiarire una volta per tutti anche i requisiti formali della procura, tema su cui si sono confrontati, nella prassi, gli orientamenti più svariati, in relazione alla necessità di poter accertare che il conferimento della stessa sia effettivamente ascrivibile al rappresentato; di qui la paventata necessità, secondo l'orientamento più rigorista, che essa fosse rilasciata mediante scrittura privata autenticata o procura notarile…*>>.

ISSN 2036-7821

4. Una possibile lettura della nuova disposizione.

Il problema è stato mal posto nel passato e oggi si rischia di perpetuare l'equivoco. Ciò che si legge nel quarto comma dell'art. 8 dovrebbe essere da guida: altro è la "conoscenza dei fatti" altro sono "i poteri per comporre una lite". Chi porta dinanzi ai mediatori o ai giudici la conoscenza dei fatti non usa poteri, ma offre strumenti perché il mediatore e il giudice si orientino nella ricerca della giusta soluzione (conciliativa o giudiziale). Viene a mente la differenza che la giurisprudenza pone tra il "nuncius" e il rappresentante. Il primo non spende poteri[9]. Di conseguenza per chi deve partecipare alla "discussione" dinanzi al mediatore, l'unico problema è quello di rendere quest'ultima proficua. La conferma sta proprio nella disposizione in esame. Se fossimo dinanzi a un problema di "forma" della procura (o dell'atto di conferimento dell'incarico), non avrebbe senso stabilire che la "sostituzione" può essere disposta se c'è una valida causa giustificatrice. Ha un senso perché non si tratta di compiere "atti" di tipo negoziale, ma di partecipare a una "discussione".

La riforma -che ha accolto una raccomandazione della Corte di cassazione- non aveva, insomma, il compito di risolvere un problema di forma. Si è preoccupata di stabilire un obbligo di partecipazione. In tal senso, sembra avere stabilito un legame tra l'obbligo di partecipazione alle riunioni e il conferimento di validi poteri per comporre bonariamente la controversia. Se così fosse, la parte potrebbe farsi sostituire nella partecipazione soltanto allegando (e provando) giustificati motivi. Sarebbe soltanto da chiedersi se, in questo caso, sia possibile dare al terzo il solo incarico di partecipare alla riunione senza conferirgli alcun mandato a compiere atti negoziali. Se la disposizione va intesa come necessità che alla "sostituzione" debba accompagnarsi anche il potere "necessario per la composizione della controversia", il problema della forma è risolto sulla base dell'art. 1392 c.c., per cui la forma dell'atto pubblico sarà necessaria soltanto se la composizione della lite richieda che sia formato un atto pubblico.

Se tali considerazioni fossero da condividere, ci sarebbe da chiedersi cosa succede se la parte non partecipa alla riunione personalmente, ma non allega un "giustificato motivo" per il quale ha dato ad altri il potere di sostituirlo o non ne dà prova, per la semplice ragione che non intende partecipare.

Si può fare strada il dubbio che a distanza di tempo la parte, che ha interesse a frapporre impedimenti all'interno del processo, contesti che la mancata partecipazione fosse giustificata e, quindi, chieda che il giudice annulli l'attività processuale svolta, perché il processo è andato avanti benché vi fosse una ragione di improcedibilità. E' un rischio che si corre; ed è un rischio non meno serio di quello

[9] Cass., 14.02.2014, n. 3433, di cui si riporta la massima <<*assume la veste di nuncio, e non di rappresentante, colui il quale si limiti ad informare il proponente dell'avvenuta accettazione della sua proposta contrattuale, a nulla rilevando che tale informazione non contenga le generalità del contraente effettivo, se il proponente sia comunque in grado di identificarlo*>>, in *Diritto & Giustizia*, con nota di BRUNO.

ISSN 2036-7821

rappresentato dalla necessità di essere muniti di procura "sostanziale", pretesa e ritenuta rilevante dai giudici. E' un rischio che si corre quando si eleva a rango di requisito di "forma" un determinato comportamento; così si finisce per trattare una comportamento "non dovuto" da contrastare attraverso sanzioni in ipotesi di nullità, inammissibilità o improcedibilità, e, quindi, che colpiscono non il comportamento, ma lo stesso processo.

A tal fine è opportuno ricordare che l'art. 12-*bis* d.lgs. n. 28/2010 (in una formulazione che, peraltro, già preesisteva) stabilisce le conseguenze della mancata partecipazione delle parti senza giustificato motivo al primo incontro in qualsiasi tipo di mediazione (obbligatoria, demandata dal giudice, contrattuale o volontaria), prevedendo che il giudice possa (soltanto) desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, co. 2 c.p.c.[10]

Questo richiamo induce a mitigare l'enfatizzazione della necessaria partecipazione delle parti al procedimento. Il legislatore può favorire la partecipazione personale delle parti e la può incentivare, ma non può obbligare le parti ad essere presenti[11]. In

[10]<<…gli argomenti di prova hanno una funzione esornativa e di abbellimento dell'*intime convinction* giudiciale di cui al primo comma dell'art. 116 cpc, ben più che un'effettiva rilevanza giuridica e processuale>>, TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, cit., p. 222; l'art. 12-*bis*, comma 2, recita che <<*quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio*>>.

[11]Sotto lo specifico profilo esaminato si rinvia ai rilievi sulla riforma della mediazione contenuta nella legge delega 26 novembre 2021, n. 206 svolti da M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, in *Judicium.it*, 2022. In particolare l'A. sottolinea che <<*le proposte di riforma avanzate negli ultimi anni hanno cercato in vario modo di accrescere la partecipazione alla mediazione. La commissione Alpa aveva proposto di imporre esplicitamente lo svolgimento della mediazione effettiva al fine di soddisfare la condizione di procedibilità, stabilendo che alla fase informativa seguisse l'inizio della trattativa senza soluzione di continuità. La legge delega, recependo le proposte della commissione Luiso, adotta invece una diversa linea d'azione, prevedendo di "riordinare le disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura di mediazione nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione" (comma 4, lettera). Le conseguenze in questione, a mio parere, non possono riguardare l'avveramento della condizione di procedibilità per svariate ragioni: - la norma fa riferimento allo svolgimento della procedura e non alla sua obbligatorietà; - la legge delega non consente di sopprimere la facoltà delle parti, al termine della fase informativa del primo incontro, di esprimersi sull'avvio della mediazione vera e propria; - nel contempo, il comma 4, lettera c, prevede per le nuove materia soggette alla condizione di procedibilità che quest'ultima si considera avverata se il primo incontro si conclude senza accordo…Il comma 4, lettera e, consente quindi unicamente una revisione delle sanzioni – eufemisticamente definite "conseguenza" – per la mancata partecipazione oggi contenute all'art. 8 del d. lgs. 28/2010 e non il modo di soddisfare la condizione di procedibilità*>>; e sulla possibilità della parte di nominare un rappresentante in sostituzione munito di procura notarile aggiunge che <<*Il d. lgs. 28/2010 tuttavia non detta al riguardo alcun requisito formale, né i giudici di legittimità hanno chiarito se e per quale ragione occorra, ad esempio, una scrittura privata autenticata. Nel silenzio della legge, quindi, la procura deve avere la stessa forma prevista per l'accordo che si deve concludere (art. 1392 c.c.), ossia quella scritta (art. 11, d.lgs. 28/2010). La pronuncia della suprema corte, pur essendo a mio avviso condivisibile, ha messo in luce come il d. lgs. 28/2010 non assicuri con sufficiente forza – anzi, non assicuri affatto – la partecipazione personale delle parti, il che riduce l'efficacia conciliativa dell'istituto, fondato sulla riapertura del dialogo, di un canale di comunicazione tra le parti. La Commissione Luiso e il Parlamento poi hanno ritenuto necessario intervenire: il comma 4, lettera f, della legge delega consente di nominare un rappresentante munito dei poteri per conciliare solo in presenza di giustificati motivi e purché questi sia a conoscenza dei fatti. La norma prosegue stabilendo che anche le*

ISSN 2036-7821

altri termini, il legislatore non impone, ma onera le parti (soprattutto chi vuole iniziare il giudizio) ad essere presenti personalmente. E lo può fare – per questo motivo è un onere - in quanto fa leva sul suo interesse ad iniziare il processo. Non sembra, infatti, che il caso in cui la parte si faccia "sostituire" senza giustificate ragioni possa dare luogo a conseguenze diverse da quelle previste per il caso in cui la parte neppure si presenti davanti al mediatore.

5. Considerazioni riassuntive.

La mediazione è un procedimento che si svolge fuori dal processo, dotato di propria autonomia. La parte può presentare al mediatore atti a sua firma senza bisogno di autenticazione (come risulta dall'art. 4, comma 1 d.lgs. n.28 del 2010); il difensore partecipa al procedimento con una funzione di semplice assistenza (art. 8, comma 5)[12]; non c'è bisogno di alcuna certificazione da parte del difensore, dal momento che il mediatore è garante dell'identificazione della parte che ha chiesto direttamente, e senza necessità di intermediazioni, l'avvio del procedimento; in ipotesi di raggiungimento dell'accordo conciliativo, il verbale conclusivo della mediazione deve essere sottoscritto <<dalle parti, dai loro avvocati e dagli altri partecipanti alla procedura nonché dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere…>> (art. 11, comma 4).

Al procedimento di mediazione, in luogo della parte, può partecipare un delegato a conoscenza dei fatti di causa e munito dei poteri necessari per raggiungere un accordo di conciliazione; <<ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale>> (art. 8, comma 4).

Secondo l'attuale formulazione dell'art. 8, comma 4 d.lgs. cit. la procura che la parte deve rilasciare al terzo per consentirgli di partecipare alla mediazione si sostanzia non solo in un mandato a gestire atti, ma deve contemplare anche la possibilità di conciliare la lite. Di conseguenza, se l'oggetto della mediazione riguarda la conclusione di un accordo di uno degli atti elencati nell'art. 1350 c.c., per i quali la legge prescrive la forma scritta *ad substantiam*, la procura dovrà avere necessariamente la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 1350 c.c., non si vede il motivo per cui il terzo non possa partecipare validamente al giudizio munito di semplice procura scritta rilasciata dalla parte senza l'obbligo di osservare particolari formalità.

Stando a quanto previsto dall'art. 8 comma 4, il mediatore può chiedere, ove necessario, al rappresentante di dichiarare i poteri di rappresentanza, lasciandone traccia nel verbale. Quindi, a meno che non sia previsto dal regolamento

persone giuridiche e gli enti devono partecipare mediante rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e in grado di concludere l'accordo>>.

[12] CALIFANO, cit., p. 141.

ISSN 2036-7821

dell'organismo di mediazione, il rappresentante non è tenuto a depositare la procura notarile, potendosi limitare a dichiarare di partecipare alla mediazione in nome e per conto della parte; dovrà giustificare i suoi poteri qualora il mediatore lo ritenga necessario, situazione che potrebbe verificarsi proprio in occasione della conciliazione della controversia. Potrebbe verificarsi anche la situazione in cui l'accordo sia concluso con un rappresentante privo di procura scritta o di valida procura scritta (perché non rispondente ai crismi previsti dall'art. 1350 c.c.). C'è da chiedersi se in tale situazione l'accordo raggiunto sia valido. Sovviene in proposito l'art. 1399 c.c., così che sarà sempre possibile per il falso rappresentato ratificare l'operato svolto dal *falsus procurator*, osservando le forme prescritte per la conclusione dell'accordo, e sempre che le parti contraenti non decidano di risolvere il contratto prima della ratifica.

6. Una conclusione.

La Corte di Cassazione ha adoperato il ricorso come l'occasione per intervenire su questioni nuove, avvertendo l'esigenza di evitare che il procedimento di mediazione - da strumento deflattivo animato dall'idea di evitare contenziosi il cui costo complessivo (per le parti e per la collettività) è superiore ai benefici che i litiganti potrebbero ricavarne - degeneri in uso strumentale per complicare il processo e porre ostacoli. Le osservazioni della Corte hanno indotto il Legislatore a intervenire prevedendo espressamente la partecipazione personale delle parti, assistite dai loro difensori ovvero la partecipazione di un rappresentante, munito di apposita procura, eventualmente rilasciata agli stessi difensori. Il Legislatore ha così introdotto una sorta di (non coercibile) obbligo di partecipazione personale. Resta il timore che chi voglia porre ostacoli a una giustizia già molto lenta possa speculare insistendo su conclusioni basate su un rigoroso ed eccessivo formalismo, traendo argomenti favorevoli proprio dalla pronuncia della Cassazione n. 3250/2019. Satta[13] ha insegnato

[13] S. SATTA, Il formalismo nel processo, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, 1958, p. 1141 e ss. ove si legge <<*Formale e formalistico sono termini che non hanno nulla in comune. Disgraziatamente la povertà del linguaggio riconduce l'uno e l'altro all'idea di forma, ma è chiaro che questa parola è usata in due sensi completamente diversi ed opposti: l'uno è quello scolastico di essenza di una cosa, il senso di Dante (<<e questo è forma – che l'universo a Dio fa simigliante>>: Par. III, 79 ecc.); l'altro, è quello empirico di esteriorità a cui non corrisponde nessuna essenza…Il formalismo comincia dove il diritto finisce. Esso rappresenta veramente una frattura dell'esperienza giuridica: al posto dell'esperienza e del suo libero movimento si pone una falsa esperienza, cioè l'immobile vuoto, che si tratta come cosa salda, modellandolo in forme che essendo forme del vuoto, hanno il pregio di essere infinite. In fondo, abbiamo così trovato quasi senza volere la definizione del formalismo: e si capisce così come eravamo intuitivamente nel vero quando dicevamo che esso non è qualcosa di esteriore, ma è interiore all'uomo, una autentica componente dello spirito umano>> (p. 1143-1144)>>* ; *Diritto processuale civile*, XII ed. curata da C. Punzi, Padova, 1996 <<*E qui tocchiamo il formalismo nella sua vera e ultima radice, che è l'uomo. In sostanza, il formalismo non è altro che una manifestazione di paura: paura del giudizio, della grande opzione fra due interessi in contrasto. Si direbbe che nel giudice, accanto al dovere funzionale di giudicare, vibri l'eco paralizzante del nolite judicare. Paura dunque sacrosanta nelle sue origini, ma che non legittima le evasioni. L'evasione è il formalismo, il risolvere il giudizio in termini di processo, il rigetto della responsabilità del giudizio sulla norma. Che esista il formalismo giudiziale nessuno che abbia vissuto o viva il dramma del cercare giustizia nel processo, o anche studi il processo*

ISSN 2036-7821

che le forme sono necessarie e nulla c'è di più dannoso del formalismo. E di questa linea di confine si è tenuto conto nel presente scritto.

con mente libera da pregiudizi, può dubitare. Non si vuol dire con ciò che i giudizi siano sempre formalistici. Si potrebbero citare molti casi di decisioni in cui la sostanza ha prevalso sulla forma…Si vuol parlare qui di tendenze, di correnti, se si vuole, del giudizio in generale, di un tipico atteggiamento dello spirito umano nell'atto del giudicare. Ora questo formalismo è quello che più attentamente bisogna studiare, perché esso segna il massimo distacco del processo dal diritto, è veramente creativo del processo. E' evidente che non c'è formalismo di legislatore che valga se il giudice non è formalista, perché è il giudice che fa la norma assai più di quanto la norma non faccia il giudice>>.

ISSN 2036-7821