

Accordi a distanza nella mediazione e nella conciliazione giudiziale

SOMMARIO: 1. Esiti della mediazione in presenza. – 2. Segue: il c.d. verbale negativo. – 3. Segue: l'accordo in presenza. – 4. Gli esiti della mediazione telematica. – 5. L'accordo a distanza. – 6. Questioni dubbie. – 7. Il verbale di conciliazione giudiziale redatto con strumenti informatici.

1. – Cominciando dalla mediazione, si rileva come il relativo percorso possa riuscire giungendo all'accordo ovvero fallire, chiudendosi senza accordo. Qui emergono alcuni aspetti, formali ma non solo, attinenti alla formazione dei relativi atti e alla loro documentazione. Prima di analizzare la questione nell'ambito della modalità telematica, vediamo la disciplina ordinaria contenuta nel d.lgs. 28, con particolare attenzione agli articoli 11 e 12, perché solo chiarendo questioni dubbie in questo ambito si può poi impostare utilmente la riflessione in ordine alla più difficile dimensione elettronica.

Gli atti giuridici che emergono sono essenzialmente due: l'accordo, se il percorso ha successo, e la dichiarazione di fallimento della mediazione, in caso contrario.

2. - La dichiarazione di fallimento della mediazione è certamente atto del gestore del percorso: il mediatore. Ma, a me sembra, essa può provenire concordemente anche dalle parti. Insomma, nulla esclude che mediatore e parti insieme prendano atto del fallimento. La documentazione di tale dichiarazione di cessazione sta nel verbale ed il soggetto dell'attività di documentazione è il mediatore dell'organismo, che, assumendone la paternità, lo imputa anche all'organismo stesso. Tuttavia, la legge dice che il verbale è firmato anche dalle parti e che la loro sottoscrizione è resa certa (certezza sulla provenienza dello scritto) dal mediatore.

Insomma, alle parti è chiesta, con la loro sottoscrizione del verbale, una sorta di cooperazione col mediatore nel rendere dichiarazioni di scienza, attinenti all'avvenuto fallimento del percorso più, a volte, altre indicazioni, e nel confezionare la documentazione di tali dichiarazioni.

Qui sorge la domanda: che succede se mancano le firme delle parti? Certamente il mediatore eviterà di depositare il verbale presso la segreteria dell'organismo fino a quando quelle firme non siano apposte. Ma è pur possibile che le parti o una fra esse, più che trovarsi nell'impossibilità di firmare, situazione superabile con la certificazione del mediatore, non vogliano o non voglia proprio apporre le firme o la firma.

Si potrebbe semplicemente dire, attenendosi al testo dell'art. 11, comma 4, del d.lgs. 28/2010, che il detto verbale, pur essendo essenzialmente l'atto del mediatore quale momento conclusivo della procedura, non possa tuttavia prescindere anche dalle firme delle parti, la cui mancanza, per motivi diversi dalla impossibilità a sottoscrivere, impedirebbe il suo perfezionamento.

Un simile ragionamento non è condivisibile, guardando al motivo che ha spinto il legislatore a dettare una simile previsione.

Se nella "cosa" che chiamiamo processo verbale di fallita mediazione noi abbiamo una dichiarazione rappresentativa dell'accaduto e la sua documentazione, esigere la sottoscrizione delle parti, peraltro con firme rese certe dalla certificazione del mediatore che, si badi, garantisce la loro provenienza fino a quere la di falso, significa avere la garanzia che le parti approvano la narrazione che il mediatore ha fatto dell'accaduto. Invero, qui potrebbe non trattarsi solo di prendere atto di un fallimento delle trattative

condotte al fine di trovare un accordo, ma magari nel caso concreto, fatte salve le riservate dichiarazioni rese dalle parti e le informazioni acquisite (art. 9 del d.lgs. 10/2010), nel verbale potrebbero essere narrati fatti o comportamenti di qualche rilevanza, fino all'indicazione della proposta che il mediatore abbia formulato, pur emendata sempre dal riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento (art. 11, comma 2, del medesimo d.lgs.).

Insomma siamo in presenza di un fenomeno probatorio: il verbale di fallita mediazione ha la valenza di un mezzo di prova delle dichiarazioni di scienza sui fatti narrati come accaduti¹ e la sua forza evidentemente cambia a seconda che vi siano o manchino le firme di approvazione delle parti².

Ma, se la mancanza di tali firme riduce la valenza probatoria del verbale di fallita mediazione, perché dovrebbe anche aggiungersi che in questo caso si impedirebbe la conclusione della procedura? Se il verbale, quale dichiarazione di fallimento e sua documentazione, è atto essenzialmente del mediatore, a me sembra che la sola attività del mediatore lo perfezioni come atto conclusivo della procedura, salvo il suo diminuito valore probatorio ove esso sia solo da lui firmato.

Così, ad esempio, dal primo punto di vista esso, o per meglio dire il suo deposito presso la segreteria dell'organismo, farà decorrere i termini di decadenza e prescrizione in relazione al diritto in gioco (art. 5, comma 6)³.

Dal punto di vista della valenza probatoria, invece, la sola firma del mediatore o di una sola parte lascerebbe incerto quanto eventualmente il mediatore abbia aggiunto all'atto: soprattutto il tenore della proposta formulata e in certi casi anche la presa d'atto della mancata partecipazione di una parte e la sua giustificazione. La parte che non ha firmato può sempre poi dire che la proposta contenuta nel verbale non è quella che era stata presentata. La parte che non ha aderito giustificandosi e poi non abbia firmato il verbale di fallimento, come è normale, potrebbe contestare il motivo che magari il mediatore ha indicato nel verbale.

Se poi si ritiene che la condizione di procedibilità si assolve solo con una partecipazione attiva ed effettiva almeno ad una sessione di contrattazione e nel verbale negativo il mediatore racconta cosa sia successo, le parti che non lo abbiano firmato possono sempre mettere in dubbio la narrazione del mediatore e così ridiscutere pienamente sull'accaduto.

Se, poi, anche si ritiene che elemento essenziale al fine di ritenere assolta la condizione di procedibilità sia l'assistenza degli avvocati, pure per questo aspetto potrebbe sorgere una complicazione probatoria di fronte al giudice statale. Ed, allora, è evidente come sia difficile che insorga un dubbio solo ove il verbale sia firmato, non solo dal mediatore e dalle parti, ma anche dagli stessi avvocati presenti, firme che, se non sono previste dalla legge, ben possono essere apposte per sicurezza nei casi concreti.

¹ Il documento (il verbale) prova (rappresentandola) la formazione di un mezzo di prova (a sua volta) rappresentativo dei fatti accaduti, quindi una dichiarazione di scienza riportabile genericamente ad una testimonianza.

² Se esse vi sono, abbiamo, con la certificazione del mediatore, la certezza fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi ha sottoscritto. Altro è il valore probatorio di queste dichiarazioni rappresentative rispetto ai fatti rappresentati come accaduti.

³ Se il perfezionamento del verbale, quale atto conclusivo, esigesse le firme delle parti, quali elementi essenziali, sarebbe singolare il caso di una parte istante che semplicemente non si presentasse alla firma o si rifiutasse di firmare, impedendo così il decorso di nuovi termini di decadenza e prescrizione, pur avendo assolto ugualmente alla condizione di procedibilità, situazione che, se sarebbe insignificante ove si verificasse in pendenza di un processo dichiarativo, potrebbe, invece, avere una qualche valenza se si verificasse prima di una simile pendenza.

Insomma, il verbale di fallita mediazione è la documentazione, la rappresentazione di una presa d'atto, con cui si conclude senza successo il percorso, con l'aggiunta della narrazione di fatti o situazioni accaduti o verificatesi nella procedura. Come atto conclusivo della procedura esso spetta essenzialmente al mediatore⁴, ma, poiché ad esso si possono fare diverse aggiunte rappresentative, l'approvazione delle parti e magari anche degli avvocati irrobustisce la prova di quanto narrato.

3.- La mediazione ha successo quando le parti si accordano. Questo evento, all'apparenza semplice, fa emergere nella sua formalizzazione vari aspetti. In prima battuta, visti gli articoli 11 e 12 del d.lgs. 28/2010, si può dire che abbiamo: 1) un contratto (una transazione) che, evidentemente imputabile alle parti, esige normalmente la forma scritta *ad probationem* (art. 1967 c.c.), salvo i casi in cui tale forma sia prevista *ad substantiam* (art. 1350 c.c.); 2) una sua documentazione, imputabile innanzitutto, anche se non solo, al mediatore, che implica pure l'inquadramento della fattispecie in un accordo raggiunto nell'ambito dell'attività di un organismo accreditato secondo le regole del d.lgs. 28/2010 ed, infine, 3) un ruolo degli avvocati, se vi sono, i quali, attestando e certificando la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, rilevano al fine della formazione di un titolo esecutivo⁵.

L'accordo può essere raggiunto perché le parti accettano per iscritto una proposta del mediatore a loro comunicata sempre per iscritto. Oppure esso è raggiunto amichevolmente tra le parti stesse. Il punto da chiarire sta nel rapporto tra l'accordo, magari già siglato a parte dagli interessati e magari già corredato della attestazione degli avvocati circa la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico, e la sua verbalizzazione, che è opera del mediatore, ma che deve contenere anche le firme dei contraenti, per le quali la legge richiede pure la certificazione della loro autografia da parte del mediatore stesso, al fine di avere piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi le ha sottoscritte, certezza che non è (normalmente) necessaria nella redazione dei contratti per i quali la legge esige la forma scritta, né quando essa è *ad substantiam* né quando essa è *ad probationem*.

A mio parere la questione si chiarisce se la si vede dal punto di vista della formazione del titolo esecutivo, che qui sta, non nell'accordo, bensì nel verbale di esso costruito secondo le regole dettate, aspetto questo che, se era chiaro nell'originaria formulazione dell'art. 12 del d.lgs. 28/2010 (in cui si leggeva che il «verbale di accordo... è omologato»), è poi divenuto ambiguo quando oggi il medesimo art. 12 dice che «l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli avvocati costituisce titolo esecutivo», per ritornare ancora ad essere un po' più chiaro quando nella disciplina della mediazione telematica si dice che il «verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28»⁶.

Le parti non possono limitarsi a firmare l'accordo, senza presentarsi alla sua documentazione⁷ davanti al mediatore, perché, se ciò avvenisse, saremmo in presenza di un accordo perfezionatosi al di fuori

⁴ Ed è al mediatore che spetta la funzione di riferire l'attività svolta ad un organismo accreditato, con tutto ciò che ne consegue nell'applicazione del d.lgs. 28/2010. Altrimenti ci troveremo di fronte ad un percorso non istituzionalizzato, in autogestione di privati, fuori dal sistema di tale normativa.

⁵ È bene fare due precisazioni. La prima: la firma degli avvocati apposta all'accordo serve solo per la citata attestazione, perché essi non sono certo parti del contratto. La seconda: è vero che gli avvocati devono essere presenti in mediazione, ma è anche vero che una loro assenza non avrebbe come conseguenza né l'invalidità dell'accordo né l'impossibilità di giungere alla formazione di un titolo esecutivo, dovendo a tale fine l'interessato solo rivolgersi al presidente del tribunale.

⁶ Solo un po' più chiaro, perché resta sempre, letteralmente, il riferimento dell'esecutività all'accordo. Ma mi sembra evidente che qui il titolo esecutivo stia propriamente nella sua documentazione, il verbale, che non deve essere firmato anche dalle parti, bensì solo dal mediatore e dagli avvocati.

⁷ A prescindere dal contesto qui trattato, su queste tematiche in generale è sempre utile rileggersi CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181 ss.

del contesto di cui al d.lgs. 28/2010, quindi non avremmo la formazione del titolo esecutivo secondo il suo art. 12. Così, che l'accordo sia allegato al verbale finale ovvero che sia in esso trasfuso, quelle firme di parte in calce al verbale, oltretutto certificate come vere dal mediatore⁸, conferiscono al contratto quella documentazione, direi quella prova, necessaria al fine di avere un perfezionamento del titolo esecutivo⁹.

Insomma, una scrittura privata, anche con sottoscrizioni non autenticate o legalmente riconosciute, nella quale sia rappresentato l'accordo basta certamente per perfezionare una transazione che mette fine alla lite. Ma esso esige le formalità dettate dagli articoli 11 e 12 del d.lgs. 28/2010, se vuole essere "visto" come un accordo siglato nell'ambito di una mediazione organizzata, con tutte le potenzialità che la legge gli riconosce.

E queste stesse formalità confermano l'idea che il titolo esecutivo stia propriamente, non nell'accordo, bensì nella sua verbalizzazione. Invero, se la formazione della fattispecie costitutiva dell'azione esecutiva esige una prova rappresentativa con sottoscrizione certificata delle parti e se questa certificazione può provenire solo dal mediatore, e non anche dagli avvocati, mi sembra inevitabile la conferma dell'assunto qui sostenuto.

Se si trattasse solo di riferire l'accordo all'organismo nel cui ambito opera il mediatore, basterebbe la sola firma di questi, quale narratore dell'accaduto. La legge, invece, esige qualcosa di più e ciò al solo fine della formazione del titolo esecutivo, esige una certezza sull'avvenuta stipula dell'accordo, esige una prova documentale di questo con firme confermatrici delle parti apposte al verbale e certificate come autentiche dal mediatore¹⁰.

4. - La prima domanda da porre è se ed eventualmente cosa vi possa essere di particolare ove a non riuscire sia un percorso gestito in via telematica e quindi si tratti di formare il verbale di fallita mediazione.

La legislazione emergenziale fornisce due indicazioni: 1) è dato all'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, il potere di dichiarare autografe le sottoscrizioni del proprio cliente apposte ad ogni sua dichiarazione, sia quelle di scienza contenute nel verbale sia quelle di volontà contenute nell'accordo; 2) se la mediazione riesce, ai fini della formazione del titolo esecutivo il verbale è firmato solo dal mediatore e dagli avvocati.

Se questo secondo aspetto attiene agli accordi, di cui poi parleremo, già il primo rileva in questo momento. Tuttavia, ove si accolga l'idea qui sostenuta secondo la quale la sottoscrizione del verbale ad opera delle parti non è essenziale al perfezionamento dell'atto di chiusura della mediazione fallita, la cosa dovrebbe inquadarsi nei suoi giusti termini.

Ovviamente un verbale approvato anche dalle parti e dai loro avvocati ha una valenza probatoria maggiore ove dovessero, poi, essere controversi di fronte ad un giudice i fatti rappresentati in esso. Ma, è anche vero che nella dinamica di una mediazione condotta a distanza è necessario trovare elementi di semplificazione, nei limiti in cui la legislazione in oggetto, unitamente alle previsioni del CAD, lo consente.

⁸ A voler essere pignoli, probabilmente ci sarebbe da precisare che la certificazione da parte del mediatore attiene propriamente, non alla sottoscrizione del contratto ad opera delle parti, bensì alla sottoscrizione delle dichiarazioni di scienza che rappresentano nel verbale il già avvenuto scambio delle volontà. Insomma, qui emerge la documentazione del contratto, quindi la narrazione di un accaduto, attività del mediatore confermata dalle parti, le quali in tale veste non dicono "noi vogliamo", bensì documentano "noi abbiamo voluto".

⁹ Se il titolo esecutivo fonda l'esecuzione forzata e se questa è realizzazione del credito a prescindere dalla prestazione dell'obbligato, qui il titolo esecutivo sta in una prova del credito o, per meglio dire, dei suoi fatti costitutivi. Non che esso operi come prova nel processo esecutivo, valenza che può emergere solo in sede, eventuale, di opposizione all'esecuzione. Ma è che la sua valenza probatoria ha spinto il legislatore ad inserire una simile fattispecie (costitutiva dell'azione esecutiva) nell'elenco (tassativo) dei titoli esecutivi.

¹⁰ Insomma, si ripete (vedi la precedente nt. 8), l'autentica del mediatore è riferita alle sottoscrizioni di dichiarazioni di scienza delle parti.

Ecco allora che, a mio avviso, va valorizzato al massimo il ruolo che si è voluto riconoscere agli avvocati e comprendere la responsabilità che il legislatore ha voluto loro attribuire. Se, come vedremo trattando degli accordi in via telematica, diversi sono i modi in cui una certa dichiarazione contenuta in un documento elettronico può essere attribuita ad una certa persona, sia a causa della sua diversa sottoscrizione, che va da una firma elettronica debole alla firma digitale, sia anche a causa del modo della sua comunicazione, dalla PEC ad una normale mail, a mio parere in ogni caso sta all'avvocato garantire (sufficiente certezza per) la paternità di quella dichiarazione, con la conseguenza che la sua certificazione fa comunque assurgere il valore probatorio del documento elettronico così formato al livello di cui all'art. 2702 c.c., visto l'art. 20, comma 1-bis, CAD, per cui il «documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 del codice civile, quando vi è apposta una firma digitale».

Sarebbe bastato anche qualcosa di meno e in concreto potrebbe anche accadere di avere verbali sottoscritti dalle parti senza quella certificazione dei loro avvocati. Ma in tal caso la valenza probatoria dei loro documenti elettronici avrebbe diversa forza a seconda del tipo di firma, fino a giungere ad uno spazio di valutazione del giudice per le firme c.d. deboli, come pur ricorda il prosieguo del medesimo comma del citato art. 20 CAD, previsione che probabilmente vale anche per dichiarazioni che, se pur non le si volesse ritenere sottoscritte, ma solo comunicate per via elettronica (si pensi ad una PEC o ad una semplice mail), non sembra siano spiegabili nel loro valore probatorio per mezzo dell'art. 2712 c.c., la cui utilizzabilità appare certa solo a fronte di riproduzioni elettroniche rappresentative di fatti o situazioni e non anche di dichiarazioni.

5. - Una riflessione maggiore va svolta per il caso di successo del percorso e quindi a fronte dell'accordo a distanza e della sua verbalizzazione. Come si è accennato, la legislazione emergenziale dà tre indicazioni: 1) viene attribuito agli avvocati il potere di certificare l'autografia della firma dei loro clienti; 2) viene esteso questo potere anche alle sottoscrizioni apposte, non solo alle dichiarazioni di scienza (in ipotesi nel verbale), ma anche alle dichiarazioni di volontà (nel contratto), riferendosi la norma alla firma dei clienti sia del verbale sia degli accordi, 3) viene esplicitato che il titolo esecutivo è perfezionato con la firma del verbale rappresentativo dell'accordo ad opera del mediatore e degli avvocati, senza necessariamente anche la firma delle parti.

Da quest'ultimo punto di vista si potrebbe anche ritenere che la firma delle parti apposta al verbale sia inutile ove esse abbiano già firmato a parte l'accordo, con l'ulteriore firma digitale dei loro avvocati che attestano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico e certificano l'autografia delle "firme" dei contraenti. Insomma, si potrebbe così ragionare: se di solito si avrà la formazione di un solo documento, nel quale stipula dell'accordo e sua verbalizzazione saranno inscindibilmente connesse, è pur possibile, anche se magari raramente, che il verbale finale abbia il solo scopo di prendere atto della fine positiva del percorso, allegandosi ad esso l'accordo. E ciò, si potrebbe continuare, è reso possibile proprio dall'attribuzione agli avvocati di un potere di certificazione prima attribuito al solo mediatore, oltretutto allargato, si ripete, anche alla sottoscrizione dei negozi giuridici, potere questo non attribuito al mediatore.

Tuttavia, dubito che nella prassi ci si allontanerà dall'abitudine di giungere ad un solo documento, firmato a diverso titolo dai diversi protagonisti della scena¹¹, anche perché ai fini dell'esecuzione forzata il legislatore ha previsto che il mediatore, apposta la sua firma digitale, trasmetta tramite PEC agli avvocati

¹¹ Vedi anche i suggerimenti di UNAM, alla fine dei quali si legge: il «verbale contenete tutte le firme delle parti e degli avvocati e per ultima quella apposta dal mediatore, costituirà l'originale che verrà inviato via posta elettronica o pec o a mezzo piattaforme gestionali a tutti gli avvocati».

delle parti l'accordo "così formato", trasmissione da cui poi prende le mosse l'istanza di notificazione dell'accordo di mediazione all'ufficiale giudiziario¹².

Così, di solito avremo un accordo che acquisirà una doppia forma scritta, prima al momento del suo perfezionamento e poi al momento in cui esso sarà versato nel verbale finale. Il mediatore sottoscriverà con firma digitale solo il verbale, al fine, non di certificare l'autenticità delle firme di parte, compito riservato agli avvocati, bensì di assumere l'accordo come stipulato nell'ambito di una mediazione organizzata e quindi formare il titolo esecutivo. Gli avvocati dovranno attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico nonché certificare l'autografia dei propri clienti, cosa che potrebbero fare due volte (prima nell'accordo e poi nel verbale finale) ovvero una volta sola nel verbale finale, che esige comunque e sempre la loro firma al fine della formazione del titolo esecutivo.

6. - Ciò detto, bisogna ora chiedersi, per un verso, in quale modo è possibile che le parti manifestino la loro volontà e, per altro verso, quale sia la portata giuridica della certificazione dei loro avvocati, questioni che, a cavallo tra disciplina del d.lgs. 28/2010 e legislazione emergenziale, non sembrano per nulla chiare.

Dal primo punto di vista, prima di avventurarsi sul terreno dei documenti elettronici, vediamo la disciplina che presuppone l'uso della parola verbale e della parola scritta su carta.

I contratti si possono stipulare oralmente, a meno che la legge esiga la forma scritta, *ad substantiam* o *ad probationem*. L'accordo di cui trattiamo è una transazione, la quale esige la forma scritta *ad substantiam* se ha ad oggetto una lite riguardante rapporti di cui all'art. 1350 c.c., altrimenti essa esige sempre la forma scritta solo *ad probationem* (art. 1967 c.c.).

Ma qui, riprendendo, se si vuole, un linguaggio carneluttiano, si faccia attenzione ai termini, distinguendo tra la dichiarazione di volontà e la sua documentazione. La dichiarazione di Mario Rossi "io voglio X o Y" è l'elemento che, scambiato con la dichiarazione "accetto" di Antonio Bianchi, costituisce il contratto. Queste dichiarazioni possono essere fatte oralmente, ma se, come nei casi che qui si ipotizzano, si esige la forma scritta, esse devono essere fissate su quel tradizionale supporto che chiamiamo carta. L'esigenza della forma scritta della dichiarazione sarebbe soddisfatta nel momento in cui le due parti scrivono le dichiarazioni: "Io Mario Rossi voglio X o Y" e "Io Antonio Bianchi accetto X o Y". Ma la legge vuole, al fine del rispetto della forma scritta, al contempo anche la sottoscrizione delle dichiarazioni. Esigere la forma scritta importa la necessità della formazione di una scrittura privata (almeno, se non anche di un atto pubblico), la quale non è in sé la dichiarazione resa per iscritto, bensì la sua documentazione, insomma la sua prova, col valore di cui all'art. 2702 c.c., documento il cui elemento essenziale è la sottoscrizione, quale assunzione di paternità della dichiarazione di volontà rappresentata.

Questi due aspetti, che tengono uniti il contenuto (la dichiarazione di volontà) e la cosa che lo rappresenta (il documento), sono inscindibili nel nostro ordinamento. Percui, se la parola assume la forma elettronica, è necessario trovarsi di fronte ad una fattispecie che assolve alla stessa duplice funzione.

Tornando a noi, si rileva come la normativa emergenziale, trattando del ruolo certificatore dell'avvocato, dice che questi può "dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo".

Da ciò si potrebbe seguire il seguente ragionamento.

La parte deve rendere una dichiarazione per iscritto (su supporto cartaceo o elettronico) e firmarla. Questo presupposto sembra già mettere fuori gioco il valore legale di documenti informatici formati dai clienti senza alcuna firma, né cartacea né elettronica. Qui bisogna stare attenti a distinguere i vari elementi in gioco che sono tutti necessari, ossia elementi costitutivi della fattispecie "scrittura privata". È necessario che le dichiarazioni di volontà siano manifestate per iscritto, ma è necessario anche che della dichiarazione

¹² Nella mediazione in presenza, invece, visto l'art. 11 del d.lgs. 28/2010, il verbale dell'accordo è depositato presso la segreteria dell'organismo, a cui le parti chiedono copia. Insomma, nella procedura telematica si carica il mediatore di un'incombenza verso le parti.

si formi prova documentale, la quale esige la sottoscrizione. Ciò significa che un documento di cui si possa attribuire la paternità a Tizio in modo diverso dalla sua sottoscrizione non basta. Se è vero che la sottoscrizione è solo uno dei modi, ma non l'unico, per attribuire a qualcuno, il sottoscrittore appunto, la paternità dello scritto, sembrerebbe che qui conti solo quel modo di attribuzione della paternità. Ed allora un documento informatico, pur magari riferibile a Tizio, non può bastare se non quando quel riferimento avviene per mezzo della sottoscrizione.

Insomma, seguendo questa linea argomentativa, i documenti informatici che non siano sottoscritti qui non rilevano, anche se vi sono mezzi, diversi dalla sottoscrizione, per riferire lo scritto a qualcuno. Questi mezzi non bastano ad assolvere al requisito della forma scritta.

Ma si potrebbe ragionare anche diversamente e dire: la forma scritta sufficiente si raggiunge anche quando il documento informatico, pur rappresentando una dichiarazione di volontà, tuttavia sia sprovvisto di firma: si pensi a dichiarazioni inviate per PEC o anche con semplice mail o addirittura con un SMS WhatsApp. Questi sono mezzi di comunicazione che servono ad attribuire la paternità della dichiarazione comunicata a colui che li usa in quanto titolare delle password di accesso al servizio, che prescindono da una sottoscrizione. Del resto dall'art. 65 CAD emerge che l'uso della PEC vale in certi casi di rapporti con la P.A. e più in generale l'art. 20, comma 1-*bis*, CAD dice che, in mancanza di firma elettronica qualificata o digitale, sta al giudice valutare il valore sostanziale e probatorio di un documento.

Riconoscendo tutta la discutibilità del caso, a mio sommo avviso è opportuno non fare della sottoscrizione un totem, soprattutto a fronte delle nuove tecnologie, che estendono la possibilità di avere altri mezzi di imputazione della dichiarazione.

Si dirà che tali mezzi non sono sicuri, né guardando alla necessità di avere garanzia della paternità della dichiarazione né guardando alla necessità di avere garanzia nell'integrità del documento. Ma non credo che uno scarabocchio su carta come sottoscrizione dia molte più garanzie, in entrambi i sensi. Quindi, anche per facilitare le mediazioni a distanza io credo che sia preferibile spezzare una lancia a favore di un atteggiamento più elastico, almeno fino al punto in cui lo consente l'ordinamento.

Del resto, ed è qui il senso della previsione, a me sembra che il legislatore abbia voluto superare ogni difficoltà attribuendo la responsabilità delle garanzie di certezza agli avvocati, i quali dovranno verificare l'effettiva provenienza delle dichiarazioni dei loro clienti. Starà a loro fare tutte le valutazioni del caso e così valutare anche l'affidabilità dei documenti elettronici che riceve. Quale che sia il modo con cui il cliente ha assunto la paternità della dichiarazione, sottoscrivendola con firma elettronica semplice, facendo una stampa, poi una firma, poi uno scanner e quindi una spedizione per mail unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità o anche, addirittura, senza alcuna sottoscrizione, ma con la semplice comunicazione attraverso PEC o la sua casella di posta elettronica¹³ o persino attraverso Whatsapp, la valutazione è dell'avvocato, il quale certificando la provenienza si assume la responsabilità di imputare al cliente un certo negozio giuridico, in modo formalmente sufficiente, sia al fine del diritto sostanziale sia al fine della prova.

Insomma, a me sembra, siamo di fronte ad un indebolimento della sottoscrizione quale elemento essenziale di una scrittura privata al fine sostanziale e processuale¹⁴. Ci può essere anche un mezzo diverso (dalla sottoscrizione appunto!) di attribuzione di paternità, che acquista la valenza giuridica della sottoscrizione con la certificazione dell'avvocato.

Del resto la stessa logica non la troviamo negli accordi a distanza fatti nel processo, con la novellazione dell'art. 88 disp. att. c.p.c.? L'accordo cartaceo viene rappresentato (documentato) nel verbale

¹³ Con la conseguenza che in questa sede dovrebbe risultare irrilevante la disputa intorno al se la mail sia un documento informatico sottoscritto con firma debole ovvero un documento privo di firma ovvero una riproduzione meccanica a cui applicare l'art. 2712 c.c.

¹⁴ Della c.d. "crisi" della sottoscrizione si parla da tempo: vedi, tra gli altri, PATTI, *Documento*, in *Digesto IV ed., disc. priv., dir. civ.*, VII, Torino, 1991, 1 ss., spec. 10 ss.

di udienza, sottoscritto dalle parti, dal cancelliere e dal giudice (non anche dagli avvocati). L'accordo a distanza, invece, non esige la sottoscrizione delle parti, ma questa è surrogata dalla garanzia del giudice che attesta che parti e avvocati (il cui ruolo ha un valore di garanzia, non essendo certo essi parti del contratto) hanno accettato il contenuto dell'accordo. Qui lo spazio di movimento del giudice è ampio, potendo egli ricevere quell'accettazione in ogni modo che per lui sia affidabile, anche nel dialogo nell'ambito dell'udienza a distanza. Eppure siamo pur sempre di fronte ad una transazione, quindi ad un contratto che al minimo esige la forma scritta *ad probationem* e tradizionalmente si dovrebbe dire che per soddisfare la forma scritta si debba avere almeno una scrittura privata ossia una documentazione della dichiarazione sottoscritta ovvero, nel mondo dell'informatica, un documento elettronico almeno con firma debole. Ma anche qui la sottoscrizione è sostituita da una fattispecie complessa: la comunicazione della dichiarazione di volontà e la garanzia di un altro che, ritenuta sufficiente quella certa documentazione, attesta il consenso come se questo fosse espresso con una firma su un pezzo di carta.

Questo è il modo con cui l'informatica può facilitare gli accordi a distanza, con un ragionevole contemperamento tra esigenze di facilitazione ed esigenze di certezza.

Resta a questo punto l'altra domanda: qual è il valore giuridico della "certificazione"¹⁵ degli avvocati? Se la certificazione delle autografie delle firme di parte effettuata, evidentemente in presenza, dal mediatore ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. 28/2010 fa piena prova della provenienza dello scritto fino a querela di falso, lo stesso è a dirsi a fronte della certificazione a distanza degli avvocati negli accordi telematici?

La normativa non è per nulla chiara al riguardo e forse sarebbe un po' semplicistico cavarsela dicendo che non si vedrebbe la ragione per distinguere il valore giuridico di queste due, come si suole dire, autentiche minori.

Tuttavia le perplessità emergono se solo si considera che, per un verso, come abbiamo visto, la certificazione degli avvocati serve a garantire la paternità di dichiarazioni certamente di persone da loro distanti fisicamente e magari anche non necessariamente sottoscritte e, per altro verso, le prassi registrano la sufficienza della firma digitale ove le parti ne siano munite¹⁶.

Ora, se questi spunti hanno un peso, sembra che si possa dire che la certificazione degli avvocati abbia la capacità di surrogare la mancante firma digitale dei clienti, con la conseguenza che, visti gli articoli 20 e 21 CAD, il documento informatico così sottoscritto, oltre ad assolvere certamente al requisito della forma scritta ove richiesta quale requisito essenziale, abbia il valore probatorio di cui all'art. 2702 c.c., quindi non abbia una resistenza fino a querela di falso.

Non volendo affrontare un tema tanto complesso, ed aprendo solo una breve parentesi, mi limito a dire che tra le opposte letture¹⁷ sembra ragionevole sposarne una, se così possiamo dire, mediana. Il

¹⁵ Per la verità la legge non usa questa parola, che invece nel d.lgs. n. 28/2010 è utilizzata rispetto al potere del mediatore, bensì prevede il potere dell'avvocato di dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente. Ma non voglio fondarmi su questo debolissimo argomento letterale per sostenere quanto dirò poi nel testo.

¹⁶ Vedi sempre le indicazioni di UNAM. Ma vedi anche il regolamento della Camera arbitrale di Milano, in cui si legge: «Il verbale e l'accordo potranno essere sottoscritti con modalità idonee a garantire la provenienza, come la firma digitale». Si aggiunga che, a mio avviso, se le parti si fanno rappresentare dai loro legali non è escluso che siano solo questi a firmare l'accordo con firma digitale, sia come rappresentanti sostanziali per il perfezionamento del contratto sia come legali attestando la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico. Resta sempre la necessità della loro firma al verbale, sempre come legali, al fine della formazione del titolo esecutivo. Non voglio aprire il discorso sulla possibilità, opportunità e forma di tale procura. Ma è utile rilevare come, quand'anche si ritenesse necessaria la presenza personale degli interessati alle trattative (assunto in cui non credo), si potrebbe sempre sostenere che, una simile procura possa essere rilasciata dopo che le trattative si siano svolte.

¹⁷ Secondo una prima lettura il documento vale fino a querela di falso, con onere probatorio a carico dell'apparente sottoscrittore, mentre secondo un'altra lettura il documento può essere disconosciuto dall'apparente sottoscrittore

richiamo che l'art. 20 CAD fa all'art. 2702 c.c. in riferimento al documento elettronico munito di firma digitale evidentemente non può essere assunto in modo parziale. Così è vero che la parte contro la quale è prodotto in giudizio il documento può contestarlo¹⁸, ma è anche vero che si deve verificare con attenzione quali poi siano le conseguenze di una simile contestazione, anche distinguendo a seconda del tenore di essa.

Quella parte può dire: non è la mia firma!

In tal caso chi ha prodotto il documento deve attivare l'incidente di verifica ai sensi dell'art. 216 c.p.c., nell'ambito del quale egli ha l'onere di provare che non è vera la contestazione dell'apparente sottoscrittore, il quale abbia rilevato: 1) il documento non è stato firmato con il dispositivo di firma a me associato, 2) il dispositivo di firma elettronica utilizzato è stato contraffatto, a causa della falsa associazione dell'algoritmo, della falsa associazione della persona o della duplicazione illecita del dispositivo medesimo¹⁹. Però, se anche è vero che qui opera il meccanismo ordinario (fondato sulla sequenza: contestazione dell'apparente sottoscrittore, onere dell'incidente di verifica da parte di chi vuole avvalersi del documento e conseguente suo onere di provare l'autenticità del documento), è anche vero che l'onere dell'interessato alla positiva verifica è assolto facilmente, bastando a lui depositare il certificato di firma elettronica e l'attestazione di convalida. Starà, poi, alla controparte, interessata a negare l'autenticità, provare la falsità della certificazione o dell'attestazione rilasciate dal certificatore, prova che potrà essere data con ogni mezzo (ad es. CTU)²⁰.

Insomma è qui che la distanza tra le opposte teorie sul senso del richiamo all'art. 2702 c.c. si accorcia: l'apparente sottoscrittore può disconoscere il documento e così caricare la controparte dell'onere dell'incidente di verifica, ma poi nella c.d. verifica informatica l'onere della prova a carico dell'istante è leggero, caricandosi esso di più sull'interessato al disconoscimento.

Ma, visto l'art. 20, comma 1-ter CAD, quella parte può anche sollevare una contestazione diversa e dire²¹: è la mia firma elettronica, ma altri l'ha usata abusivamente!

In tal caso, a fronte del deposito del documento, il sottoscrittore che solleva tale contestazione ha l'onere di provare che, pur essendo stata utilizzata la sua firma digitale, tuttavia ciò è accaduto ad opera di altri ed abusivamente. Poi formalmente si può aprire l'alternativa tra il ritenere che un simile onere probatorio vada assolto nel processo pendente ovvero il ritenere che, prima, a fronte della contestazione da parte del titolare di firma, l'altro debba fare l'istanza di verifica di cui all'art. 216 c.p.c. Fermo restando che a mio parere sembra più ragionevole la seconda prospettiva, quello che più conta è però che

con onere di controparte di caricarsi dell'incidente di verifica. Per una sintesi del dibattito basti il rinvio a BERTOLLINI, *Il documento informatico e il documento analogico*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, Milano 2019, 37 ss., spec. 69 ss.

¹⁸ Contro il principio della piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni si pongono anche altri due argomenti. Il primo: della firma digitale autenticata dal notaio e quindi avente la resistenza fino a querela di falso parla il successivo art. 25 CAD. Il secondo: l'attuale formulazione dell'art. 20 ha avuto a monte formulazioni diverse, tra cui quella che attribuiva alla firma digitale l'idoneità a dare al documento elettronico il valore di scrittura privata da considerare legalmente riconosciuta, quindi con una certezza della sua provenienza dal sottoscrittore fino a querela di falso. Insomma, con l'attuale rinvio all'art. 2702 c.c. nella sua integralità sembra proprio che il legislatore abbia fatto una scelta ben consapevole.

¹⁹ In ogni caso, rileva GRADI, *Le prove*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile* cit., 520, vi è un comportamento doloso del certificatore o di un terzo che abbia ingannato il certificatore, perché il certificatore assicura, mediante la procedura di validazione informatica, che la firma elettronica apposta ad un determinato documento proviene dal dispositivo di firma associato al titolare. Pertanto la contestazione in parola ha necessariamente come oggetto la falsità di tali attestazioni e certificazioni provenienti dal terzo.

²⁰ Sempre GRADI, *op. cit.*, 522.

²¹ Sul punto vedi GRADI, *op. cit.*, 522-523.

l'onere della prova non sta a carico dell'istante, bensì del titolare di firma, il quale dovrà provare di aver perduto incolpevolmente il dispositivo, ovvero che chi lo ha usato non aveva alcun mandato o altro.

Ora, tornando all'accordo nella mediazione telematica, tutto quello che abbiamo appena detto vale se esso è stato sottoscritto dalle parti con firma digitale²².

Ma, che dire ove invece la loro firma digitale è stata sostituita dalla certificazione dei loro avvocati che si sono assunti la responsabilità di attestare la paternità delle dichiarazioni di volontà altrimenti firmate o anche solo comunicate dai loro clienti? La parte contro la quale il documento informatico è prodotto potrà disconoscere la paternità delle dichiarazioni che in esso appaiono da lei provenire, nonostante la certificazione dell'avvocato, addossando all'altra parte l'onere di avviare l'incidente di verifica, che, qui, però, dovrebbe assumere contenuti peculiari, visto che, come detto, potremmo anche non trovarci di fronte a documenti muniti di sottoscrizione. La copertura data dalla firma digitale dell'avvocato implica formalmente l'applicazione dell'art. 2702 c.c. e, quindi, di conseguenza degli articoli 214 ss. c.p.c., in virtù dei quali si potrà arrivare formalmente alla pronuncia di una sentenza di verifica²³. Ma, se l'incidente di verifica insorge, il suo contenuto è dato da valutazioni che il giudice avrebbe fatto comunque nel corso del processo dichiarativo pendente, visto l'art. 20, comma 1-*bis* CAD, ove si dice che il valore probatorio del documento informatico non sottoscritto con firma digitale è liberamente valutabile in giudizio. Certo, resta il fatto che l'onere della prova è caricato su colui che si avvale del documento e fa istanza per la verifica. Ma è anche vero che non sarà insignificante per il giudice, a fronte della parte interessata ad attribuire la paternità alla controparte del documento elettronico la, se così possiamo chiamarla, "testimonianza" particolarmente qualificata dell'avvocato che si è avuta nella certificazione di paternità in discussione, quell'avvocato che di questa si è fatto garante in base ad una serie di valutazioni di affidabilità nel caso concreto.

Insomma, se a fronte della produzione in giudizio di un documento elettronico dotato di firma debole o addirittura senza firma (ad es.: la mail) il giudice deve comunque e sempre valutare liberamente la sua paternità ed integrità, senza la dialettica tra immediato disconoscimento e conseguente istanza e giudizio di verifica, nel nostro caso la certificazione degli avvocati con la loro firma digitale impone quella dialettica, ma poi nell'incidente di verifica si fa ciò che si sarebbe fatto senza di essa, si ripete ai sensi della appena sopra citata disposizione del CAD. Fermo restando, si ripete, che il dubbio andrà a carico della parte onerata della verifica.

In definitiva, se si accoglie la prospettiva qui assunta, si agevola la formazione degli accordi telematici, fondandosi molto sul ruolo degli avvocati. Ma, se questi, con la loro firma digitale in luogo di quella dei loro clienti, possono assumersi la responsabilità di consentire la formazione di documenti informatici adeguati alle esigenze sostanziali di perfezionamento del contratto²⁴ e processuali di formazione del titolo esecutivo, non altrettanto possono garantire sul piano del valore probatorio di tali documenti²⁵.

Così, la loro utilizzabilità in giudizio è sempre esposta alla contestazione dell'apparente "sottoscrittore", che però deve assolvere ad un onere processuale immediato nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione (art. 215 c.p.c.), con la conseguenza che la controparte, che

²² Se la proposta qui formulata è ragionevole non avrebbe alcun senso ipotizzare la necessità della certificazione dell'avvocato in caso di apposizione della firma digitale da parte del cliente, perché quella certificazione non aggiungerebbe nulla sul piano giuridico.

²³ Si ha la pronuncia di una sentenza se si accerta la genuinità del documento, mentre in caso contrario semplicemente il documento non avrà valore, né sostanziale né probatorio.

²⁴ Visto l'art. 21 CAD, la firma digitale serve se la transazione esige la forma scritta *ad substantiam*.

²⁵ Si ricordi ancora che la certificazione dell'autografia delle parti operata dal mediatore in presenza fa fede fino a querela di falso.

voglia pretendere il riconoscimento dei diritti emergenti dall'accordo²⁶, avrà poi l'onere formale di chiederne la verifica²⁷ e, quindi, in questa di provare la paternità delle dichiarazioni in contestazione e da lui attribuite al suo avversario.

Seguire questa interpretazione significa favorire la via telematica, perdendo qualcosa sul piano della certezza. Se, al contrario si predilige il valore della certezza, si rischia di sfavorire la modalità telematica. La mia scelta a tal proposito è chiara, ma altro sarà verificarla nella prassi.

7. - Resta da trattare della modifica apportata all'art. 88 disp. att. c.p.c., con la quale si è disciplinato il verbale di conciliazione giudiziale redatto con strumenti informatici.

Questa disposizione non disciplina le modalità di svolgimento della conciliazione, le quali, quindi, potranno essersi caratterizzate per essere a distanza, secondo gli schemi dell'udienza da remoto²⁸, ovvero in presenza, applicandosi essa comunque tutte le volte che il verbale contenente l'accordo sia redatto con strumenti informatici.

Prima di questa modifica era difficile risolvere il problema della formazione di un verbale telematico, quale "cosa" unica, avente tutti gli elementi dell'articolo in oggetto, in particolare le necessarie sottoscrizioni delle parti, e, di conseguenza, tutti gli effetti della fattispecie che chiamiamo conciliazione giudiziale, comprendenti il perfezionamento dell'accordo tra le parti, la definizione del processo, quale provvedimento del giudice, ed infine la formazione di un titolo esecutivo giudiziale.

Invero la modifica dell'art. 126 c.p.c., con la quale si è resa superflua la sottoscrizione del verbale di udienza da parte di soggetti intervenuti ad essa non toccava le esigenze formali dell'art. 88 disp. att. c.p.c. Inoltre per ragioni tecniche le parti o magari i loro avvocati muniti di procura speciale non potevano (né possono) apporre la loro firma digitale al documento informatico formato dal giudice. Così la prassi doveva cercare delle soluzioni abborracciate, quali ad esempio ipotizzare: 1) la redazione informatica del verbale di udienza ad opera del cancelliere nel quale dare atto di una conciliazione rappresentata in altro verbale in forma cartacea, sottoscritto dalle parti, dal giudice e dallo stesso cancelliere²⁹; 2) la redazione di un verbale informatico da parte del giudice a cui allegare copia a seguito di scannerizzazione di un accordo firmato su

²⁶ Ma un processo dichiarativo sull'esistenza di un diritto soggettivo può aversi anche per opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c., nel quale solo inizialmente e formalmente assume la qualità di attore colui che, soggetto all'aggressione esecutiva, contesta l'esistenza del credito da realizzare e quindi la giustificazione sostanziale dell'esecuzione forzata.

²⁷ Qui, evidentemente, non può valere il principio tradizionale per cui un simile incidente cognitivo presupponga necessariamente un documento firmato.

²⁸ Sulle quali vedi BIAVATI, *Processo civile e pandemia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 133 ss, precisandosi solo che sembra improbabile l'uso della modalità cartolare per due ragioni: 1) perché essa è prevista quando l'udienza è fatta solo dagli avvocati al fine di presentare istanze o conclusioni; 2) perché non è adatta allo svolgimento di un dialogo al fine di una trattativa, anche quando magari non ci sono le parti che si fanno rappresentare anche a fini conciliativi dai loro avvocati. Si aggiunga anche che, se queste forme di udienza a distanza esigono il consenso delle parti, tuttavia è discutibile che qui la mancanza di consenso abbia delle conseguenze in caso di esito positivo. È vero che, come dice BIAVATI (*op. cit.*, 142), l'errore nella gestione della modalità di udienza comporta nullità (e peraltro direi che la nullità c'è solo ove si dimostri che quella certa modalità ha arrecato pregiudizio al diritto al contraddittorio); ma è anche vero che, se per caso si raggiunge l'accordo, questo non è condizionato nella sua validità da quell'ipotetico *error in procedendo*.

²⁹ Con successivo inserimento nel fascicolo informatico del verbale di causa e del verbale di conciliazione, previa estrazione di copia per immagine e propria firma digitale per attestare la conformità all'originale.

carta dalle parti; 3) la redazione da parte del giudice del solo verbale di udienza in cui dare conto dell'avvenuto accordo in separato atto formato e sottoscritto dalle parti su carta³⁰.

Ma tutte queste soluzioni erano incerte ed in fondo esse partivano dalla salvaguardia di una sacralità della sottoscrizione delle parti, quale unico modo per garantire la provenienza delle dichiarazioni, insomma la loro paternità. Inoltre, a parte la discutibile tenuta giuridica di quelle soluzioni, in esse comunque vi era la complicazione di più di un passaggio, senza potersi avere la formazione del verbale di conciliazione in un unico momento.

Ecco che con la modifica ora in oggetto tale sacralità cade e la semplificazione nella formazione della fattispecie, che non esige più passaggi, essendo sufficiente la raccolta da parte del giudice del consenso di tutti i soggetti coinvolti nell'ambito dell'udienza da remoto³¹, permette di inserirla nel PCT cosa che prima non era. Il giudice, dopo aver fatto opera di mediatore, si assume la responsabilità di formare in via informatica il verbale di conciliazione giudiziale, facendo tutte le attestazioni del caso in riferimento ad atti di soggetti non presenti fisicamente, verbale che ha «gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza».

Siamo così in presenza di quella fattispecie unitaria che chiamiamo conciliazione giudiziale rappresentata nell'unitario verbale di conciliazione, che la legge permette di formare anche in via informatica, unitariamente appunto, perché dà tutto nelle mani di colui che a quel documento informatico può apporre la sua firma digitale.

Tuttavia questa fattispecie unitaria presenta diversi profili giuridici, che restano presenti anche nella sua forma telematica. Compito dell'interprete è capire se questi profili sono del tutto sovrapponibili raffrontando la forma cartacea e quella informatica.

Tradizionalmente, guardando alla forma cartacea, in essa vi sono innanzitutto dichiarazioni di volontà: quelle delle parti che stipulano un contratto e quella del giudice che lo omologa, non ravvisando elementi ostativi, così definendo con un suo provvedimento il processo³². Quindi, si aggiunge l'attività di verbalizzazione del cancelliere che, in qualità di pubblico ufficiale certificatore, forma il documento che ha valore di atto pubblico, munito del valore probatorio di cui all'art. 2700 c.c. e quindi idoneo, fra l'altro, a costituire titolo della trascrizione e della iscrizione, se necessarie³³. A ciò si aggiunga, infine, quale effetto esplicitamente indicato, la qualità di titolo esecutivo (ormai) giudiziale, con tutte le relative potenzialità per le varie forme di esecuzione forzata ipotizzabili.

Passando al verbale telematico, innanzitutto balza agli occhi il fatto che l'attestazione del giudice, in sostituzione di ogni altra sottoscrizione, garantisce che le parti, il cancelliere e i difensori, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati.

³⁰ Cfr. BERTOLDI, *Il processo ordinario*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile* cit., 579 ss., spec. 646 ss.

³¹ Ovviamente è sempre possibile che le parti siglino prima un accordo e poi lo riportino nell'udienza da remoto per essere versato nel verbale informatico della conciliazione giudiziale. In questo caso il contratto avrà una doppia formalizzazione, ma l'unica fattispecie che possiamo qualificare come conciliazione giudiziale starà nel detto verbale telematico, restando l'altra fattispecie qualificabile solo come transazione con effetti sostanziali, senza avere né l'effetto processuale di far cessare la litispendenza (vedi tra i classici LIEBMANN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1932, I, 260 ss., spec. 265 ss.) né l'idoneità ad essere costitutiva dell'azione esecutiva, salvo a questo fine la sua documentazione con scrittura privata autenticata o con atto pubblico, in collegamento all'art. 474, comma 2, nn. 2) e 3), c.p.c.

³² Vedi SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari 2008, 334. Se questo atto di recezione da parte del giudice non vi fosse non saremmo di fronte ad una conciliazione giudiziale, ma al più ad un accordo tra le parti prodotto nel processo, che poi dovrebbe essere definito, a seconda delle diverse concezioni o situazioni, con un provvedimento di estinzione o di cessazione della materia del contendere. Quanto, poi, al limite imposto alla valutazione del giudice, non è questo il luogo per approfondire.

³³ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile. Del processo di cognizione*, II, Napoli 1956, 89. Vedi anche PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, 2, I, Torino 1980, 540 ss., spec. 576.

Ora, presa alla lettera, questa disposizione non sembra del tutto sensata. Se siamo in presenza innanzitutto di un accordo, quindi un contratto tra le parti, che senso ha parlare di accettazione di esso da parte del cancelliere e degli avvocati?

Il cancelliere non deve certo accettare il contenuto della transazione tra le parti, ma al più egli deve concordare sulla redazione del verbale quale documentazione dell'accaduto, quindi di quanto le parti abbiano voluto. Egli non dice "io voglio", ma dice "le parti hanno voluto x o y", con ciò rendendo una dichiarazione di scienza e non di volontà. Così il giudice, unico redattore e firmatario del documento informatico attesta che il cancelliere concordi con la sua opera di rappresentazione, per fornire una maggiore certezza probatoria, la cui utilità potrà emergere in eventuali liti future.

Più dubbia è la posizione degli avvocati, che certo non sono parti del contratto, né soggetti della documentazione ossia della verbalizzazione. Peraltro nelle conciliazioni in presenza essi non devono firmare il relativo verbale. Quindi il loro ruolo potrebbe essere visto come una sorta di garanzia di validità del contratto, in riferimento alla non contrarietà a norme imperative e di ordine pubblico, come avviene nella mediazione. Ed anche, magari di ulteriore garanzia di effettività della volontà delle parti presentandosi come una sorta di supporto a conferma della relativa documentazione di ciò che le parti abbiano voluto. Insomma, sembra proprio che l'unico ruolo, ancorché non insignificante, degli avvocati stia nel garantire ciò che già garantisce il giudice e, in parte, il cancelliere.

Ma, fatte queste precisazioni, resta la domanda più spinosa. Che significa propriamente la previsione per cui il verbale informatico di conciliazione giudiziale ha gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza?

Nessun dubbio sulla sua valenza di fattispecie costitutiva di un titolo esecutivo giudiziale.

Né è dubitabile che questa fattispecie, coinvolgente giudice e parti, abbia sia l'effetto processuale di definire la lite sia quello sostanziale di perfezionare un contratto di transazione, anche ove questo contratto dovesse esigere la forma scritta *ad substantiam*. Insomma, da questi punti di vista, la firma e la garanzia del giudice tiene luogo delle firme mancanti delle parti.

Il dubbio si pone su un piano formale, che poi rileva dal punto di vista del valore probatorio del verbale in oggetto. La domanda è: siamo in presenza di quello stesso atto pubblico che abbiamo a fronte di un verbale di conciliazione cartaceo?

Se la risposta è positiva, non c'è altro da aggiungere: esso fa piena fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. fino a querela di falso ed è titolo per iscrivere ipoteca nonché titolo trascrivibile.

In caso contrario questi ulteriori effetti non vi sono. Così, ad es., se il titolo è messo in esecuzione e il debitore si oppone contestando di aver consentito a quel certo accordo o comunque nei termini che risultano dal relativo verbale, così contestando il credito che si pretende di realizzare, egli non deve passare dalla via dell'incidente di falso, bastandogli la contestazione dell'accordo e così addossando alla controparte ogni altro successivo onere, in particolare l'onere di provare la genuinità del verbale utilizzato.

Ad una prima impressione sembrerebbe doversi dire che il legislatore abbia voluto l'equiparazione ad ogni effetto del verbale telematico a quello cartaceo. Ciò in virtù dell'argomento letterale ed anche per evitare di depotenziare questi accordi.

Ma è anche vero che la fattispecie informatica è molto lontana da quella cartacea ed allora, come abbiamo visto nella mediazione telematica, forse anche qui si potrebbe ipotizzare che la valorizzazione di esigenze di semplificazione debba pagare qualche prezzo.

Del resto il giudice non è il pubblico ufficiale addetto alle certificazioni, compito che spetta propriamente al cancelliere³⁴. Ed allora si dovrebbe ravvisare nello stesso art. 88 disp. att. c.p.c. la fonte di attribuzione al giudice di un potere che normalmente spetta al cancelliere. Ma che questa disposizione abbia una simile valenza può essere assai discutibile, soprattutto quando in essa si vuole che le attestazioni

³⁴ Quanto ai verbali di udienza gli articoli 126 e 130 c.p.c. prevedono chiaramente che essi siano opera del cancelliere. Però è singolare che poi questi non possa apporre la sua firma digitale al documento redatto mediante la *console* del giudice: sul punto vedi BUONAFEDE, *Il fascicolo informatico*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, 175 ss., spec. 196 ss.

del giudice siano supportate dalla cooperazione sia del cancelliere sia degli avvocati. Questa cautela, a me sembra, non depone a favore dell'attribuzione al giudice di un potere di certificazione allo stesso livello dell'ordinario potere di certificazione del cancelliere.

Ed allora si potrà dire che difficilmente, nell'esempio fatto, il debitore esecutato abbia possibilità di vittoria. Ma almeno starà al creditore esecutante l'onere di provare in positivo che è stato stipulato quel certo accordo e non al debitore esecutato l'onere in negativo di provare che non era quello l'accordo.

Certo, resta la carenza di un titolo trascrivibile. Ma in fondo anche il verbale di mediazione non lo è, neanche nella forma cartacea, ed allora non mi sembra che richiedere l'intervento di un notaio anche in riferimento a questa conciliazione giudiziale telematica sia un danno tanto grave.

MAURO BOVE