

I VERBALI CHE CONCLUDONO LA MEDIAZIONE
NEL D.LGS. N. 149 DEL 2022

Mauro Bove (*)

SOMMARIO: 1. I problemi. – 2. Fallimento della mediazione. – 3. Successo della mediazione. – 4. Mediazione in modalità telematica. – 5. Conclusioni.

1. I problemi. – La mediazione, come del resto ricorda l'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 28 del 2010, rimasto inalterato col successivo d.lgs. n. 149 del 2022, è innanzitutto un tipo di attività rivolta alla soluzione negoziale della lite. Essa si caratterizza per la presenza di un terzo, il mediatore, che, nella veste dell'«amico comune» aiuta le parti ad elevare il livello del loro dialogo, al fine di un progressivo avvicinamento tra le loro posizioni.

Questa attività esige, quindi, un percorso nel quale si mettono in campo le tecniche della contrattazione, di cui il mediatore, a differenza delle parti, è esperto al fine di un successo, ossia del perfezionamento di un accordo. Non è un procedimento in senso tecnico, e così eventuali suoi difetti rispetto alle previsioni di legge non invalidano l'accordo eventualmente raggiunto, né il mediatore amministra un dialogo competitivo fatto di esercizio di poteri processuali avente l'obiettivo della vittoria. Ma in quel percorso si svolgono comunque attività che hanno una loro organizzazione e una loro

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 455-475. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università di Perugia.

pregnanza tecnica, anche se la logica di queste è lontanissima dalla quella della soluzione giurisdizionale del conflitto, privata o statale che sia.

Così, se un processo statale o un giudizio arbitrale giungono certamente alla posizione di un atto di normazione concreta che definisce la lite comandando, essendo le parti soggette a tale potere, per legge o per accordo, nella mediazione si potrebbe giungere ad un frutto utile, la soluzione negoziale della lite, ovvero ad un 'nulla di fatto'. E ciò a prescindere dal rapporto tra legge e mediazione. Può anche essere che l'ordinamento imponga a colui che cerca giustizia di accedere prima alla mediazione, per il tipo di causa in gioco o attraverso il ruolo del giudice. Ma una simile imposizione può costruire giuridicamente solo un obbligo di tentativo ⁽¹⁾, e al più un obbligo di tentativo serio, senza mai giungere, come è ovvio, ad un obbligo di accordarsi né tantomeno una sorta di soggezione ad un potere di normazione del mediatore, magari per il caso di mancato incontro amichevole dei litiganti.

Così il percorso che si segue in un'attività di mediazione, cominciato obbligatoriamente oppure volontariamente, può giungere all'accordo oppure può giungere al riscontro di un fallimento del dialogo. In entrambi i casi si avranno formalità conclusive della procedura, disciplinate dalla legge, che è necessario assolvere, quantomeno perché, se non lo si facesse, non potremmo dire di essere di fronte ad una mediazione gestita da un organismo accreditato, conseguenza che rileverebbe giuridicamente sia nel caso di fallimento sia nel caso di successo.

Nostro compito è analizzare dette formalità nel passaggio dalla precedente disciplina contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010 alla nuova

⁽¹⁾ Peralto temporalmente limitato, se si vuole restare nei binari di una condizione costituzionalmente legittima. Oggi, visto l'art. 6 d.lgs. n. 149 del 2022, il tempo già prima previsto dei tre mesi è passibile di proroga per altri tre, ove le parti concordino. La qual cosa significa solo che allo scadere del tempo la domanda diventa procedibile, potendo, tuttavia, la mediazione anche durare per più tempo e magari giungere all'accordo, pur avendo il processo statale preso o ripreso il suo corso.

derivante dalla riforma di questo articolato ad opera del recente d.lgs. n. 149 del 2022.

2. *Fallimento della mediazione.* – Nella precedente versione dell'art. 11, il 4° comma prevedeva una disciplina compiuta appositamente dedicata al caso di fallimento della mediazione che così recitava: «Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione».

Nella nuova versione del medesimo art. 11 non possiamo dire di avere una disciplina propriamente dedicata al c.d. verbale negativo, ma al più si possono riscontrare delle tracce normative, da cui trarre la volontà del legislatore.

La prima e forse più significativa emerge dalla nuova rubrica della norma, che oggi recita: «Conclusione del procedimento». Questa scelta, che non rinvia più all'esito positivo ⁽²⁾, di cui innanzitutto la versione precedente si occupava, ma salva le previsioni specifiche che nel citato 4° comma erano dedicate all'esito negativo, mi pare segno della volontà di dare un'unica disciplina del verbale conclusivo del percorso, vi sia o non vi sia stato l'accordo.

E la cosa mi pare confermata anche dal nuovo 1° comma dell'art. 11, nel quale, dopo aver ipotizzato il perfezionamento di un accordo tra le parti, il cui testo il mediatore dovrà allegare al processo verbale, si aggiunge che in caso negativo, il mediatore darà atto del fallimento e quindi, aggiunge, eventualmente, formulerà una proposta.

Se così stanno le cose, il nuovo art. 11, 4° comma, cit. vale per ogni esito della mediazione. Certamente se si è perfezionato

⁽²⁾ La precedente rubrica diceva semplicemente: «Conciliazione».

l'accordo, che può essere stato raggiunto tra le parti ovvero può essere il frutto dell'adesione dei litiganti alla proposta formulata dal mediatore, secondo quanto è previsto nel 2° comma. Ma anche per il caso in cui il percorso abbia fallito, eventualità alla quale, del resto, mi pare che si riferisca in modo chiaro l'ultimo inciso del 4° comma, nel quale, riprendendo ed arricchendo la disposizione previgente, si dice: «Nel verbale il mediatore dà atto della presenza di coloro che hanno partecipato agli incontri e delle parti che, pur regolarmente invitate, sono rimaste assenti»⁽³⁾.

Insomma, in ogni caso oggi abbiamo che il verbale conclusivo della mediazione «è 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», disposizione con la quale, peraltro, dovrà pur coordinarsi quella, del tutto nuova, secondo la quale del primo incontro il mediatore redige processo verbale che va sottoscritto, oltre che da egli stesso, da tutti coloro che vi abbiano partecipato (art. 8, 6° comma).

Quindi, limitandoci per il momento all'osservazione del verbale di fallita mediazione, abbiamo la conferma che esso è firmato dalle parti e dal mediatore, il quale ha un potere di certificazione delle firme delle parti che resiste fino a querela di falso. Ed in più si aggiunge la previsione delle firme degli avvocati delle parti e di altri partecipanti alla procedura, che evidentemente sono da identificare in coloro che hanno partecipato agli incontri, firme che però non sono rese certe dal potere di certificazione del mediatore.

Qual è il senso di queste previsioni e così la conseguenza tecnicamente rilevante che possiamo trarre nei casi in cui manchi qualcuna di queste firme?

La dichiarazione di fallimento della mediazione è un atto del mediatore che pone in essere sia la detta dichiarazione di scienza,

⁽³⁾ La narrazione relativa alla mancata cooperazione di una parte era già prevista. Qui si aggiunge la necessità di rendere conto di coloro che, diversi dai litiganti, hanno preso parte agli incontri, coloro che quindi firmeranno il verbale.

che altro non è se non una rappresentazione di un accaduto, sia la sua documentazione nel relativo verbale. Siamo di fronte ad un fenomeno probatorio, che può essere assai importante nelle vicende processuali che si avranno di fronte al giudice della causa che poi continuerà o inizierà, se sol si considera che in detta rappresentazione può emergere la narrazione intorno al comportamento tenuto dalle parti o comunque a vicende di qualche rilievo.

Invero, se la legge costruisce in capo alle parti degli obblighi comportamentali, ossia un certo modo di stare nel percorso stragiudiziale, è evidente che tali obblighi, se si vuole che siano effettivi, debbano essere sanzionati ed è altrettanto evidente che, per un verso, l'applicabilità delle diverse, possibili, sanzioni emerga di fronte al giudice dello Stato che sarà investito nel caso di fallimento della mediazione, e, per altro verso, che in tale contesto si porrà un problema di prova in ordine al perfezionamento dei presupposti di fatto a cui la legge collega le varie sanzioni disciplinate.

Ecco che la forza probatoria del verbale di fallita mediazione è cosa assai importante, fino a rendere questo verbale delicato almeno quanto, ancorché per ragioni diverse, il verbale contenente l'accordo col quale si sancisce il successo del dialogo.

Vediamo molto sommariamente questi profili obbligatori.

Se la mediazione è condizione di procedibilità, per legge ai sensi dell'art. 5, 1° comma, d.lgs. 28 cit., per ordine del giudice ai sensi dell'art. 5 *quater* o anche per volontà delle parti ai sensi dell'art. 5 *sexies*, il giudice potrà decidere nel merito la causa di fronte a lui pendente se colui che esercita in giudizio l'azione dichiarativa prova⁽⁴⁾ che il tentativo è stato fatto.

(4) Si segnala come sia stata risolta, nell'attuale art. 5 *bis*, la questione che si era posta in ordine all'onere dell'assolvimento della condizione di procedibilità nell'ambito del procedimento per ingiunzione. Precisamente il legislatore ha seguito l'indicazione che era stata data da ultimo in Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19596, che, discostandosi dalla precedente Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629, in *Foro it.*, 2016, I, 1319, aveva accollato l'onere alla parte opposta. Sulla questione vedi, M. BOVE, *Onere della domanda di mediazione nel procedimento per ingiunzione*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 1135 ss.

Questo accertamento implica sempre la soluzione di una questione di fatto e di una questione di diritto. Quella attiene alla prova di ciò che in mediazione è accaduto, quindi alla ricostruzione dei comportamenti tenuti. Questa, a seconda del modo in cui la legge costruisce l'obbligo, può implicare anche una valutazione dell'accaduto più o meno complessa. Da questo punto di vista la legge nuova cambia in parte le cose.

Resta certamente la previgente disposizione che era dettata nell'art. 5, 2° *bis* comma, oggi riformulata in termini analoghi nel 4° comma del medesimo art. 5, che così recita: «Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione»⁽⁵⁾. Però, poi, nel rinnovato art. 8 è cambiata la disciplina di tale primo incontro⁽⁶⁾, richiedendosi sia alle parti sia al mediatore qualcosa di più rispetto a prima, perché in realtà si vuole che, al fine di ritenere assolta la condizione di procedibilità, vi sia un effettivo tentativo di dialogo, insomma si vuole che la mediazione sia, se così possiamo dire, partecipata, parendo assurdo che l'esercizio del diritto di azione sia condizionato da un passaggio puramente formale.

Così il 4° comma sempre dell'art. 8 cit. esige che normalmente le parti siano presenti personalmente al tavolo di trattativa, potendo

⁽⁵⁾ Così sembra, ad una prima impressione, che il legislatore voglia sposare la soluzione minimale che era stata adottata da Cass., 7 marzo 2019, n. 8473. Ma vedremo come oggi le cose siano più complesse.

⁽⁶⁾ Resta, invece, l'obbligo di farsi assistere da avvocati, specificandosi all'art. 8, 5° comma, che tale obbligo vige solo quando la mediazione è condizione di procedibilità, sia *ope legis* sia *ope iudicis*. La cosa prima era discussa, ma certamente già prima si riteneva che una mediazione condotta senza avvocati non fosse idonea ad assolvere la condizione di procedibilità. Sul punto vedi F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2021, 51-2; M. MARINARO, *Sulla disciplina che ripristina la conciliazione rimane l'ombra di vari profili d'incostituzionalità*, in *Guida al diritto*, 2013, 38, 17-8.; M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. 'decreto del fare'*, in *Soc.*, 2013, 1230 ss.

esse farsi rappresentare ⁽⁷⁾ solo se vi siano giustificati motivi, e, al 6° comma, si aggiunge un dovere di cooperazione, secondo i canoni della buona fede e della lealtà, al fine di realizzare un effettivo confronto. Nonché, in corrispondenza a quanto si esige dalle parti, si indica al mediatore, sempre in riferimento a codesto, direi centrale, primo incontro, il compito, non solo di esporre la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione ⁽⁸⁾, ma anche di adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione.

Insomma, ed in sintesi, il legislatore costruisce, nel configurare la condizione di procedibilità che rinvia ad un percorso negoziale, un obbligo, non solo di provarci, quindi semplicemente di aprire il percorso, ma anche di provarci seriamente, di provare un approccio di trattativa.

A questi aspetti, che interessano essenzialmente (colui che sarà) l'attore in giudizio, si aggiungono le previsioni, relative piuttosto a (colui che sarà) il convenuto nel medesimo giudizio, oggi raggruppate nel nuovo art. 12 *bis*, che riprende la previgente previsione con l'aggiunta di una disposizione in cui, sul modello dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., si prevede: «Nei casi di cui al 2° comma ⁽⁹⁾, con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice, se richiesto ⁽¹⁰⁾, può altresì condannare la parte soccombente che non ha partecipato

⁽⁷⁾ Con delega ad un rappresentante che conosca i fatti e sia munito dei necessari poteri per la composizione della lite.

⁽⁸⁾ Compito già in precedenza attribuito al mediatore.

⁽⁹⁾ Il 2° comma riprende la logica del precedente 4° *bis* comma dell'art. 8 che oggi recita: «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». Peraltro il 4° comma del medesimo articolo prevede che, in caso di coinvolgimento di una pubblica amministrazione, il provvedimento adottato sia trasmesso dal giudice al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei Conti e copia del provvedimento adottati nei confronti di uno dei soggetti vigilati all'autorità di vigilanza competente.

⁽¹⁰⁾ Quindi, a differenza della previsione codicistica, qui si esige la domanda di parte, non potendo il giudice pronunciarsi d'ufficio.

alla mediazione al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione».

Infine, sempre sul piano della strutturazione dell'obbligo di tentare la via dell'accordo, la legge mantiene anche l'aspetto relativo all'obbligo di non rifiutare proposte ragionevoli, sanzionandone la violazione con conseguenze economiche pregiudizievoli in base a quanto dispone l'art.13.

È a fronte di tutte queste situazioni che, si ripete, il verbale di fallita mediazione assume una grande importanza e ne emerge la funzione, non tanto o non solo di perfezionamento di un atto di chiusura del percorso ⁽¹⁾, bensì di racconto e, quindi, di prova di ciò che è accaduto di fronte all'organismo di gestione, fatti che poi rileveranno, in ipotesi, di fronte al giudice chiamato, prima a sussumere l'accaduto sotto i concetti giuridici utilizzati dalla legge, per poi trarre le varie conseguenze sanzionatorie previste.

⁽¹⁾ Aspetto formale, questo, che però non è da trascurare, ad esempio ai fini della ripresa dei termini di prescrizione o decadenza, posto che la domanda di mediazione ha su entrambe gli effetti della domanda giudiziale. Però oggi si porrà un problema, visto che la previsione di cui al 2° comma dell'art. 8, nella quale si riproduce quanto prima era previsto nel 6° comma dell'art. 5, non ripete anche la disposizione per cui «se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale» (aggiungiamo ovviamente negativo). Che senso ha questa omissione? Si dovrà dire che il termine di decadenza si azzera con la domanda di mediazione, ricominciando subito a decorrere di nuovo? Già prima si poneva il problema in ordine alla prescrizione, per il cui termine era sì previsto che la domanda di mediazione producesse anche l'effetto sospensivo, ma non era detto nulla in ordine al momento di ripresa di esso. Oggi la questione sarà più generale e più grave. Ma francamente mi pare che l'interprete debba sopperire alle lacune della legge ed offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata. Invero, se durante il tempo necessario per svolgere una mediazione obbligatoria il diritto sostanziale in gioco non deve correre rischi di essere pregiudicato, dovremo ritenere che con la domanda di mediazione si ha (anche) l'effetto di sospendere sia il termine di prescrizione sia il termine di decadenza, termini che torneranno a correre dopo il deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'organismo.

Per fare qualche esempio, procedendo dal semplice al complesso, è chiaro che, se la mancata assistenza degli avvocati dal lato dell'istante non permette di ritenere assolta la condizione e, dal lato del chiamato, alla mediazione non lo assolve dalle conseguenze di cui all'art. 12 *bis*, dovrà provarsi se quella assistenza vi è stata o meno, non residuando, in caso di risposta negativa, alcun'altra valutazione giuridica da fare. Diverso è il discorso quando è in gioco l'obbligo delle parti di partecipare personalmente al percorso: provata la loro assenza, possono rilevare diverse valutazioni, quali certamente la presenza di giustificati motivi di questa loro scelta⁽¹²⁾ oppure la mancanza di una procura correttamente costruita. E ancora diversa, e certamente più difficile, è la qualificazione in termine di buona fede e lealtà di comportamenti tenuti dalle parti: si dovrà provare quali siano stati tali comportamenti affinché il giudice possa partire da una base chiara e certa per la sua valutazione giuridica, il cui esito condizionerà la conclusione in ordine al problema impediante del 'se' si sia avverata o meno la condizione di procedibilità⁽¹³⁾.

Ecco, allora, che possiamo dire essere meglio formulato il problema che si accennava prima e, quindi, essere più chiaramente delineata l'importanza della domanda di fondo, ossia: a che scopo sono previste le varie firme indicate? Qual è la conseguenza della loro mancanza?

Si ripete: il mediatore è certamente, in quanto gestore del percorso, il soggetto della narrazione dell'accaduto e della dichiarazione di fallimento. Con tale verbale da lui firmato, ed il suo deposito presso la segreteria dell'organismo, si conclude la mediazione e allo stesso tempo si imputa l'attività compiuta all'organismo nel cui contesto

⁽¹²⁾ Elemento che potrà anche essere già valutato in mediazione, ma senza che ciò precluda la valutazione del giudice.

⁽¹³⁾ Questo sarà l'aspetto più spinoso e si spera che presto la Corte di Cassazione dia principi applicativi e magari fornisca anche qualche fattispecie ripetibile con cui riempire il concetto giuridico indeterminato.

opera, con tutte le conseguenze giuridiche previste nella legge in parola ⁽¹⁴⁾.

Ma in tale verbale vi è molto di più: il mediatore non si limita a tale dichiarazione di fallimento, ma la arricchisce appunto col racconto dell'accaduto, pone in essere le dichiarazioni di scienza che danno contenuto a quella narrazione e, documentandole nel verbale che sottoscrive, ne assume la paternità. Insomma egli rende una dichiarazione testimoniale dei fatti di fronte a lui verificatisi, precisamente dei fatti che possono rilevare di fronte al giudice al fine delle valutazioni sopra ricordate ⁽¹⁵⁾, e quindi documenta tale dichiarazione nella cosa rappresentativa che è il processo verbale.

Esigere qui anche le firme di parti, avvocati ed altri partecipanti significa, allora, avere la garanzia che costoro approvano la narrazione del mediatore ed è evidente come la forza probatoria del documento possa variare a seconda della presenza di tutte queste firme ovvero della assenza di qualcuna di esse.

Se la condizione di procedibilità non si può ritenere assolta senza l'assistenza in mediazione degli avvocati, è ovvio che pochi dubbi vi possono essere ove il verbale sia firmato anche da essi. Se la condizione è assolta solo se c'è stata una trattativa ed essa sia stata condotta regolarmente dal mediatore e con spirito di leale collaborazione tra le parti, la base fattuale di quella che sarà la valutazione del giudice può ritenersi solida se il verbale è firmato da tutti e così la narrazione in esso contenuta è approvata da tutti.

Insomma, e in definitiva, il verbale di fallita mediazione è la documentazione ossia la rappresentazione di una presa d'atto: la chiusura del percorso senza successo. In più in esso si può aggiungere la narrazione di fatti accaduti e situazioni verificatesi nella procedura,

⁽¹⁴⁾ In altri termini, per rilevare un'ovvietà, è chiaro che un'attività di mediazione svolta al di fuori di un contesto accreditato non potrebbe assolvere alla condizione di procedibilità di cui abbiamo trattato finora né provocare altri effetti sanzionatori sopra accennati.

⁽¹⁵⁾ Fatti salvi, ovviamente, i fatti che sono coperti da un obbligo di riservatezza.

che possono rilevare giuridicamente nel ritorno al giudice. Come atto conclusivo della mediazione, esso spetta essenzialmente al mediatore. Ma, poiché, si ripete ancora, al mero atto conclusivo si possono aggiungere varie dichiarazioni di scienza, l'approvazione delle parti⁽¹⁶⁾, degli avvocati e di altri partecipanti irrobustisce la prova di quanto narrato⁽¹⁷⁾.

3. *Successo della mediazione.* – Se le parti si accordano, la mediazione si conclude con un successo e la lite sarà risolta con un atto di normazione concreta, autonoma e, in ogni caso, sostitutiva della norma concreta che, se già configurabile nella relazione tra le parti, era tuttavia divenuta litigiosa. Il verbale contenente l'accordo ha in sé due fenomeni giuridici: 1) l'accordo, appunto, che è l'atto di normazione concreta cui si accennava, consistente in un contratto di transazione, certamente imputabile alle parti, che esige la forma scritta normalmente *ad probationem* (art. 1967 c.c.) ed a volte *ad substantiam* (art. 1350 c.c.); 2) la documentazione dell'accordo, che, se vuole essere riconosciuto come fattispecie formatasi nell'ambito dell'attività di mediazione riferibile ad un organismo accreditato nel contesto del d.lgs. n. 28 del 2010, come modificato dal d.lgs. n. 149

⁽¹⁶⁾ A cui il legislatore dedica anche l'accortezza della certificazione della loro firma ad opera del mediatore, cosa non prevista per le altre firme. Ma, francamente, si potrebbe dubitare dell'applicabilità di questa previsione nel caso di verbale negativo, fondandosi l'assunto sulla lettera della legge, che non distingue tra verbale contenente l'accordo e verbale negativo, cosa che farebbe pensare ad una volontà di ribadire quanto era previsto nel previgente art. 11, 4° comma. Però è anche vero che in questa norma si prevedevano le firme delle sole parti e non anche di altri soggetti.

⁽¹⁷⁾ Resta inteso che il più delle volte il giudice avrà uno spazio di valutazione, sia sulla veridicità della rappresentazione documentale delle dichiarazioni di scienza, perché il mediatore non è certo un pubblico ufficiale (solo in caso di certificazione delle firme di parte egli rende certa la provenienza fino a querela di falso delle dichiarazioni), sia sulla veridicità dei fatti rappresentati in dette dichiarazioni di scienza. Qui siamo in presenza della prova (il verbale) di altre prove, le dichiarazioni di scienza, e queste avranno diversi valori a seconda del loro contenuto.

del 2022, è imputabile essenzialmente al mediatore che in quell'organismo opera.

Il primo aspetto attiene alla fattispecie sostanziale, quindi al negozio giuridico che produce gli effetti sostanziali riconducibili alla volontà delle parti, insomma alla posizione delle regole di condotta alle quali le parti, superando la lite, si (auto)assoggettano⁽¹⁸⁾. Il secondo aspetto, invece, attiene alla fattispecie processuale della formazione del titolo esecutivo, quindi della costituzione dell'azione esecutiva che resta a disposizione della parte interessata ove la sua controparte non dovesse adeguarsi spontaneamente ai comandi contenuti nell'accordo.

Tali fattispecie divergono nei loro elementi costitutivi e ben è possibile che si perfezioni l'una e non anche l'altra.

L'accordo, si ripete, è il contratto stipulato tra le parti ed è perfezionato validamente con le sole firme delle parti. Esso, peraltro, di solito è raggiunto sostanzialmente e siglato formalmente dai litiganti prima della verbalizzazione del mediatore. È possibile che ciò accada a causa della formale accettazione per iscritto che le parti fanno pervenire al mediatore a fronte di una proposta di questi, precisamente entro sette giorni dalla relativa comunicazione (art. 11, 1° e 2° comma). Oppure è possibile che il contratto sia raggiunto e siglato amichevolmente tra le parti, senza la proposta del mediatore.

In entrambe le descritte situazioni abbiamo un atto di normazione pienamente efficace e anche il rispetto della forma scritta, sia che questa serva *ad probationem* sia che serva *ad substantiam*.

Ma per perfezionare la seconda fattispecie, costitutiva dell'azione esecutiva, sono necessari altri due elementi: a) la documentazione dell'accordo secondo le formalità descritte dalla legge che disciplina

⁽¹⁸⁾ Qui emerge la caratteristica funzionale e strutturale dell'atto autonomo di soluzione della lite, che non è espressione del potere di normazione di un terzo a cui i litiganti sono soggetti, per legge (giudice statale) o per scelta (giudice privato), né ha come suo contenuto uno *ius dicere*, quindi una vincolata operazione di sussunzione giuridica. Insomma un atto, non di giustizia ossia di concretizzazione della legge astratta, bensì di convenienza ponendosi quale punto di incontro di una valutazione degli interessi, anche ma non solo economici, in gioco.

il verbale conclusivo della mediazione; b) la garanzia da parte degli avvocati, i quali attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Così le parti non possono limitarsi a raggiungere l'accordo, ma devono necessariamente presentarsi al cospetto del mediatore, il quale documenta la fattispecie negoziale già perfezionatasi⁽¹⁹⁾, spendendo anche l'essenziale potere di certificazione dell'autografia delle firme delle parti. Sia che l'accordo sia allegato al verbale sia che esso venga in questo trasfuso, le parti sottoscrivono la documentazione del contratto, ossia la narrazione da parte del mediatore di un accaduto, che le parti confermano. Qui esse non dichiarano di volere, bensì dichiarano di aver voluto: non quindi dichiarazioni di volontà, ma dichiarazioni di scienza, sottoscritte con un'attività di certificazione del mediatore che, in tale contesto parificato ad un pubblico ufficiale, garantisce fino a querela di falso la provenienza delle dichiarazioni da parte di coloro che appaiono quali sottoscrittori.

Insomma, si forma una prova del credito, o meglio della sua fattispecie costitutiva, ritenuta sufficiente dal legislatore per formare un titolo esecutivo⁽²⁰⁾. È evidente, allora, come il titolo esecutivo non stia nell'accordo, bensì nella sua rappresentazione mediante verbalizzazione, senza la quale avremmo un contratto certamente efficace, ma non la costituzione dell'azione esecutiva.

A ciò il legislatore ha voluto aggiungere anche l'attestazione degli avvocati accennata sopra, per evidenti ragioni di garanzia, ancorché, ovviamente, non sia certo preclusa la possibilità per l'interessato di contestare ugualmente la violazione di norme imperative o dell'ordine pubblico nell'ambito di futuri processi dichiarativi, tra i quali si può citare il caso della proposizione di un'opposizione

⁽¹⁹⁾ Su queste tematiche in generale è utile una rilettura di F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181 ss.

⁽²⁰⁾ Ovviamente qui mettiamo in luce la ragione per cui il legislatore ha inserito questa fattispecie tra i titoli esecutivi, rilievo che, però, non può far pensare che essa valga come prova nel processo esecutivo, nel quale conta solo l'esistenza del titolo esecutivo. La rilevanza probatoria, allora, emergerà solo nell'ambito del contesto, eventuale, che si determina in caso di opposizione all'esecuzione.

ai sensi dell'art. 615 c.p.c., ove la controparte 'metta in esecuzione' ⁽²¹⁾ il titolo esecutivo ⁽²²⁾.

Ma direi che nulla di altro vi sia da aggiungere. Così, quando nella formulazione dell'art. 11, offerta oggi dal d.lgs. n. 149 del 2022, a differenza di quella precedente contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010, si prevede che il verbale sia firmato anche da non meglio precisati 'altri partecipanti alla procedura', si deve riconoscere di essere in presenza di una previsione inutile o quantomeno non attinente ad elementi essenziali delle due fattispecie sopra descritte: né quella sostanziale né quella processuale.

Le 'testimonianze' di costoro potranno anche essere raccolte ⁽²³⁾, ma, se esse possono irrobustire il valore probatorio del verbale di fallita mediazione, per tutte le vicende narrate dal mediatore e magari di possibile rilevanza di fronte al giudice della causa che, non risolta negozialmente, riprende il suo corso, nell'ambito di un verbale che contiene l'accordo, direi che hanno un valore assai scarso.

4. Mediazione in modalità telematica. – È possibile che la mediazione si svolga con modalità, rese possibili dai moderni mezzi dell'informatica, che prescindano dalla compresenza fisica delle parti nello stesso luogo e così che si concluda sempre con gli stessi mezzi.

Nel recente periodo caratterizzato dalla pandemia da Covid-19 il

⁽²¹⁾ Le virgolette sono dovute al fatto che nel testo si è voluto usare un'espressione forense di uso comune, ma tecnicamente è ovvio come oggetto dell'esecuzione sia il credito da realizzare e non il titolo esecutivo.

⁽²²⁾ Resta il fatto che la mancanza delle firme ed attestazioni degli avvocati è surrogabile col percorso di fronte al presidente del tribunale competente ai sensi dell'art. 12, 1° *bis* comma. Invero, se e nella misura in cui la legge impone la presenza degli avvocati, la loro assenza rileva certamente in caso di fallita mediazione, ma non inficia l'accordo raggiunto. Essa impedisce solo l'immediata formazione del titolo esecutivo, che però può aversi in un altro modo.

⁽²³⁾ Peraltro con firme che non sono da certificare come autografe da parte del mediatore, che svolge questa attività solo in riferimento alle firme delle parti.

legislatore aveva valorizzato tali modalità, cercando di facilitarne l'uso⁽²⁴⁾. Oggi il d.lgs. n. 149 del 2022 detta una norma specifica (all'art. 8 *bis*) per la mediazione in modalità telematica, della quale a noi qui interessa essenzialmente descrivere la disciplina dell'esito positivo del percorso, quindi del verbale contenente l'accordo.

A tal proposito, la normativa emergenziale era caratterizzata da tre elementi: 1) veniva attribuito agli avvocati il potere di certificare l'autografia delle firme apposte dai loro clienti alle diverse dichiarazioni ipotizzabili; 2) veniva esteso questo potere, oltre che in riferimento alle dichiarazioni di scienza contenute nel verbale, anche alle dichiarazioni di volontà costituenti l'accordo; 3) si prevedeva che il titolo esecutivo si perfezionasse con la firma del verbale rappresentativo dell'accordo da parte del mediatore e degli avvocati, senza necessariamente le firme delle parti.

Questo sistema offriva due possibilità operative.

Si potevano ritenere del tutto inutili le firme delle parti al verbale finale, bastando l'espressione del loro consenso al momento, antecedente, di perfezionamento dell'accordo, con firma digitale degli avvocati, i quali garantivano la provenienza delle dichiarazioni dai loro clienti, oltre ad attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico. Quindi, perfezionatasi la fattispecie sostanziale, quella processuale poteva compiersi col verbale finale sottoscritto solo dal mediatore e dagli avvocati.

Oppure si poteva ritenere che, ancorché l'accordo si perfezionasse in un momento antecedente, alla verbalizzazione finale partecipassero anche le parti. Formato un solo documento informatico, lo si poteva far 'firmare' a vario titolo dai diversi protagonisti: le parti, al fine di manifestare il consenso ad un certo regolamento negoziale, gli avvocati, al fine di garantire la provenienza delle dichiarazioni di volontà da parte dei loro clienti, oltre che al fine di attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine

⁽²⁴⁾ Vedi, se vuoi, M. BOVE, *Mediazioni e conciliazioni giudiziali 'a distanza'*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 632 ss., in cui si individuavano anche le fonti normative di quel periodo.

pubblico, ed il mediatore, soprattutto al fine di imputare la fattispecie all'organismo accreditato di riferimento, elemento essenziale per la formazione del titolo esecutivo.

In questo contesto poteva dirsi superata l'idea che la sottoscrizione sia l'unico modo per attribuire a qualcuno la paternità di una dichiarazione, potendosi ipotizzare la sua sostituzione con mezzi di comunicazione della dichiarazione, mezzi appunto imputabili al soggetto, restando garanti del sistema gli avvocati nel rapporto con i loro clienti ⁽²⁵⁾.

Questa vicenda oggi è disciplinata in maniera diversa. Scelta la necessità di formare un unico documento informatico ai diversi fini sopra descritti, l'art. 8 *bis* d.lgs. n. 149 del 2022 prevede che esso debba essere sottoscritto con firme digitali apposte dalle parti e, sempre con firma digitale, da parte del mediatore. Con la precisazione che tra quelle e questa, nell'eventualità che si tratti di una mediazione obbligatoria *ope legis* oppure *ope iudicis*, si appongano anche le firme degli avvocati.

È evidente come gli avvocati perdano un ruolo fondamentale. Resta importante la loro opera solo nella mediazione obbligatoria per la formazione del titolo esecutivo, dovendo essi attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico ⁽²⁶⁾. Ma è eliminato il loro potere di garantire la provenienza da parte dei loro clienti delle dichiarazioni di volontà costituenti la fattispecie contrattuale, eliminazione che fa il paio con la necessità che il verbale sia firmato da quei clienti con firma digitale.

Prendendo atto della volontà del legislatore, si deve solo ricordare quale sia il valore di tale firma digitale, alla luce della normativa CAD, per verificare se esso sia paragonabile a quello che ha la sot-

⁽²⁵⁾ M. BOVE, *op. ult. cit.*, 643 ss.

⁽²⁶⁾ Sono importanti due precisazioni. La prima: se gli avvocati devono partecipare alle mediazioni obbligatorie, non è escluso che essi possano partecipare anche alle altre. La seconda: riprendendo quanto già detto *supra* nt. 22, ove gli avvocati non vi siano, ai fini della formazione del titolo esecutivo sopperisce il percorso di fronte al presidente del tribunale (art. 12).

toscrizione delle parti su verbale cartaceo a seguito della certificazione del mediatore.

A proposito del documento informatico munito di firma digitale, l'art. 20 CAD richiama l'art. 2702 c.c. Se, come a me sembra, tale richiamo non può che essere integrale, evidentemente non possiamo ritenere di essere in presenza di un documento parificabile al verbale cartaceo, che, munito della detta certificazione del mediatore, è una scrittura che fa piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta.

Tra le opposte teorie in fondo sembra rispondente alla legge una lettura che potremmo definire intermedia nei fatti⁽²⁷⁾. Invero, la parte che si vede opporre il documento informatico può contestarlo, ancorché lo debba fare immediatamente nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione (art. 215 c.p.c.), caricando così la sua controparte dell'onere di fare istanza di verificaione ai sensi dell'art. 216 c.p.c. Ma le conseguenze in ordine alle posizioni processuali successive vanno valutate attentamente, anche in conseguenza del tipo di contestazione.

L'interessato può contestare che il documento abbia la sua firma, perché, egli dice: 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 medesimo⁽²⁸⁾. In tal caso, si ripete, se

⁽²⁷⁾ Secondo un'interpretazione la firma digitale avrebbe lo stesso valore di una sottoscrizione autenticata, per cui l'apparente sottoscrittore avrebbe l'onere di proporre querela di falso, col conseguente carico di onere probatorio. Seconda un'altra idea il documento informatico con firma digitale può essere disconosciuto dall'apparente sottoscrittore, avendo la controparte l'onere di sollecitare l'incidente di verificaione. Per una sintesi vedi P. BERTOLLINI, *Il documento informatico e il documento analogico*, in G. RUFFINI (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019, 37 ss., spec. 69 ss.

⁽²⁸⁾ Su questi aspetti si rinvia a M. GRADI, *Le prove*, in G. RUFFINI (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, cit., 520 ss., il quale rileva come qui emerga un comportamento doloso del certificatore o di un terzo che abbia ingannato il certificatore, perché il certificatore assicura, mediante la pro-

colui che ha prodotto il documento ha certamente l'onere di fare istanza di verifica, tuttavia il suo onere probatorio è leggero, bastando a lui depositare il certificato di firma elettronica e l'attestazione di convalida. Sarà, poi, colui contro il quale il documento è stato prodotto, in quanto interessato a negarne l'autenticità, a doversi caricare dell'onere di provare la falsità della certificazione o dell'attestazione rilasciate dal certificatore, prova da darsi con ogni mezzo, come ad esempio può essere una consulenza tecnica d'ufficio ⁽²⁹⁾.

Così, è evidente come le distanze tra le opposte letture del richiamo che l'art. 20 CAD fa all'art. 2702 c.c. si accorcino, perché, se anche non si riconosce al documento informatico con firma digitale il valore di una scrittura privata che garantisca la provenienza delle dichiarazioni fino a querela di falso, è anche vero che la parte la quale subisce la contestazione e, quindi, deve attivarsi per l'incidente di verifica informatica, ha poi in questo un onere probatorio agevole da assolvere.

Altro è se, visto l'art. 20, 1° *ter* comma, CAD, la parte contro la quale si produce il documento informatico dica: 'è la mia firma, ma altri l'ha usata abusivamente'.

Qui, ancora una volta, colui che ha prodotto il documento deve attivarsi per la verifica. Ma in questo incidente starà alla controparte che ha sollevato la detta contestazione l'onere di provare che, pur essendo stata utilizzata la sua firma digitale, tuttavia ciò è accaduto per l'abuso di altri. L'onere probatorio primario non è caricato allora su colui che solleva l'incidente di verifica, bensì starà al titolare del dispositivo di firma provare di aver perduto incolpevolmente detto dispositivo ovvero che colui che lo ha utilizzato non aveva alcun mandato in tal senso o altro abuso.

cedura di validazione informatica, che la firma elettronica apposta ad un determinato documento provenga dal dispositivo di firma associato al titolare. Pertanto la contestazione in oggetto ha come oggetto la falsità di tali attestazioni e certificazioni provenienti dal terzo.

⁽²⁹⁾ Ancora M. GRADI, *op. cit.*, 522.

5. *Conclusioni.* – Se sono permesse, a fronte della nuova normativa in commento, alcune conclusioni in chiave critica, credo che ne debbano emergere due.

La disciplina dei verbali conclusivi cartacei mi sembra sostanzialmente rimasta come la precedente. Qui, a mio avviso, si è stati poco propositivi soprattutto in riferimento alla formazione del titolo trascrivibile, ove il verbale contenga l'accordo raggiunto, continuando a prevedersi nell'art. 11⁽³⁰⁾ che se «con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 c.c., per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione dell'accordo di conciliazione deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

Ora, se è risalente nel tempo e certamente riconosciuta ed apprezzata la professionalità soprattutto dei notai rispetto alle pratiche di trascrizione, non si comprende qui a quale fine la loro collaborazione debba essere richiesta ancora per la formazione del titolo trascrivibile. I verbali di mediazione contenenti gli accordi sono già sottoscritti dalle parti con firme rese certe dal mediatore: questi non è certamente un pubblico ufficiale, per cui non ha un generale potere di certificazione, ma nel caso specifico con il ruolo che gli è dato specificamente (e limitatamente) dalla legge egli costruisce una scrittura privata che fa già piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta⁽³¹⁾. Ed allora a quale fine giuridico questo 'raddoppio' del notaio?

Si ripete: resterà il più delle volte imprescindibile la sua opera nel rapporto col conservatore dei registri immobiliari, ma non si capisce proprio quale sia la ragione giuridica che esige qui ancora la sua opera nella costruzione del titolo trascrivibile.

La seconda riflessione critica riguarda l'evidente arretramento nella disciplina della mediazione in modalità telematica, che rende

⁽³⁰⁾ Sarà nel 7° comma e non più nel previgente 3° comma.

⁽³¹⁾ E, se si guarda alla garanzia della validità dell'atto al fine della formazione del titolo esecutivo, gli avvocati attestano e certificano che l'accordo è conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico.

più difficoltosa la formalizzazione degli accordi imponendo agli utenti di dotarsi di firma digitale.

Invero, qui non si capisce quale sia stata la vera paura del legislatore, se quella di eccedere nella fiducia che la normativa emergenziale aveva dato agli avvocati o di correre il rischio di andare verso un futuro in cui si costituiscano organismi operanti solo sul *web*. Il primo timore direi che sarebbe certamente fuori luogo. Ma anche il secondo ⁽³²⁾ è fuori luogo, perché, per un verso, il rischio può essere parato semplicemente imponendo in sede di accreditamento che gli organismi offrano tutte le modalità possibili e, in secondo luogo, direi che quello in parola non dovrebbe neanche essere visto come un pericolo. Invero, impedimenti del genere non dovrebbero essere costruiti in un libero mercato, la cui regolamentazione deve mirare ad avere professionalità, onestà e trasparenza, non altro.

Per cui, se un organismo volesse offrire solo una modalità telematica, non si capisce perché dovrebbe essere lo Stato ad impedirglielo: starà agli utenti la libertà di promuovere o bocciare i servizi che sono offerti loro.

Abstract

L'a. analizza la disciplina dei verbali che concludono la mediazione contenuta nell'attuale d.lgs. n. 149 del 2022, facendo emergere una sostanziale conferma delle previsioni già prima contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010. Così si descrivono la struttura e lo scopo delle formalità da seguire sia nel caso di fallimento della mediazione sia nel caso di suo successo, ipotesi in cui il verbale conclusivo del percorso contiene l'accordo delle parti. Quindi, si analizza l'attuale regolamentazione dei verbali nell'eventualità che sia seguita la modalità telematica, facendo emergere l'importante cambiamento che la normativa recente apporta esigendo la firma digitale delle parti.

⁽³²⁾ Su cui vedi D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 125.

The paper analyses the discipline of mediation reports under Legislative Decree no. 149 of 2022, highlighting its conformity to the provisions of Legislative Decree no. 28 of 2010. The author outlines the features and scope of the procedures applicable to instances where a mediated settlement is not achieved and instances where mediation results in a settlement agreement to be included in the mediation report. In particular, the author examines the innovative regulation of mediation reports, which requires the use of digital signatures where mediation takes place online.

