



SAVERIA CUSUMANO

**Mediazione *on-line* e firma digitale: il d.l. “Cura Italia” consente di superare il formalismo di Cass. 8473/2019?**

SOMMARIO: 1. Incontro di mediazione e assistenza del difensore. 2. Il PCT e l’efficacia giuridica del documento firmato digitalmente. 3. Mutamenti sociali e adeguamenti legislativi. 4. Considerazioni conclusive.

**1. *Incontro di mediazione e assistenza del difensore***

Con sentenza n. 8473 del 27 marzo 2019<sup>1</sup> la Corte di cassazione ha risolto un importante nodo gordiano generato dai contrasti sull’interpretazione art. 8 del d.lgs. n. 28/10, come novellato nel 2013<sup>2</sup>, che testualmente dispone “*Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l’assistenza dell’avvocato*”.

Per comprendere correttamente la portata della pronuncia, va preliminarmente chiarito che a seguito della riforma del 2013 -che ha anche corretto taluni profili di incostituzionalità della normativa originaria<sup>3</sup>- le parti in mediazione devono farsi assistere dal proprio “difensore”, il quale, in questa attività degiurisdizionalizzata,

---

<sup>1</sup> In *Foro it.*, 2019, 10, I, 3250 con nota di D. DALFINO, «Primo incontro», comparizione personale delle parti, effettività della mediazione, 3259 ss.. V. altresì C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*, in [https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-n-84732019-una-rondine-che-speriamo-non-faccia-primavera\\_18-04-2019.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-n-84732019-una-rondine-che-speriamo-non-faccia-primavera_18-04-2019.php), nonché A. ZANELLO, *Cass. 8473/19: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità*, 3265 ss., in *Diritto & Giustizia*, 2019, fasc. 59, p. 2.

<sup>2</sup> L’art 8 del D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, nella formulazione originaria, non prevedeva l’obbligatorietà dell’assistenza legale che è stata introdotta successivamente a seguito di modifica, operata dall’articolo 84, comma 1, lettera h) del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98.

<sup>3</sup> Con la sentenza n. 272 del 6 dicembre del 2012, la Corte costituzionale, nel rilevare l’illegittimità costituzionale della mediazione obbligatoria sotto un profilo meramente formale (violazione degli artt. 76 e 77 Cost), in quanto la sanzione dell’improcedibilità della domanda giudiziale per mancato esperimento della mediazione obbligatoria, prevista dall’art. 5 comma 1 D. Lgs 28/2010 (in mancanza di esplicita indicazione in tal senso nella relativa legge delega n 69/2009), non poteva essere prevista con lo strumento del decreto legislativo, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del D. Lgs n. 28/2010, sicché la relativa disciplina era stata espunta dal D. Lgs. n. 28/2010. Cfr., *ex multis*, F. VALERINI, *Ecco la sentenza sulla mediazione: la parola passa ora al Parlamento (se vorrà)*, in *Diritto & Giustizia*, 2012, p. 1126; R. TISCINI, *L’incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*, in *Riv. dell’arbitrato*, 2013, fasc. 1, p. 105.



assume una veste diversa dalla tradizionale figura dell'“avvocato”, esperto in tecniche processuali, che rappresenta la parte<sup>4</sup>.

L'avvocato in mediazione riveste, infatti, piuttosto un ruolo ibrido, poiché coniuga funzioni tecniche con funzioni consulenziali e facilitatorie dell'individuazione di un efficace punto di sintesi tra le parti.

In sostanza l'avvocato assume il ruolo di esperto in tecniche negoziali, più che processuali.

Nulla, però, dice il Legislatore, circa la possibilità che le parti, al primo incontro di mediazione ed a quelli successivi, **deleghino la comparizione a terzi soggetti**.

**Un vuoto legislativo** colmato dalla sentenza citata con la quale i giudici di legittimità hanno previsto la possibilità, per le parti in mediazione obbligatoria, di farsi sostituire anche dal proprio difensore, attraverso il rilascio di una procura speciale sostanziale, ben distinta dalla procura *ad litem*, con la quale non deve essere confusa<sup>5</sup>.

La Corte di cassazione, infatti, ha testualmente statuito che *...“la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista”*.

Serve premettere che la necessaria comparizione personale delle parti è connaturata alla *ratio* dell'istituto giuridico della mediazione, tanto nell'ipotesi volontaria quanto, soprattutto, nell'ipotesi obbligatoria relativa alle controversie vertenti sulle materie elencate dall'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010, ove, in quanto condizione di procedibilità, deve essere effettiva<sup>6</sup>.

Com'è noto, l'obiettivo che si persegue con la mediazione consiste nel contemperare le ragioni di entrambi i contendenti, il che presuppone la loro effettiva partecipazione<sup>7</sup>. A differenza, infatti, del procedimento giudiziario, basato su una contrapposizione delle parti processuali, l'istituto della mediazione si fonda sulle logiche della conciliazione, con un diretto coinvolgimento delle *persone* nelle pastoie della vicenda concreta, sino ad estendersi alla valutazione di elementi estranei ad essa, se utili alla risoluzione della controversia<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> “In mediazione all'avvocato compete una mera assistenza tecnica, finalizzata, attraverso la certificazione che l'accordo sia conforme a norme imperative ed ordine pubblico, ad attribuire efficacia di titolo esecutivo all'accordo raggiunto”. Cfr. G. DE BERTI - A. MARSAGLIA, *Gestire negoziazione e mediazione. Guida per l'avvocato*, Milano, 2014, p. 11.

<sup>5</sup> Sulla differenza tra la procura “ad litem” intesa come negozio unilaterale attraverso il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, e la procura “sostanziale” che costituisce, invece, un negozio bilaterale noto come “contratto di patrocinio”, riconducibile alla figura tipica del mandato, cfr. Cass. 2 agosto 2019, n. 20865, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 144, 2019, p. 28, con nota di G. TARANTINO, *Diritto al compenso: non basta la procura alle liti*.

<sup>6</sup> Sulla mediazione quale condizione di procedibilità, cfr. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, 2016, p. 215.

<sup>7</sup> Cfr. R. SAIJA, *Mediazione e processo. Vecchio e nuovo dopo la legge 98/2013*, in AA.VV., *Procedimento di mediazione e accordo di conciliazione*, in *Scienze e ricerche*, 2016, fasc. spec., 47 ss.

<sup>8</sup> Nel senso che: “Con la conciliazione, pertanto, possono essere poste le basi per una diversa regolamentazione del rapporto futuro, laddove invece i meccanismi di composizione della lite di tipo «aggiudicativo», come sono quelli che danno vita a una sentenza o a un lodo, sono «costretti» nei binari della distribuzione della ragione e del torto, imposti dall'art. 112 c.p.c., e non possono



In mediazione, pertanto, si prescinde dalla logica conflittuale, tipica delle tecniche processuali e del negoziato di posizioni “di principio” (in cui ogni parte ambisce a vedere legittimata la propria pretesa giuridica) e si instaura un negoziato di “interessi reali” (a volte complementari e perfettamente temperabili) che presuppone una fattiva collaborazione onde addivenire ad una soluzione per entrambe soddisfacente dei bisogni, degli interessi e delle esigenze di cui sono portatrici. Le parti in mediazione, in definitiva, sono al contempo attrici e registe del tentativo di mediazione che le occupa<sup>9</sup>.

Significativa, sul punto, la giurisprudenza di merito che, ormai da più di un lustro, ha ben evidenziato l'importanza della partecipazione personale delle parti, in assenza delle quali, sebbene siano presenti i difensori, il procedimento di mediazione non può dirsi validamente esperito, cristallizzando così la natura dell'istituto della mediazione<sup>10</sup>.

A ciò è da aggiungere che se il legislatore avesse voluto prevedere la possibilità per la parte di farsi sostituire, lo avrebbe previsto *apertis verbis: ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Ma la giurisprudenza a volte è chiamata a sopperire ai vuoti legislativi, ed ecco che la Suprema Corte, nell'affermare che sebbene sia vero che il legislatore non ha previsto la sostituzione, non lo ha comunque escluso così come, tutte le volte che il legislatore ha ritenuto necessaria la comparizione personale delle parti, ha previsto, in caso di inottemperanza, le relative conseguenze.

---

intervenire a modificare la situazione sostanziale delle parti, se non nel diverso senso, e negli stretti confini, dettati dall'art. 2908 c.c. all'emanazione di pronunce costitutive.”, v. I. PAGNI, *Introduzione*, in AA.VV., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, 2010, 5, p. 623. Illuminanti, sono in proposito le lucide considerazioni di M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. “decreto del fare”*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013, (<http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/505/Bove.%20Accordo.pdf>), p. 2, che sul punto afferma che “nell'ambito dei mezzi di risoluzione delle controversie civili attinenti a diritti disponibili, la conciliazione si pone come uno strumento a metà strada tra i mezzi eteronomi ed i mezzi autonomi. Essa, vera alternativa negoziale alla giustizia, piuttosto che forma di giustizia alternativa (quale l'arbitrato), sfocia, in caso di esito positivo del percorso, in un atto di normazione concreta che le parti sottoscrivono, quindi in un atto (vincolante) risolutivo del conflitto che non è dato da un terzo, dotato di un potere conferitogli dallo Stato o dai privati, bensì è dato dagli stessi protagonisti del conflitto.”. Su questi profili, v. F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 ss.

<sup>9</sup> In quanto attrici rivestono una posizione centrale ed in quanto registe, su di esse ricadono forti responsabilità circa la risoluzione della controversia. Cfr. A. BRUNI, *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale. Tecniche e casistica*, Maggioli, 2011, p. 142.

<sup>10</sup> Cfr. Trib. Firenze, ord. 2014. Il Tribunale, chiamato a pronunciarsi su materia rientrante tra quelle per cui è prevista la condizione di procedibilità, ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis del D. Lgs. 28/2010, ha ritenuto non esperito il procedimento di mediazione, atteso che al primo incontro aveva partecipato soltanto il difensore della parte istante (più precisamente un sostituto) e non le parti personalmente. Ciò ha indotto il tribunale a non ritenere esperito il procedimento di mediazione posto che l'art. 8 del D. Lgs 28/2010, modificato dalla Legge n. 98/2013, dispone che “le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”. Per il tribunale toscano nella mediazione è fondamentale... la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo dei rapporti empatici ed è pertanto indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono le parti)”. Più di recente parlano di improcedibilità cfr. Trib. Vasto, 5 gennaio 2018, n. 1, in *GiustiziaCivile.com*, 2019, con nota di V. Scianatico, Trib. Velletri, sez. II, 22 maggio 2018, n. 1247; Trib. Vasto, 17 dicembre 2018. Diversamente Trib. Savona, 19 ottobre 2018 che punisce l'assenza della parte all'incontro di mediazione obbligatoria non con l'improcedibilità ma con le sanzioni previste dall'art. 8 c. 4 bis D.Lgs. 28/2010.



Alla luce di tali considerazioni, la Suprema Corte ha statuito che nei giudizi ove la mediazione debba esperirsi obbligatoriamente *ante causam*, ex art. 5, co. 1 – *bis*, D.lgs 28/2010, affinché il tentativo si possa ritenere compiuto, la parte possa farsi sostituire, tuttavia, “... *in mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri*”; pertanto, la parte “*può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale, che non rientra nei poteri di autentica dell’avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista*”<sup>11</sup>.

In sostanza, attraverso un’interpretazione sin troppo estensiva della proposta di emendamento del primo comma dell’art. 8 del d.lgs. 28/2010, formulata dalla Commissione Alpa in materia di riforma degli strumenti di ADR, per la Corte, nel procedimento di mediazione obbligatoria, sebbene necessaria la presenza delle parti e dei rispettivi difensori, la parte può farsi sostituire da un terzo rappresentante sostanziale, che può essere anche il difensore.

Ne deriva che la sostituzione è ammessa, ma non sulla scorta di una procura alle liti, ex art. 185 c.p.c. rendendosi, viceversa, indispensabile una procura speciale sostanziale che, oltre ad essere autenticata dal notaio anche laddove conferita allo stesso difensore, conferisca lo specifico potere di partecipare alla mediazione e di disporre dei relativi diritti.

In difetto, deve ritenersi che la parte abbia pretermesso la procedura conciliativa senza giustificato motivo, valutabile dal giudice di merito ai sensi dell’art. 116 c.p.c.<sup>12</sup>. Va messo in evidenza che la pronuncia di legittimità del marzo 2019, ad oggi unica, suscita più di un dubbio, in quanto l’interpretazione dell’art. 8 del D.

---

<sup>11</sup> Tra le prime voci critiche si segnala C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*, in [https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-n-84732019-una-rondine-che-speriamo-non-faccia-primavera\\_18-04-2019.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-n-84732019-una-rondine-che-speriamo-non-faccia-primavera_18-04-2019.php).

<sup>12</sup> Cfr. M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/105/Bove.pdf), 2010, (<http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/105/Bove.pdf>), p. 1: “È evidente quanto questa previsione, insieme ad altre contenute nello stesso d.lgs., sia il segno dell’aspirazione del legislatore a fare della mediazione uno strumento che, in una certa misura, contribuisca ad alleggerire il carico di lavoro del servizio della giustizia statale e, quindi, a risolvere le sue inefficienze.” V. altresì, sul punto, ID., *op. cit.*, p. 2 “se il giudice può in linea generale ricavare argomenti di prova dal contegno che le parti hanno durante il corso del processo, qui si immagina che la scelta di una parte di non partecipare, senza un giustificato motivo, al procedimento di mediazione, che si colloca evidentemente al di fuori del processo, sia ugualmente qualificabile, appunto, come comportamento processuale dal quale il giudice della causa può ricavare quegli stessi argomenti di prova.”



Lgs. n.28/2010 potrebbe apparire non coerente con la normativa comunitaria, laddove ritiene la partecipazione delle parti attività delegabile<sup>13</sup>.

Molte, infatti, le pronunce di merito ove si evidenzia che soltanto l'effettiva partecipazione delle parti consente loro di sottrarsi ai confini rigidi imposti dalle rispettive posizioni processuali, pertanto la sostituzione deve essere intesa come *“attività delegabile in casi eccezionali e a condizione che il delegato non sia l'avvocato che l'assiste nel procedimento”*<sup>14</sup>.

Per la giurisprudenza citata, priva di significato sarebbe la disciplina dettata dall'art. 8 nella parte in cui richiede al mediatore non solo di illustrare le modalità di funzionamento della mediazione ma anche il fine perseguito dall'istituto, se questa attività potesse svolgersi alla sola presenza degli avvocati, in assenza delle parti.

## 2. Il PCT e l'efficacia giuridica del documento firmato digitalmente

Nell'era del processo civile telematico, introdotto gradualmente a partire dagli inizi di questo secolo<sup>15</sup>, gli atti e documenti informatici devono essere firmati digitalmente. Soltanto nel 1999<sup>16</sup> il documento informatico sul quale viene apposta la firma digitale è giuridicamente equiparato alla tradizionale firma autografa<sup>17</sup>. Essa,

---

<sup>13</sup> La direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, nel dare impulso in tutta l'Unione Europea a un maggiore utilizzo della mediazione, ha posto l'accento sulla necessaria presenza delle parti, tant'è che all' art. 13 statuisce: *“La mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento..”*. Cfr. in dottrina A.GRAZIOSI, *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1, p. 37 ss. che analizza i rapporti con la mediazione europea.

<sup>14</sup> Cfr. Tribunale Roma, Sez. XIII, n.13630/2019, che dopo aver richiamato l'art. 12 delle preleggi al cod. civ. in virtù del quale *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”*, ha disposto che una corretta lettura ed interpretazione dell'art 8 del D. Lgs 28/2010, esclude alla radice che possa ritenersi ritualmente instaurato il procedimento di mediazione con la presenza del solo avvocato, sia pure munito di delega del cliente...pertanto...”L'affermazione, contenuta nella stessa sentenza della Suprema Corte, della delegabilità ad altro soggetto della partecipazione, costituisce pertanto un *non sequitur* del ragionamento, fino ad un certo punto invece chiaro lineare e condivisibile...”.

<sup>15</sup> V. il D.P.R. n. 123/2001 *“Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti”* e ss.mm.ii., fino al D.L. 24 Giugno 2014, n. 90, contenente *“Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”* che ne ha sancito l'obbligatorietà a decorrere dal 30 giugno 2014.

<sup>16</sup> V. DPCM 8 febbraio 1999 contenente le *“Regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale, dei documenti informatici ai sensi dell'art. 3, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513”*, su G.U.R.I. n. 87 del 15/4/1999. Per *“firma digitale”* s'intende una realizzazione tecnologica basata su una coppia di chiavi crittografiche di tipo asimmetrico, una pubblica e l'altra privata, sotto il controllo esclusivo del sottoscrittore della firma elettronica.

<sup>17</sup> Cfr. Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) introdotto con il D. Lgs n. 82/2005 e successive modifiche, ultima in ordine cronologico il D.Lgs. 217/2017.



infatti, è associata, mediante specifica procedura informatica, al documento elettronico su cui è posta, al fine di garantirne l'integrità, l'autenticità e l'immodificabilità da parte del soggetto titolare della firma stessa. L'art. 20 c.a.d., modificando la previgente disciplina che demandava esclusivamente agli organi giudicanti la possibilità di valutare liberamente in giudizio l'idoneità dei documenti informatici a fini probatori, ha previsto che il documento informatico, sottoscritto mediante firma digitale, è dotato di efficacia di scrittura privata ex art. 2702 c.c., sicché fa piena prova fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto<sup>18</sup>.

In altre parole, l'uso del dispositivo digitale, attraverso una presunzione *juris tantum*, è riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria<sup>19</sup>.

Pertanto, nel caso di apposizione di firma digitale su un documento, si configura una inversione dell'onere probatorio: incombe su chi disconosce la sottoscrizione smentire di averla effettuata, provando di non aver apposto la firma digitale; incombe, quindi, su colui contro il quale è prodotto il documento firmato digitalmente procedere al disconoscimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 214 e ss. c.p.c., ciò in conformità all'art. 32 c.a.d. il quale prevede che *“il titolare del certificato di firma è tenuto ad assicurare la custodia del dispositivo di firma o degli strumenti di autenticazione informatica per l'utilizzo del dispositivo di firma da remoto e ad adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno ad altri; è altresì tenuto ad utilizzare personalmente il dispositivo di firma”*. La verifica della scrittura privata informatica è un procedimento conforme alle disposizioni del codice di rito civile. L'applicazione integrale dell'art. 2702 c.c. e degli artt. 214 ss. c.p.c., infatti, consente il pieno rispetto degli obiettivi dichiarati dal legislatore: *garantire l'equivalenza delle scritture autografe e informatiche, evitare il facile ripudio delle scritture informatiche anche da parte di chi ne sia effettivamente l'autore, pur senza imputare forzosamente al titolare della firma quelle scritture che non sono riconducibili alla sua sfera di volontà e di controllo*<sup>20</sup>.

La *ratio* del parallelismo tra scrittura privata e documento digitalmente sottoscritto la si rinviene, comunque, nell'**art. 24 del D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82** **ove si afferma** *“La firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto ed al documento o all'insieme di documenti cui è apposta o associata”*.

---

<sup>18</sup> Cfr. *ex multis*, G.FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, p. 441 ss. (v. spec. § 4).

<sup>19</sup> Cfr. Trib. Roma, Sez. III, sent. 23 gennaio 2017 n.1127, in *Ilprocessotelematico.it* 20 aprile 2017 che ha ritenuto ammissibile il disconoscimento della firma digitale.

<sup>20</sup> Cfr. G.BUONOMO-A.MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio [alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012]* in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), p. 33.



I.A.1. VI È, PERTANTO, UNA ASSOLUTA ANALOGIA TRA L'APPOSIZIONE DELLA FIRMA DIGITALE E LA SOTTOSCRIZIONE MANUALE, UNA ANALOGIA TRA UN ATTO STRETTAMENTE CONNESSO CON LA PERSONA DEL DICHIARANTE E UN ATTO CHE STABILISCE UNA MERA RELAZIONE ARTIFICIALE TRA CHIAVI ASIMMETRICHE E TITOLARE DELLA FIRMA DIGITALE.

I.A.2. SULL'EFFICACIA DELLA FIRMA DIGITALE SI SONO PRONUNCIATE LE SEZIONI UNITE CHE, RICHIAMANDO PER UN VERSO IL DIRITTO EUROPEO E, PER ALTRO, QUELLO INTERNO, HANNO AMMESSO LA VALIDITÀ E L'EFFICACIA DELLE FIRME DIGITALI DI TIPO CADES E DI TIPO PADES, EQUIPARANDOLE, ANCHE NEL PROCESSO CIVILE DI CASSAZIONE. PER LA SUPREMA CORTE, CIÒ CHE CONFERISCE VALIDITÀ ED EFFICACIA AL DOCUMENTO INFORMATICO, È LA SOTTOSCRIZIONE CON FIRMA DIGITALE, A PRESCINDERE DAL TIPO DI FORMATO UTILIZZATO<sup>21</sup>.

### 3. Mutamenti sociali e adeguamenti legislativi

Con il decreto “Cura Italia” n. 18/2020, convertito con modifiche dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, è stata stabilizzata nell’ordinamento la mediazione civile telematica con la presenza essenziale dell’avvocato che sottoscrive il verbale di conciliazione con firma digitale e dichiara autografa la firma del cliente collegato da remoto<sup>22</sup>.

Il provvedimento in esame, nel disciplinare gli incontri di mediazione in via telematica, anche mediante sistemi di videoconferenza, al comma 20-bis dell’art 83 ha stabilito che “*in caso di adozione di procedura*

---

<sup>21</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un. – 27 aprile 2018, n. 10266 in *Resp. civ. previdenza*, 2018, 4, 1299 “In tema di processo telematico, a norma dell'art. 12 del decreto dirigenziale del 16 aprile 2014, di cui all'art. 34 del d.m. n. 44 del 2011 - Ministero della Giustizia -, in conformità agli standard previsti dal Regolamento UE n. 910 del 2014 ed alla relativa decisione di esecuzione n. 1506 del 2015, le firme digitali di tipo "CADES" e di tipo "PADES" sono entrambe ammesse e equivalenti, sia pure con le differenti estensioni ".p7m" e ".pdf". Tale principio di equivalenza si applica anche alla validità ed efficacia della firma per autentica della procura speciale richiesta per il giudizio in cassazione, ai sensi degli artt. 83, comma 3, c.p.c., 18, comma 5, del d.m. n. 44 del 2011 e 19 bis, commi 2 e 4, del citato decreto dirigenziale”; in *Giust. Civ. Mass.*, 2018; *Guida al diritto*, 2019, 17, 21.

<sup>22</sup> Si tratta, più precisamente, del D. L. 17 Marzo 2020, n.18 “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*”, pubblicato in G.U.R.I. Serie generale n.70 del 17.03.2020, conv. con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi”, pubblicata in G.U.R.I. Serie Generale n.110 del 29-04-2020 - Suppl. Ordinario n. 16. Tralasciando quelli relativi alla legge di conversione del decreto «cura Italia», già esaminati in D.DALFINO-G.G.POLI, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e protocolli d'udienza: presente incerto e futuro possibile della trattazione delle controversie civili*, in *Foro news*, <www.foroitaliano.it>, 30 aprile 2020, cui si rinvia. V. altresì D.DALFINO-G.G.POLI, *Il «remoto» è già passato (le udienze civili nell'emergenza epidemiologica e le ulteriori novità del d.l. 28/20)*, in *Foro it.*, 2020, c. 225 ss.



*telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione"*<sup>23</sup>.

Si tratta di una norma che, non derogando alla riserva notarile del potere di autenticazione, ma prevedendo la sola facoltà di autografia, già attribuita agli avvocati per la sottoscrizione della procura speciale alle liti rilasciata dai loro clienti art. 83, comma 3, c.p.c., non ha, ai sensi dell'art. 14 delle Disposizioni della legge in generale, natura eccezionale. L'avvocato, infatti, certifica l'autografia della sottoscrizione della parte all'accordo di mediazione e, pertanto, non è un pubblico ufficiale perché si limita a certificare l'autografia della firma che è cosa diversa dall'autenticazione in senso proprio quale quella prevista dall'art. 2703 c.c., avendo soltanto la funzione di attestare l'appartenenza della sottoscrizione ad una determinata persona, previamente identificata o personalmente conosciuta, a prescindere da ogni accertamento circa la legittimazione, i poteri, la capacità e la volontà manifestata dal sottoscrittore<sup>24</sup>. Attraverso il riconoscimento all'avvocato del potere di dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto, la nuova norma finisce col permettere la partecipazione e la conclusione della mediazione anche a coloro che non sono dotati di firma elettronica avanzata o digitale, purché "collegati" ed in grado di inviare la scansione dell'atto sottoscritto. Il decreto, per contro, nulla dispone circa l'ipotesi in cui la parte non si colleghi da remoto, in cui, cioè, la parte sia rappresentata, a mezzo di procura speciale sostanziale, da un terzo e quindi anche dal difensore.

Ci si trova di fronte ad un nuovo vuoto legislativo che riapre la *vexata quaestio* dell'obbligatorietà della presenza personale delle parti in mediazione e, quindi, del se e come sia possibile la sostituzione della parte che, nel procedimento telematico, deve collegarsi da remoto. Il problema è, ancora una volta, relativo alla forma che la "procura speciale sostanziale" a mediare deve rivestire, affinché possa ritenersi validamente rilasciata. Se, quindi, è valida una procura speciale sostanziale autenticata dallo stesso difensore, richiedendosi, invero, l'autentica notarile soltanto laddove dovesse sorgere la necessità di riprodurre l'accordo in forma pubblica o di scrittura privata autenticata, come ai fini della trascrizione nel caso della proprietà e di diritti reali; pertanto, si richiederebbe la procura notarile soltanto nell'ipotesi in cui si rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 1350 c.c.

Nel silenzio della legge, dovrebbe valere l'indirizzo interpretativo suggerito da Cass. n. 8473/2019, secondo il quale per la sostituzione della parte è necessaria una procura sostanziale notarile. Non si può negare che questa decisione, in virtù della quale la procura sostanziale che la parte rilascia al proprio rappresentante in

---

<sup>23</sup> Prima del D.L. n.18/2020, il cui art. 83- comma 20-bis ha regolato lo svolgimento degli incontri di mediazione telematica, sia per il periodo di sospensione dei termini, sia per quello successivo, i procedimenti di mediazione non potevano svolgersi integralmente in via telematica.

Infatti, l'art 7, comma 4, del D.M. 180/2010 "Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 D.Lgs.:

28/2010", disponeva: "Il regolamento non può prevedere che l'accesso alla mediazione si svolge esclusivamente attraverso modalità telematiche."

<sup>24</sup> Cfr. G.DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 82.



mediazione non può essere autenticata dal difensore anche se allo stesso conferita, ha consentito da un lato, sul presupposto che **la necessaria comparizione della parte è attività delegabile**, una “facilitazione” della sostituzione, dall’altro, però, attraverso la previsione di una procura sostanziale notarile, ne ha aggravato la forma. Orientamento, questo, confermato di recente dalla giurisprudenza di merito<sup>25</sup>. Ma è altrettanto innegabile che si vive un periodo di mutamenti economici e sociali epocali, sino a pochi mesi fa inimmaginabili, mutamenti che pongono alla nostra società e al nostro *sistema giustizia* domande fondamentali che possono essere soddisfatte solo attraverso strumenti efficaci che tutelino diritti, riducendo tempi e costi.

Queste considerazioni svelano l’inadeguatezza dell’orientamento manifestato dai giudici di legittimità nella parte in cui appesantisce inutilmente la procedura con la richiesta di una procura sostanziale notarile.

Se, dunque, il decreto “Cura Italia” (e con esso, la legge di conversione) consente all’avvocato di autografare digitalmente la sottoscrizione (ma forse sarebbe più appropriato parlare di espressione di volontà) apposta da remoto dall’assistito, a maggior ragione si dovrebbe ritenere consentito allo stesso difensore di autenticare digitalmente la procura speciale sostanziale senza la necessità di una ratifica notarile, ad esclusione dell’ipotesi in cui la forma dell’atto, che il sostituto rappresentante è delegato a concludere, lo esiga.

Una ragione di conferma della correttezza dell’interpretazione qui suggerita deriva dal disposto del comma 20-ter del citato articolo il quale consente all’avvocato, sebbene limitatamente al periodo emergenziale, di dichiarare autografa, con firma digitale, la procura *ad litem*<sup>26</sup>.

In entrambi i casi regolati dai commi 20-bis e 20-ter, il presupposto della disciplina è la distanza fisica tra difensore e assistito e la facoltà per il primo di ratificare un’espressione di volontà che non avviene in sua presenza. È pur vero che le due situazioni regolate, procura sostanziale e procura *ad litem*, sono differenti ed impongono cautele diverse ma apparirebbe ugualmente priva di reale giustificazione una sfiducia di sistema che imponga vincoli e limiti all’interno di un rapporto per definizione fiduciario.

L’interpretazione prospettata pare coerente con il senso generale del decreto Cura Italia, palesemente finalizzato a razionalizzare e semplificare le procedure di risoluzione alternativa delle controversie e, dunque, a contenere il sempre più crescente ricorso al giudice ordinario.

---

<sup>25</sup> Cfr. Trib. Salerno, Sez. I, sentenza 15 Gennaio 2020, in <https://www.mondoadr.it/giurisprudenza/in-mediazione-e-necessaria-una-procura-specifica-per-il-procedimento.html>, dopo aver eccepito d’ufficio il mancato esperimento della mediazione obbligatoria, ha dichiarato improcedibile l’opposizione a decreto ingiuntivo. Nella fattispecie, il giudice di Salerno, in perfetta sintonia con la pronuncia n. 8473 del 2019 della Cassazione, in assenza di una procura speciale sostanziale autenticata che conferiva al procuratore il potere di disporre rispetto alla res controversa, ha ritenuto non valida la sostituzione degli opposenti, dichiarando, di conseguenza, improcedibile l’opposizione a D.I.

<sup>26</sup> L’art. 83, comma 20-ter D. Lgs. n. 18/2020 dispone “Fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione dal contagio COVID-19, nei procedimenti civili la sottoscrizione della procura alle liti può essere apposta dalla parte anche su un documento analogico trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, anche a mezzo strumenti di comunicazione elettronica. In tal caso, l’avvocato certifica l’autografia mediante la sola apposizione della propria firma digitale sulla copia informatica della procura. La procura si considera apposta in calce, ai sensi dell’articolo 83 del codice di procedura civile, se è congiunta all’atto cui si riferisce mediante gli strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia”.



#### 4. Considerazioni conclusive

La conclusione appena raggiunta non esime da un'ultima considerazione.

Per quanto si possa ritenere apprezzabile l'intento legislativo di imprimere snellezza e ritmo alle procedure giudiziarie o paragiudiziarie, non va comunque dimenticato che la buona riuscita dello strumento della mediazione ha nella presenza delle parti un *asset* prezioso e sostanzialmente irrinunciabile.

L'esperienza insegna che la buona riuscita della mediazione è strettamente condizionata dalla "comunicazione" delle parti in conflitto, dove per tale debba intendersi non solo quella verbale ma anche e soprattutto quella non verbale che è quantitativamente maggiore rispetto a ciò che comunichiamo con le parole<sup>27</sup>. Non si può, infatti, ignorare che i messaggi che ci arrivano dai canali non verbali vengono di solito recepiti dall'inconscio che notoriamente condiziona il modo di pensare e di agire. In altri termini, quando si comunica, al di là di quello che si dice, rileva il come lo si dice. In definitiva, pertanto, la partecipazione personale delle parti a tutte le fasi della procedura rende più agevole la percezione degli interessi reali in gioco e può favorire correnti di empatia tali da consentire la soluzione più equilibrata. Non è quindi auspicabile che la loro sostituzione venga considerata stabilmente, cioè anche oltre eccezioni giustificate, come uno degli elementi di cui servirsi per lo snellimento delle procedure di mediazione, in quanto oltre ad essere in contrasto con una interpretazione sistematica e funzionalistica del D.Lgs. n. 28/2010, si crede, inciderebbe negativamente su una proficua applicazione dell'istituto, determinando un *vulnus* per la stessa previsione deflattiva dell'istituto stesso<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Albert Mehrabian ha stabilito che solo il 7% della comunicazione avviene attraverso le parole; il restante è comunicazione non verbale che si divide in: 38% che proviene dal tono della voce ed il 55% che arriva dai segnali del linguaggio del corpo. Cfr. <http://www.mediazioneinfamiglia.it/wp-content/uploads/TESINA-RONCORONI-CHIARA-copia.pdf>.

<sup>28</sup> Ciò anche in considerazione della circostanza che la cultura della mediazione è lungi dall'essere radicata. In questo senso v. F.P. LUIO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012, (<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/260/LuisoIII.pdf>), p. 2 "In realtà, è ormai da più di cento anni che prevale una visione ieratica e sacrale della giurisdizione, tale da farla ritenere l'unico vero strumento di risoluzione delle controversie, di fronte al quale gli altri mezzi sono solo dei ripieghi, figli di un dio minore. Non c'è quindi da stupirsi se la grande maggioranza dei legali si connota per un riflesso quasi pavloviano nel senso che, quando si presenta una controversia, vede immediatamente materializzarsi il giudice, e quindi fraintende il fondamento e la funzione della risoluzione negoziale delle controversie, e si predisponga al procedimento di mediazione come si predisporrebbe ad un processo giurisdizionale: e: con memorie, documenti, istanze istruttorie e così via."

Di contro, soltanto la cultura della mediazione può comportare il superamento dell'idea della "superiorità" della giurisdizione. Cfr. M. BOVE, *Evitare il processo?*, in *Il giusto processo civile*, 2008, fasc. 1, p. 61-93.