

che le parti volevano. Non è peraltro escludibile che l'accordo amichevole presupponga il compimento di alcuni approfondimenti, che comunque manifestano il concreto interesse delle parti ad addivenire ad un accordo finale, ove la volontà di entrambe generi gli auspicati effetti giuridici. In ciò potrebbe essere utile l'ausilio dei famosi 'esperti' dei quali fa menzione l'art. 4.4 del d.lgs. 28/2010: quindi non solo perizie, ma anche studi di mercato, analisi di fattibilità, controllo sulla solvibilità dell'altra parte e sulla sua attendibilità, ottenimento di autorizzazioni e concessioni, ricerca di finanziamenti, rilascio di garanzie ed esame della normativa applicabile, il tutto sotto l'egida di un'auspicabile buona fede, prima della sottoscrizione finale.

Nel silenzio del legislatore e coerentemente con quanto si diceva all'inizio del presente contributo, le parti dovranno redigere il testo del contratto definitivo; tale attività potrebbe essere svolta dai loro legali e anche richiedere un aggiornamento dell'incontro. Solo in via eccezionale e residuale si ritiene che possa essere svolta dal mediatore, considerando il rispetto dell'autonomia negoziale privata, nella quale è appunto fondamentale che le parti siano pienamente consapevoli degli effetti giuridici che produrrà l'accordo amichevole tra di loro sottoscritto. In ogni caso, la struttura tipica di un contratto-accordo amichevole, potrebbe essere composta da sei parti:

- i dati di riferimento (nome delle parti, eventuali sedi e legali rappresentanti di società, luogo e data, eventuale lingua contrattuale o legge applicabile);
- le premesse, che possono specificare uno o più elementi: l'eventuale rapporto preesistente tra le parti, lo scopo perseguito dal contratto, le ripercussioni sui terzi coinvolti, circostanze preliminari e di contorno, collegamenti con altri contratti, riepilogo storico delle trattative;
- i termini chiave ricorrenti nel contratto e/o specifiche interpretazioni di espressioni tecniche;
- le prestazioni e controprestazioni delle parti contraenti;
- le norme speciali, cioè tutte quelle norme vincolanti per i contraenti, come ad esempio la clausola di segretezza o di informazione o clausole di forza maggiore o di rinegoziazione;
- ipotesi di risoluzione o di rescissione anticipata del contratto e conseguenze a carico della parte inadempiente, che sia causa della fine prematura del rapporto. In tali casi, si potrebbe anche inserire una clausola per un eventuale futuro tentativo di conciliazione.

Chiaramente, fino a che non ci siano tutti i requisiti del contratto (accordo delle parti, causa, oggetto e forma, come previsto dall'articolo 1325 del codice civile), si è ancora in fase precontrattuale e di intenti, ma non è escludibile che le stesse possano essere considerate l'accordo amichevole da allegare al verbale, in particolare faccio riferimento al contratto preli-

minare, frutto di una prassi abbastanza diffusa in Italia, specialmente nella compravendita immobiliare: in tal caso si parla di compromesso, quale contratto precedente a quello definitivo, del quale ha tutti gli elementi essenziali, mancando solo del rogito del notaio, quindi della conseguente trascrizione negli appositi registri immobiliari (ipotesi che peraltro si combina con quanto previsto dal già citato art. 11 co.3, ladove prevede 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 del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato).

* * *

PROFILI CIVILISTICI DEL VERBALE DI ACCORDO

di Marco Marianello

1. Profili di tipo sostanziale

Il termine conciliazione, nell'accezione intesa dal legislatore, indica il raggiungimento di un accordo tra i partecipanti al procedimento di mediazione. Tale accordo si realizza non solo nel caso di una amichevole composizione delle parti, ma anche nell'ipotesi di adesione delle stesse alla proposta del mediatore. In entrambi i casi la conciliazione si conclude con un atto negoziale³, avente efficacia vincolante ai sensi dell'art. 1372 c.c. Appare evidente la natura transattiva dell'accordo sopra descritto, atteso che l'art. 1965 c.c. definisce espressamente la transazione come "il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro". Si ha una lite in senso tecnico quando sussiste la presenza di un conflitto e/o contrasto di interessi in ordine alla medesima situazione, caratterizzata dalla pretesa di un soggetto che

³ MARANO A., *La mediazione civile e commerciale: principali novità e prime osservazioni*, in *Giust. civ.*, 2012, 127 ss. PAGNI I., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti. Introduzione.*, in *Soc.*, 2010, 619 ss., «Il negozio in cui ritraduce la conciliazione ha caratteristiche peculiari. Trattandosi di un atto che è espressione dell'autonomia negoziale, le parti, con esso, potranno disporre come credono della *res litigiosa* (purché, ovviamente nei limiti evocati già dall'art. 1322 c.c., dell'ordine pubblico e delle norme imperative, richiamati all'art. 12 del decreto, e posti dall'art. 14 anche come limite naturale alla proposta formulata dal mediatore,) potendo anche superare i confini della lite, senza incontrare, diversamente da quanto avviene per il giudice e l'arbitro, l'ostacolo implicato dal principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, a che l'accordo riguardi anche vicende originariamente non ricomprese nella controversia. [...] Il che non toglie che la determinazione dell'oggetto della lite che si vuole evitare di introdurre, con la proposizione della "domanda" di mediazione, debba essere compiuta in corrispondenza con quel che sarebbe il *petitum* dell'atto introduttivo del giudizio da proporre, non già perché con ciò si intenda trasformare il procedimento di mediazione in un *iter* che si snodi sulla falsariga di un processo di tono minore, ma per l'ovvia constatazione della necessità di consentire alla parte il raggiungimento degli effetti previsti dall'art. 5, co.6».

afferma di essere titolare di una posizione giuridica soggettiva e dalla resistenza di un altro soggetto che contesta tale pretesa.

Secondo il prevalente formante dottrinale⁴ e giurisprudenziale⁵, invece, con tale espressione si intenderebbe sia la lite nel processo (c.d. *res litigiosa*) sia, laddove si fa riferimento alla prevenzione della stessa, quella situata in ambito stragiudiziale, dovendosi invece escludere la possibilità di una transazione senza l'esistenza della lite diretta a prevenirla. Quanto alla natura giuridica della transazione, la maggior parte della dottrina⁶ ritiene che abbia carattere di negozio dispositivo (o costitutivo) e non di negozio di accertamento (o dichiarativo) in considerazione della

⁴ SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, 2ª ed., Napoli, 1986, 9, «sembra più plausibile che la formula considerata si riferisca in realtà alla lite giudiziale, cioè dedotta nel processo. La transazione presuppone pertanto costantemente la lite, o conflitto giuridico già in atto, sia o non sia iniziato, secondo le due ipotesi di cui all'art. 1965, il processo». MONATERI P.G., *Questioni generali in materia di transazione*, in *La transazione nella prassi interna ed internazionale* (a cura di E. Andreoli), Padova, 2000, 38, «È vero che è lo stesso codice civile a qualificare la transazione come contratto. Ma in un paese di *civil law* questa circostanza non è decisiva (...), ma occorre poi verificare che su tale configurazione siano d'accordo la dottrina e la giurisprudenza. (...) Carnelutti non era affatto d'accordo nel qualificare la transazione come un contratto, ma è prevalsa l'opinione contraria di Santoro-Passarelli, secondo cui è un contratto». GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 14ª ed., Napoli, 2009, 1269 ss., «Si pretende che la *res* sia non solo *litigiosa* ma anche *dubia*. La dubbiozza soggettiva in ordine ai propri diritti finisce peraltro per obbiettivizzarsi e quindi è riassorbita, nel momento in cui si determina la lite».

⁵ Cass., 11.3.1983, n. 1846, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 3, «Per la validità della transazione è necessaria la sussistenza della *res litigiosa*, ma a tal fine non occorre che le rispettive tesi delle parti abbiano assunto la determinatezza propria della pretesa, essendo sufficiente l'esistenza di un dissenso potenziale, anche se ancora da definire nei più precisi termini di una lite e non esteriorizzata in una rigorosa formulazione». In senso conforme, cfr. Cass., 1.6.1983, n. 3758, *ivi*, 6.

⁶ PALAZZO A., *La transazione*, in *Tratt. Rescigno*, XIII, 5, Torino, 1985, 297 ss., «Questo riferimento a pretese e contestazioni, che vanno composte ed eliminate mediante reciproche concessioni, indipendentemente da un accertamento dei diritti spettanti alle parti secondo l'ordinamento contiene implicitamente la distinzione tra contratto di transazione, negozio di accertamento e atti di accertamento». D'ONOFRIO P., *Transazione*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1957, 221 ss., «Alcuni ritengono che (la transazione) rappresenti una specie del negozio di accertamento; altri che si tratti di istituti affini ma distinti...dirò che a mio avviso è più esatta la seconda soluzione, ove per negozio di accertamento si intenda quello che ha unicamente lo scopo di dichiarare quale fosse una precedente situazione giuridica. Nella transazione le parti, data la necessità di reciproche concessioni, determinano una situazione che può coincidere o non coincidere con la situazione precedente, coincidenza la quale del resto sfugge o può sfuggire ad essere riconosciuta, appunto perché ad essa si è sovrapposta quella nuova creata dalle parti transigendo». SANTORO-PASSARELLI F., *op. cit.*, 67 ss., «La transazione, come ogni negozio giuridico, è e non può essere che dispositiva, inteso questo termine nel significato, già chiarito, che denota la costante attitudine del negozio a modificare la situazione giuridica cui si riferisce». MOSCARINI L.V. e CORBO N., *Transazione*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1998, 2, «Resta quindi confermato il carattere essenzialmente dispositivo del negozio di transazione e definitivamente esclusa la sua natura dichiarativa, pur in passato ipotizzata».

costante attitudine, sia pure potenziale, a modificare la situazione giuridica in contestazione.

L'effetto distributivo costituisce elemento essenziale dell'accordo transattivo, atteso che l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum* non rappresenta un presupposto indefettibile del negozio, il quale può essere perfezionato anche con la rinuncia alla propria pretesa o con il riconoscimento integrale delle pretese altrui⁷.

L'accordo raggiunto dalle parti in sede di conciliazione, quindi, anche quando faccia seguito alla proposta del mediatore, può risolversi – come statisticamente avviene nella maggior parte dei casi – sia nell'eliminazione di una situazione di incertezza di tipo oggettivo o soggettivo (c.d. *res dubia*), che mediante l'estinzione del precedente vincolo giuridico e la contestuale creazione di una nuova obbligazione (transazione novativa ex art.1976 c.c.).

Quest'ultimo negozio giuridico si differenzia dalla transazione c.d. "semplice" per la qualità e quantità dell'intervento innovatore, che include fatti o presupposti estranei al pregresso rapporto, determinandone la sostituzione integrale⁸.

L'accordo conciliativo concluso dalle parti potrebbe presentare le caratteristiche proprie della transazione c.d. "mista", disciplinata dall'art. 1965, 2° co., c.c., che ricorre ove le parti con le reciproche concessioni creino, modifichino o estinguano anche rapporti diversi da quello oggetto della pretesa o della contestazione⁹.

Ne deriva che, qualora l'accordo raggiunto in sede di conciliazione abbia le sopra indicate caratteristiche, dovrebbe ritenersi applicabile la speciale disciplina prevista dal codice civile per i vizi della transazione, con particolare riguardo ai profili di annullabilità (artt. 1969 e 1971-1975 c.c.), pur non dovendosi escludere

⁷ DEL PRATO E., *Transazione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 819 ss., «L'intento di accertare è radicalmente diverso dall'intento di transigere perché i transigenti non intendono attuare una puntuale fedele determinazione della realtà giuridica, dalla quale invece prescindono per comporre comunque la lite, escludendo così il momento della conoscenza, che rappresenta un dato necessario in ogni figura di accertamento».

⁸ GAZZONI F., *op. cit.*, 127, «La transazione è novativa a prescindere dalla intenzione delle parti e dalla loro consapevolezza, dovendosi aver riguardo al fatto oggettivo della incompatibilità assoluta tra situazione pregressa e regolamento transattivo. Questa figura non può comunque essere ricompresa nel più ampio fenomeno della novazione del rapporto. La disciplina della novazione, infatti, presuppone l'esistenza di un *animus novandi* che è invece irrilevante in sede di transazione e soprattutto presuppone l'esistenza di una valida obbligazione originaria a differenza (almeno di regola) della transazione (artt. 1969, 1972, co. 2 c.c.)».

⁹ CARNEVALI, U. *La nuova mediazione civile*, in *Contr.*, 2010, 437 ss., «L'auspicabile accordo delle parti che il mediatore cerca di procurare, eventualmente suggerendo un'ipotesi di accordo, non è altro che un comune contratto di transazione, anche novativa se così le parti hanno concordato. Le parti potrebbero con il loro accordo, anche creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quello che ha dato origine alla controversia sottoposta al mediatore, e in questo caso si avrà una transazione mista (art. 1964, co. 2, c.c.). Ne segue che questa transazione potrà essere impugnata da una delle parti nei casi stabiliti dal codice civile per questo contratto».

l'applicabilità delle norme previste in materia di violenza e dolo per il contratto in generale, in quanto compatibili.

Per quanto riguarda l'errore, invece, bisogna tenere presente la particolare disciplina prevista per il negozio transattivo il quale, in linea di principio, non consente l'impugnabilità dalla parte che ritenga che avrebbe potuto vittoriosamente affrontare un giudizio sulla lite, invece di accettare di comporla: l'art. 1969 c.c. prevede, infatti, che non si può impugnare una transazione invocando l'errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti.

La *ratio legis* appare evidente, in quanto con il contratto di transazione le parti intendono evitare di sottoporsi a giudizio invocando una pronuncia giudiziale definitiva sulla controversia, con la conseguente inammissibilità di eventuali e successivi ripensamenti, anche se determinati dalla scoperta di essere incorsi in un errore di diritto¹⁰.

Solo quando l'accordo abbia natura di transazione cd. «mista», quindi, deve ritenersi applicabile la disciplina generale sull'errore limitatamente ai rapporti estranei alla *res litigiosa*.

In ogni caso, se una delle parti è consapevole sia di non avere alcun diritto, sia della temerarietà della propria pretesa, allora l'altra parte potrà agire con il rimedio previsto dall'art. 1971 c.c. per chiedere l'annullamento della transazione medesima.

L'annullamento dell'accordo, inoltre, potrà essere chiesto quando sia stato concluso in base a documenti in seguito riconosciuti falsi (art. 1973 c.c.), quando sia stato raggiunto su una lite già decisa con sentenza passata in giudicato della quale una o entrambe le parti non avevano avuto notizia (art. 1974 c.c.) o, in caso di accordo riguardante un affare determinato, quando si provi con documenti scoperti posteriormente che una delle parti non aveva alcun diritto (art. 1975, 2° co., c.c.).

Oltre ad assumere i connotati della transazione, l'accordo potrebbe consistere in un negozio di accertamento oppure in una fattispecie abdicativa¹¹.

¹⁰ SANTORO-PASSARELLI F., *op. cit.*, 184, «l'errore sui rapporti estranei alla lite non può considerarsi soggetto alla peculiare disciplina dell'errore nella transazione... In mancanza di regole particolari, esso deve ritenersi interamente soggetto alla disciplina generale dell'errore nei contratti».

¹¹ In tal senso ROMUALDI, G. *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arbitrato*, 2005, 406 ss., «In concreto l'accordo potrà avere natura transattiva (v. artt. 1965 c.c. e ss.), ove le parti compongano la controversia facendosi reciproche concessioni, ovvero potrà aversi un negozio di accertamento, con cui le parti risolvono una lite originata dall'incertezza creatasi rispetto ad uno o più elementi del loro rapporto o relativamente all'esecuzione del rapporto stesso; ma la conciliazione può altresì concludersi con la rinuncia di una parte alla propria pretesa o con il riconoscimento della pretesa altrui». BERNARDINI P., *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001, 13 ss., «È da ritenere che la conciliazione, intesa non più come procedimento ma quale atto che pone termine alla lite, abbia natura negoziale, ascrivibile alla categoria dei contratti innominati in quanto diretto a realizzare "interessi meritevoli

Si versa nella prima ipotesi quando venga risolta una lite originata dall'incertezza manifestatasi in ordine ad uno o più elementi del rapporto intercorrente tra le parti oppure relativamente all'esecuzione dello stesso, mediante una dichiarazione unilaterale volta a riconoscere la sussistenza di una data situazione giuridica in capo alla controparte e, di conseguenza, la fondatezza dell'altrui pretesa¹².

Ricorre la seconda fattispecie quando una delle parti, titolare di una posizione giuridica attiva, rinunci intenzionalmente ad un proprio diritto soggettivo, senza alienarlo o trasferirlo nel patrimonio giuridico altrui¹³.

Il contenuto del verbale di accordo, infine,

di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (art. 1322 c.c.). Ricorrendone gli estremi, specificamente le reciproche rinunce, la conciliazione potrà rientrare nel tipo contrattuale della transazione oppure concretare semplicemente una rinuncia alle proprie pretese o un riconoscimento di quelle dell'altra parte. Ai fini della sua configurazione come contratto non sembra essere d'ostacolo l'intervento del terzo quale conciliatore nella fase procedimentale precedente (anche se tale terzo è il giudice della causa nella conciliazione giudiziale) in quanto tale intervento non altera il dato di fondo costituito dall'essere la conciliazione esplicitazione dell'autonomia privata. A differenza dell'arbitrato irrituale in cui è il terzo che determina il contenuto dell'atto negoziale che le parti si sono previamente impegnate ad accettare come espressione della loro volontà, nella conciliazione non è il terzo che riempie tale volontà di contenuto ma sono le stesse parti a farlo nella loro libera e autonoma volizione. In quanto contratto, quindi, la conciliazione sarà soggetta alle condizioni di validità ed efficacia proprie di ogni contratto (e a quelle proprie della transazione, se configurabile come tale), in particolare quanto alla capacità delle parti e ai vizi del consenso».

¹² PERRINI M., *Metodi alternativi di soluzione delle controversie*, in *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, cit., 10 ss., «Alla conciliazione... possono essere accostati negozi che come risultato hanno quello di risolvere una controversia in via concordata e che anzi, sovente, sono proprio quelli utilizzati dalle parti per raggiungere la composizione della lite all'esito della conciliazione. [...] Strumenti ulteriori per il superamento delle controversie sono la rinuncia alla propria pretesa e il riconoscimento della pretesa altrui, impiegabili dalle parti in via autonoma, a prescindere da un eventuale epilogo contenzioso o conflittuale del contrasto, sebbene più sovente i contendenti se ne avvalgano a fini transattivi. Così come, infatti, lo schema transattivo diventa strumentale al raggiungimento della conciliazione, le figure in parola paiono funzionali al modello di transazione allorché il momento delle reciproche concessioni si concretizza nel fatto che ciascuna parte si fa carico di dismettere una sua posizione ovvero di riconoscere la fondatezza di quella avversaria. Si è invece fuori dallo schema tipico della transazione quando rinuncia e riconoscimento intervengono a opera di uno solo dei soggetti in lite (o potenzialmente in lite), stante l'assenza delle reciproche concessioni. La rinuncia si sostanzia in un atto negoziale abdicativo per mezzo del quale il titolare di una posizione giuridica attiva abbandona intenzionalmente il proprio diritto soggettivo senza che lo trasferisca o lo alieni nel patrimonio giuridico di altri. Il riconoscimento, invece, assume la veste di una dichiarazione unilaterale resa allo scopo di accettare l'esistenza di una certa situazione giuridica nella sfera della propria controparte ammettendo, di conseguenza, la fondatezza della relativa pretesa giudiziale».

¹³ Per GRECO A., *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 371, «Con l'istituto della mediazione si attribuisce un maggior peso all'autonomia privata nella gestione del conflitto rispetto al potere giurisdizionale, come tale connotato da un forte aspetto pubblicistico, mirando ad una soluzione concordata - l'accordo appunto - con tutti

data la sua natura di atto di autonomia privata afferente a diritti disponibili e caratterizzato da elevata atipicità, potrebbe estendersi sino a ricomprendere atti giuridici aventi contenuto non patrimoniale (ad es. una confessione resa in sede stragiudiziale) oppure rispondenti ad un interesse soltanto morale (si pensi ad una richiesta di rettifica relativa ad un articolo avente carattere diffamatorio) di una o più parti (artt. 1174 e 1324 c.c.)¹⁴.

2. L'esecutività dell'accordo: omologazione, trascrizione e clausola penale.

Una volta raggiunto l'accordo (sia a seguito dell'autocomposizione tra le parti che dell'adesione di esse all'eventuale proposta formulata dal mediatore), il mediatore procede alla redazione di un processo verbale – che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere – al quale il medesimo accordo viene allegato (art. 11, 1° e 3° co., d.lgs. n. 28/2010).

Tale certificazione da parte del mediatore delle sottoscrizioni apposte dalle parti nel verbale (solo nel verbale e non anche nell'accordo, inteso come negozio di autonomia privata, ad esso allegato o in esso contenuto) consiste in un'attività di mera constatazione e non spiega effetti sotto altri profili¹⁵.

Ne consegue che l'acquisizione dell'efficacia esecutiva richiede l'omologazione, su richiesta di parte, del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione (art. 12, 1° co., d.lgs. n. 28/2010)¹⁶. In tale

sede si procede ad un controllo¹⁷ che, seppur sommario, non si limita ad accertare la mera regolarità formale del verbale, controllando che l'organismo ed il mediatore siano iscritti nei registri ministeriali, ma investe anche il contenuto dello stesso onde verificarne l'eventuale contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico¹⁸.

In caso di rifiuto dell'omologazione appare doversi ritenere ammissibile la proposizione del reclamo alla corte d'appello¹⁹.

Il verbale – una volta omologato – costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per

¹⁷ DALFINO D., *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V, 106, «Sotto questo profilo la parola "anche" sta ad indicare che l'accertamento deve avere ad oggetto sia i profili di carattere formale sia le eventuali violazioni dell'ordine pubblico e delle norme imperative (come previsto del resto dal citato 1° comma dell'art.12)». FABIANI M., *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Soc.*, 2010, 1142 ss., «L'acquisizione della natura di titolo esecutivo deriva da un ulteriore procedimento demandato al presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo che le parti hanno attivato. Il procedimento è disegnato con tratti essenziali visto che il giudice deve effettuare un controllo di regolarità formale (ad esempio controllando la triplice sottoscrizione), ma anche un controllo più sostanziale in quanto va verificato che il contenuto dell'accordo non sia contrario né all'ordine pubblico né a norme imperative. In sostanza le parti con l'accordo non possono convenire una regolazione dei loro interessi che non potrebbero conseguire in via di autonomia privata. La conciliazione non può divenire, cioè, uno strumento per scavalcare divieti del diritto sostanziale».

¹⁸ CARNEVALI, U. *op. cit.*, 437, «Una prima questione è la seguente: poiché il giudice deve accertare che il contenuto dell'accordo "non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative", ci si chiede se l'omologazione precluda un'impugnazione in sede contenziosa deducendosi una tale contrarietà. E la risposta negativa pare fondata». CENNI M.L.-RUBERTELLI V., *op. cit.*, 1481 ss., il notaio dovrà «astenersi dall'autenticare accordi amichevoli in violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico, che non abbiano ad oggetto "diritti disponibili", che abbiano ad oggetto fattispecie che non possono essere oggetto di regolamentazione con "atto negoziale di autonomia privata" o comunque accordi invalidi. In ogni caso in cui l'accordo possa essere raggiunto con lo strumento contrattuale, ma sia carente di requisiti richiesti per la sua validità, il notaio redigerà autonomo atto di convalida o riproduttivo dell'accordo annullabile o nullo, completo di tutti i requisiti richiesti dalla legge».

¹⁹ PROTO PISANI A., *Appunti sulla mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 142, «Nel silenzio della legge riterrei che il provvedimento che rifiuta l'omologazione sia reclamabile alla corte d'appello»; FABIANI M., *op. cit.*, 1142 ss., «Non è previsto che il procedimento di omologazione avvenga nel contraddittorio delle parti sì che il modello del procedimento mi pare possa essere quello dei procedimenti unilaterali in camera di consiglio, con tanto di conseguenze sul piano delle spese e sul piano delle comunicazioni/notificazioni. In tale contesto qualora il presidente rigetti l'istanza di omologazione v'è da ritenere che il decreto debba poter essere impugnato; si è proposta l'applicazione analogica dell'art. 825 c.p.c. (con conseguente reclamo alla corte d'appello nel termine di trenta giorni) ma se consideriamo la diversa qualità della delibazione che spetta al giudice, l'analogia non è sicura ed allora mi pare più semplice fare ricorso alla disciplina generale e dunque immaginare che alla parte è data la facoltà di proporre reclamo ex art. 739 c.p.c. alla Corte d'appello, mentre più opinabile è la soluzione relativa alla successiva ricorribilità per Cassazione che tenderei ad escludere perché sembrano difettare tanto la definitività del provvedimento (nulla esclude una riproposizione dell'accordo) quanto la sua decisorietà».

i benefici che possono derivare dal consenso delle parti e dalla loro negoziazione in posizione paritaria».

¹⁴ Per un parallelismo in materia successoria si rinvia alla fondamentale opera di GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 12 ss., il quale definisce l'art. 587, 2° co., c.c. quale norma permissiva diretta a riconoscere efficacia a quelle «disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge consente siano contenute in un testamento».

¹⁵ Per CENNI M.L.-RUBERTELLI V., *Accordo di conciliazione: regole operative per il notaio autenticante*, in *Studi e materiali*, 2011, 1479 ss., «l'accordo di conciliazione ha natura di negozio giuridico e, ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. n. 28/2010, ha ad oggetto diritti disponibili: possiamo conseguentemente affermare che l'accordo di conciliazione è un contratto: giova precisare che l'accordo amichevole conserva tale ontologica natura di negozio di autonomia privata, proveniente dalle sole parti anche se, eventualmente, sia contenuto nel corpo del verbale e non semplicemente ad esso allegato (come dovrebbe più spesso accadere e come testualmente prevede lo stesso art. 11 del D.lgs. n. 28/2010). Questa distinzione concettuale fra accordo negoziale (allegato o eventualmente, contenuto nel verbale) e verbale stesso sia sotto il profilo contenutistico, sia sotto il profilo documentale ed anche sotto il profilo soggettivo (l'accordo – proveniente dalle sole parti – ed il verbale – attività di constatazione del mediatore – sottoscritto dalle parti la cui sottoscrizione viene certificata, non autenticata, dal mediatore) è di primaria importanza per la comprensione dell'intera struttura documentale dell'atto finale della mediazione e per gli obblighi connessi».

¹⁶ Nelle controversie transfrontaliere, di cui all'art. 2 della Direttiva 2008/52/CE, il verbale è omologato dal Presidente del Tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12, 2° co., d.lgs. n. 28/2010)²⁰.

Qualora, invece, l'accordo non venga omologato, poiché nessuna delle parti ne ha fatto richiesta, lo stesso sarà comunque vincolante tra le medesime ai sensi dell'art. 1372 c.c., atteso che l'omologazione è necessaria ai soli fini di produrre l'efficacia esecutiva sopra descritta²¹.

Un ulteriore aspetto formale riguarda la trascrizione dell'accordo, ove le parti con esso concludano uno dei contratti, o compiano uno degli atti, previsti dall'art. 2643 c.c.: in questo caso per potersi procedere alla trascrizione dello stesso non sarà sufficiente l'autenticazione delle sottoscrizioni del processo verbale da parte del mediatore, ma tale attività dovrà essere effettuata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato²².

²⁰ PAGNI I., *op. cit.*, 619 ss., «La riferibilità alle parti e la natura negoziale dell'atto conclusivo del procedimento di mediazione non escludono la necessità di trovare un raccordo col processo, per l'eventualità che, raggiunto l'accordo, una delle parti non ottemperi spontaneamente a quanto concordato. Raccordo, che il legislatore delegato, in ossequio al principio contenuto alla lett. s) dell'art. 60, L. n. 69/09, ha compiuto prevedendo in modo espresso, all'art. 12, che il verbale di accordo, una volta omologato (e l'omologa è compiuta non solo con riferimento all'accertamento della regolarità formale, ma anche attraverso la verifica della non contrarietà del contenuto all'ordine pubblico e alle norme imperative), sia titolo per ogni tipo di esecuzione forzata, e consenta l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Una previsione, questa, che, a tacer d'altro, ha il pregio, nel momento in cui la parte si rivolge all'avvocato per decidere se introdurre o meno la lite, di far sì che la stessa non opti per la via giudiziaria per il solo fatto di non poter essere altrimenti garantita dall'eventuale inadempimento della controparte all'accordo, o di voler attribuire, attraverso l'iscrizione ipotecaria natura privilegiata al credito nascente dalla pattuizione, al tempo stesso facendo indiretta pressione sull'altrui volontà di eseguire spontaneamente quanto concordato. [...] E, oltre a chiarire che il verbale omologato è titolo anche per l'esecuzione in forma specifica, e non solo per l'espropriazione forzata, il decreto prevede che il verbale sia titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, superando così, come già aveva fatto l'art. 696 bis c.p.c. con riguardo alla conciliazione raggiunta dinanzi al consulente tecnico e l'art. 40, D.Lgs. n. 5/03, per le controversie societarie, la tassatività dell'art. 2818 c.c., per il quale solo la sentenza o gli altri provvedimenti giudiziari cui la legge attribuisce tale effetto possono consentire di iscrivere ipoteca sui beni del debitore. In virtù di questa previsione, dunque, il verbale della conciliazione raggiunta in via stragiudiziale offre alle parti un'utilità in più, rispetto allo stesso verbale di conciliazione giudiziale, per il quale non è prevista un'opportunità analoga». Per la diretta esecutività dell'accordo e la funzione autenticante del mediatore si rinvia a TISCINI R., *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lg. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2011, 377 ss.

²¹ CARNEVALI U., *op. cit.*, 437, «Una seconda questione è la seguente: che valore ha l'accordo non omologato in quanto nessuna delle parti ne ha fatto richiesta? Pare fondato ritenere che l'accordo non omologato sia comunque vincolante tra le parti (art. 1372 comma 1 c.c.) e che gli effetti dell'omologazione si esauriscano nel conferire i vantaggi di cui al comma 2 dell'art. 12 d.lgs. n. 28 del 2010: la possibilità di procedere all'esecuzione forzata, all'esecuzione in forma specifica e all'iscrizione di ipoteca giudiziale».

²² Per CENNI M.L.-RUBERTELLI V., *op. cit.*, 1485 ss., occorre «aver sempre chiara la distinzione netta fra la mera "certificazione" del mediatore e "l'autenticazione" del pubblico ufficiale necessaria ai fini della pubblicità dell'accordo e la, conseguente, caratteristica strutturale che

Tale norma, pur ponendosi come limite all'autosufficienza della mediazione, si giustifica con l'intento del legislatore di non elevare il ruolo del mediatore sino a farne un sostituto di altri pubblici ufficiali, nonché di renderlo maggiormente consapevole della funzione facilitativa che il medesimo è chiamato a svolgere²³.

L'art. 11, 3° co., d.lgs. n. 28/2010 stabilisce, infine, che l'accordo concluso dalle parti o proposto dal mediatore possa contenere una clausola con cui si preveda il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento. Alcuni autori²⁴,

per poter accedere ai pubblici registri l'accordo deve essere sottoposto al controllo di legalità tipico dell'attività notarile e le sottoscrizioni delle parti devono essere autenticate dal pubblico ufficiale. Come in ogni atto notarile le firme delle parti (di tutte le parti) devono essere autenticate in calce all'accordo, a margine dei fogli intermedi e degli allegati. Pare evidente in questa ottica l'inidoneità dello strumento documentale del mero "deposito" dell'accordo agli atti del notaio (ai sensi dell'art. 1, n. 1 lettera b del r.d.l. n. 1666/1937 e 61 della Legge Notarile), in quanto con quel mezzo non si raggiunge la necessaria "autenticità" delle sottoscrizioni delle parti, salvo che il deposito avvenga ad opera di tutte le parti dell'accordo ed il contenuto dell'accordo stesso sia riprodotto nel verbale notarile di deposito sottoscritto da tutte le parti; in tale ultima ipotesi, infatti, il verbale assume la natura di vero e proprio atto pubblico di ripetizione».

²³ Nella relazione alla versione definitiva dell'art. 11 del decreto legislativo n. 28/2010 si chiarisce che «al fine di garantire la certezza dei traffici e offrire maggiori garanzie alle parti, è stato previsto che l'autografia della sottoscrizione del verbale di accordo che abbia ad oggetto diritti su beni immobili soggetti a trascrizione (e annotazione), per poter effettuare quest'ultima debba essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. La disposizione si estende logicamente agli atti di divisione immobiliare per effetto del combinato disposto con l'articolo 2645 c.c.».

²⁴ In tal senso DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. processuale*, 2010, 592 ss., «L'accordo può anche prevedere delle astreintes, ovvero il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti per il ritardo nel loro adempimento. Si tratta di una innovazione già parzialmente introdotta nel nostro ordinamento per gli obblighi di fare infungibile o di non fare dall'art. 614 bis c.p.c., e qui da una parte estesa a tutte le ipotesi di pagamento o di *facere* fungibile, ma dall'altra parte, incongruamente, con esclusione delle obbligazioni di fare infungibile e di non fare, previste invece dalla norma codicistica». PAGNI I., *op. cit.*, 619 ss., «Nell'art. 11 del decreto in commento, infatti, si prevede che sia direttamente l'accordo a contemplare il pagamento della somma di denaro che mira a far pressione sulla volontà del debitore, e la terminologia utilizzata per tratteggiare questa pena privata finisce così per evocare quella dell'art. 1382 c.c., e della clausola con la quale si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti sia tenuto ad una determinata prestazione pecuniaria. Il che apre ad una alternativa: da un lato ritenere di essere di fronte, appunto, ad una penale, per il fatto che l'autonomia negoziale può creare strumenti risarcitori, ma non sanzionatori. Dall'altro considerando che, altrimenti, non vi sarebbe stato bisogno di una previsione espressa per consentire alle parti di concordare una clausola penale come quella dell'art. 1382 c.c., sostenere che l'art. 11 del decreto sia, nel suo complesso, nell'intenzione del legislatore, sostitutivo dell'art. 614 bis c.p.c., il che, con una qualche forzatura, consentirebbe di riconoscere funzione sanzionatoria, e non risarcitoria, alla misura prevista nella norma in commento». PROTO PISANI A., *op. cit.*, 142 ss., «Sembra doversi escludere che il verbale di accordo omologato relativo ad obblighi di non fare o di fare infungibile

argomentando dalla sostanziale analogia delle misure previste dall'art. 614 bis c.p.c., (che prevede la fissazione del giudice, su richiesta di parte, all'interno del provvedimento di condanna da cui derivino obbligazioni di fare infungibili o di non fare, di una somma di denaro che l'obbligato è tenuto a pagare per il caso di violazione o inosservanza, ovvero di ritardo nell'esecuzione del provvedimento), ritengono che le misure ivi previste avrebbero carattere sanzionatorio (c.d. *astreintes*), assumendo così il carattere di una vera e propria pena privata²⁵.

Un altro orientamento dottrinale, più aderente ai principi informatori del nostro ordinamento²⁶, esclude l'ammissibilità di strumenti sanzionatori predisposti dall'autonomia privata e ritiene che le predette misure rivestano carattere risarcitorio²⁷, in modo analogo a quan-

possa essere munito delle misure coercitive previste dall'art. 614 bis: le parti, però, possono prevedere nell'accordo il pagamento di somme di denaro per ogni ritardo o inosservanza degli obblighi stabiliti (art. 11, 3° comma): in tal caso le somme avranno molto probabilmente carattere sanzionatorio e non risarcitorio ex art. 1382 ss. c.c.».

²⁵ Alcuni autori sostengono l'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'istituto della pena privata, proprio in base alla norma che prevede la clausola penale, che non rivestirebbe una funzione risarcitoria bensì sanzionatoria. Così MOSCATI E., *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.* XXXII, 783, «la clausola penale...è senza dubbio il più appariscente dei meccanismi mediante i quali si esplica il potere punitivo dei privati». Tra coloro che propendono per la prevalente funzione sanzionatoria della clausola penale ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 160, «la clausola penale... rappresenta una sanzione in senso tecnico...Ma attraverso la penale le parti possono determinare, altresì, una prestazione di natura soddisfattiva...pena...e riparazione...non sono alternative, perché hanno punti di incidenza soggettivamente diversi: il momento della coazione incide sul debitore; quello soddisfattivo attiene alla sfera soggettiva del creditore».

²⁶ BIANCA C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, 253 ss., «Pena privata è la sanzione punitiva che si caratterizza come punitiva per la fonte o per l'applicazione. Pena privata è, cioè, la sanzione punitiva prevista da un atto negoziale o inflitta da un privato in forza di una potestà punitiva. [...] La potestà punitiva non trova più posto nell'attuale ordinamento, che ne ha conservato l'unico residuo di rilievo nel potere disciplinare del datore di lavoro. [...] Il datore di lavoro può dunque avvalersi di una pena privata, la sanzione disciplinare che si pone accanto agli ordinari rimedi contrattuali. Va però detto che la previsione normativa sulle sanzioni disciplinari ha carattere del tutto eccezionale e non si presta ad essere generalizzata al di fuori della materia del rapporto di lavoro subordinato».

²⁷ FABIANI M., *op. cit.*, 1142 ss., «L'art. 11 stabilisce che nell'accordo concluso dalle parti o proposto dal mediatore e accettato dalle parti, è possibile prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento. Chiunque legga questa disposizione non può che essere indotto ad evocare il nuovo art. 614 bis c.p.c. questa previsione ricalca nelle forme le misure coercitive, ma le ricalca anche nella sostanza, oppure siamo di fronte ad una formula riproduttiva a larghe maglie della clausola penale? Che l'intenzione fosse la prima, credo che sia abbastanza percepibile, ma che lo sia anche il risultato mi pare decisamente controvertibile. Infatti, v'è da dubitare che i privati possano stabilire per regolare i loro rapporti sanzioni private, mentre è noto che possono predeterminare il danno da inadempimento o ritardo nell'adempimento. In tale contesto la previsione dell'art. 11 potrebbe più facilmente essere letta al modo di una clausola penale, con l'effetto che la somma non è dovuta a titolo di pena privata, ma

to avviene mediante l'inserimento all'interno di un contratto di una clausola penale.

Quest'ultima, infatti, costituisce il patto con cui le parti stabiliscono preventivamente e forfettariamente quanto il debitore dovrà pagare, a titolo di risarcimento del danno, al creditore in caso di ritardo e/o di inadempimento dell'obbligazione²⁸.

* * *

L'ACCORDO IN MATERIA CONDOMINIALE

di Carlo Carrese

Il D. Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, sulla scorta di quanto indicato dall'art. 60, L. n. 69 del 2009, che a sua volta ha recepito e per altro verso seguito le indicazioni della direttiva comunitaria n. 52 del 2008, aveva introdotto tre ipotesi di mediazione: facoltativa, delegata dal giudice (demandata o giudiziale) e obbligatoria.

L'art. 5 di tale decreto descriveva le materie per le quali il ricorso al tentativo di mediazione avrebbe rappresentato, dalla data del 21 marzo 2011, una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tra tali materie era presente anche quella riguardante le controversie condominiali, per le quali però la obbligatorietà veniva differita al 21 marzo 2012 (in virtù della legge n. 10 del 2011) unitamente alla responsabilità civile automobilistica.

Nella scelta delle materie rispetto alle quali la mediazione risultava condizione di procedibilità tre sono stati, secondo la relazione illustrativa al decreto in parola, i criteri-guida seguiti. In primo luogo, sono state prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo; in secondo luogo alcune controversie in materia di risarcimento del danno, che traggono origine da rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale; in terzo luogo, si sono individuate alcune tipologie contrattuali che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti e dunque necessità analoghe a quelle appena illustrate, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso.

Tra le controversie caratterizzate da un rapporto destinato a prolungarsi nel tempo, particolare importanza assumono quelle che concerno-

è dovuta come compensazione dell'altrui inadempimento». CARNEVALI U., *op. cit.*, 436, «Inoltre l'art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2010, dispone che l'accordo raggiunto dalle parti, anche a seguito della proposta formulata dal mediatore, "può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento": non si tratta di una eventuale imposizione del mediatore, bensì di una penale alla quale le parti consensualmente si obbligano nell'ambito del loro accordo, sia pure su proposta del mediatore».

²⁸ Per BIANCA C.M., *op. cit.*, 222, «Funzione della clausola penale è quella della liquidazione preventiva e forfettaria del danno. Essa è infatti diretta a fissare preventivamente e vincolativamente l'ammontare del risarcimento del danno».