



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

Scuola di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

Ciclo XXIII

***Istituti di diritto privato a sostegno della mediazione
nelle controversie civili e commerciali***

Tesi di dottorato del

Dott. Enrico Alessandro Secondini

Tutor

Chiar.ma Prof.ssa Franca Galletta

Direttore della Scuola di Dottorato

Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

PREMESSA

L'ordinamento tra imperfezione ed evoluzione.

L'ordinamento è in continua evoluzione. Non pare scorretto affermare che le modifiche che l'ordinamento subisce regolarmente sono la prova della sua perenne imperfezione. Un'imperfezione intrinseca e non eliminabile. Un difetto di fabbrica che non può che essere accettato.

Un noto autore molto tempo addietro scriveva "la giustizia (...) deve essere rappresentata come un ordinamento superiore che sta di fronte al diritto positivo e che è diverso da questo, (...) un pò come l'idea platonica al di là della realtà o come la cosa in se trascendente sta al di là dei fenomeni"¹. Questa od altre affermazioni simili, come sottolinea l'autore citato, cercano di spiegare questo peccato originale dell'ordinamento, quasi come potesse essere prodotto un ordinamento "superiore". In realtà "la giustizia è un ideale irrazionale. Per quanto essa possa essere indispensabile per la volontà e l'azione dell'uomo, essa non è però accessibile alla nostra conoscenza. All'uomo è dato soltanto il diritto positivo (...)”².

Ma se è vero che la perfezione non è conoscibile e quindi non è raggiungibile, è escluso che si possa parlare, in assenza di un parametro univoco di paragone e/o riferimento, di "imperfezione" dell'ordinamento? Sembrerebbe di sì. In effetti appare unicamente possibile confrontare norme diverse succedutesi nel tempo, ovvero compiere raffronti sempre riferibili al diritto positivo. Perciò, se l'imperfezione è ipotizzabile nell'ipotesi di comparazione tra un ordinamento effettivo ed uno ipotetico

¹ KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, pag. 57.

² KELSEN H., *Lineamenti, op. cit.*, pag. 59.

"perfetto", mentre l'inefficienza ha luogo solo nel caso di raffronti tra norme positive, in questa sede si utilizzerà il termine "inefficienza" in luogo del termine "imperfezione".

E' necessario soffermarsi brevemente sul concetto di inefficienza. Tutte le norme giuridiche hanno una funzione, uno scopo anche implicito assegnatogli dal legislatore³. Ma se nella mente del legislatore la norma dovrebbe assolvere la funzione "X", è ben possibile che:

- un'errata formulazione porti ad un'interpretazione che attribuisca alla norma la funzione "Y";
- una scorretta interpretazione attribuisca alla norma la funzione "Y".
- un'incerta formulazione ed una difficoltosa interpretazione renda impossibile l'esplicarsi della funzione "X" della norma.
- una corretta formulazione ed una corretta interpretazione confermino la funzione "X" della norma, quest'ultima tuttavia si rilevi avulsa dall'ordinamento.

In tutti questi casi si avrebbe una "inefficienza".

L'inefficienza che si verifica più frequentemente non è dovuta a errate interpretazioni o errate formulazioni, quanto, piuttosto, ad una insufficiente analisi circa l'impatto della nuova normativa sul sistema, o meglio, ad una sommaria attenzione all'impatto della nuova normativa sull'ordinamento.

³ Brevi e interessanti riflessioni in tema di elaborazione e interpretazione della norma giuridica si rinvencono in SCALISI, V., *Categorie e istituti di diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, pagg. 66 e ss.

La scarsa attenzione alle conseguenze delle modifiche dell'ordinamento non fanno altro che produrre nuove modifiche e così via. L'esperienza italiana ci consegna numerosi esempi di norme modificate, cancellate o corrette dalle varie finanziarie, dai decreti milleproroghe o da interpretazioni autentiche del legislatore. In alcuni campi quali il diritto del lavoro o il diritto tributario gli esempi sono numerosi. Ma non sono certo risparmiati dall'inefficienza il diritto civile o quello costituzionale. Nell'ultimo caso basta pensare alla riforma del titolo V della Costituzione la quale ha rappresentato un capolavoro di inefficienza se si pensa che oggi, dopo "appena" dieci anni, ancora si discute sulla divisione delle competenze Stato-Regioni! Il diritto privato invece è punteggiato di norme valide, efficaci e inutilizzate⁴. Si pensi all'istituto dell'enfiteusi, completamente ignorato dalla prassi, o dell'art. 2645 ter c.c.⁵, che avrebbe dovuto introdurre nel nostro ordinamento istituto del "trust"⁶ ma, di fatto, ha prodotto uno strumento di difficile applicabilità⁷.

In questa premessa che vuole essere a tratti "metagiuridica", non si può non notare che l'inefficienza, forse la più grave malattia della norma giuridica, può e deve essere sempre evitata dal potere

⁴ Si riporta in questa sede un'osservazione e/o un monito che si rinviene in una monografia di AUGUSTO P., *La ricerca giuridica*, Padova, 1996, pag. 53: "Al giurista sfugge la possibilità di accertare l'effettività e di stabilire se il diritto effettivo sia dotato di forza propria".

⁵ Cfr. LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, pagg. 70 e ss.

⁶ Tra i tanti autori assai critici nei confronti della scelta legislativa, vedasi ZOPPINI A., *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di Bianca M., Milano, 2007, pagg. 99 e ss.

⁷ BIANCA M., D'ERRICO M., DE DONATO A., PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione, l'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, pagg. 8 e ss.

legislativo perchè il potere giudiziario, benchè possa interpretare le norme anche in maniera estremamente estensiva, non potrà mai assolvere una funzione creativa che non gli compete se non (e raramente) nell'ipotesi di interpretazione analogica.

E' anche vero che, sulla scorta dei pochi esempi rappresentati, l'inefficienza sembrerebbe poter essere accertata *ex post*, ovvero nel momento in cui si possa oggettivamente constatare il fallimento, la scarsa applicazione, l'inutilità di una modifica legislativa. In sostanza sarebbe assai difficoltoso o impossibile prevedere *ex ante* l'effetto della nuova normativa. In effetti l'impatto di norme generali ed astratte in sistema complesso è difficilmente gestibile. Se poi si osserva che una proposta di legge, spesso anche ben supportata, subisce spesso inevitabili ma a volte umilianti e dannose modifiche nel corso dell'iter legislativo, ben si comprende come il successivo lavoro degli interpreti non sia affatto scontato o come l'inefficienza possa abbattersi sulla norma.

La riforma della mediazione/conciliazione segue pedissequamente il già citato e poco edificante esempio del "trust", dove una consolidata esperienza straniera, produttrice di norme valide, efficaci e, soprattutto, efficienti, viene proposta sul territorio italiano dopo aver subito un processo di ... "adeguamento". Un "adeguamento" che non dovrebbe inficiare la funzione precipua dell'istituto: trovare soluzioni alternative alle *liti*.

L'autore già citato asseriva che "ogni *lite* consiste nel fatto che una parte solleva una pretesa contro l'altra e la decisione che l'accoglie o la respinge dipende dal fatto che la legge, cioè una norma vigente e applicabile al caso concreto, stabilisca o meno

l'asserito obbligo giuridico"⁸. Ebbene, l'ordinamento giuridico favorisce la risoluzione dei conflitti, anzi, la sua funzione precipua è proprio quella di conservare⁹ le condizioni di una pacifica convivenza ed è in questa sede che cercheremo di scoprire il nuovo strumento che l'ordinamento italiano ha approntato all'uopo: la mediazione.

⁸ KELSEN H., *Lineamenti*, op. cit., pag. 125.

⁹ Già Tommaso Hobbes, individuando nel diritto naturale il diritto all'autoconservazione, concludeva le sue tesi sostenendo che l'autoconservazione si raggiunge con la subordinazione dell'azione di ogni singolo individuo alla forza pacificatrice (e perciò razionale) del diritto positivo. Così, OPOCHER E., *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993, pag. 113

Capitolo primo

La Mediazione nelle controversie in ambito internazionale e italiano.

§ 1 _ Modalità extragiudiziali di composizione delle controversie. Radici storiche.

La mediazione affonda le proprie radici nel diritto anglosassone, e in particolare nelle ADR (Alternative Dispute Resolution), un istituto progressivamente migrato negli altri ordinamenti europei¹⁰ fino a raggiungere anche quello italiano. “ADR” è un termine generico che fa riferimento a un insieme di modalità extragiudiziali di composizione delle controversie la cui efficacia si basa sulla volontà¹¹ delle parti di farvi ricorso, evitando di ricorrere a un'azione giudiziaria¹². Lo sviluppo dei metodi “Adr” è in costante aumento in Europa, negli ultimi anni sono stati numerosi gli interventi normativi che hanno fatto riferimento al ricorso alle procedure conciliative e arbitrali. Le “Adr” non sono soltanto una modalità per deflazionare¹³ il

¹⁰ Per un'analisi ancorché sommaria della storia delle A.d.r. vedasi DENTI V., *Giustizia: l'Europa ci insegna le alternative?*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di ALPA G., DANOVİ R., Milano, 2004, pagg. 77 e ss.; DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D., *Manuale del conciliatore professionista, Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)*, Milano, 2004, pagg. 4 e ss.; CAPOZZOLI A., *Mediazione e Conciliazione istruzioni per l'uso*, Montecatini Terme, 2011, pagg. 12 e ss.. Bryant H.J., Marriot A.L., *ADR principles and practice*, Londra, 1993; Hensler D.R., *Does ADR really save the money? The jury's still out*, Santa Monica, 1992.

¹¹ E' bene specificare che la “volontà di farvi ricorso” è nettamente distinta dalla volontà di chiudere la controversia con un accordo.

¹² Riflessioni di DI PIRRO M., *La Nuova Mediazione Civile*, Napoli, 2011, pagg. 7 e ss.

¹³ Sulla deflazione, CAPPONI B., *Una deflazione per la giustizia civile*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di ALPA G., DANOVİ R., Milano, 2004, pagg. 131 e ss. e CHIARLONI S., *La domanda di giustizia, deflazione e/o risposte differenziate?*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di ALPA G., DANOVİ R., Milano, 2004, pagg. 101 e ss.; LUPO D., *Il regolamento attuativo contenuto nel D.M. 180/2010. Gli organismi di mediazione, gli enti di formazione*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENTI A.,

contenzioso, ma rappresentano una risposta alla necessità di un cambio di paradigma che valorizzi la libertà di autodeterminazione degli attori sociali e la continuità dei rapporti tra le parti. La soluzione ottimale per due parti in conflitto, infatti, non è sempre rappresentata da una sentenza: a prescindere dall'efficienza del sistema giudiziario, anche quando questo sia veloce, sicuro, affidabile ed economico, le parti potrebbero non ottenere la soluzione più adatta a risolvere tutti gli aspetti di un conflitto. Com'è noto, il processo è finalizzato a verificare i fatti e ad applicare le norme che consentono di «risolvere» il caso. I conflitti, tuttavia, presentano spesso una struttura complessa, essendo costituiti, oltre che da elementi oggettivi (inadempimenti contrattuali, danneggiamenti ecc.), da aspetti soggettivi (percezioni parziali, comunicazioni inefficaci, malintesi, diffidenze, aspettative mancate). Le “ADR” rappresentano una risposta diversa alla domanda di giustizia e richiedono un cambiamento culturale profondo rispetto al concetto stesso di giurisdizione¹⁴. E' necessario sottolineare che lo strumento più importante delle procedure “ADR” a carattere non decisorio è la mediazione-conciliazione¹⁵.

Mediazione e Conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato, Forlì, 2011, pagg. 97 e ss..

¹⁴ DI PIRRO M., *La Nuova Mediazione Civile*, Napoli, 2011, pagg. 12 e ss., dove si afferma che: “concepire i metodi extragiudiziali come un sollievo al carico giudiziario o come una giustizia «minore» significherebbe sprecare una risorsa preziosa per la cultura giuridica”.

¹⁵ Nell'ambito della conciliazione è possibile distinguere, a un primo livello di classificazione, una conciliazione facilitativa e una conciliazione valutativa, la cui distinzione si basa principalmente sul ruolo più o meno direttivo del conciliatore. Nella conciliazione facilitativa il compito del conciliatore consiste nel facilitare la comunicazione tra le parti, per fare emergere gli interessi sottostanti e per guidarle al raggiungimento di un accordo, senza formulare alcuna proposta in relazione alle questioni sostanziali. Invece, nella conciliazione valutativa il terzo propone alle parti una formula

Enrico Alessandro Secondini, Istituti di diritto privato a sostegno della mediazione nelle controversie civili e commerciali, Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, Università degli Studi di Sassari.

§ 2 _ Il concetto di mediazione a livello internazionale. Un movimento nato negli USA.

In seno all'UNCITRAL¹⁶ per mediazione si intende una procedura¹⁷, indifferentemente definita con il termine mediazione, conciliazione o altra espressione di simile significato, in cui le parti richiedono ad uno o più soggetti terzi (identificati come "il mediatore") di prestare loro assistenza nel tentativo di definire una composizione amichevole della controversia sorta tra le parti stesse in virtù di un rapporto contrattuale o giuridico. Il mediatore non ha il potere di imporre alle parti una risoluzione della controversia. Similmente la Camera di Commercio Internazionale (C.C.I.), nella sua Guida al Regolamento di ADR, intende per mediazione una procedura secondo la quale il terzo

conciliatoria, basandosi su quella che lui ritiene possa essere la soluzione migliore della controversia. Le parti comunque sono sempre libere di accettarla o meno.

¹⁶ Si tratta della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale di cui è membro anche l'Italia.

¹⁷ Scorrendo le UNCITRAL Conciliation Rules, adottate il 23 luglio 1980, all'articolo 7 si può leggere agevolmente che "(1) The conciliator assists the parties in an independent and impartial manner in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute. (2) The conciliator will be guided by principles of objectivity, fairness and justice, giving consideration to, among other things, the rights and obligations of the parties, the usages of the trade concerned and the circumstances surrounding the dispute, including any previous business practices between the parties. (3) The conciliator may conduct the conciliation proceedings in such a manner as he considers appropriate, taking into account the circumstances of the case, the wishes the parties may express, including any request by a party that the conciliator hear oral statements, and the need for a speedy settlement of the dispute. (4) The conciliator may, at any stage of the conciliation proceedings, make proposals for a settlement of the dispute. Such proposals need not be in writing and need not be accompanied by a statement of the reasons therefor. Successivamente l'UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation adottata nel 2002 all'art. 6 riprende pedissequamente l'importante comma 4 del testo del 1980. La procedura descritta è paragonabile a quella prevista dal D.Lgs. 28/2010.

interviene in qualità di "facilitatore", al fine di aiutare le parti nel tentativo di raggiungere una soluzione negoziata della loro controversia. Anche in tal caso al terzo non è richiesto di fornire alcuna valutazione sul merito della controversia.

La mediazione, come accennato, si colloca nell'esperienza maturata in ambito anglosassone, dapprima negli USA¹⁸ e poi rapidamente in Australia, Regno Unito e Canada, sin dagli anni Settanta, delle *Alternative Dispute Resolution*. Tale esperienza è caratterizzata dalla grande creatività nella ricerca ed elaborazione di vie di soluzione alternative al giudizio statale ed anche al giudizio arbitrale tradizionale¹⁹. Un buon esempio dei vantaggi che, a giudizio dei suoi fautori anglosassoni, il sistema ADR presenta rispetto al giudizio civile (*litigation*) è fornito dall'organismo di risoluzione inglese CEDR²⁰ in ADR Route Map²¹. Da un lato la *litigation* caratterizzata da rigidità della procedura, opposizione tra le parti nello schema competitivo "vinci o perdi", tecnici del diritto (avvocati) protagonisti della controversia; dall'altro i metodi ADR, caratterizzati da una procedura controllata dalle parti, dall'abbattimento dei costi e della durata, dall'attenzione delle parti non più sul rapporto/i

¹⁸ Negli Stati Uniti i metodi ADR ebbero una larga diffusione a partire dagli anni settanta dello scorso secolo quando, con la c.d. "*litigation explosion*" si sentì il bisogno di trovare strumenti alternativi alla giustizia ordinaria (BRUNI A., *La mediazione conviene, i vantaggi della conciliazione civile e commerciale, tecnica e casistica*, Rimini, 2011, pag. 57).

¹⁹ Per un'analisi sul panorama internazionale delle ADR, vedasi, DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D., *Manuale del conciliatore professionista*, op. cit., pagg. 257 e ss.; FODDAI M.A., *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, Gennaio, 2011, pagg. 43 e ss..

²⁰ Il CEDR insieme ad Adr Group sono le più note ed importanti realtà inglesi di consulenza e informazione in ADR (BRUNI A., *La mediazione*, op. cit., pag. 58)

²¹ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 27;

precedenti ma sulla ipotetica continuazione della relazione e, dunque, sul futuro²².

§ 2.1 _ Le tecniche ADR. Generalità. Mediazione facilitativa e valutativa/aggiudicativa.

Si è detto che la mediazione, anch'essa nata nell'ambito delle tecniche di ADR, non produce una decisione²³. Il ruolo del terzo consiste, infatti, nell'assistere le parti su vari aspetti della loro negoziazione. Può trattarsi di negoziazioni aventi per oggetto, oltretutto la soluzione complessiva della lite anche le modalità di scambio di informazioni, l'acquisizione in comune di prove nonché la valutazione congiunta di tali prove tra le due parti in conflitto. Tuttavia dalla mediazione facilitativa – o conciliativa²⁴ - (*facilitative mediation*) si distingue, nella pratica anglosassone, la mediazione valutativa la quale prevede un ruolo più attivo del mediatore nei confronti delle parti. La mediazione valutativa²⁵ è particolarmente praticata negli USA. Il mediatore, pur non prendendo alcuna decisione in merito alla lite, assume una posizione più interventista rispetto alla mediazione facilitativa,

²² Cfr. FODDAI M. A. (a cura di), *La scelta della mediazione*, Milano, 2009, pag. XI.

²³ La fase istruttoria, l'accertamento, è fondamentale nel processo civile, la sentenza finale è infatti “costruita” sull'istruttoria. Al contrario, le tecniche ADR sono generalmente caratterizzate da una fase istruttoria pressoché assente o estremamente limitata e questo strettamente collegato proprio dal fatto che al termine non ci sarà nessuna sentenza motivata, nessun lodo o simile.

²⁴ Cfr. CASTAGNOLA A., DELFINI F., *Commento all'art. 2, D.LGS. 28/2010*, in Castagnola A., Delfini F. (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28*, Padova, 2010, pagg. 29 e ss..

²⁵ DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D., *Manuale del conciliatore professionista*, op. cit., pp. 4 e 55; CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28*, Padova, 2010, pagg. 31 e ss..

fornendo una valutazione delle posizioni delle parti ed esprimendo un parere (spesso scritto) sul probabile esito della controversia qualora sia decisa da un giudice ordinario. Il ruolo del mediatore può spingersi fino alla facoltà di proporre una o più formule risolutive, se ciò gli viene espressamente richiesto. In nessun caso tuttavia la proposta è vincolante per le parti. La mediazione valutativa è volta a prospettare essenzialmente un punto di vista ulteriore sul merito della controversia: essa può concretarsi in una raccomandazione, solitamente scritta, diretta alle parti, su una possibile via di composizione della lite, basandosi sovente su quanto il mediatore ritenga possa essere una via ragionevole di risoluzione. La differenza tra le due tipologie di mediazione è stata espressa in questi termini: il mediatore "valutativo" ritiene che le parti vogliano e necessitino che egli fornisca loro un'indicazione circa i contenuti più appropriati dell'accordo²⁶. Si presuppone altresì che il mediatore sia qualificato per fornire tale guida in virtù della sua formazione, esperienza e imparzialità. Il mediatore che facilita e non esprime una proposta o un parere formali, ritiene che le parti siano sufficientemente avvedute, capaci di collaborare tra di loro, e in grado di comprendere la situazione in cui si trovano, meglio del mediatore. Di conseguenza, le parti possono individuare soluzioni migliori di quelle che qualsiasi mediatore potrebbe definire²⁷. Il

²⁶ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 33; CAPOZZOLI A., op. cit., pagg. 14 e ss.; BUCOLIERI P., *Forma e contenuto dell'accordo raggiunto ed effetti del mancato accordo*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENTI A., op. cit., pag. 206.

²⁷ Considerazione probabilmente eccessivamente ottimistica. Nella pratica la parti spesso sono arroccate e pronte a difendere la propria posizione. La parte spesso sostiene le sue pretese a priori, in certi casi anche quando sopraggiunge la consapevolezza di essere in errore. Una visione fortemente "soggettiva" della disputa difficilmente in maniera autonoma si traduce in visione "oggettiva". Ancora più

mediatore che facilita, pertanto, ritiene che il suo compito principale sia unicamente quello di chiarire gli ostacoli e riallacciare la comunicazione tra le parti in modo da aiutarle a decidere sul come procedere²⁸.

In ambito anglosassone sono state sviluppate tecniche ADR²⁹ volte ad una soluzione/decisione rapida della controversia. Quelle descritte di seguito evidenziano in modo più o meno esplicito la funzione decisoria del terzo neutrale³⁰. Ad esempio, la *Med-Arb* è

raramente la parte, arroccata o meno, si attiva per proporre una soluzione: se passare ad una visione meno soggettiva della disputa significa salire un gradino nella scala che porta verso la soluzione, pensare/immaginare una possibile soluzione significa salire un altro gradino, compiendo, quindi, un'ulteriore sforzo. Da un punto di vista "fisico", per arrivare alla soluzione c'è quindi bisogno di "energia".

²⁸Come si rinviene in RISKIN L.L., *Understanding mediators' orientation, strategies and techniques: a grid for the perplexed*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 1996, I, pag.11.

²⁹ Sulle tecniche di mediazione vedasi BRUNI A., *Conciliare conviene, I vantaggi della conciliazione stragiudiziale professionale*, Rimini, 2007, pagg. 46 e ss.; DE PALO G., D'URSO L, GOLANN D., *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004, pagg. 11 e 43 e ss.; BRUNI A., *La mediazione conviene, I vantaggi della mediazione civile e commerciale*, Rimini, 2011, pagg. 47 e ss..

³⁰ Ma ne esistono numerose altre. La *High-Low Arbitration* (arbitrato condizionato) è una forma arbitrale, solitamente vincolante, che prevede che le parti fissino un *range* di valore in cui sia previsto un minimo ed un massimo, senza che l'arbitro ne conosca l'importo. Qualora il lodo emanato dall'arbitro risulti essere al di fuori dei valori del *range* fissato dalle parti, esso dovrà essere ricondotto entro tali valori. *Baseball-Last-Offer-Arbitration* (arbitrato per offerta finale), procedura dove l'arbitro avrà solo il compito di valutare e scegliere una delle due offerte monetarie finali che le parti hanno già negoziato. *Rent-a-Judge* (noleggio di un giudice), la controversia è affidata ad un giudice, di solito in pensione e pagato dalle parti, che decide la causa in maniera vincolante. *Private Judging* (giudizio privato). Anche in tal caso le parti, concordemente, affidano la decisione della loro controversia ad un soggetto privato. *Small Claims Resolution* (risoluzione di piccole rivendicazioni), procedura abbreviata, solitamente gratuita, usualmente utilizzata da organizzazioni pubbliche per la risoluzione delle controversie aventi un'importanza ridotta quali le liti condominiali o gli incidenti stradali di ridotta entità. *Dispute Review Board* (collegio consultivo tecnico), comitati permanenti che gestiscono tutto ciò che attiene ad un contratto avente

una procedura ibrida in cui le parti si impegnano ad avviare in prima battuta una procedura di mediazione. Essa prevede che il mediatore possa assumere il ruolo di arbitro, emettendo una decisione vincolante sotto forma di lodo, qualora la fase di negoziazione assistita si concluda senza il raggiungimento di un accordo³¹. La *fast arbitration*³² o arbitrato rapido, implica

ad oggetto progetti complessi, risolvendo (in maniera non in tempo reale le eventuali controversie insorte nella esecuzione dei suddetti contratti; I pareri del collegio consultivo non hanno natura vincolante. Early Neutral Evaluation (valutazione preliminare). Procedura nella quale un terzo neutrale (solitamente un giudice in pensione o un avvocato anziano esperto di A.D.R.) ha il compito di esaminare i fatti oggetto della controversia, ascoltare le parti ed i rispettivi legali, fornendo, infine, una sua previsione su come tendenzialmente sarebbe decisa la disputa qualora questa fosse portata davanti ad un tribunale o un arbitro. In ogni caso, le disposizioni date dal valutatore non avranno mai natura vincolante. *Partnering Dialogue* (incontro di partenariato). Procedura nella quale si tende alla prevenzione di una disputa relativa alla gestione di un complesso progetto (di *joint-venture*, finanziario, di costruzione, immobiliare ecc.) prima che venga dato inizio ai lavori. In particolare, la procedura - che si sostanzia in alcuni incontri fra tutte le parti coinvolte nel progetto, alla presenza di un terzo neutrale che dovrà moderare le sessioni comuni e quelle private con ciascuna parte - tende alla realizzazione di una serie di obiettivi distinti che possono sostanziarsi nella sottoscrizione di un *gentleman's agreement* che avrà la funzione di riassumere gli obiettivi e i caratteri essenziali che dovrà avere l'intera attività di gestione del progetto. *Summary Jury Trial* (giudizio consultivo) Procedura non vincolante di A.D.R. che si sostanzia in una breve udienza in cui i rappresentanti delle parti espongono i fatti oggetto della lite di fronte ad una giuria (nominata direttamente dal giudice competente a decidere la questione) che emetterà un verdetto non vincolante che sarà la base della successiva negoziazione. In mancanza di accordo sarà attivata una causa vera e propria in tribunale. Per queste ed ulteriori considerazioni anche relative alle successive note 31 e 32 vedasi: http://www.concilia.it/concilia-adr/procedure_di_adr.htm

³¹ Se la *Med-Arb* (conciliazione-arbitrato) è inserita tra le forme ibride o miste di conciliazione e arbitrato, la procedura di *Med-then-Arb* (conciliazione-poi-arbitrato), si differenzia per il fatto che, le funzioni di conciliatore e di arbitro sono ben distinte e demandate a due persone diverse.

³² A differenza della *Quick arbitration* (arbitrato rapido), che è una forma di arbitrato caratterizzata da una fase istruttoria orale piuttosto che scritta e un arbitro nelle duplici vesti di conciliatore e inquisitore,

un'indagine sui fatti molto sommaria e, soprattutto, una decisione raggiunta e motivata in modo altrettanto sommario. Nella stessa ottica di accelerazione della decisione si colloca l'*Adjudication* dove un soggetto terzo neutrale, anche un collegio (*Dispute Adjudication Board*), pronuncia una decisione vincolante per le parti, salvo che questa venga impugnata entro un certo tempo davanti al giudice. Accanto alle tecniche descritte vi è il *Mini-Trial*³³, procedura dove attua una semplificazione formale ma abbreviata della controversia davanti ad un terzo neutrale che assiste un collegio composto da dirigenti e manager delle imprese in conflitto e non precedentemente coinvolti nella controversia (giuria).

§ 3 _ Il concetto di mediazione, a livello europeo. La direttiva 2008/52/CE³⁴.

Le istituzioni comunitarie, ritenuto che le “ADR” possano essere una valida alternativa per facilitare i cittadini europei nell'accesso alla giustizia e per garantire lo sviluppo del commercio intracomunitario, da tempo ne promuovono il ricorso

la *Fast Arbitration* è una procedura arbitrale semplificata, concentrata in tempi più brevi rispetto alla procedura ordinaria. Le caratteristiche essenziali sono la concentrazione e l'informalità della procedura.

³³ Il *Mini-Trial* è una forma di A.D.R. complessa, formale e valutativa, con caratteristiche procedurali simili a quelle di un processo vero e proprio, ma più rapida e meno costosa. La giuria è composta, solitamente, dai *senior manager* delle aziende in lite ed è presieduta da un *neutral*, che è un mediatore. La giuria, dopo aver sentito gli avvocati delle parti, che presentano le questioni di fatto e di diritto in difesa dei propri rappresentati, prende una decisione che, comunque, non riveste natura vincolante (DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D., *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004, pagg. 11 e 43 e ss..

³⁴ Per un approfondimento cfr. BRUNI A., *La mediazione*, op. cit., pagg. 61 e ss..

e lo sviluppo³⁵.

La cooperazione in materia di giustizia, tra l'altro, è uno dei pilastri dell'Unione europea³⁶, con la quale si intende assicurare a tutti i cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, attraverso l'adozione di misure comuni. La cooperazione in campo giudiziario, in particolare, è destinata a facilitare e accelerare la cooperazione in materia di procedimenti giudiziari e di esecuzione delle decisioni, con interventi finalizzati anche alla semplificazione e al miglioramento delle procedure. L'attenzione del legislatore europeo per questo fenomeno è dimostrata anche dalla recente direttiva 2008/52/CE, che obbliga gli Stati membri a dotarsi di normative nazionali idonee a recepire i principi in essa contenuti e con riferimento alle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale³⁷.

³⁵ Ne costituiscono un esempio il Libro Verde, diffuso dalla Commissione Europea il 19 aprile 2002, con lo scopo di raccogliere le osservazioni degli Stati membri sulle questioni di ordine giuridico che si pongono nell'ambito della risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale, nonché la proposta di direttiva del 22 ottobre 2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa ad alcuni aspetti specifici della conciliazione in materia civile e commerciale. In questo quadro si inserisce anche il progetto europeo «ADR: promoting a wider culture on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial matters», cofinanziato dalla Commissione Europea nell'ambito del programma-quadro per la cooperazione giudiziaria in materia civile che ha anche l'obiettivo di diffondere presso i cittadini dell'Unione Europea informazioni sull'accesso alla giustizia, sulla cooperazione giudiziaria e sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri nelle questioni civili. L'obiettivo principale del progetto, incentrato principalmente sulla conciliazione extragiudiziale, è la diffusione fra consumatori e imprese di una cultura più ampia sulle possibilità di accedere a sistemi alternativi di composizione delle controversie in materia civile e commerciale, con particolare attenzione al tema dello sviluppo della conciliazione a livello nazionale ed europeo.

³⁶ Vedasi gli artt. 29 e 30 del Trattato UE.

³⁷ Per inciso, la direttiva si applica a tutte le controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di

L'art. 3 della Direttiva 2008/52/CE dà la seguente definizione di mediazione: "un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore"³⁸. Come si può agevolmente notare la definizione di mediazione data in ambito europeo rispecchia quella elaborata in ambito internazionale.

applicare le disposizioni in essa contenute anche ai procedimenti interni, civili e commerciali, previa specificazione entro i termini previsti per l'adozione della direttiva. È opportuno precisare che per «controversia transfrontaliera» si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro (ad esclusione della Danimarca) diverso da quello di qualsiasi altra parte, nel momento stesso in cui, a controversia già insorta, concordano di ricorrere alla procedura di conciliazione. Sono le parti che gestiscono il procedimento e che quindi possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento (Principio di Volontarietà). Gli Stati membri devono assicurare che né i conciliatori, né le parti, né le persone coinvolte nella gestione del procedimento di conciliazione rivelino a terzi o rendano testimonianza nell'ambito di procedimenti giudiziari o in arbitrati, in merito ad informazioni risultanti dal procedimento di conciliazione o con esse connesso fatta eccezione per i casi espressamente previsti (art. 7 della Direttiva). Questo principio, difatti, non trova applicazione nei casi in cui ciò sia necessario per «superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato», come ad esempio per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona, oppure nel caso in cui la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla conciliazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo. Gli Stati membri dovranno assicurare che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo, tuttavia, non potrà essere reso esecutivo qualora risultasse contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività. La direttiva precisa che il contenuto dell'accordo potrà essere reso esecutivo in una sentenza in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta.

³⁸ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 34.

Ovviamente anche a livello comunitario si tende a distinguere due grandi categorie di metodi alternativi di risoluzione delle controversie cui possono ricorrere i cittadini per risolvere le proprie controversie con i professionisti³⁹: le procedure in cui il terzo trova egli stesso una soluzione da presentare alle parti⁴⁰; Le procedure in cui il terzo aiuta le parti a trovare un accordo, senza però assumere una posizione formale sulla soluzione da dare

³⁹ Ed è forte l'attenzione per i consumatori muovendo dal presupposto che ai consumatori occorre garantire la tutela dei diritti fondamentali connessi con il rapporto di consumo, tra i quali la tutela della salute e degli interessi economici, che si traduce nel diritto al risarcimento del danno; che il riconoscimento di tali diritti non è pieno se non è effettivo; che l'effettività si può raggiungere solo se si agevola l'accesso alla giustizia; che la giustizia - come ordinariamente intesa - è organizzata con procedimenti complessi, lenti e costosi ma, soprattutto, individuali. L'obiettivo è quello di "garantire che i consumatori in tutta la Comunità possano essere indennizzati in maniera equivalente per i danni subiti. A livello comunitario i principali riferimenti normativi in relazione alle Adr sono comunque: la raccomandazione 98/257/CE riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo; la raccomandazione 2001/310/CE riguardante i principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo; la risoluzione 25 maggio 2000 <<EEJ-Ne>> del Consiglio, relativa ad una rete comunitaria d'organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo; la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

⁴⁰ All'uopo la Commissione ha individuato una serie di principi (indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza), contenuti nella raccomandazione n. 257 del 30 marzo 1998, relativa alle procedure in cui il terzo decide la controversia, in modo vincolante o meno per le parti. Questa raccomandazione riguarda altresì l'arbitrato relativo a controversie in materia di consumo. Gli Stati membri sono stati sollecitati a stilare un inventario degli organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, che considerano conformi ai principi sanciti nella raccomandazione della Commissione;

eventualmente alla controversia⁴¹.

§ 4 _ Il concetto di mediazione, a livello nazionale. Il decreto legislativo 28/2010.

In Italia, come è noto, la norma che ha aperto la strada alla diffusione della conciliazione nell'ordinamento è la L. 580/1993, che ha attribuito fondamentali competenze in materia conciliativa alle Camere di Commercio, affermando all'art. 4 che "le Camere di Commercio, singolarmente o in forma associata, possono tra l'altro: promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori e utenti ».

La L. 580/1993 individuava le Camere di Commercio⁴² quale sede privilegiata⁴³ per la risoluzione di controversie commerciali tra imprese e tra imprese e consumatori. Per tentare di risolvere in modo veloce ed efficace queste dispute è stata quindi attivata la rete di conciliazione camerale⁴⁴, mentre successivi interventi

⁴¹ Con la raccomandazione n. 310 del 4 aprile 2001, la Commissione ha individuato quattro principi (imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità) che devono osservare gli organismi che gestiscono procedure di soluzione delle controversie in materia di consumo in cui il terzo non assume una posizione, ma si limita ad aiutare le parti a trovare da sole tale soluzione.

⁴² Esprime un'analisi (positiva) sul ruolo delle Camere di Commercio all'indomani della riforma delle stesse avvenuta tra il 1993 e il 1994, VACCÀ C., *La composizione extragiudiziale delle controversie dei consumatori*, in *Consumatori, Contratti, Conflittualità*, a cura di VACCÀ C., Milano, 2000, pagg. 277 e ss.

⁴³ Privilegiata ma non esclusiva. Per quanto riguarda altri organismi con funzione conciliativa e/o arbitrale decisionale con specifico riferimento al settore delle controversie bancarie e finanziarie vedasi MAZZOLI E., BOCCHINI E., QUONDAM GIROLAMO S., *Mediazione – ABF – Camera di Conciliazione Consob nelle controversie Bancarie e Finanziarie*, Rimini, 2011, pag. 27.

⁴⁴ Come si ricava in BRUNI A., SITZIA M., *Mediazioni civili e commerciali, trenta casi di successo*, Rimini, 2011, pag. 15, nota 5,

legislativi hanno ampliato e rafforzato la competenza delle Camere di Commercio⁴⁵ in materia di conciliazione⁴⁶.

Molto più tardi, la spinta all'attuazione degli impegni europei e la crisi di efficienza della giustizia hanno sollecitato il Parlamento italiano a predisporre un microsystema normativo dedicato alla mediazione civile e familiare, approvato con il D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e integrato dal D.M. 180/2010. Tale normativa costituisce l'attuazione della delega contenuta nell'art. 60 della L. 69/2009, che affidava al Governo il compito di adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale⁴⁷.

nel 2009 la durata media di una procedura di conciliazione (67 giorni nell'anno 2009) non è comparabile con una procedura pendente innanzi alla giustizia ordinaria.

⁴⁵ Oggi le Camere di Commercio che, individualmente o in forma associata, abbiano istituito organismi di conciliazione ai sensi dell'art. 2, L. 580/1993, hanno «diritto di ottenere l'iscrizione di tali organismi nel registro» “su semplice domanda” (art. 4, co. 4, D.M. 180/2010).

⁴⁶ Oggi, oltre all'assistenza nelle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori, esse forniscono servizi di conciliazione in materia di: fornitura di servizi di energia e gas (L. 481/1995); subfornitura (L. 192/1998); turismo (L. 135/2001); telecomunicazioni (delibera n. 182/02/CONS dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni); società (D.Lgs. 5/2003); franchising (L. 129/2004); patti di famiglia (L. 55/2006); tintolavanderia (L. 84/2006).

⁴⁷ La legge 69/2009 indicava i seguenti criteri direttivi: «a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della Giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro

degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della Giustizia; e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli; f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro; g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali; h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro; i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche; l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali; m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti; n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione; o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della Giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181; p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile; q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi; r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni; s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia

efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

L'Art. 1 del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, si cimenta in una definizione della mediazione: "l'attività, comunque denominata, **svolta da un terzo imparziale** e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"⁴⁸.

§ 4.1 Tipologie. L'art. 5 D.Lgs. 28/2010

Come si può notare già leggendo la definizione di mediazione, il D.Lgs. 28/2010 ha introdotto una procedura di mediazione che contiene allo stesso tempo elementi facilitativi e valutativi. Sul punto si tornerà nel corso della trattazione. Ma esistono altri criteri classificatori⁴⁹ della mediazione/conciliazione. Con riferimento **al momento di instaurazione** della procedura di mediazione si possono distinguere⁵⁰:

⁴⁸ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 35.

⁴⁹ Per un approfondimento vedasi, BIAVATI P., *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, pagg. 785 ss.; BOVE M., *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *www.judicium.it*; DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pagg. 575 ss.; FABIANI M., *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *www.judicium.it*; LUISO F.P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pagg. 1257 ss.; MONTELEONE G., «La mediazione forzata», in *Il giusto processo civile*, 2010, pagg. 21 e ss.; PAGNI I., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, pagg. 619 e ss.; SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008; ZANUTTIGH L., *Conciliazione Mediazione e processo civile*, in *I contratti-Mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 2, 2011, pagg. 207 e ss..

⁵⁰ La conciliazione, come si noterà, è sempre stragiudiziale, ovvero esterna al giudizio instaurando o instaurato (Così MENICHINO C.,

- la mediazione **volontaria** extraprocessuale: le parti possono cioè esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dalla proposizione di una controversia avanti al giudice civile;

- la mediazione stragiudiziale ed endoprocessuale, con ciò intendendo che l'attività di mediazione viene svolta da un organismo non giudiziale (l'organismo di mediazione) su sollecitazione (non vincolante) del giudice statale, già adito della controversia; è il modello anglosassone, della *court annexed mediation*⁵¹;

- la mediazione extragiudiziale **obbligatoria**, prevista dall'art. 5 del Dlgs 28/2010 per una moltitudine di controversie, e qualificata come condizione di procedibilità della causa.

Sotto un diverso profilo, tendente a sottolineare le **modalità di accesso** alla mediazione⁵², abbiamo la mediazione «obbligatoria»⁵³, «facoltativa»⁵⁴ e «concordata»⁵⁵.

Commento all'art. 1 D.Lgs. 28/2010, in CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pag. 10).

⁵¹ DI PIRRO M., *La Nuova Mediazione Civile*, Napoli, 2011, pagg. 21 e ss.

⁵² Sui tipi di mediazione vedasi, ZANUTTIGH L., *Conciliazione Mediazione e processo civile*, in *I contratti, mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 2, 2011, pagg. 207 e ss..

⁵³La mediazione obbligatoria è «condizione di procedibilità della domanda giudiziale» (art. 5, D.Lgs. 28/2010), ossia condizione di accesso alla tutela giurisdizionale, in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, diritti di famiglia, locazione, comodato e affitto d'azienda, risarcimento del danno derivante da circolazione dei veicoli e dei natanti, responsabilità medica, diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

⁵⁴ La mediazione facoltativa è affidata all'iniziativa di una delle parti o del giudice. L'art. 2 D.Lgs, 28/2010 dispone che “chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia

civile e commerciale vertente su diritti disponibili”. La limitazione ai soli diritti disponibili appare incomprensibile, poiché in tal modo vengono espunte dall'area della mediazione tutte le liti di famiglia, in particolare quelle connesse alla separazione e al divorzio e all'affidamento dei figli, che più di altre potrebbero beneficiare di un'attività conciliativa ad opera di un mediatore professionista sollecitata dal giudice (modello della *court annexed arbitration*). Inoltre, l'art. 5, co. 2 prevede che il giudice, anche in appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni (oppure, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa) può invitare le stesse a procedere alla mediazione. Se le parti aderiscono all'invito il giudice fissa l'udienza successiva dopo la scadenza del termine di durata massima della mediazione (4 mesi) e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione. In quest'ultima ipotesi ci troviamo di fronte a un caso di conciliazione delegata, già presente in altri ordinamenti, salutata con favore da una parte della dottrina in quanto “una volta iniziato il processo, la possibilità per il giudice di tentare la conciliazione giudiziale è assai limitata, perché egli è abituato a risolvere la lite col giudizio non con un mezzo negoziale e perché le parti sono restie a "scoprirsi" di fronte a chi dovrà decidere la causa ove il tentativo fallisca”.

⁵⁵ Il D.Lgs. 28/2010 disciplina, infine, un'ipotesi di mediazione concordata, legata alla sussistenza di un'apposita clausola che la preveda. L'art. 5 dispone che, ferma restando l'applicabilità delle regole in tema di mediazione obbligatoria, se il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte proposta nella prima difesa, ove rilevi che il tentativo non risulta esperito, assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di 4 mesi; se invece la mediazione è già iniziata, ma non si è ancora conclusa, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di 4 mesi. In quest'ultima ipotesi, la domanda è presentata all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro o, in mancanza, a un altro organismo iscritto. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto, allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

§ 5 _ Il procedimento di mediazione/conciliazione. Definizioni Legislative

Si è scritto che l'art. 1, D.Lgs. 28/2010 contiene alcune definizioni di concetti ricorrenti nel decreto. Le definizioni sono chiarissime nel sottolineare che il termine «**mediazione**» (lett. a) indica l'*iter* procedurale, ossia il percorso o il metodo seguito dal mediatore. Al contrario la lett. c) spiega che per «**conciliazione**⁵⁶», si intende l'esito positivo⁵⁷ dell'attività di mediazione⁵⁸. La lett. b) definisce il «**mediatore**⁵⁹», vale a dire la persona o le persone fisiche che conducono il procedimento di mediazione per conto dell'organismo e che sono chiamati a operare per la composizione della controversia, senza essere dotati di poteri decisionali.

⁵⁶ Sulla definizione di “conciliazione” vedasi, IANNINI A., *Guida alla nuova Mediazione e Conciliazione. Commento sistematico al D.lgs. n. 28/2010 e al D.M. n. 180/2010* op. cit., pag. 22; CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pag. 5.

⁵⁷ Così anche BRUNI A., *La mediazione*, op. cit., pagg. 294 e ss..

⁵⁸ Ancora, sul punto CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pag. 3.

⁵⁹ Sulla interpretazione di “mediatore” vedasi IANNINI A., op. cit., Matelica, 2010, pag. 21; CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), Op. cit., pag. 5.

Le definizioni iniziali evidenziano la decisione legislativa di optare per un modello di mediazione *camaleontico*, avente quindi la possibilità di vestire forme facilitative e aggiudicative (valutative)⁶⁰. Inoltre le definizioni sottolineano che i mezzi utilizzati per giungere alla composizione sono, dunque, tendenzialmente irrilevanti, anche se la terzietà e l'imparzialità del soggetto che svolge la mediazione restano elementi imprescindibili⁶¹.

§ 6 _ Svolgimento del procedimento di mediazione.

Il legislatore ha dettato regole essenziali per lo svolgimento del procedimento di mediazione. Regole essenziali e probabilmente insufficienti.

§ 6.1 _ La domanda. La protocollazione. Il criterio di prevenzione.

L'articolo 4, D.Lgs. 28/2010 specifica che la domanda di mediazione è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. Nel caso di più domande relative alla medesima

⁶⁰ In tempi diversi e secondo questo rigido ordine: primo stadio, mediazione facilitativa, secondo stadio, mediazione valutativa. Non è prevista la possibilità di "tornare indietro" passando da una procedura "valutativa" ad una "facilitativa". *Contra* sul punto BOGGIO L., in AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 283) che ciò non significa che a fronte della proposta le parti non possano riprendere la negoziazione con contenuti diversi dalla proposta del mediatore. L'autore, tuttavia, ritiene che tale negoziazione si possa svolgere anche all'interno dello stesso organismo di mediazione, previo consenso dello stesso.

⁶¹ Se l'indipendenza (terzietà) è oggettiva, l'imparzialità, ovvero il non privilegiare una parte rispetto all'altra, è "un'arte" o un'attitudine soggettiva che si sostanzia nell'assenza di pregiudizi, di coinvolgimenti personali, di atteggiamenti (diverso uso del tono della voce, lo sguardo, l'espressione del volto, la postura) che possano far intendere ad una parte la parzialità del mediatore. Similmente, CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pag. 7.

controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda e per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione (art. 4, co. 1)⁶². La forma scritta unita ad una corretta protocollazione⁶³ permette l'applicazione del c.d. criterio di prevenzione. Il criterio selettivo (oggettivo) di **prevenzione**⁶⁴ postula che, nel caso di più domande di mediazione in ordine alla stessa controversia, il procedimento di mediazione si svolgerà davanti all'organismo presso cui è stata depositata la prima domanda⁶⁵.

E' stato osservato che non è affatto vero che il criterio di prevenzione⁶⁶ sia utile ad evitare i conflitti (di competenza). Il

⁶² E' il c.d. criterio della Prevenzione. Sul punto vedasi, AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pagg. 232 e ss., IANNINI A., op. cit., pagg. 33 e ss.; CAPOZZOLI A., op. cit., pagg. 61 e ss..

⁶³ Il Legislatore non indugia sulla protocollazione. Tuttavia, introducendo il criterio di prevenzione ogni Organismo di Mediazione dovrà prestare seria attenzione alla fase ricettiva delle istanze di mediazione, avendo cura di protocollare immediatamente e in maniera definitiva la pratica. Sul punto potrebbe trovare parziale applicazione analogica il D.M. giustizia 27 marzo 2010, *Regolamento recante norme per la tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari*, che regola la tenuta informatizzata dei registri.

⁶⁴ Osserva CAPOZZOLI A., op. cit., pag. 41 che il criterio di prevenzione potrebbe portare a delle distorsioni. Ad esempio la parte chiamata potrebbe essere convocata dinnanzi ad un organismo di conciliazione, così distante da rendere eccessivamente gravosa la partecipazione al procedimento.

⁶⁵ Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione (art. 4, co. 1. D.Lgs. 28/2010).

⁶⁶ DUVIA P., *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione ex D.lgs. n. 28 del 2010*, in *I contratti, mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 3, 2011, pag. 280, in tema di competenza per territorio solleva il problema dell'applicazione dell'art. 33 *lett. u*, Codice del Consumo che dovrebbe trovare luogo anche in sede di mediazione con la conseguenza che dovrebbero essere considerate vessatorie le clausole che stabilissero per la risoluzione

sorgere dei contrasti sarà inevitabile allorquando più istanze di mediazione riguardino solo in parte la stessa domanda o quando esse siano connesse fra loro: in tale fattispecie e in altri numerosi casi⁶⁷ il criterio di prevenzione manifesta importanti carenze.

La legge è criptica anche nella descrizione dell'istanza (la quale deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa, art. 4, co. 2). L'oggetto dell'istanza di mediazione certamente può avere contorni meno definiti rispetto alla domanda giudiziale e, nella sua interpretazione, il mediatore può fare ampio utilizzo di poteri ufficiosi⁶⁸, compreso quello di sollecitare la parte a indicare più precisamente le circostanze sulle quali fonda le proprie pretese⁶⁹.

Comunque, dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla **prescrizione** gli effetti della domanda giudiziale, e dalla stessa data impedisce la

delle controversie un organismo avente sede in località diversa da quella di residenza o di domicilio del consumatore; Cfr. MASONI R., *Il nuovo istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, Milano, 2010, pag. 164.

⁶⁷ Sono i ragionevoli dubbi di GIAVARRINI S., ROCCO DI TORREPADULA N., *Commento all'art. 4, D.Lgs. 28/2010*, in G. CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pag. 50. Le carenze si riferiscono all'indiscriminata possibilità di scelta dell'organismo a cura delle parti che potrebbe pregiudicare la terzietà e l'imparzialità dello stesso, alla possibile (e irrazionale) assenza di un collegamento territoriale tra parti, organismo e luogo in cui è sorta l'obbligazione.

⁶⁸ A tal proposito il C.S.M., nella seduta del 4 febbraio 2010, osservando che la mediazione è uno strumento importante per l'evoluzione di un sistema di giustizia più flessibile e più attento al caso concreto sembra far riferimento proprio alla informalità del procedimento, lontano da rigidi schematismi (CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pag. 9).

⁶⁹ CAPOZZOLI A., op. cit., pag. 45, sottolinea che "l'istanza di mediazione non è né un atto di citazione né un ricorso introduttivo, quindi non si formulano domande né si indicano precedenti giurisprudenziali.

decadenza⁷⁰.

⁷⁰ Sul punto vedasi ZANUTTIGH L., *Conciliazione, Mediazione e processo civile*, in *I contratti-Mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 2, 2011, pagg. 209 e ss..

Segue... L'accertamento. L'istruttoria. Dichiarazioni⁷¹, informazioni e allegazioni di documenti⁷².

Nelle controversie che richiedono specifiche **competenze tecniche**, l'organismo di mediazione può nominare uno o più mediatori ausiliari o, in mancanza della possibilità di procedere in tal senso, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali, i cui compensi dovranno essere liquidati secondo le modalità (anche di calcolo) da prevedersi nel regolamento di procedura dell'organismo di mediazione (art. 8, co. 1 e 4)⁷³. Questa disposizione naturalmente **non permette che in mediazione si svolgano attività di consulenza tecnica**. Quello che richiede la norma è che il mediatore nominato abbia egli stesso conoscenze tecniche (o sia coadiuvato da un consulente tecnico) che agevolino la

⁷¹ Sul rilevante valore delle dichiarazioni compiute nel corso della mediazione/conciliazione, Corte di Cassazione, 6 febbraio 2009, n. 3033 in, *Mass. Rep. Lex24*: nel contenuto complessivo di una transazione può distinguersi anche un momento accertativo della situazione di fatto preesistente, e in tal caso le relative dichiarazioni di scienza hanno valore confessorio, a condizione, tuttavia, che esse costituiscano concordi premesse, di natura ricognitiva di situazioni fattuali o di situazioni giuridiche considerate, però, "*sub specie facti*", aventi ad oggetto i precedenti rapporti di reciproco dare e avere sui quali la transazione avrebbe dovuto incidere con effetto modificativo. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva riconosciuto valore confessorio alla concorde dichiarazione delle parti, premessa in occasione della stipula di un contratto di transazione, nella quale si dava atto che determinati effetti cambiari scaduti erano rimasti insoluti fino ad una certa data).

⁷² Il Decreto L.vo, ad esempio, nulla dice riguardo all'allegazione di documenti. Nel Decreto non si fa menzione del termine "documento", bensì si fa riferimento sempre e comunque alle "dichiarazioni" e alle "informazioni".

⁷³ Sul punto vedasi, IANNINI A., op. cit., pagg. 67 e ss.; CAPOZZOLI A., op. cit., pagg. 157 e ss; CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pagg. 130 e ss.;

comprensione dell'oggetto del contendere⁷⁴. Peraltro in mediazione la fase istruttoria è assolutamente deregolamentata e informale proprio perché il conciliatore professionista non deve cercare motivazioni per strutturare una futura pronuncia che decida il procedimento. Al contrario il conciliatore dovrà cogliere tutti quegli elementi utili al fine di essere pronto a formulare una proposta nell'eventuale fase aggiudicativa. Certamente il mediatore nel corso della procedura acquisirà "dichiarazioni e informazioni" così come specificato più volte dagli articoli 9, co. 2, 10, co. 1, 11, co. 2.

Nel Decreto Legislativo quindi non si indica mai il termine "documento" ma si fa riferimento a "dichiarazioni" provenienti dalle parti (che sembrerebbero avere natura squisitamente verbale) ed "informazioni". Per quanto concerne queste ultime, poiché il termine sembra far riferimento al risultato di un'acquisizione (l'informazione), sembra ipotizzabile che l'uso della locuzione si riferisca a tutto ciò che sia idoneo a fornire al conciliatore **elementi utili (documenti, scritture contabili, riproduzioni meccaniche, ecc.)** al fine di poter adoperarsi concretamente per una risoluzione positiva della controversia.

⁷⁴ Non è rara la possibilità che in mediazione le parti depositino documenti o perizie di difficile interpretazione in assenza di adeguate conoscenze specifiche nelle più disparate materie, economica, sanitaria, tecnica etc.

Capitolo secondo

La conclusione del procedimento di mediazione. L'eventuale accordo.

§ 1 _ I possibili esiti del procedimento di mediazione.

Il procedimento di mediazione **può concludersi**, ai sensi dell'art. 11 D.Lgs. 28/2010:

1. con un **accordo amichevole** raggiunto dalle parti;
2. con un accordo delle parti che aderiscono alla **proposta** di conciliazione formulata dal mediatore, il quale deve procedere in tal senso quando le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento e può procedere in tal senso quando le parti non hanno raggiunto un "accordo amichevole", informando preventivamente le stesse sempre e comunque, delle possibili conseguenze sul piano delle spese processuali per l'ipotesi in cui il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta del mediatore;
3. con **l'insuccesso** della conciliazione: in tal caso, il mediatore, deve formare un verbale con l'indicazione della proposta e il verbale deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere; nel medesimo verbale il mediatore deve dare atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione⁷⁵.
4. con un accordo parziale.

§ 1.1 _ Mediazione meramente facilitativa. Accordo ...

⁷⁵ Così come si legge nella Relazione Illustrativa del D.Lgs. 28/2010, la mancata partecipazione ad una mediazione davanti ad un organismo senza alcun collegamento con la residenza o la sede delle parti, è idoneo a costituire un giustificato motivo della mancata partecipazione del chiamato in mediazione.

amichevole?

Come si può notare, l'esito positivo è regolato dal comma 1 del citato art. 11 e vede il mediatore in veste di facilitatore di un accordo amichevole tra le parti⁷⁶.

Il raggiungimento di un **accordo amichevole**⁷⁷ è fortemente stimolato dal D.Lgs. 28/2010, che intende promuovere la composizione bonaria, non basata sul modello avversariale. Sul significato della parola amichevole si deve osservare che nel D.Lgs. 28/2010 il legislatore si riferisce all'accordo in almeno otto occasioni⁷⁸. La particolarità sta nel fatto che il termine usato per definire la conciliazione in tre casi è "accordo amichevole", in altri "accordo", in ultima istanza "successo"⁷⁹ della mediazione". Di fatto sembra davvero che l'espressione "amichevole" sia un attributo privo di rilevanza giuridica, frutto

⁷⁶ Il mediatore pone in essere un'attività che risponde sostanzialmente a quella di un comune mediatore: si adopera - recita l'art. 8, comma 3, Dlgs n. 28 del 2010 "affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia". Così CARNEVALI U., *La nuova mediazione civile*, in *I Contratti, mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 5, 2010, pag. 438.

⁷⁷ La legge parla di accordo, non di contratto. Sottilmente sembra farsi riferimento al fatto che, sebbene l'accordo di fatto possa integrare un contratto di transazione, niente esclude che quest'ultimo di fatto si concreti in due o più negozi collegati tra loro. Come infatti osserva MAISTO F., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000, pag. 13, sempre più frequentemente i privati contemperano i propri interessi con regolamenti composti da una serie di precetti, i quali integrano contestualmente una pluralità di schemi regolamentari tradizionali.

⁷⁸ All'art. 8, comma 3 e all'art. 11, comma 1 e 3, si parla di "accordo amichevole". Di "accordo" si scrive all'art. 11, comma 1 e 3. Di "verbale di accordo" all'art. 12. All'art. 20, anziché far riferimento alla sottoscrizione o meno dell'accordo, il legislatore utilizza il termine (decisamente atecnico) di "successo o insuccesso" della mediazione.

⁷⁹ Anche l'espressione "successo" è sorprendente perché in questo caso il legislatore sembra esprimere un giudizio sull'attività di mediazione, abbandonando lo stile asettico per abbracciare un giudizio di valore.

di un (ingenuo? Irrilevante?) auspicio del legislatore. L'auspicio che alla sottoscrizione dell'accordo si leghi una modifica dei rapporti intersoggettivi tra le parti. Una pura eventualità.

Anche in questo caso ci troviamo davanti a una conciliazione i cui contenuti non scaturiscono da una proposta conciliativa espressa. Il mediatore si limita, perciò, a formare processo verbale dell'avvenuto accordo⁸⁰.

§ 1.2 _ L'insuccesso parziale. La *proposta* del mediatore, l'*accettazione* delle parti.

Qualora l'accordo amichevole non venga raggiunto, il decreto prevede la possibilità che il mediatore formuli una **proposta** conciliativa, possibilità che si trasforma in obbligo quando le parti ne facciano **concorde richiesta**⁸¹.

Se il Decreto Legislativo n. 28/2010 ha introdotto una regolamentazione che caratterizza la mediazione come un procedimento "bifasico", ossia composto da una prima parte (necessaria) a carattere "agevolativo" ed una seconda parte (eventuale) a carattere "aggiudicativo", ebbene, è centrale il problema della individuazione del **se, quando, come e secondo quali criteri il mediatore possa formulare alle parti la proposta di conciliazione**, in relazione alla quale queste saranno chiamate ad esprimere la loro (eventuale) adesione⁸².

Al mediatore è affidata la valutazione circa l'esistenza di tali

⁸⁰ DI PIRRO M., *La Nuova Mediazione Civile*, Napoli, 2011, pagg. 85 e ss..

⁸¹ La previsione di una proposta così congegnata rimarca la finalità deflattiva della mediazione.

⁸² AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 263 e ss..

elementi, al fine di sottrarre alla parte più ostile alla sollecita composizione della controversia un facile strumento di boicottaggio della procedura⁸³. Se, infatti, la proposta fosse interamente rimessa alla congiunta volontà delle parti, quella meno propensa alla conciliazione avrebbe buon gioco nel negare il proprio consenso, poiché da ciò non deriverebbe per lui alcuna conseguenza sfavorevole. Consentendo, invece, al mediatore di **formulare⁸⁴ comunque una proposta⁸⁵**, la parte contraria resta

⁸³ “Proprio perchè la proposta è idonea a produrre effetti negativi su chi la rifiuta, si ritiene che essa sia rigidamente ancorata all’oggetto della mediazione e alle regole generali espressamente dettate in materia processuale dagli artt. 112 e 113 c.p.c., al fine di evitare ingerenze del mediatore oltre i limiti della volontà delle parti nella gestione del conflitto. La prima regola impone al giudice di non decidere oltre i limiti della domanda giudiziale, così al mediatore non è concesso di discostarsi dal rapporto oggetto di contestazione, salvo diverso accordo o richiesta delle parti. L’altro principio (art. 113 c.p.c.) impone, invece al giudice di attenersi alle norme di diritto; allo stesso modo il mediatore non può formulare la proposta isolandola dalle norme di diritto sostanziale che regolano la lite. Ne consegue che l’accordo derivante dall’accettazione della proposta può avere contenuti più ristretti rispetto all’intesa spontanea, proprio perché il mediatore con la proposta non può travalicare i sopra accennati limiti”, BUCCOLIERI P., *Forma e contenuto dell’accordo raggiunto*, op. cit., pag. 211.

⁸⁴ CAPOZZOLI A. (op. cit., pagg. 82 e ss.) con riferimento alla proposta del mediatore asserisce che “l’ultimo periodo dell’art. 11 del comma 2, intende **tutelare la riservatezza del procedimento** e l’affidamento delle parti alla natura riservata della mediazione, pertanto alcuni organismi potrebbero prevedere che la proposta venga formulata da un mediatore diverso da colui il quale ha seguito la procedura, provvedendovi sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire.

⁸⁵ Al fine di sviluppare la fiducia delle parti nel disvelamento delle informazioni riservate durante la mediazione, nulla esclude che il regolamento dell’organismo possa prevedere che siano due diversi mediatori-persone fisiche a condurre la fase di mediazione facilitativa e a formulare la successiva eventuale proposta, sulla base, naturalmente, delle sole informazioni che le parti abbiano ritenuto di sottoporli. Così AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 263. Infatti l’art. 7, comma secondo, lett. B) D.M. 180/2010 prevede che: “l’organismo può prevedere nel regolamento in caso di formulazione della proposta ai sensi dell’art.11 del Decreto Legislativo, la stessa può provenire da

libera di rifiutarla, ma è indotta a valutare attentamente tale possibilità e a farlo secondo buona fede, se non vuole correre il rischio di subire le conseguenze previste dall'art. 13 del Decreto Legislativo.

A tal fine, il Decreto Legislativo prevede espressamente che il mediatore debba, prima di formulare la proposta, **informare le parti delle conseguenze della mancata accettazione della proposta**⁸⁶.

Regola generale che deve orientare la scelta è certamente la **buona fede** in *executivis*, poiché il mediatore è ausiliario di un organismo nella prestazione di un servizio (di mediazione) su base contrattuale. Quindi, alle regole di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contatto il mediatore, per conto dell'organismo, deve attenersi.

In linea generale, può giudicarsi illegittima la formulazione della proposta, se non richiesto dalle parti stesse di procedervi, quando il mediatore non abbia ancora verificato l'assenza delle condizioni oggettive e/o di dialogo tali da consentire che le parti raggiungano una conciliazione senza una proposta formale da parte del mediatore, proposta suscettibile di spiegare gli effetti di cui all'art. 13 del Decreto Legislativo. Prima di avvisare le parti

un mediatore diverso da quello che ha condotto fino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione.

⁸⁶ La previsione di una proposta così congegnata ha, inoltre, lo scopo di rimarcare la finalità deflattiva della mediazione. Non è, infatti, da escludere che le parti, di fronte a una proposta formalizzata dal mediatore, la accettino nonostante il fallimento del precedente tentativo informale o che, comunque, pur dopo averla rifiutata, si rendano conto della difficoltà di raggiungere i risultati sperati e rinuncino a rivolgersi all'autorità giudiziaria.

delle possibili conseguenze di cui all'art. 13 D.Lgs. e di formulare la proposta, il mediatore deve tentare di condurre la mediazione facilitativa e passare alla fase aggiudicativa solo se, dopo aver indagato le possibilità concrete di prolungare utilmente la prima fase, non abbia a disposizione elementi tali da giustificare tale prolungamento.

§ 1.3 L'accordo parziale. Minuta o puntuazione.

Alcuni autori⁸⁷ affermano che può verificarsi che in mediazione l'accordo di mediazione non venga raggiunto sull'intera materia del contendere, ma che si venga a formare solo su alcuni punti della disputa. Bisogna compiere un distinguo evidenziando l'esistenza di dispute "semplici" (caratterizzate da una sola pretesa) e complesse (caratterizzate da più pretese). Nel caso di dispute "semplici" non si potrebbe parlare di accordo parziale ma di "intese parziali" che non potrebbero essere oggetto di omologazione perché la controversia iniziale non troverebbe soluzione. Ed infatti ai sensi dell'art. 8, co. 3, solo "l'accordo amichevole di definizione della controversia" può essere omologato. Tuttavia le intese parziali potrebbero qualificarsi quale "minuta" o "puntuazione"⁸⁸ nel processo di formazione progressiva di un contratto di transazione.

Nel caso di dispute complesse le parti ben potrebbero trovare una soluzione (omologabile) su una sola questione: in questo caso si potrà parlare di accordo parziale.

§ 2 _ Verbalizzazione della chiusura della mediazione

⁸⁷ BRUNI A., *La mediazione*, op. cit., pagg. 226 e ss..

⁸⁸ RICCIUTO V., *La formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999, pagg. 58 e 71.

La procedura di mediazione si chiude, quando le parti concilino o quando tale eventualità sia da escludersi, perché le parti congiuntamente, il mediatore o una di esse dichiarino che manchino le condizioni per trovare ragionevolmente un accordo⁸⁹. In ogni caso, il termine (così come l'inizio) della procedura di mediazione deve essere formalizzato dal mediatore a presidio di un'esigenza di certezza⁹⁰.

Segue ... Il processo verbale. Il verbale di ... accordo?

Anche sul “verbale” il legislatore sembra utilizzare terminologie diverse⁹¹. L'art. 11, comma 3, D.Lgs. 28/2010 prevede che se è raggiunto un *accordo* amichevole, il mediatore forma *processo verbale* “al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo”. Il comma 4 riferisce che il processo verbale è redatto anche in caso di insuccesso della mediazione⁹². Queste disposizioni del decreto confermano che l'elaborazione del verbale e dell'accordo avvengono a cura di soggetti diversi (il mediatore redige il verbale, gli avvocati delle parti o le parti, l'accordo) e sono contenuti su documenti normalmente differenti⁹³ e, pertanto

⁸⁹Cfr. gli artt. 11 Legge Modello Uncitral e 15 Regolamento Uncitral approvati dall'Assemblea Generale dell'ONU, rispettivamente, nel 2002 e nel 1980.

⁹⁰ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pagg. 285 e ss..

⁹¹ Nell'art. 11 si scrive di (formazione/sottoscrizione del) “processo verbale” in tre occasioni e, solo al comma 4, si menziona due volte il termine “verbale”.

⁹² Il deposito del verbale, positivo o negativo, presso la segreteria dell'organismo è previsto per ragioni di certezza e ha inoltre rilevanza ai fini dell'ulteriore decorrenza del termine di decadenza, ai sensi dell'art. 5, co. 6.

⁹³ *Contra* CAPOZZOLI A., op. cit., pag. 70.

hanno diversa natura⁹⁴.

La **documentazione mediante verbale** riveste importanza fondamentale, in quanto il verbale di accordo costituisce, ai sensi del successivo art. 12, titolo esecutivo, mentre il verbale attestante la mancata conciliazione produce le conseguenze di cui all'art. 13.

Segue ... nozione di "verbale di accordo".

Si è visto che la conciliazione tra le parti è contenuta in quello che il decreto definisce "accordo amichevole" o un "accordo raggiunto a seguito della proposta" (art. 11); lo stesso art. 11 del Decreto citato fa riferimento ad un "**processo verbale**". Il successivo art. 12 stabilisce che "il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo". L'art. 17 invece, in tema di esenzione di imposta di bollo si riferisce al "verbale di accordo".

Apparentemente l'uso delle locuzioni citate nei vari articoli di cui sopra (artt. 11, 12, 17) sembra frutto di un'imprecisione linguistica. Tuttavia, anche alla luce della previsione della sottoscrizione del verbale della procedura da parte del pubblico ufficiale, quando l'accordo abbia per oggetto uno dei contratti o degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., emerge che "accordo amichevole" e "accordo raggiunto a seguito della proposta" uniti al

⁹⁴ TISCINI R., *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del D.lgs. 28/2010: il verbale di accordo tra requisiti formali e pregi e difetti sostanziali*, in www.iudicium.it, 2011, pagg. 3 e ss..

"processo verbale" della mediazione costituiscono il **"verbale d'accordo"**. **Pertanto verbale d'accordo e processo verbale non corrisponderebbero ed, anzi, il primo conterrebbe il secondo**⁹⁵.

Sicché appare evidente che v'è coincidenza sostanziale tra il verbale del procedimento comprensivo dell'allegato **accordo conciliativo ("amichevole" o "per adesione")**, ed il **"verbale d'accordo"**⁹⁶; è altrettanto chiaro come essi possano anche essere "fusi" nello stesso documento, a condizione che presenti tutti gli elementi sostanziali di entrambi⁹⁷.

Ovviamente, invece, qualora l'accordo **non sia raggiunto**, il decreto parla solo di processo verbale deve fare menzione di ciò, ma anche del contenuto dell'eventuale proposta formulata dal mediatore⁹⁸, così come dell'accettazione, del rifiuto o del silenzio delle parti riguardo alla proposta stessa⁹⁹. Infatti, il contenuto del verbale di procedura, sotto questo profilo, costituisce strumento essenziale per la realizzazione delle finalità deflazionistiche del

⁹⁵ CAPOZZOLI A., op. cit., pagg. 69 e 70 distingue l'ipotesi di (processo) verbale cui è allegato l'accordo e l'ipotesi di (processo) verbale che contiene l'accordo. In ogni caso l'autrice concorda sul fatto che oggetto dell'omologazione sia sempre il "verbale di accordo". *Contra* BANDINI A., SOLDATI N. (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2010, pag. 191.

⁹⁶ Sulla natura negoziale del verbale di conciliazione vedasi VIOTTI S., *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, quale misura normativa ed alternativa a valenza strategica, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, Milano, 2010, pagg. 1246 e ss.; CONVERSO A., *La mediazione conciliativa*, in *Rivista del Notariato*, vol. LXV, n. 2, Milano, 2011, pagg. 284 e ss..

⁹⁷ Osservazioni presenti in AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 288; CAPOZZOLI A., op. cit., pag. 70.

⁹⁸ Così l'art. 11, comma 4, Decreto Legislativo 28/2010.

⁹⁹ Arg. ex art. 13, comma 1, Decreto Delegato.

contenzioso giudiziale¹⁰⁰.

Comunque, "il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo" e, quindi, deve provvedervi il mediatore, **che ne ha curato la redazione**. La disciplina legale precisa, infine, che del verbale "è rilasciata copia alle parti che lo richiedono", con ciò escludendosi la possibilità che ne vengano a conoscenza terzi, senza il consenso delle parti¹⁰¹.

Acquisita la coincidenza sostanziale tra "verbale d'accordo" e accordo conciliativo di cui al verbale, il Decreto Legislativo, in conformità alla Legge Delega, assegna a questo **l'efficacia del "titolo esecutivo per l'espropriazione forzata**, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale", quando sia stato **giudizialmente omologato**¹⁰², non, invece, l'idoneità a costituire titolo per la **trascrizione**, posto che, in tale ipotesi, è previsto come necessario l'intervento di un "pubblico ufficiale a ciò autorizzato" (infra § 6).

Il **processo verbale**¹⁰³ deve essere dunque sottoscritto dalle parti

¹⁰⁰ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 286.

¹⁰¹ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 261 e ss..

¹⁰² Oltre il ruolo di facilitatore il mediatore assume il ruolo di "controllore", egli deve, infatti, per primo verificare che il verbale di accordo non sia contrario all'ordine pubblico e a norme imperative, perchè altrimenti non sarebbe omologabile. Così LOMBARDINI I., *Il nuovo assetto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali alla luce del D.lgs. n. 28/2010 (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2010, pag. 1134.

¹⁰³ "Il verbale può dunque, contenere: l'intesa raggiunta; l'eventuale proposta alla quale le parti hanno aderito e le modalità di accettazione; l'attestazione di mancata conciliazione, con l'eventuale indicazione della proposta rifiutata e della parte che non vi ha aderito o l'attestazione del mancato ricevimento della risposta nel termine di sette giorni (che equivale al rifiuto) o l'indicazione della parte che non ha partecipato al procedimento"

e dal mediatore, e se, con l'accordo, le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

§ 3 _ Alcune particolarità dell'accordo, Le *astreintes*¹⁰⁴.

L'accordo amichevole o quello raggiunto a seguito della proposta conciliativa del mediatore **possono prevedere il pagamento di una somma** di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'adempimento degli obblighi ivi previsti. Si tratta di forme di *astreintes* convenzionali che le parti, nella loro autonomia, possono inserire per rendere più efficace l'accordo. In particolare, tale misura sanzionatoria assolve la funzione propria delle *astreintes*.

E' necessario premettere che la sinallagmaticità dell'accordo amichevole¹⁰⁵ dovrebbe consentire alle parti *l'exceptio inadimpleti contractus*. Pertanto ciascun contraente non potrà pretendere l'adempimento delle obbligazioni sorgenti dal contratto, se non avrà, a sua volta, eseguito o si sia dichiarato pronto ad eseguire quelle prestazioni, cui egli si è obbligato, mentre per converso nessuna delle parti può essere costretta ad adempiere le obbligazioni che le incombono se l'altra parte non abbia eseguito o non offra di eseguire le proprie.

La disciplina della clausola penale è invece affidata alla norma generale degli artt. 1382 c.c. e ss., l'applicazione di tali regole

¹⁰⁴ TISCINI R., *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del D.lgs. 28/2010: il verbale di accordo tra requisiti formali e pregi e difetti sostanziali*, in *www.iudicium.it*, 2011, pag. 11 e ss..

¹⁰⁵ La stessa sinallagmaticità che caratterizza la transazione.

all'accordo amichevole non presenta difficoltà: ad esempio è ammesso il cumulo fra l'esecuzione e la penale se questa è stipulata per il semplice ritardo (art. 1383 c.c.)¹⁰⁶. La clausola penale¹⁰⁷, che inerisce necessariamente al sorgere di un'obbligazione, trova in questa il suo presupposto, sicché è evidente che soltanto allorché l'accordo amichevole sia fonte di obbligazioni, potrà configurarsi la possibilità di questa stipulazione accessoria. Ancora, dovrà essere dichiarata nulla d'ufficio la clausola penale d'importo manifestamente eccessivo apposta all'interno di un contratto tra un professionista e un consumatore¹⁰⁸

¹⁰⁶ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 356 e ss..

¹⁰⁷ Sulla clausola penale ricorda la Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, 21 aprile 2010, n. 9504, in Mass. Rep. Lex24, che il principio della riducibilità della penale eccessiva ha carattere generale ed é, pertanto, applicabile a tutti i contratti nei quali sia inserita la clausola penale, in essi compresa la transazione,

¹⁰⁸ Tribunale Torino Civile, maggio 2007, in *Giur. di Merito*, Milano, 2008, 7/8, pag. 1869, annotata da DI PROFIO M.C.

§ 4 _ L'omologazione, condizione di efficacia dell'accordo amichevole?

Il Decreto Legislativo (art. 12) spiega che “Il verbale di accordo (...) è omologato (...)”.

L'omologazione è accordata allorché il presidente del tribunale non accerti che il verbale di accordo "sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative" o viziato da "irregolarità formali"¹⁰⁹. Tutto questo perché l'ordinamento non può ammettere che la mediazione si presti come strumento di violazione di interessi di rilevanza generale.

Nell'ipotesi in cui il «procedimento di mediazione» trovi sbocco in un verbale di accordo, non quale epilogo necessitato di tale procedimento ma bensì quale mera eventualità, rimessa all'iniziativa della parte interessata, per l'ipotesi in cui detto accordo non trovi attuazione in via di adempimento spontaneo da parte del soggetto o dei soggetti obbligati a tenere un determinato «comportamento» in forza dello stesso. La rubrica della norma reca infatti «efficacia esecutiva ed esecuzione», l'omologa è sempre subordinata ad una “istanza di parte” e soprattutto, chiarissima è la norma nell'individuare al secondo comma, quello che è «l'effetto» prodotto dall'omologa, posto che, solo in forza della stessa, il suddetto verbale «costituisce titolo

¹⁰⁹ Ed è il caso di sottolineare che al Presidente del Tribunale è rimessa in particolare, in sede di omologazione, la verifica che i diritti oggetto del verbale di conciliazione abbiano carattere "disponibile". L'accertamento in questione ha particolare rilievo nella materia consumeristica ed in quella patrimoniale familiare.

esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

La previsione in esame si inserisce, dunque, evidentemente in un **contesto di mancata cooperazione del soggetto obbligato**, sub specie di mancato adempimento alla prestazione dovuta con conseguente necessità di ricorrere a forme di attuazione “in via coattiva” (espropriazione forzata o esecuzione in forma specifica, a seconda del possibile oggetto dell'obbligazione), o di rafforzamento delle «garanzie» per la soddisfazione dell'avente diritto sul patrimonio del soggetto obbligato (ipoteca) per l'ipotesi in cui detto inadempimento dovesse divenire attuale.

Pertanto la regolamentazione di cui all'art. 12 (D.Lgs. 28/2010) sembrerebbe non potersi considerare “una formalità del negozio necessaria perché questo espliciti gli **effetti** previsti dalla legge”. Né si potrebbe parlare, con riferimento a tale fattispecie, di “un requisito estrinseco al negozio, in sé perfetto, non connesso con alcuno dei suoi elementi, che concorre a formare una fattispecie complessa costituita dal negozio stesso e da un elemento successivo, che ne condiziona l'efficacia” (*condicio iuris*). Né l'omologazione di cui al citato art. 12 sembra potersi assimilare all'omologazione¹¹⁰ di cui all'art. 1968 c.c.: dove è previsto che la transazione nei giudizi civili di falso, negozio perfetto, espliciti effetti solo all'esito (positivo) di quel controllo¹¹¹

¹¹⁰ Quindi un controllo successivo a cura dell'autorità giudiziaria.

¹¹¹ Si tratta di un provvedimento di volontaria giurisdizione emanato dietro ricorso al tribunale competente, pronunciato in camera di consiglio, in forma di decreto motivato, sentito il pubblico ministero (artt. 1968 c.c., 737 c.p.c.). Con la concessione dell'omologazione, la transazione acquista efficacia; diventa inutile col rifiuto della stessa. Il decreto di concessione o di rifiuto è soggetto a reclamo alla Corte d'Appello nel termine di dieci giorni a pena di decadenza (art. 739

(omologazione)¹¹².

Segue ... Diniego di omologa.

Nulla prevede la normativa in esame, sotto il profilo dei possibili rimedi esperibili, per l'ipotesi in cui il presidente del tribunale rigetti l'istanza di omologa¹¹³. Appaiono applicabili per analogia due norme distinte: l'art. 739 c.p.c., se si considera verbale di conciliazione omologato tramite un decreto emesso all'esito di un procedimento in camera di consiglio (nel qual caso sarebbe possibile proporre reclamo mediante ricorso alla Corte d'Appello; oppure l'art. 825 c.p.c., parificando l'omologazione del verbale stesso *exequatur* del lodo arbitrale¹¹⁴ (proponendo reclamo alla Corte d'Appello entro 30 giorni).

§ 5 _ Natura esecutiva del verbale di conciliazione.

Quanto alla natura di titolo esecutivo che il verbale¹¹⁵ acquista in

c.p.c.). Contro il decreto della Corte d'Appello non è ammesso reclamo. Può avvenire che l'omologazione concessa venga revocata, oppure che venga revocato il decreto di rifiuto. Nel primo caso la transazione torna ad essere inutile, nel secondo acquisterà efficacia definitiva, ma in entrambi i casi la legge fa salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede in forza di convenzioni anteriori alla revoca del rifiuto o della concessione (art. 742 c.p.c.).

¹¹² VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 346 e ss..

¹¹³ In caso di inadempimento ci si domanda se l'altra parte possa solo agire in via esecutiva per ottenere l'adempimento ovvero se sia proponibile l'azione di risoluzione per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. Così afferma BATTAGLIA G., *Commento all'art.12, Dlgs 28/2010*, in CASTAGNOLA A., DELFINI F., op. cit., pag. 199.

¹¹⁴ BATTAGLIA G., *Commento all'art.12, Dlgs 28/2010*, in CASTAGNOLA A., DELFINI F., op. cit., pag. 196.

¹¹⁵ L'efficacia del titolo esecutivo è attribuita propriamente al verbale di conciliazione e non solo all'accordo tra le parti: quindi, come accade in generale per gli altri contratti che hanno una limitata

forza dell'omologazione¹¹⁶, giova evidenziare come costituisce questione rilevante la collocazione dei verbali di conciliazione dotati di efficacia esecutiva in talune delle categorie di cui all'art. 474 c.p.c.. Occorre notare che nel caso di specie il riferimento dell'articolo *all'espropriazione forzata e all'esecuzione specifica* (per consegna o rilascio o per obblighi di fare o di non fare) é indubbio che, stante il tenore della norma, quale che sia la sua classificazione rispetto alla previsione di cui all'art. 474 c.p.c. (autonoma, ove si acceda alla tesi minoritaria che non la ritiene omnicomprensiva, oppure all'interno di una delle tre "categorie" di cui alla stessa, ove si acceda alla tesi prevalente che la ritiene invece tale), ci troviamo comunque di fronte ad un titolo esecutivo idoneo a supportare tanto un processo di espropriazione forzata che di esecuzione specifica

efficacia esecutiva solo se documentati con atto pubblico o con scrittura privata, non è l'accordo in sé ad essere titolo esecutivo, bensì la sua documentazione, ossia il verbale, con l'essenziale firma del mediatore in STIGLIANO D., op. cit., pag. 220; sul punto vedasi anche MAGNO M.L., *Vantaggi e limiti dell'efficacia esecutiva dell'accordo*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, n. 25, 2011, pag. 6.

¹¹⁶ Il problema dell'efficacia esecutiva dell'accordo assume, quindi, rilievo con esclusivo riferimento all'eventualità che una delle parti, benché vincolata dall'accordo all'assolvimento di una specifica prestazione, ometta spontaneamente di adempiere. Ora, se per il titolo giudiziario predisposto dal giudice la soluzione è reperibile all'interno del processo, così non è per il contratto, sintomo della libertà e dell'autonomia delle parti. Quest'ultimo infatti, gode di una limitata efficacia esecutiva conseguibile in presenza di presupposti tassativi: occorre cioè che risulti documentato con atto pubblico o con scrittura privata autenticata. Da qui l'esigenza, avvertita e condivisa dal legislatore, di dover prevedere esplicitamente l'efficacia esecutiva per il verbale d'accordo conciliativo derivante dalla mediazione che, in mancanza, avrebbe dato l'avvio a quel procedimento giudiziario che, proprio nell'ottica deflativa il legislatore voleva evitare. (STIGLIANO D., *Omologazione del verbale di accordo, titolo esecutivo ed esecuzione. Le Astreintes*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENTI A., op. cit., pag. 220);

(per consegna o rilascio o per obblighi di fare o di non fare) ¹¹⁷.

§ 6 _ La trascrizione del verbale di conciliazione

L'art. 11, D.Lgs. 28/2010 prevede la trascrivibilità del verbale di conciliazione nei registri immobiliari nell'ipotesi in cui l'esito della mediazione si risolva in un accordo coincidente con uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c.¹¹⁸.

Non avendo il legislatore stabilito, più genericamente, che il verbale di conciliazione autenticato da un pubblico ufficiale autorizzato è titolo idoneo per la trascrizione ex art. 2657 c.c e neppure riprodotto le previsioni in materia di pubblicità immobiliare dettate per ipotesi analoghe, appare necessario interpretare il rinvio all'art. 2643 c.c. per comprendere se sia da intendere in senso letterale e restrittivo, nel senso che i verbali di conciliazione autenticati suscettibili di trascrizione, sarebbero solo quelli in cui sia contenuto «uno dei contratti» o «uno degli atti» previsti dall'art. 2643 c.c., oppure se sia da riferire a un possibile accordo destinato alla pubblicità immobiliare contenuto nel verbale di conciliazione seppure non letteralmente ricompreso tra quelli elencati dall'art. 2643 c.c.

Per quanto il decreto si riferisca ai soli atti contemplati dall'art. 2643 c.c., è ragionevole ritenere che l'accesso ai registri immobiliari debba ammettersi anche per vicende negoziali scaturenti dalla conciliazione, che siano diverse da quelle ivi

¹¹⁷ DI PIRRO M., *La Nuova Mediazione Civile*, Napoli, 2011, pagg. 89 e ss..

¹¹⁸ Si tratta di un limite all'autosufficienza della mediazione, ma trova giustificazione nella scelta di non conferire al mediatore il ruolo di sostituto di altri pubblici ufficiali, in modo che sia consapevole della sua funzione agevolativa. Così FABIANI M., *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, fasc. 9, pag. 1143.

elencate. Non avendo, infatti, il legislatore posto a carico delle parti alcun limite alla facoltà di conciliare le controversie e in considerazione dell'ampiezza delle materie conciliabili, i litiganti potrebbero accordarsi disponendo di un diritto che ha già costituito oggetto di un negozio trascritto ex art. 2643 c.c. Non può escludersi, quindi, che le parti in lite giungano alla sottoscrizione di verbali di conciliazione contenenti accordi costitutivi, modificativi o estintivi di un diritto che costituisca oggetto di uno dei contratti o degli atti previsti dall'art. 2643 c.c. È da ritenere, quindi, che si possa assegnare al richiamo operato dall'art. 11, D.Lgs. 28/2010 all'art. 2643 c.c., il significato di rinvio all'intero sistema della pubblicità dei registri immobiliari.

Capitolo terzo.

Analogie tra mediazione nelle controversie civili e commerciali e arbitrato, procedimento civile, contratto di mediazione, transazione, negozio di accertamento¹¹⁹.

¹¹⁹ In questa sezione si affronterà un argomento propedeutico alle riflessioni presenti nei prossimi capitoli. Si cercherà di indagare se l'“accordo amichevole”, quale atto conclusivo del procedimento di mediazione abbia caratteri comuni con altri atti, negozi e contratti presenti in norme giuridiche disseminate nell'ordinamento.

Premessa.

Il Decreto Legislativo 28/2010, come visto, risulta avere contenuto essenziale. Il legislatore non si cura di disciplinare il **regime giuridico applicabile all'accordo amichevole** nel momento in cui questo sia effettivamente concluso. In questa sede si tenterà di trovare una soluzione per colmare la lacuna tenendo ben presente le prescrizioni del nostro legislatore. L'art. 12 delle Disp. Prel. c.c. dispone che *“Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe”*. Il procedimento analogico permette all'ordinamento di espandersi ma affinché il ragionamento per analogia sia lecito nel diritto, è necessario che i due casi, quello regolato e quello non regolato abbiano in comune la *ratio legis*¹²⁰.

§ 1_ Mediazione e arbitrato.

Alla luce delle riflessioni precedenti è necessario evidenziare chiaramente che mediazione ed arbitrato hanno caratteri dissimili, se si esclude che il terzo (neutrale) cui si rivolgono le parti non riveste la qualifica di funzionario pubblico bensì di **soggetto privato**. L'arbitrato¹²¹ è, infatti, una procedura regolamentata dalla legge attraverso la quale le parti concordano di sottoporre la loro controversia alla decisione di un terzo privato (singolo o collegio)¹²². Lo schema è quello, più o meno semplificato, della

¹²⁰ Si esprime così l'insigne Prof. BOBBIO N., *Teoria generale del Diritto*, Torino, 1993, pag. 267 e ss. Allo stesso modo GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 48

¹²¹ Per una completa analisi storica dell'arbitrato, della conciliazione e delle giurisdizioni speciali, VACCÀ C., *La giustizia non togata*, Milano, 1998.

¹²² AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 19 e ss,

causa civile statale¹²³. La decisione¹²⁴ è, nella maggior parte dei casi, equiparabile alla sentenza del giudice statale. Anche nel caso dell'arbitrato irrituale si tratta comunque di una decisione, sebbene essa abbia solo efficacia contrattuale. Dalle caratteristiche sopra esposte, dalla disciplina legale dell'arbitrato e dai regolamenti delle istituzioni arbitrali esistenti, si ricava un quadro dell'arbitrato come di una competizione regolamentata tra le parti, dove la negoziazione tra le parti ha uno spazio assai limitato e dove il terzo, dopo aver raccolto le argomentazioni ed i fatti portati dalle parti, fornisce egli stesso, ed è sua responsabilità farlo, la soluzione alla loro controversia. Niente di più diverso¹²⁵ dalla mediazione dove il terzo si limita a stimolare

¹²³ Sul punto, BRAGA U., *Procedure contenziose e non contenziose: giudizio, arbitrato, perizia contrattuale, arbitraggio, mediazione, conciliazione, transazione, etc.*, in *Mediazione e conciliazione delle liti*, a cura di BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENZI A., Forlì, 2011, pagg. 33 e ss..

¹²⁴ Interessa rilevare che, salvo volontà espressa congiuntamente dalle parti, l'arbitro deve motivare la sua decisione secondo diritto ed è sottoposto ai principi stabiliti dal Codice di procedura civile (art. 806 e ss.), soprattutto per quanto concerne l'apprezzamento e l'ammissione delle prove ed il principio di contraddittorio (diritto di difesa e di replica alle argomentazione dell'avversario) La natura giuridica della controversia sottoposta a giudizio arbitrale si deduce con chiarezza dalla previsione dei casi di nullità del lodo (art. 829 del Codice di procedura civile), tra i quali vanno sottolineate, oltre alla violazione del principio del contraddittorio, la mancata osservanza delle forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità quando le parti ne avevano stabilito l'osservanza, la mancata esposizione sommaria dei motivi della decisione, la mancata indicazione dei contenuti della decisione stessa, la mancata osservanza delle regole di diritto. AA. VV., *La mediazione nelle liti*, op. cit., pag. 38.

¹²⁵ La distinzione di cui sopra è estesa dal Libro Verde elaborato dalla Commissione Europea nel 2002 a tutte le tecniche ADR. Secondo il Libro Verde, infatti, i modi alternativi di risoluzione delle controversie designano le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto. I modi alternativi di risoluzione delle controversie sono dal Libro Verde pertanto designati con l'acronimo che si è imposto universalmente nella

in ogni modo la comunicazione tra le parti, offrendo a tal fine gli schemi più vari e più opportuni¹²⁶. La proposta che secondo il Decreto Legislativo 28/2010 in caso di mancato accordo può essere richiesta dalle parti al mediatore o formulata da quest'ultimo non deve essere in alcun caso vista come una decisione/sentenza in quanto non solo non è vincolante, ma non deve neppure avere la struttura di una sentenza.

pratica: "ADR", che sta per Alternative Dispute Resolution.

¹²⁶ Allo stesso modo non è ipotizzabile l'accostamento fra il lodo arbitrale e la transazione. Entrambi questi strumenti, per vero, compongono la lite, ma la loro diversa struttura, la diversa natura del comando, che riproduce sulla stessa scala il divario fra transazione e sentenza del giudice ordinario, dimostrano che il giudice e l'arbitro stanno sullo stesso piano, come terzi estranei agli interessi in conflitto, di cui la loro pronuncia opera la composizione. (Così VALSECCHI E., op. cit., pag. 273).

§ 1.1 _ Mediazione e arbitraggio

Sono molto distanti tra loro anche mediazione e arbitraggio. Secondo l'art. 1349 del Codice Civile le parti di un contratto possono deferire ad un terzo, l'arbitratore, la determinazione di una prestazione prevista dal contratto ma il cui contenuto è stato o viene lasciato aperto. In altre parole le parti delegano un terzo per eliminare un'incompletezza del contratto su un punto specifico (ad esempio il prezzo) sul quale non è stato raggiunto un accordo. Il terzo determina autonomamente tale elemento "con equo apprezzamento" o, se le parti lo richiedono espressamente, seguendo il suo "mero arbitrio"¹²⁷. Si tratta comunque di un **atto di volontà del terzo arbitratore** tant'è vero che può essere impugnato davanti al giudice. Non così la mediazione la quale non prevede alcun atto di determinazione da parte del mediatore, su mandato delle parti, di alcuna delle prestazioni oggetto della controversia.

§ 2 _ Mediazione e processo civile.

Il processo civile è naturalmente disciplinato dal codice di procedura omonimo. Il procedimento può essere schematizzato in tre fasi, introduzione della lite, istruzione e decisione finale: fasi, mezzi di prova, di impugnazione, le parti: tutto è disciplinato dal codice in maniera puntuale¹²⁸.

Al contrario, se si volesse utilizzare il termine

¹²⁷ Vedasi per simili riflessioni BRAGA U., *Procedure contenziose e non*, op. cit., pag. 35 e ss..

¹²⁸ Per una breve introduzione BRAGA U., *Procedure contenziose e non*, op. cit., pag. 31 e ss..

processo/procedura con riferimento alla mediazione, questo dovrebbe perdere qualunque connotazione giuridica¹²⁹. La stessa Relazione ministeriale sull'art. 1 del Decreto Legislativo sottolinea che la definizione di mediazione data: "...prescinde dai mezzi utilizzati per giungere alla composizione, che sono giudicati irrilevanti¹³⁰". Si tratta cioè di strumenti e mezzi che **non sono sottoposti alle norme che disciplinano il processo civile**. Sarebbe un equivoco applicare schemi processualistici¹³¹ ad uno strumento estraneo al processo civile: ogni mossa delle parti e del mediatore all'interno della mediazione deve restare libera¹³², nel rispetto delle prescrizioni di cui al decreto legislativo istitutivo. Ritornando ai rapporti tra mediazione e processo civile, quest'ultimo produce un giudizio che deve essere prevedibile nelle forme come nel contenuto. A tal fine, soggetti ed oggetti sono ben definiti¹³³. Al contrario, la mediazione è un processo circolare di azione/retroazione dove il raggiungimento del giusto equilibrio, il ristabilimento dell'ordine all'interno della relazione/sistema non viene raggiunto attraverso una decisione

¹²⁹ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 22.

¹³⁰ La mediazione è qualificata come attività, lasciando emergere chiaramente la prevalenza degli scopi da raggiungere rispetto all'osservanza di rigide forme processuali. Si potrebbe dire che mentre il processo si celebra il procedimento di mediazione si svolge. (...) GIANNOTTA G., *Principi e natura della procedura conciliativa: rapporti con i sistemi tradizionali di giustizia*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENTI A., op. cit., pag. 43)

¹³¹ Nello stesso senso CAPOZZOLI, A., *Mediazione e conciliazione*, Montecatini Terme, 2011, pag. 12.

¹³² Il mediatore gode di totale libertà nel definire la modalità di svolgimento e il tipo di attività che considera più adeguata al caso di cui si occupa, la scansione degli incontri, il numero degli stessi (...). Il processo non conosce tali libertà: il giudice non può mai incontrare le parti singolarmente poiché è inviolabile il principio processuale del contraddittorio. GIANNOTTA G., *Principi e natura della procedura conciliativa*, op. cit., pag. 43)

¹³³ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 271 e ss..

imposta dall'esterno alle parti ma come il frutto dell'instaurazione di un "circolo virtuoso": qui il prezzo da pagare é l'abbandono della prevedibilità di un risultato atteso: né il mediatore né le parti possono formarsi delle aspettative rigide¹³⁴.

Pertanto, la sentenza è l'affermazione della volontà dello stato, l'accordo amichevole l'affermazione della volontà delle parti. Sono radicalmente diversi il regime di impugnativa della sentenza e quello dell'accordo amichevole di cui si tratterà¹³⁵. Il quadro risultante da tali brevi osservazioni evidenzia per lo più nette differenziazioni¹³⁶ ma vi sono anche punti di contatto.

Un elemento simile sta nel fatto che la sentenza irrevocabile è sempre titolo esecutivo, così come il verbale d'accordo che sia stato omologato¹³⁷.

Questi caratteri comuni, uniti al fatto che l'uno e l'altra hanno

¹³⁴ La mediazione non soggiace al principio processualistico della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.). Nella mediazione le parti possono invece accordarsi esorbitando iniziale della contesa (GIANNOTTA G., *Principi e natura della procedura conciliativa*, op. cit., pag. 45).

¹³⁵ *Infra*, Cap. 6.

¹³⁶ Differenziazioni che, come osserva VALSECCHI E., (op. cit., pagg. 269 e ss.) sono simili a quelle esistenti tra transazione e sentenza. Tanto la sentenza che la transazione pongono fine ad una lite, ma questo risultato generico che ne giustifica l'accostamento trova dei limiti di diversa natura. La pronuncia del magistrato avviene *secundum legem*, si concreta cioè nella composizione giusta della lite, mentre invece le parti prescindono da questo criterio nella transazione, per la quale si pone l'essenziale condizione che la composizione avvenga mediante reciproche concessioni. In altre parole, la transazione **non mira alla ricerca dell'effettiva verità** dei rapporti preesistenti, ma di essi riflette un regolamento soggettivo consensualmente determinato. La sentenza è l'attuazione della volontà della legge, mentre la transazione è una manifestazione dell'autonomia privata. Se poi si osserva che la transazione **assume natura costitutiva, a differenza della sentenza**, il divario fra le due figure tradizionalmente affiancate si approfondisce ancora di più.

¹³⁷ Così, come si è visto, all'art. 12 del Decreto Legislativo 28/2010.

quale risultato generico il “porre fine ad una lite”, di fatto non sono sufficienti per poter sostenere un accostamento tra accordo amichevole e sentenza, il primo avente indiscutibile natura negoziale, la seconda processuale. Pertanto si può sostenere che gli strumenti dettati da norme sostanziali (tra cui anche la transazione) implicano una prima tutela (giuridica) degli interessi, mentre la tutela secondaria (o giurisdizionale) interviene solo in un secondo momento¹³⁸ e nel caso di lesione di diritti soggettivi¹³⁹.

§ 2.2 Mediazione e tentativo di conciliazione

Nulla ha a che vedere la mediazione con il tentativo di conciliazione che ritualmente il giudice o l'arbitro offrono alle parti. Anzitutto, e fondamentalmente, perché il soggetto che assisterebbe in tal caso le parti è lo stesso che, eventualmente fallito il tentativo di conciliazione, si troverebbe poi a decidere della lite. Quest'ultimo, anche se non volesse in buona fede tener conto degli elementi emersi in questo spazio preliminare e informale, il soggetto decisore li avrebbe comunque presenti nel corso del processo e soprattutto al momento di redigere il lodo o la sentenza. Per questa eccellente ragione le parti ed i loro avvocati solitamente non forniscono, qualora il tentativo venga

¹³⁸ Sulla subordinazione dei regolamenti “processuali” ai regolamenti “sostanziali”, la Corte di Cassazione (Sezione 3 Civile, 8 settembre 2008, n. 22650) afferma che “nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in cui l'opposto eccepisca l'improcedibilità dell'opposizione per essersi l'opponente costituito oltre il termine di dieci giorni dalla notificazione dell'atto di citazione, l'intervenuta transazione definitiva di ogni questione - sostanziale e processuale - controversa tra le parti rende ultronea l'invocata pronuncia di improcedibilità, dovendo dichiararsi cessata la materia del contendere”. Come si può notare l'accordo negoziale quindi rende del tutto vana qualsiasi disquisizione in ambito processuale.

¹³⁹ Similmente MANDRIOLI C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, e.m., Torino, 2000, pag. 13.

effettivamente esperito, altri elementi o proposte diverse da quelle che già erano intenzionati a manifestare nel corso del processo. E' opposto lo scopo della mediazione: **far emergere elementi**, fatti, circostanze in grado di aprire alle parti nuove prospettive di accordo. L'atto conclusivo della procedura (lodo, sentenza da un lato, accordo dall'altro hanno natura diversa **(processuale i primi, negoziale i secondi)**).

Se per conciliazione si intende l'attività che il giudice esercita in virtù di particolari sue funzioni, che rientrano nell'ambito della giurisdizione volontaria, si chiarisce che essa costituisce uno **strumento processuale** volto a raggiungere il risultato della composizione della lite.

Il risultato si consegue è sempre uguale, un'autocomposizione della lite che non può essere se non un **negozio giuridico**¹⁴⁰.

3_ Contratto di mediazione¹⁴¹ e procedimento di mediazione.

Nella mediazione l'intervento del terzo-mediatore non compone alcuna lite, ma mette in relazione le parti per la conclusione di un affare (art. 1754 c.c.). Ciò non esclude, peraltro, che la mediazione del terzo **possa giovare anche alla conclusione** di un contratto di transazione, e in questo schema potrebbero inquadarsi proprio le forme di **conciliazione extragiudiziaria**.

¹⁴⁰ Così Corte di Cassazione, 20 dicembre 2005, n. 28141, in *I Contratti*, Torino, 2006, 8/9, pag. 795: "un contratto di transazione resta ad ogni effetto negozio stipulato ai sensi dell'art. 1965 c.c. ancorché contenuto in una conciliazione giudiziale. Ne consegue l'applicazione delle regole sulla rappresentanza sostanziale, non processuale, con la conseguente inefficacia del contratto stipulato dal rappresentante dopo la morte del rappresentato, evento che costituisce causa di estinzione della procura".

¹⁴¹ Sul contratto di mediazione in generale: ZACCARIA A., *La mediazione*, Padova, 1992; TROISI B., *La mediazione*, Milano, 1995. GAZZONI F., op. cit., pag. 1161.

Questo, naturalmente, sul piano teorico. Sul piano applicativo, oltre alla necessità di riscontrare volta per volta la sussistenza di un rapporto di mediazione in senso tecnico, andrebbe tenuto presente che alcune forme di conciliazione extragiudiziaria ricevono una **disciplina ad hoc**, poiché l'ordinamento ha ritenuto di regolamentare proprio l'intervento del terzo nella attività conciliativa. Ciò comporta l'inapplicabilità alla conciliazione delle norme sulla mediazione. Allo stesso modo, se un qualunque soggetto privato funge da mediatore per la composizione di una lite mediante transazione, ciò corrisponderà, dal punto di vista fenomenologico, al concetto di conciliazione, e in particolare di conciliazione extragiudiziaria, senza però che da tale corrispondenza derivi alcun seguito applicativo, poiché opereranno soltanto le norme sulla mediazione e sulla transazione¹⁴².

Il riscontro giuridico di ciò va dalle embrionali esigenze di imparzialità fino alla disciplina della mediazione (vedi l'art. 1759 c.c. e anche la stessa definizione di mediazione contenuta nell'art. 1754 c.c.) all'assoluta garanzia di imparzialità della giurisdizione statale. Di tale assoluta garanzia partecipa, come si vedrà, anche la conciliazione giudiziaria, in quanto amministrata dal giudice ordinario.

Proprio l'imparzialità del terzo è la principale fra le garanzie di giustizia della conciliazione giudiziaria che si impongono con

¹⁴² Già all'indomani della riforma osservavano SCIANCALEPORE G. e PACILEO P., *La mediazione e la conciliazione: profili generali*, in *Mediazione e Conciliazione, profili teorico-pratici*, a cura di SCIANCALEPORE G. e SICA S., Torino, 2010, pag. 10, che nel caso in cui il mediatore abbia redatto il verbale di conciliazione e nessuna delle parti richieda l'omologazione, l'accordo raggiunto è comunque **vincolante** tra le medesime, con **valore contrattuale**, ai sensi dell'art. 1372, comma 1, c.c..

modalità cogenti (ovviamente più intense e diverse da quelle, pur presenti nell'ordinamento, che assistono la «imparzialità» del mediatore o del terzo conciliatore stragiudiziale). Si tratta di una garanzia formale di giustizia, accanto alla quale si collocano le garanzie sostanziali, quali il rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume, valevoli, attraverso le regole sulla validità dei contratti, anche per la attività di mediazione. Ulteriore elemento caratteristico della conciliazione consiste nella circostanza che la soluzione della controversia non discende, almeno formalmente, da un'attività di giudizio effettuata da un terzo. Ciò è vero, però, se si ha riguardo, per così dire, al contenuto di merito di quel risultato e fatti salvi, per certi tipi di conciliazione, eventuali limiti esterni normativamente stabiliti.

Gli elementi comuni che si rinvergono tra contratto di mediazione e conciliazione stanno proprio nel fatto che sia il terzo mediatore o conciliatore (entrambi tenuti ad una condotta neutrale e imparziale) non subiscono gli effetti dell'eventuale contratto tra le parti, entra in rapporto (relazione) con le parti, elemento che ha giustificato e giustifica l'esistenza di una teoria non contrattualistica della mediazione¹⁴³.

¹⁴³ Che ovviamente vede nella mediazione un atto giuridico in senso stretto (il “mettere in relazione”).

§ 4 _ Mediazione nelle controversie e transazione. Caratteri comuni.

Ai sensi dell'art. 1965 c.c. la transazione «è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono¹⁴⁴⁻¹⁴⁵ fine ad una *lite* incominciata o prevengono una *lite che può sorgere* tra loro». La formula contrattuale, in virtù della definizione codicistica ed in relazione alla finalità in essa espressamente evidenziata, si colloca a pieno titolo nel novero delle modalità *non contenziose* di definizione conciliativa di una lite insorta o insorgenda tra le parti¹⁴⁶. Gli elementi essenziali della fattispecie contrattuale della transazione risultano racchiusi nella stessa definizione dettata dalla norma. È necessaria una **lite** tra le parti, attualizzata con l'esternazione della contrapposizione di posizioni giuridiche, ovvero futura, in quanto non ancora formalizzata, ma prevedibile sulla base di un conflitto potenziale. Ad una sommaria analisi “accordo conciliativo” e transazione avrebbero quindi in comune i presupposti simili (lite e controversia, su cui *infra* Cap. 4 § 1) e funzione paragonabile (definizione della

¹⁴⁴ Vedasi Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, 28 aprile 2011, n. 9455: “l'accettazione stragiudiziale di una transazione può essere manifestata anche dalla parte che non ha sottoscritto il contratto ma occorre che il consenso risulti da circostanze precise, concordanti ed obiettivamente concludenti”.

¹⁴⁵ Corte di Cassazione, Sezione 2 Civile, Sentenza del 3 gennaio 2011, n. 72: “nei contratti come la transazione, per i quali la forma scritta è richiesta soltanto “*ad probationem*”, poiché la legge non prescrive la contestuale sottoscrizione delle parti contraenti, l'eventuale mancanza di sottoscrizione di una di esse può essere sostituita dall'inequivocabile manifestazione della volontà di avvalersi del negozio documentato nella scrittura incompleta, in particolare mediante la produzione della stessa in giudizio o l'intervenuta accettazione della medesima fatta allo scopo di avvalersi dei suoi effetti negoziali”.

¹⁴⁶ Così BRAGA U., *Procedure contenziose e non*, op. cit., pagg. 40 e ss..

lite/controversia).

§ 4.1 _ Segue ... obiezioni preliminari.

Invero per alcuni autori le differenze tra transazione e mediazione/conciliazione sono molto significative¹⁴⁷. Anzitutto la mediazione/conciliazione **prescinderebbe quasi totalmente** dagli argomenti giuridici (sia processuali che di merito), pur esaminandoli e prendendoli in considerazione. In secondo luogo prevedrebbe il coinvolgimento diretto e primario delle parti e affronterebbe in modo molto ampio i fatti e le circostanze del loro rapporto fornendo alle parti stesse elementi di conoscenza e di valutazione rimossi o non percepiti. Infine la presenza del terzo facilitatore (il mediatore) e la garanzia di confidenzialità permetterebbero una **maggior apertura personale** e dunque una più concreta possibilità di soluzione della controversia "prima" che questa diventi lite in tribunale e quindi irrigidisca le parti (e i loro avvocati).

L'esame dei summenzionati elementi riduce la differenziazione tra le fattispecie. Di fatto si è visto che la possibilità di omologa giudiziale successiva implica certamente un'analisi a carico del mediatore circa l'oggetto della mediazione da un punto di vista squisitamente giuridico. L'art. 2 del Decreto Legislativo 28/2010 fa evidente riferimento ai "diritti disponibili", quindi, a parere di chi scrive, pare ovvio che a monte del procedimento di mediazione debba esservi una concreta disamina sui diritti oggetti del contendere, un'analisi che non può essere (anche) giuridica. In secondo luogo l'accordo amichevole (come la transazione) non

¹⁴⁷ AA. VV., *La mediazione nelle liti*, op. cit., pag. 21.

deve essere motivato¹⁴⁸. Non devono quindi essere esplicitate le ragioni logico e/o giuridiche o di equità poste alla base degli atti transattivi o conciliativi. Questo aspetto scava un solco insormontabile tra accordo amichevole e transazione, da un lato, e sentenza giudiziale e lodo dall'altro.

Inoltre, come nel procedimento di mediazione, anche nella transazione sono le parti a condurre le attività di ricerca di una soluzione e ad essere “protagoniste” delle trattative che portano alla conclusione del negozio.

Quanto alla presenza di un terzo “facilitatore”, ebbene, questa può certamente aiutare le parti a “mettersi in gioco” a rendere noto qualche elemento che nel corso di un trattativa transattiva non avrebbero esplicitato. Ma non è assolutamente detto (specie nel caso di assistenza delle parti a cura di avvocati in sede di mediazione) che le parti davanti ad un facilitatore siano sempre propense a “venirsi incontro” o ad “ammettere circostanze scomode” alla controparte¹⁴⁹. Queste osservazioni generali tra mediazione e transazione ci suggeriscono la possibilità di un parallelo tra le due fattispecie.

§ 4.2 Segue... Caratteri comuni tra procedura di mediazione e transazione.

¹⁴⁸ L'assenza di una motivazione è collegata strettamente all'assenza di un accertamento delle pretese delle parti in sede di procedura conciliativa.

¹⁴⁹ E quand'anche ciò avvenisse, l'obbligo di riservatezza in capo al conciliatore professionista comporta la non utilizzabilità senza consenso delle dichiarazioni ed informazioni svelate nel *caucus* (colloquio privato tra singole parti e conciliatore).

A) “La conciliazione o definizione di una *controversia* civile e commerciale”. Un parallelo tra “controversia” (art. 2 D. Lgs. 28/2010) e “lite” (art. 1965 c.c.).

Il Decreto Legislativo 28/2010 all’art. 2, co. 1 e all’art. 8, co. 3 fa riferimento al termine “controversia”¹⁵⁰. La relazione illustrativa al D. Lgs. 28/2010 definisce la controversia la “crisi di cooperazione tra soggetti privati”¹⁵¹. E’ forte il riferimento a nozioni sociologiche. Ma non solo. In diritto la controversia è il contrasto di opinioni attinente a regole di condotta con riferimento ad un diritto soggettivo o ad un interesse legittimo. Il presupposto di ogni controversia è comunque il conflitto, inteso come una dinamica del processo di relazione tra due o più soggetti, caratterizzato dalla perdita di capacità comunicativa tra le parti¹⁵².

¹⁵⁰ L’Art. 2, comma 1, del Decreto Legislativo 28/2010 recita: “Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale (...)”. L’art. 8, comma 3: “Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia”.

¹⁵¹ BRUNI A., *La mediazione*, op. cit., pagg. 292 e ss., afferma che l’elemento che caratterizza il nuovo istituto è la finalità di assistenza delle parti nella ricerca di una soluzione alla controversia (giuridica) che non abbia carattere e natura giudiziale.

¹⁵² MENICHINO C., *Commento all’art. 1 D.Lgs. 28/2010*, in CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pag. 11.

Il conflitto di interessi ha comunque diverse tipologie¹⁵³. In questa sede rileva il c.d. **conflitto di interessi qualificato, detto anche lite**¹⁵⁴. Si definisce lite¹⁵⁵ o **controversia giuridica** quel conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di una parte, contrastata dall'altra, alla **tutela giuridica** del proprio interesse, col sacrificio dell'altrui. Sebbene la composizione delle controversie giuridiche¹⁵⁶, sia attribuita tipicamente agli organi giurisdizionali, titolari del potere di stabilire quale fra gli interessi in contrasto debba avere la prevalenza, anche il diritto sostanziale prevede istituti in grado di porre fine ad una lite. Parallelamente alla pronuncia del magistrato, strumento di eterocomposizione della lite¹⁵⁷, ritroviamo l'art. 1965 c.c., la transazione meccanismo negoziale¹⁵⁸ di autocomposizione della

¹⁵³ Dall'altra parte vi sarebbe la controversia "economica", ovvero quel "conflitto" intersoggettivo di interessi caratterizzato dall'azione di un soggetto rivolta alla realizzazione di un interesse, mediante il sacrificio di un interesse diverso (VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 174).

¹⁵⁴ D'ONOFRIO P., *Della transazione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A., BRANCA G., Bologna, 1959, pag. 190, sostiene la distinzione tra lite e controversia giuridica, intendendo per lite la controversia giuridica che è approdata davanti ad un giudice.

¹⁵⁵ Il GAZZONI F. (*Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, pag. 1241) riferisce che "si ha lite in presenza di un conflitto o di un contrasto di interessi in ordine alla medesima situazione giuridica. La pretesa di un soggetto a cui l'altro resiste si sostanzia nell'affermata titolarità di una situazione giuridica soggettiva. La lite può essere giudiziale o stragiudiziale. L'art. 1965 c.c. facendo riferimento alla lite che può sorgere allude non già ad una lite non ancora esistente sotto il profilo della *res litigiosa* ma, appunto, ad una lite stragiudiziale che può sfociare in una lite giudiziale cioè in un processo. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, pag. 1242.

¹⁵⁶ Anche D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 191 e ss., distingue la c.d. controversia giuridica da quella prettamente economica.

¹⁵⁷ Così VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 174.

¹⁵⁸ "E, contestualmente, mediante la rinuncia a tutelare le proprie ragioni con la forza" (PERLINGIERI P., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000 pag. 570).

controversia giuridica¹⁵⁹. Controversia e lite pertanto sono quindi il presupposto comune della transazione e dell'accordo amichevole¹⁶⁰.

B) _ La disponibilità del diritto¹⁶¹.

Si è visto che la **formazione dell'accordo** di cui al Decreto Legislativo 28/2010 è lasciata alla *libera* autonomia negoziale delle parti¹⁶² e incontra due soli limiti, che devono essere conseguentemente estesi alla proposta. Il primo limite deriva dalla **indisponibilità** del diritto controverso. Pertanto attraverso la nuova intesa le parti potranno regolare non solo i rapporti giuridico patrimoniali oggetto della controversia, ma anche quelli estranei alla lite, purché si verta sempre di diritti nella

¹⁵⁹ Sulla transazione stragiudiziale di una *controversia*, vedasi, Corte di Cassazione, 4 dicembre 2009, n. 25675, *Mass. Rep. Lex24*: “in tema di esercizio della professione forense, è da considerare prestazione giudiziale, ai fini della liquidazione delle competenze in base alla legge professionale 13 giugno 1942, n. 794 e della relativa tariffa in materia giudiziale, anche l'assistenza e l'attività svolta dal difensore, stragiudizialmente, per transigere una controversia, trattandosi di attività complementare e dipendente da quella per cui gli è stato conferito il mandato”.

¹⁶⁰ Come si approfondirà *infra* capitolo 4, § 1)

¹⁶¹ Sulla definizione della disponibilità dei diritti, Corte d'Appello di Milano, 13 settembre 2002, in *Dir. Industriale*, 2003, pag. 346, dove si legge che “la disponibilità dei diritti è esclusa solo per quei diritti di regola, ma non sempre, personali o personalissimi, che sono irrinunciabili, intrasmissibili e imprescrittibili e dei quali pertanto non si può disporre”, mentre “non tutte le norme imperative o di ordine pubblico hanno ad oggetto diritti indisponibili, potendo esse agire con comandi o divieti, pur sempre perentori, ma nel territorio dei diritti disponibili, che restano tali anche quando il loro esercizio sia conformato da una disciplina inderogabile che preveda, ad esempio, specifiche sanzioni di nullità o fatti illeciti”.

¹⁶² Osserva CAPOZZOLI A., (*Mediazione e conciliazione*, op. cit., pag. 69) che poiché l'accordo è un atto delle parti, con cui le parti dispongono dei propri diritti ed obblighi, la redazione materiale dell'accordo dovrebbe essere effettuata dalle parti stesse, o dai propri consulenti.

disponibilità delle parti. Il secondo limite è quello della **non contrarietà all'ordine pubblico e alle norme imperative**; tali aspetti assumono rilevanza anche ai fini dell'efficacia esecutiva dell'accordo¹⁶³. Anche in questo caso si intravede un'ulteriore elemento comune sia all'accordo amichevole che al contratto di transazione¹⁶⁴.

C)_ La composizione e la prevenzione della lite. L'argomento delle reciproche concessioni¹⁶⁵. Il concetto di esito win/win¹⁶⁶.

Lite e reciproche concessioni sono dunque elementi intrecciati¹⁶⁷ e così strettamente collegati che un'analisi separata, non è

¹⁶³ Sul punto BUCCOLIERI P., *Forma e contenuto dell'accordo raggiunto*, op. cit., pagg. 209 e ss.; LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, pag. 1213; CUOMO ULLOA F., *La conciliazione, Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, pag. 10.

¹⁶⁴ Per una disamina dei diritti disponibili, infra cap. 4, § 4.

¹⁶⁵ E' dubbiosa sul pedissequo accostamento tra reciproche concessioni e approccio *win/win* FODDAI M. A. (a cura di, *La scelta della mediazione*, Milano, 2009, pag. XI); l'autrice asserisce che "non si tratta soltanto di fare reciproche concessioni per raggiungere un accordo che eviti la lite, ma di prospettare possibilità e inventare alternative per una *vittoria comune*. Chi scrive osserva che accostare le reciproche concessioni (oggettivamente accertabili) al concetto di vittoria comune (soggettivamente rilevabile) è impossibile.

¹⁶⁶ Nel mondo anglosassone l'esito attraverso il quale entrambe le parti escono dalla mediazione soddisfatte è definito "*WIN/WIN*"; così CAPOZZOLI, A., *Mediazione e conciliazione*, Montecatini Terme, 2011, pag. 13.

¹⁶⁷ Così Corte di Cassazione, 27 novembre 2006, n. 25132: "il contenuto proprio della transazione è caratterizzato dalla reciprocità delle concessioni. Ne deriva, pertanto, che qualora la concedente abbia chiesto la restituzione del capannone oggetto del *leasing* alla curatela del fallimento dell'utilizzatore e il giudice delegato abbia accolto la richiesta, fissando l'equo compenso ai sensi dell'articolo 1526 del c.c., correttamente il **giudice del merito esclude che tra le parti sia intervenuta una transazione**, senza che rilevi - in senso contrario - che negli scritti difensivi della concedente risulti che con la curatela un accordo che ha comportato la restituzione del capannone, stante l'inefficacia probatoria di tali scritti".

possibile senza commettere un errore di logica giuridica. Di reciproche concessioni non si può parlare se non in presenza della lite il cui substrato di diritti incerti di quelle costituisce il contenuto sostanziale.

Si è visto sopra che le **reciproche concessioni** consistono nel vicendevole sacrificio delle rispettive pretese delle parti, il consenso delle quali, fra gli estremi opposti della pretesa e della contestazione, si incontra su una linea mediana. Il consenso il più delle volte **non rispecchierà la verità** del rapporto secondo giustizia, ma nell'intenzione della legge, dovrà assumere il valore e la forza di verità¹⁶⁸. Ed effettivamente sembrerebbe esserci un'identità funzionale fra giudicato¹⁶⁹ e transazione¹⁷⁰, come precedentemente ricordato.

¹⁶⁸ Cfr. GITTI G., *La transazione*, in *I contratti di Composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI E. e LUISO P., in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO P. e GABRIELLI E., op. cit., pagg. 72 e ss..

¹⁶⁹ Osserva GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 203 e ss., che al di fuori dei casi di impugnazione da cui può derivare lo scioglimento del contratto, rimane preclusa la possibilità, al contraente che ne abbia previamente disposto, di riproporre la propria pretesa, o contestazione, in titolarità di un diritto di uguale contenuto o, comunque, di contenuto incompatibile rispetto a quello oggetto di transazione (c.d. effetto preclusivo della transazione).

¹⁷⁰ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 224 e ss..

Dalla situazione che costituisce il presupposto della transazione discende l'impossibilità di individuare e di valutare la modificazione operata dal contratto rispetto alla situazione preesistente. Se ne intende agevolmente la ragione: la litigiosità e la incertezza del rapporto oggetto della transazione, **impediscono di conoscere la misura della modificazione determinata dal contratto**. Se è così, soltanto il giudice potrebbe dire se la situazione uscita dalla transazione sia corrispondente o meno alla situazione preesistente; e allora solo nel caso patologico di una successiva impugnazione nel negozio potrebbe accertarsi se una modificazione vi sia stata e di quale entità; **ma negli altri casi, la situazione preesistente¹⁷¹ resta avvolta da un velo impenetrabile**, per l'incertezza e la litigiosità che la travagliano e perché le parti si precludono la possibilità dell'accertamento giudiziale. Che la transazione talora innovi non vi è dubbio, ma la legge, ripetiamo, trascura questa eventualità; per essa, ai fini della configurazione del negozio, rileva soltanto che è stata composta una lite con reciproco sacrificio delle pretese, e **la nuova situazione¹⁷²**, qualunque sia, modificatrice o non, avuto

¹⁷¹ I seguenti ragionamenti saranno ripresi in punto ai rapporti tra rescissione per lesione e transazione.

¹⁷² Corte di Cassazione Sezione 1 Civile, 23 dicembre 2010, n. 26046: la clausola compromissoria, apposta ad un contratto di affitto d'azienda, è inidonea ad attribuire agli arbitri la cognizione sulle obbligazioni originate dal contratto di transazione, con il quale il primo sia stato consensualmente risolto e siano stati diversamente regolati i rapporti fra le parti senza richiamare il contratto di affitto, in quanto il principio dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al negozio in cui è stata inserita ne comporta l'estensione alle sole cause di invalidità di questo, purché ad esso non esterne, mentre **ne esclude l'ultrattività in ordine ai rapporti derivanti da contratti successivi**, neppure indirettamente menzionati nella clausola stessa e di cui il precedente negozio costituisca ormai soltanto un mero antecedente storico.

riguardo alla sua funzione, sta, **come la sentenza del giudice, in luogo della verità** (*pro veritate habetur*).

Il quesito da porsi in tal caso è se l'accordo amichevole possa prevedere obbligazioni per una sola parte ovvero un negozio unilaterale. Il legislatore all'art. 8, comma 3 e 11, commi 1 e 3, fa precedere alla locuzione "accordo amichevole" la forma verbale "raggiungere" (è scritto "*le parti raggiungano*", se è *raggiunto*"). Il codice civile all'art. 1326 c.c.¹⁷³ parla più asetticamente di accordo tra due o più parti, senza fare riferimento al "percorso", il verbo "raggiungere" infatti richiama l'idea di un percorso, un percorso effettivamente più tortuoso di quello necessario per concludere un contratto in quanto le parti non devono vincere la normale diffidenza ad obbligarsi l'un l'altra, ma devono soprattutto superare i dissapori o le resistenze che le hanno portate davanti al mediatore. Se è possibile ipotizzare che al termine del percorso descritto vi possano essere "reciproche concessioni", non è da escludere, come si vedrà, la possibilità che ciò non accada. Ciò non toglie che la caratteristica principale del procedimento di mediazione è proprio quella di trovare soddisfazione per entrambe le parti. Soddisfazione che potrebbe non avere quella natura patrimoniale che è insita nel concetto di reciproche concessioni.

¹⁷³ RIZZIOLI C., *La conclusione del contratto*, in *L'accordo contrattuale*, a cura di CAMILLETTI F., Roma, 2006, pag. 15.

D) _ Segue ... Caratteri Comuni. Beni e diritti estranei alla lite e all'incertezza nel meccanismo delle reciproche concessioni. Transazione Mista. Allargamento della torta¹⁷⁴.

Nelle trattative transattive il rapporto controverso non sempre esaurisce il contenuto delle reciproche concessioni, che possono estendersi anche oltre i suoi limiti, investendo beni e diritti estranei alla lite e all'incertezza. L'art. 1965 c.c., secondo comma afferma: «*Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti **diversi** da quello che ha formare oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*».

Poiché nella pratica questo negozio si presenta di ricorso oltremodo frequente, è opportuno richiamare su di esso l'attenzione e porne in risalto la caratteristica differenziale. L'elemento distintivo fra la transazione semplice e transazione complessa¹⁷⁵ consiste nella diversa estensione delle reciproche concessioni, che nel primo caso si esauriscono nell'ambito del rapporto litigioso o incerto, nel secondo invece ne trascendono la sfera. La transazione rispetto ai rapporti controversi costituisce una **fonte negoziale successiva**, rispetto ai beni e diritti estranei alla contesa deve considerarsi **fonte originaria**.

Ciò non manca di avere conseguenze importanti, scaturenti dal

¹⁷⁴ Sul punto, BRUNI A., *La mediazione*, op. cit., pagg. 225 e ss., afferma che un modo con cui si potrebbe concludere una mediazione è quello della c.d. transazione mista, previsto nel comma 2 dell'art., 1965 c.c., per cui le parti, per mezzo di concessioni reciproche, possono creare, modificare o estinguere rapporti differenti da quelli oggetto di contestazione.

¹⁷⁵ La definizione è di VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 220 e ss..

fatto che questo particolare contenuto è costituito da beni e diritti la cui consistenza e titolarità è tra le parti certa e incontestata, pertanto la transazione rispetto ad essi assume **efficacia traslativa**. Con conseguente applicabilità a questi beni e diritti non controversi di regimi differenti (ad es. in tema di garanzia per evizione, rescissione per lesione, ecc.) da quelli previsti per la transazione.

I rapporti giuridici nuovi, aventi per oggetto beni e diritti estranei alla lite e all'incertezza entrano nello schema della transazione con una funzione meramente sussidiaria: quella cioè di integrare il corrispettivo di concessioni operate nell'ambito del rapporto controverso. Le ipotesi più frequenti son quelle di abbandono totale della pretesa e della contestazione: è chiaro che se questo sacrificio unilaterale restasse senza corrispettivo si uscirebbe dall'ambito della transazione; donde la necessità di una controprestazione estranea alla materia controversa, la quale funge da compenso o da conguaglio nel caso in cui l'abbandono della pretesa o della contestazione sia totale¹⁷⁶.

¹⁷⁶ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 220 e ss..

Questa notevole capacità di estensione delle reciproche concessioni fa sì che la transazione assuma una elasticità che le consente di raggiungere oltre agli effetti propri della sua natura anche quelli di altri schemi contrattuali di natura diversa e multiforme. La stessa capacità di estensione che (sebbene non esplicitamente prevista dal Decreto Legislativo) possiamo ricollegare al c.d. “*allargamento della torta negoziale*”¹⁷⁷, una delle tecniche di negoziazione più diffuse nei sistemi A.D.R. ed una delle soluzioni al c.d. “*dilemma del negoziatore*”¹⁷⁸. In mediazione è possibile anzi auspicabile “*creare valore*”, ovvero cercare opzioni che aumentino il valore totale di un accordo. In altre parole in mediazione è spesso utile se non necessario andare oltre le pretese iniziali del conflitto (torta iniziale) per permettere alla trattativa di andare a buon fine. Questo in perfetto accordo con quanto previsto dal comma 2 dell’art. 1965 c.c.

Concludendo, la presenza delle reciproche concessioni¹⁷⁹ e la essenzialità¹⁸⁰ di questo requisito conferiscono alla transazione la

¹⁷⁷ Così BRUNI A., *La mediazione*, op. cit., pagg. 226 e ss..

¹⁷⁸ DE PALO G., D’URSO L., GOLANN D., *Manuale del conciliatore professionista*, op. cit., pagg.213 e 217, gli autori citano in tema di accrescimento del valore della disputa J. FREUND, *The neutral negotiator: why and how mediation can work to resolve dollar disputes*, 1994 (nota 16, pag. 213) e LAX D. A, SEBENIUS J.K., *The manager as negotiator*, New York, 1986.

¹⁷⁹ Posta una determinata situazione giuridica uno dei titolari di essa può affacciare nei riguardi dell’altro una pretesa. Se l’altro adotta il comportamento richiestogli si ha adempimento. Se resiste o il pretendente rinuncia alla sua pretesa o insiste. In questo caso o si dà luogo ad un processo o si addivene ad un regolamento. Così D’ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 192 e ss..

¹⁸⁰ Da ultimo, Corte di Cassazione Sezione Lavoro Civile, 4 ottobre 2007, n. 20781, in *Guida al Lavoro*, 2007, 50, pag. 29: “*affinché un atto possa qualificarsi "atto di transazione" è necessario lo scambio di reciproche concessioni con la controparte, sicché ove manchi l'elemento dell'aliquid datum aliquid retentum, essenziale ad integrare lo schema della transazione, questa non è configurabile*”.

natura di contratto a prestazioni corrispettive¹⁸¹ ed oneroso¹⁸². L'onerosità andrebbe valutata non già alla stregua dell'effettiva situazione preesistente bensì in prospettiva e, cioè, con riferimento alla composizione della lite¹⁸³. Se si guarda all'elemento causale¹⁸⁴, la **lite e le reciproche concessioni** che abbiamo considerate come elementi del contratto, dal punto di vista funzionale costituiscono gli elementi della causa¹⁸⁵ che, di fatto, consisterebbe nella composizione della lite attuale o nella prevenzione della lite futura¹⁸⁶ (similmente alla causa dell'accordo amichevole) mediante reciproche concessioni¹⁸⁷. Sicché nella transazione la lite o l'eventualità della lite¹⁸⁸ si presenterebbero come uno stato patologico dei rapporti delle

¹⁸¹ GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*, op. cit., pagg. 1241 e ss..

¹⁸² SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1975, pagg. 204 e ss..

¹⁸³ DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2011, pag. 61, dove l'autrice tratta di negozi onerosi, gratuiti, incolori o neutri, intendendo per incolori quelle figure contrattuali che possono avere causa gratuita od onerosa, per neutri i negozi né onerosi né gratuiti.

¹⁸⁴ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 228 e ss., dove l'autore ricorda la configurazione della causa quale funzione economico-sociale del tipo di negozio considerato nella sintesi dei suoi elementi essenziali. Rammenta inoltre che essa si concreta nell'interesse al mutamento dello stato di fatto che le parti intendono perseguire e che il diritto tutela.

¹⁸⁵ SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del Contratto*, diretto da ROPPO V., vol. II, *Regolamento*, a cura di VETTORI G., Milano, 2006, pagg. 83, 143 e ss., 165 e ss..

¹⁸⁶ Grazie all'eliminazione dell'incertezza.

¹⁸⁷ L'ipotesi di transazione quale negozio relativamente astratto, ovvero negozio dove la causa è accantonata così che la sua eventuale mancanza o i suoi difetti non tolgono validità ed efficacia al negozio, ma esplicano un'azione ritardata destinata a bilanciare gli effetti che il negozio abbia prodotto grazie alla sua astrattezza, è esclusa da DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2011, pag. 363.

¹⁸⁸ Con riferimento alla lite instaurata o instauranda, sul piano formale si suole distinguere in dottrina fra transazione giudiziale e stragiudiziale. Giova subito chiarire che, essendo la distinzione fondata esclusivamente sul fatto della conclusione del negozio in sede processuale o meno, immutate sono le caratteristiche strutturali e funzionali nell'uno e nell'altro caso.

parti, al quale sarebbe collegato il rischio di ricorso all'autorità giudiziaria. L'eliminazione di questo rischio, unitamente al sacrificio delle parti, sarebbe il concreto risultato sia della transazione che della conciliazione.

La comunanza dei presupposti e di **funzione**, lite e la sua composizione, che trova riscontro nel parallelismo degli strumenti posti a tutela dell'effetto sostanziale, la **preclusione** di riprodurre la primitiva pretesa, convince che i due istituti sotto il profilo funzionale sono posti dalla legge sopra lo stesso piano, in quanto tese alla **composizione mediante reciproche concessioni**, la cancellazione di una lite mediante l'accordo delle parti¹⁸⁹.

Orbene, questo breve *excursus* sui caratteri comuni a transazione e mediazione evidenzia la stretta analogia che vi è tra il c.d. "accordo amichevole" scaturente dalla procedura di mediazione e il negozio transattivo. Analogia che di fatto implica l'inserimento dell'accordo amichevole nella categoria dei contratti di risoluzione delle liti.

§ 5_ L'assenza di reciproche concessioni.

Certamente potrebbe ipotizzarsi un accordo conciliativo scevro di "reciproche concessioni", ad esempio una rinuncia o una *datio in solutum* o un negozio di accertamento.

¹⁸⁹ Sulla scorta di cognizioni provenienti dalla procedura penale è inutile sottolineare che anche in sede civile è possibile che la verità processuale non corrisponda alla verità sostanziale. Ovvero, l'attività giurisdizionale ha lo scopo di avvicinarsi alla realtà ma se spesso arriva a sfiorarla, in altri casi rimane molto più lontana.

§ 5.1 _ La rinuncia¹⁹⁰ e il riconoscimento della pretesa. Nel contratto di transazione tanto l'incertezza che la lite sono autonomi requisiti di esistenza e la buona fede requisito di validità¹⁹¹, il meccanismo di composizione della lite (o di prevenzione della lite per mezzo dell'eliminazione dell'incertezza), le reciproche concessioni, poggiano su una parziale rinuncia alla pretesa¹⁹² accompagnata da una parziale rinuncia alla contestazione¹⁹³, quali particolari manifestazioni di volontà. Per inciso, la rinuncia e il riconoscimento hanno ad oggetto diritti sui quali non si compierà un obiettivo accertamento e quindi rimarranno “*sfumati*”, sullo sfondo del negozio. Come la pretesa e la contestazione sono gli atteggiamenti contrastanti che originano la lite, così l'abbandono di quegli atteggiamenti ne determina il superamento. Ma la contemporanea composizione del conflitto di interessi può trovare luogo mediante una coordinazione di volontà, un incontro di consensi, un sacrificio bilaterale¹⁹⁴ di diritti vantati dalle parti,

¹⁹⁰ Come la transazione può essere strumentale alla conciliazione, così la rinuncia si presenta funzionale alla transazione, nel momento in cui le parti, per procedere a reciproche concessioni, abbandonano qualche loro pretesa. Così DE PAOLO G., D'URSO L., GOLLAN D., *Manuale del conciliatore professionista*, op. cit., pag. 39.

¹⁹¹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 216 e ss..

¹⁹² Per rinuncia alla pretesa deve intendersi una manifestazione complessa di volontà, riflesso della complessità di quel conflitto di interessi che è la lite: essa consiste nell'abbandono della esigenza di subordinazione dell'altrui al proprio interesse, e insieme, nella rinuncia al diritto incerto oggetto della pretesa.

¹⁹³ Per converso nel riconoscimento della pretesa (*id est* rinuncia alla contestazione) si ha da vedere non solo l'abbandono della esigenza della libertà dal proprio obbligo, ma anche il riconoscimento del diritto oggetto della pretesa altrui.

¹⁹⁴ Sottolinea la necessità di bilateralità e contemporaneità del sacrificio la Corte di Cassazione, 14 febbraio 2008, n. 3753, in *Guida al Diritto*, 2008, 17, pag. 59: “Ai fini dell'esistenza della transazione non è necessario che, nell'atto che la consacra, le parti enuncino le

così può definirsi a seguito della rinuncia *unilaterale* di **un diritto**¹⁹⁵ o della rinuncia di una **pretesa**. Quanto alla prima, è un atto **unilaterale** e non un contratto; ha per oggetto un **diritto certo, non contestato**, che dal titolare viene rinunciato¹⁹⁶.

Più affini, sotto il profilo funzionale, alla transazione e all'accordo amichevole, potrebbero apparire la rinuncia (e il riconoscimento) della **pretesa**, strumenti di autocomposizione unilaterale della lite. Per rilevarne le divergenze strutturali basta osservare che tanto l'una che l'altro non possono ricondursi alla sfera degli atti dispositivi, di natura negoziale, consistendo in **dichiarazioni di scienza**, aventi per oggetto circostanze rilevanti sul piano probatorio che solo indirettamente si riflettono sul

rispettive tesi contrapposte, né che delle reciproche concessioni sia fatta una precisa e dettagliata indicazione, essendo invece sufficiente che il complesso delle pretese totalmente o parzialmente rinunciate dall'uno o dall'altro contraente possa desumersi sinteticamente, sebbene con certezza e per via logica di consequenzialità, del nuovo regolamento degli interessi; la prova scritta è richiesta dalla legge *ad probationem*, onde non osta alla qualificabilità di un contratto come transazione il fatto che le reciproche concessioni tra le parti non siano specificamente indicate nel documento ma possano emergere dal complesso dell'atto nonché da elementi eventualmente esterni a esso. Così anche Corte di Cassazione, 8 giugno 2007, n. 13389, in *Mass. Rep. Lex24*: “poiché nel contratto di transazione la prova scritta è richiesta dalla legge soltanto “*ad probationem*”, non osta alla qualificabilità di un contratto come transazione, ai sensi dell'art. 1975 c.c., il fatto che le reciproche concessioni tra le parti intese a far cessare la situazione di dubbio in atto (che caratterizzano il contratto di transazione) non siano specificamente indicate nel documento ma possano emergere dal **complesso dell'atto** nonché da elementi eventualmente esterni ad esso.

¹⁹⁵ C.d. “rinuncia abdicativa”, negozio unilaterale dalla quale bisognerebbe tenere distinta la “rinuncia c.d. traslativa”, che ha natura contrattuale consistendo in un'attribuzione. (GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 841).

¹⁹⁶ Tali rilievi sono sufficienti a spiegare la concordia con la quale si è sempre negata l'analogia fra diritti irrinunciabili e non suscettibili di transazione. (Valsecchi E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 273).

diritto sottostante¹⁹⁷.

Detto ciò, appare evidente che l'accordo amichevole possa verte su una rinuncia o su un riconoscimento del diritto¹⁹⁸, altrimenti il legislatore avrebbe dovuto escludere dall'ambito della mediazione le controversie relative al risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli o natanti, da responsabilità medica oppure da diffamazione con il mezzo della stampa ecc., dove, ragionevolmente, si dovrà discutere della quantificazione di un equo e *congruo*¹⁹⁹ ristoro per la parte danneggiata, ristoro che potrebbe ipotizzarsi anche *identico*²⁰⁰ alla pretesa avanzata dallo stesso danneggiato.

§ 5.2 _ *Datio in solutum*.

Non è possibile parlare di lite, incertezza e reciproche concessioni nella *datio in solutum*²⁰¹. Con questa il creditore **non riceve meno di quanto pretende**, non subisce cioè alcun sacrificio rispetto a ciò che gli spetta, ma consente al debitore di liberarsi dal suo obbligo eseguendo una **prestazione diversa** (ed a volte maggiore) da quella pattuita. D'altro lato, mentre l'effetto tipico della *datio in solutum* consiste nell'essere un contratto di

¹⁹⁷ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 272 e ss..

¹⁹⁸ Infatti al termine della procedura di mediazione non è escluso che una delle parti possa convincersi a “promettere un pagamento” o “a riconoscere un debito” ex art. 1988 c.c.

¹⁹⁹ Congruità peraltro difficile da stabilire in sede di mediazione proprio a causa dell'impossibilità di compiere puntuali “accertamenti sulle pretese”.

²⁰⁰ Nel qual caso sarebbero difficilmente rappresentabili le reciproche concessioni di cui all'art. 1965 c.c.

²⁰¹ Art. 1197 c.c. (Prestazione in luogo dell'adempimento): “Il debitore può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta anche se di valore uguale o maggiore (...).”

carattere solutorio (con causa solvendi²⁰²) con efficacia estintiva dell'obbligazione (all'esecuzione), nulla di ciò si rinviene nella transazione, il cui scopo della prevenzione e composizione della lite è del tutto estraneo alla dazione in pagamento. La *datio in solutum* è considerata un contratto consensuale ad effetti reali e proprio l'esclusione degli effetti obbligatori la distingue dal contratto novativo dove l'estinzione dell'obbligazione²⁰³ consegue all'assunzione di una nuova obbligazione. A parere di chi scrive la *datio in solutum* potrebbe essere astrattamente ipotizzata in conclusione di un procedimento di mediazione, tuttavia poiché la sostituzione consensuale della prestazione dovrebbe avvenire in sede d'adempimento²⁰⁴ la fattispecie non sarà di frequente realizzazione²⁰⁵ e, nel caso di effetti reali, comunque regolata ai sensi del secondo comma dell'art. 1197 c.c.

§ 5.3 _ L'accertamento negoziale²⁰⁶.

Come è noto il contratto di accertamento²⁰⁷ non è previsto nel nostro codice. E' definibile come "manifestazione di volontà con

²⁰² Così GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 568.

²⁰³ Come nella transazione novativa. Così VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 276 e ss..

²⁰⁴ Da tempo questo dato non è discusso sia in dottrina che in giurisprudenza, cfr. Cass. Civ. 9 maggio 1958, n. 1524.

²⁰⁵ Quanto detto varrebbe anche nel caso della cessione di credito in luogo dell'adempimento con funzione solutoria e non di garanzia (art. 1198 c.c.), istituto con caratteristiche estremamente simili a quelle descritte con riferimento alla *datio in solutum*.

²⁰⁶ Sulla possibilità per le parti di concludere un atto che abbia natura di negozio di accertamento ad effetti meramente dichiarativi cfr. BRUNI A., *La mediazione*, op. cit., pagg. 226 e ss..

²⁰⁷ La linea distintiva tra transazione e negozio di accertamento starebbe nell'esistenza o meno delle reciproche concessioni. Non vi è transazione ma semplice accertamento quando le parti si limitano ad adattare alla situazione di fatto le norme già stabilite (es. riduzione del prezzo), così D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 193 e ss..

la quale le parti intendono fissare con efficacia vincolante, una situazione giuridica antecedente, determinando l'esistenza o meno, il contenuto ed i limiti di un determinato rapporto giuridico²⁰⁸. Se alla transazione si attribuisce la funzione di **porre** la lite (e, secondo quanto in precedenza assunto, di **prevenire** la lite rimuovendo l'incertezza), si dovrebbe coerentemente escludere l'ammissibilità di una figura autonoma di negozio di accertamento che si affianchi, o, secondo altri, si contrapponga alla transazione²⁰⁹. Vi è comunque una teoria che assegnando ai due negozi funzione diversa, sostiene l'autonomia dell'accertamento negoziale. Secondo tali speculazioni il contratto di accertamento si distinguerebbe dalla transazione, perché esso, non presupporrebbe necessariamente che le parti lo stipulino per porre fine a una lite²¹⁰. Ed anche in tal caso comunque, essi non coinciderebbero affatto in quanto si avrebbe quindi contratto di accertamento quando una delle parti **accedesse in toto** alla pretesa dell'altra, mediante un riconoscimento, e si avrebbe invece transazione quando le parti si accordassero su una linea distante sia dall'una che dall'altra delle pretese in contrasto: in sostanza il contratto di accertamento consisterebbe in una transazione con prestazioni a carico di una sola parte. Tali contratti sarebbero comunque **accomunati** dall'effetto giuridico (preclusivo)²¹¹. Un'impostazione suggestiva tesa a colmare una lacuna dell'ordinamento, ovvero l'impossibilità, appunto, di

²⁰⁸ Così DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2011, pagg. 106 e ss..

²⁰⁹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 233 e ss..

²¹⁰ L'affermazione è di COSTANZA M.(a cura di), *Effetti (del contratto)*, in *Trattato del Contratto*, diretto da ROPPO V., III, Milano, 2006, pagg. 75 e ss..

²¹¹ C.d. intangibilità dell'accordo stipulato.

qualificare come transazione un negozio non caratterizzato dalle “reciproche concessioni”. Tuttavia una dottrina diametralmente opposta²¹² (avversata dalla giurisprudenza²¹³) sostiene che le “reciproche concessioni” tra le parti del contratto di transazione non richiedano affatto, contrariamente al comune intendimento, che ciascuna di esse **abbandoni la propria posizione** nella lite, ma semplicemente che **abbandoni la lite** (effettiva o potenziale): la reciprocità consisterebbe allora proprio nella comune volontà delle parti contraenti di porre fine alla lite o di prevenirla (laddove il contratto non potrebbe qualificarsi come transazione, ai sensi dell'art. 1965, c. 1, qualora tale volontà fosse manifestata da una sola delle parti). Secondo tale teoria non vi sarebbe dunque nessuna difficoltà ad ammettere che la transazione si possa concludere con la dismissione pura e semplice della pretesa di una sola delle parti in lite ovvero con l'accettazione della stessa pretesa, o il riconoscimento della sua fondatezza, da parte dell'altra e questa osservazione non permetterebbe di ipotizzare un negozio di accertamento con prestazioni per una sola parte.

Un'ulteriore speculazione più condivisibile postula che la transazione si distinguerebbe dal contratto di accertamento per la diversità dell'effetto giuridico prodotto (rispettivamente, l'uno di *preclusione* e l'altro di *accertamento*).

L'accertamento libererebbe il titolare di una situazione giuridica oggettiva dall'onere di dare la prova dei suoi fatti costitutivi, rafforzando così la sua posizione: secondo la regola generale

²¹² La tesi è di COSTANZA M.(a cura di), *Effetti*, op. cit., pag. 76. Se sembra forzata la creazione del negozio di accertamento, sembra ugualmente andare oltre la lettera della legge la tesi dell'autrice che ridimensiona la consistenza delle reciproche concessioni

²¹³ Vedasi nota 196.

dell'art. 2697, c. 2, spetterebbe infatti all'autore dell'accertamento²¹⁴ di dare eventualmente la prova che la situazione giuridica considerata non esiste ovvero si è modificata o estinta. In altri termini, l'esistenza della situazione giuridica accertata sarebbe presunta fino a prova contraria: una semplice inversione dell'onere probatorio (arg. art. 1988 c.c.).

Con la transazione (o l'accordo amichevole), invece, **non si otterrebbe l'accertamento** di un rapporto giuridico (potenzialmente) controverso, **ma lo si eviterebbe**: essa produrrebbe, appunto, un effetto preclusivo, perché impedisce alle parti di mettere in contestazione la situazione giuridica che hanno convenuto, e perciò di provare che è identica ovvero diversa da quella anteriore. Chi scrive aggiunge che tale impostazione non ravvisa che nella transazione non vi è un effetto preclusivo alternativo all'accertamento, bensì un effetto preclusivo *accompagnato* da un effetto accertativo.

Segue ... Il negozio di accertamento. Caratteristiche. Effetti giuridici²¹⁵.

Il contratto di accertamento da ultimo descritto, caratterizzato dall'effetto accertativo, per sua natura (art. 1321 c.c.), ha ad oggetto **esclusivamente diritti patrimoniali e disponibili**.

Il contratto di accertamento dell'esistenza o del contenuto di una

²¹⁴ Certamente uno degli ostacoli pratici alla diffusione del contratto di accertamento consisterebbe nella sua intrascrivibilità ai fini della sua opponibilità ai terzi ai sensi dell'art. 2644 c.c.

²¹⁵ COSTANZA M. (a cura di), *Effetti (del contratto)*, in *Trattato del Contratto*, diretto da ROPPO V., III, Milano, 2006, pagg. 77 e ss..

situazione giuridica soggettiva **non la costituisce né la modifica, ma la rafforza**, perché, come si è già accennato, **libera il suo titolare dall'onere di dare la prova**²¹⁶ dei suoi fatti costitutivi, in deroga all'art. 2697, c. 1, c.c..

Ciò assume particolare importanza quando la situazione giuridica accertata sia assoluta (e segnatamente un diritto reale). Senza dover provare i fatti costitutivi di tale situazione, il titolare potrà allora esercitare nei confronti dell'autore del riconoscimento tutte le azioni che la tutelano; qualora eserciti tali azioni nei confronti di un soggetto **diverso dall'autore dell'accertamento**, invece, non potrà generalmente invocare quest'ultimo e avrà pertanto l'onere di provare, secondo la regola generale, i suddetti fatti costitutivi.

In realtà il legislatore nel momento in cui ha deciso di disciplinare il contratto principe delle liti, la transazione, l'ha pensato bilaterale, a prestazioni corrispettive, frutto di un accordo tra due parti aventi entrambe la volontà di porre fine a una lite instaurata o instauranda. Avrebbe disciplinato all'art. 1965 c.c. lasciando volontariamente non regolamentata l'ipotesi di "concessioni unilaterali"? Oppure avrebbe tralasciato di disciplinare un atto unilaterale transattivo perché già presente nell'ordinamento? Chi scrive aderisce all'ultima ipotesi. Infatti il riconoscimento di debito e la rinuncia sono le tessere mancanti che la dottrina ha cercato nel negozio di accertamento.

Va da se che un negozio di accertamento come sopra descritto,

²¹⁶ Tali effetti giuridici non si realizzano dunque mediante la costituzione (e il successivo adempimento) di un'obbligazione, bensì immediatamente: si tratta dunque di un contratto a effetti reali.

ovvero avente l'effetto di invertire l'onere della prova, di non essere intrascrivibile, ecc., quasi mai potrà essere l'atto conclusivo di un procedimento di mediazione, sede privilegiata per la composizione delle controversie e non per il compimento di accertamenti. Di recente, ad esempio, un Giudice di merito²¹⁷ ha escluso che una parte in transazione possa riconoscere "l'avvenuta usucapione" in capo all'altra.

§ 6 _ **Divisione**²¹⁸.

E' necessario infine indagare i rapporti tra transazione e divisione. Infatti se il Decreto Legislativo 28/2010 fa espresso riferimento (art. 5) a una "controversia in materia di (...) divisione"²¹⁹, si dovrebbe in primo luogo cercare di capire se la "divisione" ottenuta in sede di conciliazione debba essere considerata una divisione ai sensi dell'art. 713 c.c. o comunque

²¹⁷ Tribunale Roma Sezione 5 Civile, Decreto del 22 luglio 2011, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*: "Con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al Dlgs. 28/2010, non è titolo idoneo alla trascrizione il verbale di conciliazione avente ad oggetto l'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento per intervenuta usucapione".

²¹⁸ Corte di Cassazione, 18 settembre 2009, n. 20256, in *Famiglia, persone e successioni*, Torino, 2010, 8-9, pag. 604: "il "discrimen" tra divisione transattiva, rescindibile (art. 764, primo comma, c.c.), e transazione divisoria, non rescindibile (art. 764, secondo comma, c.c.), né annullabile per errore (art. 1969 c.c.), è costituito non dalla natura transattiva di una controversia divisionale, ricorrente in entrambi i negozi, bensì dall'esistenza (nella prima) o meno (nella seconda) di proporzionalità tra le attribuzioni patrimoniali e le quote.

²¹⁹ La locuzione "Divisione" di cui all'articolo 5 di fatto oltre a rappresentare "materia di controversia" rimanda anche la "possibile soluzione" della controversia, appunto, la *divisione* che le parti non sono riuscite a siglare. Il questo casi quindi, come si suole dire, "il problema sarebbe anche la soluzione".

una transazione (art. 1965 c.c.).

Le differenze di disciplina sono notevoli. Sia in ordine all'applicabilità dell'azione di rescissione per lesione. Sia perché la transazione è annullabile per errore, l'azione d'annullamento per questo vizio è negata nella divisione (arg. *ex art.* 761 c.c.).

Fatta questa precisazione, le divergenze fra i due contratti si colgono agevolmente: nettamente distinti per la loro funzione, sono retti da principi e da **norme diverse**.

Ebbene, il criterio sicuro per risolvere il problema della transazione concomitante non può risultare che dall'indagine **se esisteva o meno contestazione sulla determinazione delle quote astratte, cioè sulla qualità di dividente o sulla misura del diritto a questo spettante**. In caso affermativo, si sarà di fronte a un negozio complesso, con contestuale assegnazione dei beni, il quale presenta uno spiccato **carattere transattivo**, che prevarrà nell'intera convenzione, pur se questa realizza anche il risultato di un negozio di natura divisoria. Con questo fenomeno di assorbimento del negozio transattivo, si spiega la ragione della sua **irrescindibilità**. Se all'opposto, nell'ipotesi della concomitanza dei negozi, non si controverte sulla qualità o sulla misura del diritto del dividente, ma la **transazione mira soltanto allo scopo di rimuovere le difficoltà relative alla determinazione delle quote concrete** (modo di dividere i beni, suscettibilità di un fondo di comoda divisione, determinazione di conguagli ecc.) il negozio assumerà un prevalente **carattere divisorio** e come tale potrà impugnarsi per lesione. Ciò detto in sede di mediazione ben si potrà addivenire ad una divisione che avrà una disciplina nettamente diversa secondo quanto riportato

supra.

§ 7 _ Conclusioni. Analogie.

L'accordo (amichevole)²²⁰, è un vero e proprio atto di autonomia negoziale e come tale, ai sensi dell'art 1372 c.c., ha forza di legge tra le parti e produce l'effetto di costituire, modificare o estinguere il rapporto controverso. Il raggiungimento (eventuale) **dell'accordo conciliativo** chiude la mediazione con la conciliazione e può essere frutto della formulazione delle parti (l'"accordo amichevole") o dell'adesione di queste alla proposta formulata dal mediatore (l'"accordo raggiunto a seguito della proposta"). Qualunque siano le modalità, esso costituisce **nuova regolamentazione dei diritti** e dei doveri delle parti, che, a seconda dei contenuti²²¹, potrà costituire²²² negozio di accertamento (peraltro raramente), riconoscimento di debito,

²²⁰ Sulla natura negoziale dell'accordo di conciliazione vedasi DI ROCCO M., SANTI A., *La conciliazione, Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003, pagg. 96 e ss.; BUCCOLIERI P., *Forma e contenuto dell'accordo raggiunto* op. cit., pagg. 209 e ss.; ANDREONI M.M., ROMANO S., *Commento all'art. 11, D. Lgs. 28/2010*, in CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pagg. 181 e ss.; DELL'ARTE S., *La conciliazione contrattuale*, in *Contratti, Mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 5, 2011, pagg. 528 e ss..

²²¹ E della forma. Infatti per inciso, detto *accordo*, quale ne sia la modalità di conclusione ("amichevole" o "per adesione"), dovrebbe rivestire forma scritta salvo essere considerato "irregolare" ai sensi del Decreto Legislativo 28/2011 o "nullo" se per il contenuto della disposizione previsto dall'accordo conciliativo è necessaria una forma particolare per esempio ai sensi del 1350 c.c..

²²² Come notano correttamente ANDREONI M.M., ROMANO S., (op. cit., pagg. 183 e ss.) la natura (negoziale) dell'accordo è confermata dal comma 3 dell'art. 11 che prevede che le parti possono concludere uno dei contratti o compiere *uno* degli atti previsti dall'art. 2643 c.c. relativi ai beni immobili ("uno" ma non "tutti" gli atti indicati).

rinuncia, o, più spesso, transazione²²³ o transazione novativa²²⁴.

Ci occuperemo nel capitolo successivo degli effetti di quanto asserito.

²²³Sostiene BRUNI A., (*La mediazione*, op. cit., pagg. 225 e ss.) che non è sempre detto che l'accordo conclusivo abbia natura di transazione (anche se le motivazioni non sembrano sufficienti). Così anche ANDREONI M.M., ROMANO S., *Commento all'art. 11 del D.Lgs. 28/2010*, in op. cit., pag. 183.

²²⁴ Da ciò si desumerebbe la natura esclusivamente negoziale dell'accordo amichevole.

CAPITOLO 4

L'attività di mediazione. Problemi interpretativi, possibili soluzioni.

Nei capitoli precedenti si è scritto di ciò che il D.Lgs. 28/2010 disciplina e di alcuni dubbi interpretativi risolvibili generalmente senza far ricorso al procedimento analogico. Si è visto anche che l'accordo amichevole ha natura negoziale e che può avere forti **affinità** con il contratto di transazione. Nei successivi capitoli si analizzerà il tipo di regime applicabile all'accordo amichevole quale risultato del procedimento di mediazione e il tipo di attività che dovrà compiere il mediatore relativamente a problematiche su cui il decreto nulla specifica.

**Presupposti e contenuto dell'accordo amichevole.
Controversia, soggetti, diritti disponibili, oggetto dell'accordo
amichevole.**

§ 1_ L'art. 2 D.Lgs. 28/2010. La "controversia"²²⁵.

Nel precedente capitolo si è fatto riferimento al fatto che transazione e conciliazione hanno una radice comune data dal contrasto tra le parti. Fermo restando che nell'ipotesi di cui all'art. 5, comma 2, (invito del giudice a procedere alla mediazione) qualsiasi accertamento sull'esistenza di un contrasto tra le parti è superfluo in quanto ipotizzabile "*in re ipsa*", in questa sede si cercherà di capire se nell'ipotesi di mediazione non obbligatoria sia onere del mediatore accertare che (almeno) nel momento iniziale del procedimento di mediazione sia presente una (reale) differenziazione di posizioni tra le parti. In altre parole si indagherà se la "controversia" di cui all'art. 2, D.Lgs. 28/2010 è un elemento essenziale dell'accordo amichevole e questo accertamento non può che prendere le mosse da una riflessione sui concetti di incertezza e lite analizzati dalla dottrina con riferimento alla transazione. L'analisi del contrasto, del dissenso fra le parti di fatto è inoltre fondamentale per comprendere il concetto (opposto) di "definizione della controversia".

²²⁵ La controversia può definirsi il contrasto tra due parti su di una situazione giuridica fra di loro esistente. La controversia può sorgere: A) perché una delle parti afferma sussistere una determinata situazione di cui l'altra nega *in toto* l'esistenza, B) perché le parti pur essendo d'accordo sull'esistenza di una situazione fra di loro, discordano su una o più modalità di essa. (...) L'affermata giuridicità della pretesa determina la possibilità di trasformare la controversia in lite, cioè di provocare l'intervento del Giudice. Così riassume D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 190 e ss..

§ 1.1 Lo stretto rapporto tra incertezza²²⁶ e “lite che può sorgere”. L'art. 1965 c.c.²²⁷.

Invero, uno degli aspetti più oscuri della dogmatica della transazione consiste nella precisazione del concetto di “lite che può sorgere”.

Incertezza e lite sono tradizionalmente considerate requisiti essenziali della transazione. Come è stato osservato²²⁸, non di rado i due concetti sono stati confusi tra loro, a volte distinti, a volte l'uno richiesto come attribuito dell'altro, a volte esclusi a turno dal novero dei requisiti essenziali, a volte esclusi entrambi, dalla sfera della transazione.

Alla base dell'incertezza (**res dubia**) c'è un'affermazione di divergenti opinioni, un divario di tesi. Di fronte all'incertezza, la volizione negoziale non si concreta nella rimozione di essa in sé e per sé, ma di essa quale **possibile** causa della lite, la cui eliminazione è un interesse giuridicamente rilevante. Non c'è bisogno di altre parole per giustificare la conclusione che **la causa del negozio**, l'eliminazione dell'incertezza, **non si**

²²⁶ Se l'incertezza astrattamente considerata è concetto giuridicamente inconsistente, è del pari inconsistente l'interesse perseguito dalle parti col tentativo di rimuoverla. Al contrario, *l'attività negoziale* delle parti tesa a rimuovere l'incertezza è giuridicamente apprezzabile. Pertanto l'autonomia del concetto d'incertezza non può dirsi assoluta, ma si può affermare soltanto in **funzione della sua capacità di generare la lite**.

²²⁷ L'art. 1965 c.c.: “La transazione è 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 di loro”.

²²⁸ Le affermazioni sono di VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 183 e ss..

esaurisce nell'accertamento puro e semplice²²⁹, ma quale strumento di prevenzione della lite²³⁰.

D'altro canto è stata affermata la tesi che l'incertezza e la *lite che può sorgere* non sarebbero concetti logicamente coincidenti²³¹. È stato osservato che **l'incertezza sarebbe la principale fonte della lite, ma non la sola**; è stato quindi postulato che se l'incertezza genera sempre la possibilità della lite, non si può affermare la possibilità che la lite sia generata sempre ed unicamente dall'incertezza. Ora, occorre notare, per chi scrive, che per riuscire a spiegare il concetto di lite bisognerebbe abbandonare un concetto di incertezza (o di certezza) squisitamente soggettivo. In altre parole la certezza o l'incertezza soggettiva andrebbero definite con riferimento alle convinzioni più o meno marcate che un determinato soggetto svilupperebbe a livello meramente interiore e che avrebbero ad oggetto l'esistenza o meno di un diritto. La convinzione (interiore) della titolarità di un diritto non ha alcuna rilevanza giuridica. Per fare un esempio, si consideri Tizio, avente a livello interiore la certezza (soggettiva) di essere il titolare di un fondo corneliano. Si consideri che Caio per dieci anni ha coltivato quel fondo corneliano di cui Tizio non si è curato. Nel momento in cui Tizio decidesse di arare quel terreno dopo dieci anni di noncuranza, Caio scoprirebbe che Tizio avanza delle pretese su quel fondo. Solo a quel punto contesterebbe a Tizio che sarebbe intervenuta l'usucapione abbreviata e che, quindi, sarebbe solo lui (Caio) il titolare esclusivo del fondo. Ebbene, sulla scorta dell'esempio, si

²²⁹ In questa osservazione risiede la giustificazione della distanza netta tra transazione e negozio di accertamento.

²³⁰ Similmente VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 186.

²³¹ Ancora VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 186.

può notare che solo l'incertezza *oggettiva* può essere posta a fondamento di una lite presente o futura. E l'incertezza oggettiva può avere luogo solo nel caso in cui *entrambe le parti* manifestino l'una la pretesa, l'altra, successivamente, la contestazione. Solo in tal caso l'incertezza/certezza soggettiva²³² relativa ad un diritto si trasformerebbe in incertezza (oggettiva) sul diritto controverso. Pertanto per chi scrive sia nel caso di *lite* che di *lite che può sorgere* vi è incertezza oggettiva, ovvero c'è stata una manifestazione (*discovery*) delle proprie convinzioni da parte di entrambe le parti contendenti. In assenza di *discovery* vi è solo un'incertezza/certezza soggettiva (magari unilaterale, comunque non esplicitata) che non può dare luogo a contestazione. La contestazione di una pretesa infatti può avvenire solo nel caso in cui la pretesa dell'altra parte sia resa nota, sia appunto "svelata" o "scoperta". Ovviamente è a livello probatorio che si coglie la differenziazione: l'incertezza o la certezza soggettiva sono difficilmente apprezzabili. Al contrario l'incertezza oggettiva sarebbe ipotizzabile in tutti i casi in cui due parti sostenessero la titolarità di una situazione giuridica soggettiva.

§ 1.2 _ Il concetto di lite. Gli elementi costitutivi della lite.

Sulla base di queste riflessioni²³³, si può giungere a interpretare le formule

²³² E' assolutamente privo di rilevanza accertare se una parte sia più o meno convinta di quello che afferma. Ragionare in termini di certezza o incertezza soggettiva significherebbe dover compiere analisi che oltre che inutili sarebbero impossibili.

²³³ Dunque, abbandonata l'idea in ordine all'incertezza quale insicurezza (soggettiva) circa l'esistenza del diritto vantato, abbandonata ogni indagine soggettiva che si ritiene difficile ed influente per il fatto che non escluda l'ipotesi che "**si possa litigare nell'assoluta certezza** del proprio diritto" (Così VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 202).

“lite” e “**lite che può sorgere**”²³⁴. La lite²³⁵ (*res litigiosa*), costituisce il momento dinamico del conflitto di interessi: mentre nel rapporto giuridico il conflitto viene osservato dal punto di vista della **coordinazione** della volontà, nella lite invece viene in considerazione il profilo del **contrasto** di volontà, gli elementi costitutivi del quale sono la **pretesa** e la **contestazione**²³⁶, la prima intesa come esigenza della subordinazione dell’interesse altrui al proprio interesse, la seconda come rifiuto di questa subordinazione.

Il contenuto della **pretesa** quale atteggiamento della volontà va ricercato nell’esigenza della subordinazione dell’interesse altrui al proprio²³⁷. Sottostante ad essa naturalmente vi è un diritto, nel senso che **con la pretesa si afferma l’esistenza e la titolarità di un diritto**, le quali per essere soltanto affermate da una parte e negate dall’altra rivestono un carattere di incertezza (oggettiva). Va da sé che la pretesa non presuppone il diritto: ben può esser proposta da chi ha, ma anche da chi non ha alcun diritto: è quindi pretesa tanto la pretesa fondata, quanto la pretesa infondata. Si tratta quindi di una **manifestazione di volontà** così come lo è la contestazione; funzionalmente la contestazione è logicamente inseparabile dalla pretesa, non tanto nel senso che debba esistere

²³⁴ Così D’ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 192 e ss..

²³⁵ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 209. In questa sede l’autore ammette la difficoltà nell’intendere se in diritto romano il termine *lis* avesse assunto un sicuro significato tecnico concludendo che l’uso promiscuo del termine ad indicare tanto il giudizio quanto la *res in iudicium deducta* lasciava supporre una risposta negativa.

²³⁶ E non (come accade nell’incertezza) la *mera manifestazione* dell’incertezza e della contestazione.

²³⁷ Per VALSECCHI E., (*Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 212 e ss.) la pretesa non è “elemento di diritto” ma soltanto un atteggiamento della volontà.

quando quella esiste, ma piuttosto che non può esistere senza di quella. È un atteggiamento prettamente negativo, poiché chi contesta non esige la subordinazione di un interesse altrui, ma solo l'affermazione della propria libertà da ogni obbligo²³⁸.

Se dunque l'incertezza (oggettiva) ha luogo con la manifestazione di una pretesa contestata da soggetti terzi, nel linguaggio legislativo per "lite" si intende "processo"²³⁹, ovvero, procedimento nel quale si "provoca l'intervento di un giudice"²⁴⁰. Pertanto affinché una lite (processo) possa sorgere, è necessaria l'esistenza di una situazione giuridica tra le parti, che, secondo l'apprezzamento di almeno una di esse, possa dar luogo all'intervento del giudice, ovvero, che le reciproche pretese siano delineate in modo che possano farsi valere (in giudizio). Il collegamento tra pretesa e contestazione e ipotesi di soluzione giudiziale deve essere stretto, in quanto, diversamente opinando, sul riflesso dell'astratta possibilità di una lite futura, un qualsiasi negozio di scambio potrebbe assumere la funzione della transazione²⁴¹.

Si spiega così perché la concezione che ravvisa nella transazione "il contratto mirante **ad eliminare l'incertezza e a comporre la lite**" sia ancora oggi seguita da autorevoli trattati e da non poca

²³⁸ PALAZZO A., *Transazione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civ., XIX, Torino, 1999, pag. 199 e ss..

²³⁹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 202. L'autore è molto critico nei confronti dell'equiparazione della lite alla lite giudiziale e della lite stragiudiziale alla lite che può sorgere VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 208: "ciò", afferma l'autore, "significa aggiungere alla legge qualche cosa che essa non dice".

²⁴⁰ Espressione di D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pag. 191.

²⁴¹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 207.

parte della **giurisprudenza**²⁴².

Così precisati i concetti e la natura della pretesa e della contestazione come atteggiamenti o manifestazioni di volontà contrastanti, resta delimitato l'elemento formale della lite, che risiede nel contrasto di volontà che investe l'elemento materiale costituito dagli interessi in conflitto.

Compiuta tale premessa, identificata la lite con il “processo”, si può rilevare che nel termine “controversia” di cui all’art. 2 D.Lgs. 28/2010, si rinviene il riferimento al contrasto fra parti che affermano pretese e contestazioni l’un l’altra. Esattamente quello che accade sia nell’eventualità di “*lite che può sorgere*” sia nell’eventualità di “*lite*”²⁴³. Pertanto, affermata la biunivocità tra controversia e lite, e considerata la lite alla luce della più recente giurisprudenza²⁴⁴, quale oggetto della transazione, o, come sostiene parte della dottrina²⁴⁵, “funzione tipica della

²⁴² Così la Corte di Cassazione, 1 aprile 2010, n. 7999 in, *Mass. Rep. Lex24*, 2010: “affinché una transazione sia validamente conclusa, è necessario, da un lato, che essa abbia ad oggetto una “*res dubia*”, e, cioè, che cada su un rapporto giuridico avente, almeno nella **opinione delle parti, carattere di incertezza**, e, dall'altro, che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio, venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche. **L'oggetto della transazione**, peraltro, non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la **lite** cui questa ha dato luogo o può dar luogo, e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni, che possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un “*quid medium*” tra le prospettazioni iniziali.

²⁴³ Certamente il legislatore non avrebbe potuto utilizzare il termine “lite” nel decreto legislativo: se è vero che il procedimento di mediazione può essere attivato in costanza di una lite (processo), è anche vero che più spesso le parti in contrasto si troveranno in sede di mediazione per evitare una lite “che può sorgere”.

²⁴⁴ La citata Corte di Cassazione, 1 aprile 2010, n. 7999, nota 244.

²⁴⁵ GAZZONI F., *Manuale*, op. cit., pag. 1242.

transazione”, l’eventuale accertamento dell’assenza della lite tra le parti dovrebbe condurre sempre alla nullità del negozio²⁴⁶. Nullità che potrebbe ben essere sollevata dallo stesso mediatore (*ex art. 1421 c.c.*) che si rendesse conto, ad accordo concluso, dell’esistenza tra le parti di una controversia fittizia.

§ 2 “Chiunque può accedere alla mediazione”. I soggetti della mediazione e la capacità di disporre. Art. 2 D. Lgs. 28/2010.

Il D.Lgs. 28/2010 all’art. 2 afferma che “Chiunque può accedere alla mediazione (...)”. In questo caso il Decreto citato è straordinariamente sintetico e costringe il lettore ad un non semplice lavoro interpretativo. Il termine “chiunque” ritorna frequentemente in diritto penale²⁴⁷, ma è presente anche nel codice civile²⁴⁸: in entrambi i codici è utilizzato per mettere in risalto l’assenza di eccezioni. Anche nel caso specifico di cui al decreto, se il termine sta a sottolineare l’(astratta) possibilità di accesso alla mediazione, è compito dell’interprete operare delle restrizioni.

La natura negoziale dell’accordo amichevole quale conclusione del procedimento di mediazione presuppone certamente la

²⁴⁶ Certamente il mediatore ha il compito di “adoperarsi” (art. 8, comma 4) affinché le parti raggiungano un accordo amichevole e, si aggiunge, duraturo. Pertanto sarebbe compito del mediatore indagare circa possibili cause di nullità dell’accordo, tra cui l’assenza di contrasto tra le parti. Indagini non difficili vista la possibilità di verificare possibili soluzioni alternative a quelle prospettate dalle parti, nonché i reali interessi sottesi alle pretese.

²⁴⁷ Come si può agevolmente notare, la stragrande maggioranza delle fattispecie di reato previste in parte speciale sono caratterizzate dall’*incipit* “*Chiunque*”.

²⁴⁸ Ad esempio, su tutti, l’art. 1421 c.c., “la nullità può essere fatta valere da *chiunque* vi ha interesse”.

capacità di agire di tutte le parti ²⁴⁹. E non si può ignorare che il riferimento del decreto legislativo ai “diritti disponibili” richiama alla mente l’art. 1966 c.c..

L’art. 1966 c.c. sottolinea la necessità in capo alle parti della “*capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite*”. Va subito osservato che la transazione come l’accordo amichevole comportano, quale imprescindibile esigenza per la loro validità, che i **soggetti del contratto siano allo stesso tempo i soggetti del rapporto preesistente**.

Come scritto, la capacità è il primo dei requisiti di validità del negozio. La nozione della **capacità di transigere** non si differenzia dalla nozione che la teoria generale fornisce della comune **capacità di contrattare**, qualificata come una sottospecie della citata **capacità di agire**. Questa si deve intendere²⁵⁰ come l'idoneità psicofisica del soggetto a concludere da sé il contratto senza necessità di sostituzione o assistenza²⁵¹. Quindi, mentre la capacità di transigere si pone in relazione ad una qualità soggettiva, cioè alla capacità di agire in senso tecnico, **l’art. 1966 c.c., esigendo l’ulteriore requisito della capacità di disporre**, mostra di riferirsi alla posizione dei soggetti rispetto all’oggetto del rapporto, cioè al cosiddetto **potere di legittimazione**²⁵².

²⁴⁹ Così DELL’ARTE S., *La conciliazione contrattuale*, in *Contratti*, Milano, n. 5, 2011, pag. 531.

²⁵⁰ GAZZONI F., *Manuale*, op. cit., pag. 131.

²⁵¹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 287 e ss..

²⁵² Oltre alla capacità soggettiva la norma in esame richiama esplicitamente all'elemento oggettivo e la sua idoneità a formare il

Segue ... La capacità di ... “accordarsi amichevolmente”.

L'indagine sui soggetti che possono avere accesso alla mediazione deve quindi trasformarsi in un'indagine sulla capacità di transigere.

Per quel che ci interessa in questa sede non possiamo che fare riferimento al fatto che la capacità di agire riflette **qualità intrinseche della persona**, la cui esistenza o mancanza rende questa idonea o meno a esplicare la somma di quei poteri che costituiscono la sfera dell'autonomia privata.

I soggetti generalmente coinvolti nelle procedure di mediazione potranno essere persone giuridiche o altri enti o persone fisiche²⁵³.

Per ciò che riguarda le persone fisiche è ovvio, come detto, che possano transigere coloro che hanno la piena capacità di agire. Pertanto al minore²⁵⁴, all'interdetto, all'inabilitato ecc., sprovvisti

contenuto della transazione, della quale viene sanzionata la nullità se i diritti che ne formano oggetto sono per natura loro o per espressa norma di legge sottratti alla disponibilità delle parti (infra § 4).

²⁵³ D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 198 e ss..

²⁵⁴ L'art. 316 c.c. prevede che i genitori abbiano la rappresentanza legale dei minori. A tal proposito la Suprema Corte ricorda che la transazione avente ad oggetto la controversia relativa al risarcimento del danno, stipulata dal genitore nell'interesse del figlio minore, costituisce atto di straordinaria amministrazione quando abbia ad oggetto un danno che, per la sua natura e la sua entità, possa incidere profondamente sulla vita presente e futura del minore danneggiato. In questo caso è necessaria, per la validità della transazione, l'autorizzazione del giudice tutelare ex art. 320 c. c. (Corte di Cassazione, 13 aprile 2010, n. 8720, in *Il Sole 24 Ore, Ventiquattrore Avvocato*, 2011, 5, pag. 27, annotata da PIETRASANTA L.M.). Similmente, Corte di Cassazione, 13 aprile 2010, n. 8720: “in tema di amministrazione dei beni dei figli ex articolo 320 del c.c., al di fuori dei casi specificamente individuati e inquadrati nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione dal Legislatore, vanno

della capacità di agire, è attribuita la rappresentanza e l'assistenza²⁵⁵.

Il maggiore inabilitato ed il minore emancipato possono transigere col consenso del curatore e l'autorizzazione del giudice tutelare, e, se il curatore non è il genitore, del tribunale su parere dello stesso giudice (art. 374 n. 4 c.c., 394 c.c. 424 c.c.). Nell'interesse del minore non emancipato può transigere chi esercita la potestà genitoriale, con autorizzazione del giudice tutelare (art. 320 c.c.). Il tutore deve essere autorizzato, su parere del giudice medesimo (art. 375 c.c., 424 c.c.) dal tribunale ordinario (art. 45 disp. di attuazione). Certamente occorre sottolineare che la transazione conclusa direttamente dal minore o priva delle forme abilitative è comunque annullabile, non nulla **(artt. 322, 377, 396 c.c.)**

Le persone giuridiche, come è noto, si distinguono in pubbliche e private.

considerati di ordinaria amministrazione gli atti che presentano tre caratteristiche: 1) siano utili alla conservazione del valore del patrimonio in questione; 2) abbiano un valore economico non particolarmente elevato soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo; 3) comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio. Vanno invece considerati di straordinaria amministrazione gli atti che non presentino queste caratteristiche. Così, la transazione avente a oggetto la controversia relativa al risarcimento del danno, stipulata dal genitore nell'interesse del figlio minore, costituisce atto di straordinaria amministrazione quando ha a oggetto un danno che possa incidere profondamente sulla vita presente e futura del minore danneggiato: e in questo caso è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare ex articolo 320 del codice civile.

²⁵⁵ Si tratta del minore, del genitore esercente la potestà genitoriale e del tutore; dell'interdetto e del tutore dell'interdicendo, del minore emancipato e del curatore; dell'inabilitato e del curatore; dell'inabilitando e del curatore provvisorio, dell'amministratore di sostegno.

Nel caso di persone giuridiche pubbliche²⁵⁶. È indiscussa la capacità di transigere, tuttavia questa capacità può essere più o meno ampia rispetto all'oggetto della transazione, fermo restando che si applicano afferenti al diritto amministrativo riguardo la rappresentanza dei soggetti deputati a comparire innanzi al mediatore (c.d. legali rappresentanti)²⁵⁷.

Le persone giuridiche private possono transigere come le persone fisiche, nella persona dell'amministratore e/o del socio amministratore che risulti avere la rappresentanza congiunta o disgiunta dell'ente²⁵⁸. Solamente l'azione in responsabilità (art. 2393 c.c.) contro gli amministratori delle società per azioni e assimilate può essere transatta con espressa deliberazione dell'assemblea e purché non vi sia voto contrario di 1/5 del capitale. Il curatore fallimentare può transigere se autorizzato dal giudice delegato o dal tribunale (su proposta del giudice delegato, udito il comitato dei creditori), sentito il fallito (art. 35 legge fall.), ciò in base al valore dell'operazione da effettuarsi.

²⁵⁶ Tali sono lo Stato - la cui personalità ha però caratteri speciali che qui non occorre rilevare - le regioni, le province, i comuni, le istituzioni di assistenza e beneficenza, le fondazioni (che possono essere anche private) e via dicendo. Così D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 198 e ss.

²⁵⁷ Nel caso specifico dei comuni, la deliberazione del consiglio comunale decide di impegnare contrattualmente il Comune, mentre il consenso è prestato all'esterno dal Dirigente, legale rappresentante. (CARINGELLA F. *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2006, pag. 538).

²⁵⁸ Che si può verificare a mezzo della lettura di una semplice visura camerale all'uopo presentata dall'istante in sede di mediazione.

A conclusione del paragrafo occorre sottolineare che l'analisi dell'incapacità di intendere e di volere, che pur riveste discreta importanza in sede di dissertazioni in tema di accordo transattivo, perde ogni interesse con riferimento alle procedure di mediazione dove, la possibilità di applicazione dell'art. 428 c.c., ovvero di annullamento dell'atto gravemente pregiudizievole compiuto dall'incapace di intendere è davvero remota.

§ 3 _ Il rapporto tra mandato con rappresentanza in sede di mediazione.

Si presenta opportuno considerare un tipo particolare di legittimazione, quella cioè del soggetto che ripete il suo potere dalla volontà di un altro soggetto²⁵⁹. E' noto che se la legittimazione discende dalla legge o in virtù di rappresentanza organica, il mandatario può dirsi un **legittimato negoziale**. È fuori di dubbio che un soggetto possa attribuire ad altri il potere di transigere per suo conto.

Nel silenzio del Decreto Legislativo 28/2010 è necessario comunque cercare di indagare se in sede di mediazione debbano intervenire le parti personalmente oppure queste possano delegare terze persone o magari proprio il legale di fiducia in quanto *“tecnicamente più preparato”*.

Con riferimento al negozio transattivo non vi sono ostacoli all'uso del mandato a **comporre una lite altrui**. I dubbi si condensano solo sull'estensione del potere di agire: non solo per conto ma anche in **nome** altrui. Non è tecnicamente ipotizzabile

²⁵⁹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 307 e ss.

che il mandatario agendo in nome proprio, transiga una lite altrui: non si spiegherebbe come gli effetti di tale transazione potrebbero prodursi nella sfera giuridica del mandatario e come si potrebbero poi trasferire in quella del mandante. Pertanto, la possibilità di transigere per altri non può esplicitarsi che per mezzo di un negozio che produca i suoi effetti immediatamente nella sfera giuridica del mandante. La fattispecie deve essere quindi limitata all'ipotesi del **mandato con rappresentanza**.

Altra questione riguarda la necessità di procura speciale (l'art. 1708 c.c., scritto per il mandato, ma estensibile alla procura, stabilisce che il mandato generale è limitato agli atti di ordinaria amministrazione). La dottrina distingue fra transazione relativa ad atti di ordinaria amministrazione e transazione relativa ad atti che questa eccedono. Nel primo caso anche una procura generale sarà sufficiente a conferire il potere di transigere, nel secondo caso occorrerà una procura speciale. La soluzione prospettata non è condivisa dalla giurisprudenza prevalente²⁶⁰, la quale, insistendo nel considerare la transazione **sempre atto eccedente l'ordinaria amministrazione**, richiede in ogni caso la procura speciale. Sulla forma che la procura deve assumere non si può dubitare della necessità della forma scritta, vuoi per il combinato disposto degli artt. 1392, 1350, n. 12 c.c., vuoi per quello degli artt. 1392, 1967 c.c.. Nel caso in cui la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, come nell'ipotesi prevista dall'art. 1350, n. 12, nessun dubbio è prospettabile allorché lo scritto è richiesto ai più limitati fini della prova, è preferibile ritenere che anche la procura necessiterà della forma scritta *ad probationem*.

²⁶⁰ Cfr. tra le numerose, Cass. Civ. 25 Agosto 1989, n. 3755.

In ogni caso vista la possibilità di mandato con rappresentanza a transigere è pacifica e considerata l'assenza di prescrizioni legislative di cui al Decreto Legislativo 28/2010, sembra non potersi negare la possibilità in capo alle parti di concludere (col rappresentante) un mandato con rappresentanza "a conciliare". Chi scrive segnala anche che vari organismi di mediazione prevedono nel regolamento la necessità della presenza delle parti durante gli incontri (salvo motivate ragioni) per evitare l'uso dello strumento rappresentativo che certamente priverebbe il mediatore di esplorare i reali interessi sottesi alla lite e certamente ne renderebbe meno facile la composizione.

§ 4 _ L'oggetto de "l'accordo amichevole".

§ 4.1_ L'oggetto della mediazione civile: i diritti disponibili.

Per aversi un valido accordo amichevole non basta che le parti siano *capaci* di concluderlo, occorre altresì, come accennato, che l'oggetto dello stesso sia disponibile.

Ovvero, l'art. 2, co. 1 del D.Lgs. chiarisce, in linea con la legge delega²⁶¹ e con la normativa comunitaria²⁶², che la mediazione ha ad oggetto **diritti di cui le parti possano disporre**²⁶³, ovvero quei diritti che il titolare può alienare o ai quali può rinunciare,

²⁶¹ Art. 60, co. 3, lett. a), L. 69/2009.

²⁶² Art.1, co. 2, della direttiva europea 2008/52/CE.

²⁶³ In linea generale si può affermare che la capacità di disporre si identifica con la titolarità del diritto poiché non vi è dubbio che in via normale è legittimato a far valere un diritto a disporne colui che ne è titolare. In via eccezionale il potere di transigere è talvolta attribuito a soggetti diversi dal titolare del rapporto controverso. Tale attribuzione può avvenire o per tutelare un interesse proprio del legittimato eccezionale o per tutelare l'interesse dello stesso titolare. Così riassume MICCIO R., *Dei singoli contratti*, in Aa. Vv., *Commentario del Codice Civile*, libro IV, Torino, 1966, pag. 583.

ad es. il diritto di proprietà, i diritti di obbligazione, i diritti patrimoniali su beni immateriali ecc. Sono indisponibili, invece, i diritti della personalità, i diritti di famiglia e i diritti soggettivi pubblici. Pertanto, restano estranee al regime giuridico conciliativo le controversie aventi ad oggetto questioni **non aventi substrato economico** che coinvolgano il diritto delle persone e della famiglia, come, del resto, è confermato dall'art. 5, co. 4, lett. e). Come scritto, un'ulteriore conferma è esplicitata nella citata direttiva europea n. 52/2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, la quale prevede che essa non trova applicazione riguardo “ai diritti ed agli obblighi su cui le parti non hanno facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile: tali diritti e obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia”.

Si è osservato il parallelismo tra l'art. 2 del Decreto Legislativo e la norma dell'art. 1966 c.c., la quale, esigendo la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite, si ricollega a un principio generale dei contratti dispositivi²⁶⁴. I requisiti di idoneità dell'oggetto della transazione, sono indicati in forma negativa al secondo comma, art. 1966 c.c., il quale recita: “La transazione è nulla se tali diritti per loro natura o per espressa disposizione di legge sono **sottratti alla disponibilità delle parti**²⁶⁵”. La disponibilità di diritti oggetto di conciliazione

²⁶⁴ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 289 e ss..

²⁶⁵ Proprio il requisito della “disponibilità delle parti” spinge alcuni autori (vedasi DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2011, pag. 826) a sostenere, in linea con la giurisprudenza dominante, che il negozio rescindibile non possa essere oggetto di transazione. Il diritto di rescissione, infatti, sarebbe sottratto alla disponibilità delle parti.

conferisce alle parti il potere di creare regole giuridiche²⁶⁶ per i loro rapporti che siano vincolanti e impegnative graduando i rispettivi interessi alla realtà della fattispecie concreta.

Questa esigenza si spiega storicamente, osservando che la transazione, agli effetti della capacità dei contraenti, è sempre stata equiparata all'atto alienativo. Logicamente l'equiparazione si giustifica osservando che, benché la transazione di regola non implichi propriamente disposizione di diritti, i reciproci sacrifici che essa importa consistono in concessioni relative ai rispettivi diritti. Questo per quanto riguarda il contenuto soggettivo della norma in esame, la quale è strettamente legata all'elemento oggettivo, la cui inidoneità è sanzionata dal secondo comma. Infatti, la legge riferendosi alla **capacità di disporre**²⁶⁷, contempla in formula sintetica tanto i requisiti soggettivi, quanto i requisiti oggettivi, lasciando intendere che la mancanza di legittimazione del soggetto, ampiamente intesa, può derivare anche dalla specialità dell'oggetto, sottratto alla sua sfera di disposizione.

La nozione di diritto **indisponibile** comprende molteplici categorie di beni, nel quale termine includiamo anche i diritti. Una prima categoria è costituita da beni che, per la loro natura, non possono formare oggetto di appropriazione, come l'aria, la luce, l'acqua del mare, ecc. Tuttavia può avvenire che entro certi limiti anche tali beni formino oggetto di utilizzazioni specifiche,

²⁶⁶ Con il limite generale **dell'ordine pubblico e del rispetto delle norme imperative**, cui fanno menzione gli artt. 12, co. 1 e 14, co. 2, lett. c), D.Lgs 28/2010.

²⁶⁷ Cfr. D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 204 e ss..

positive o negative; in tali (non frequenti casi) divengono disponibili a tutti gli effetti di legge. Una seconda categoria comprende beni che per la loro natura potrebbero essere disponibili, ma non lo sono per volontà di legge; così il demanio pubblico dello Stato (art. 823 c.c.), delle regioni, delle province e dei comuni (art. 824 c.c., 825 c.c.) e il loro patrimonio indisponibile (art. 826, 2° e 3° comma). Su tali beni i privati non possono avere che delle concessioni o delle autorizzazioni (art. 823 c.c.).

Tra i più noti diritti indisponibili vanno collocati i diritti di personalità, ovvero il diritto alla inviolabilità personale, alla libertà, all'onore, al nome ecc.. Alcuni di questi diritti sono indisponibili in modo assoluto (ad esempio quello alla integrità personale, non avendo rilevanza civilistica il c.d. consenso dell'offeso). Di altri il titolare può disporre (ad es. diritto al nome, che può essere mutato, alla propria immagine delle quali si può autorizzare determinati usi, ma non tutti questi diritti sono transigibili. Il *criterium divisionis* dovrebbe rintracciarsi²⁶⁸ nella possibilità di riferimento dei diritti personali alla persona oppure alle conseguenze economiche; pertanto non sarebbe concepibile una transazione sul diritto al nome o all'immagine, ma si potrebbe ben transigere sulle conseguenze economiche della usurpazione del primo ovvero dell'indebito uso della seconda.

Ovviamente va negato carattere transattivo, per difetto di patrimonialità, a quegli accordi che possono intercedere fra i coniugi circa i rapporti con i figli (modalità di visita nel caso di separazione, educazione, ecc.).

²⁶⁸ Così D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 206 e ss..

§ 4.2 _ L'oggetto del contratto. Requisiti generici.

Il contenuto positivo di siffatta norma è fornito dalla disposizione generale dell'art. 1346 c.c., la quale indica i generici requisiti dell'oggetto²⁶⁹ come la possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità. Per oggetto del contratto si intende l'insieme di quei beni o di quegli interessi sui quali esso verte, ed ai quali il contratto stesso mira a dare un concreto regolamento. Considerata l'affinità tra accordo amichevole e transazione, in questa sede si sostiene che quanto alla disciplina dell'oggetto della "conciliazione" bisognerà fare integrale riferimento al contratto di transazione. Ciò premesso, l'oggetto del negozio transattivo è ravvisabile in quei beni e in quegli interessi che formano il contenuto del rapporto preesistente, sui quali è sorta l'incertezza o la lite; si può dire, in sostanza, che **oggetto della transazione è la situazione giuridica incerta e litigiosa**, quel rapporto cioè sul quale cadono la pretesa e la contestazione. Ciò è sufficiente a qualificare l'oggetto di quella transazione c.d. "semplice". Oggetto della transazione "complessa", potranno essere anche interessi e beni estranei alla materia controversa di cui le parti dispongono col regolamento transattivo così integrando le reciproche concessioni²⁷⁰.

Per non violare il requisito di impossibilità fisica non si potrà

²⁶⁹ Innanzitutto l'oggetto deve "esistere", il che, con riferimento alla transazione, significa che il rapporto giuridico, in qualunque delle configurazioni proposte dalle parti, deve essere dedotto come tra di loro preesistente. Il presupposto di esistenza dell'oggetto si traduce nel presupposto specifico della legittimazione delle parti al contratto di transazione che ancor prima richiede interesse valutabile processualmente delle stesse parti alla lite. Così riassume GITTI G., *La transazione*, op. cit., pag. 115.

²⁷⁰ Così VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 309 e ss..

transigere sulle *res communes*, per non ricadere nell'ipotesi di impossibilità giuridica sarà altresì impedito un accordo vertente sui beni del demanio pubblico, e in genere sulle cose fuori commercio.

Affine al concetto di impossibilità giuridica è quello di illiceità dell'oggetto, che con esso talora si confonde. Ma quasi sempre assume portata autonoma riferendosi alla idoneità dell'oggetto a formare il contenuto di convenzione per essere conforme **alla morale, al buon costume e all'ordine pubblico**. Invece, per quanto concerne l'illiceità, esempi del divieto di transigere sopra un oggetto illecito costituiscono quelle limitazioni contenute in norme imperative di legge. Per la stessa ragione, è sottratta alla disponibilità delle parti e quindi non suscettibile di transazione l'intera categoria dei cosiddetti "diritti personalissimi"²⁷¹.

Un'altra categoria, che si ricollega al concetto di illiceità, è quella dei rapporti delittuosi, turpi o immorali, a cui il diritto non può dare il suo riconoscimento. A questa stregua sarà nulla una transazione con la quale si determina la remunerazione di fatti delittuosi. Oggetto illecito della transazione sarà pure un contratto fondato a sua volta su causa illecita, ciò sancendo espressamente la legge all'art. 1972 c.c., primo comma, sanzionandone la nullità. Leggendo il primo comma del citato articolo risulta chiaro che l'incertezza e la lite sull'illiceità non sono valida causa di transazione, perché la legge, a tutela di

²⁷¹ Il diritto all'identità personale e al nome, il diritto all'integrità fisica e tutti i diritti fondamentali ed inviolabili di libertà sono situazioni soggettive la cui tutela è, anche sul piano civilistico, faccenda di ordine pubblico e perciò stesso campo di elezione dell'attività del pubblico ministero nell'ambito del diritto privato. Così afferma GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 144 e ss..

interessi di ordine pubblico, attribuisce alla illiceità un'efficacia invalidante assoluta, e riconosce il diritto all'impugnativa. Non devesi tuttavia dimenticare che in tema di prestazioni contrarie al buon costume importante è il limite imposto dalla norma dell'art. 2035 c.c., che consacra il principio "*in pari causa turpitudinis, melior condicio accipientis*". Pertanto ciò che fu prestato in esecuzione di una transazione nulla perché contraria al buon costume sarà di regola irripetibile.

Infine, quanto alla determinatezza dell'oggetto, sarebbe nulla la transazione in cui le parti dichiarassero di comporre una lite qualunque fra le tante esistenti fra loro, senza alcuna possibilità di una precisa identificazione²⁷².

Nell'esperienza pratica possono comunque verificarsi transazioni o mediazioni aventi oggetti (futuri, condizionati, obbligazione naturale, beni coniugali, alimenti, etc.) che richiedono qualche ulteriore riflessione.

Segue ... Transazione o accordo amichevole su diritti futuri, condizionati.

Merita ad esempio attenzione il problema dell'esistenza attuale dell'oggetto della transazione, che rientra nell'ampio concetto della possibilità dell'oggetto, in ordine al quale è necessario tenere presente alcune distinzioni. Il principio dominante in materia è sancito all'art. 1348 c.c. il quale riconosce che le cose future possono formare oggetto di contratto. Alla stregua di

²⁷² VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 311; Sulla impossibilità e indeterminatezza dell'oggetto vedasi anche GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 119 e ss..

questa disposizione si afferma comunemente che anche la transazione può avere per contenuto cose e diritti futuri. Le categorie più importanti di questa specie di oggetti sono costituite dalle cose prive di esistenza attuale, dai diritti condizionati, dai diritti soggetti a termine. Quanto alla prima di queste categorie, niente vieta che, cadendo l'incertezza o la lite sulla titolarità di una cosa non ancora esistente (per esempio, una *spes*, una *res sperata*), le parti possano validamente transigere. Diritti futuri, di natura particolare, sono quelli relativi ad una successione non ancora aperta, in ordine ai quali deve ritenersi invalida la transazione e l'accordo amichevole, per il generico divieto dei patti successori consacrato nell'art. 458 c.c. Si fa ivi menzione di ogni atto di disposizione di diritti che possono spettare su una successione non ancora aperta, o di rinuncia ai medesimi e non vi può essere dubbio che in questa dizione sia da comprendere anche la transazione. Se così non fosse, per diversa via acquisterebbe efficacia il patto successorio, che la legge mostra di volere severamente reprimere. Anche i diritti condizionati possono formare oggetto di valida transazione. L'eliminazione dell'incertezza di fatto, cioè di quell'elemento di aleatorietà, inerente al verificarsi o meno di un evento dedotto in condizione, sappiamo non costituire transazione; ma se le parti dubitano o contendono relativamente **al diritto** condizionato, l'accordo che ne segue configura indubbiamente una transazione.

Segue ... Transazione o accordo amichevole sull'obbligazione naturale.

Questione interessante è quella relativa all'ammissibilità della transazione sull'obbligazione naturale, che costituisce un aspetto

del più ampio problema dell'efficacia dei negozi conclusi sopra un'obbligazione di tale specie e aventi lo scopo di trasformare l'obbligazione naturale in obbligazione civile. Questa è la soluzione oggi legislativamente sanzionata, da ciò conseguendo che **sull'obbligazione naturale non è ammissibile la transazione**²⁷³ (arg. art. 2034 c.c.²⁷⁴). La transazione presuppone la preesistenza di un rapporto fornito di efficacia giuridica, anche se incerto o contestato; poiché diverso è il contenuto dell'obbligazione naturale e si è negato che questa possa essere causa di una obbligazione civile, come non si ammette la ratificabilità e la novabilità di un obbligo siffatto, così coerentemente ne va esclusa la transigibilità²⁷⁵.

Segue ... Transazione (o accordo amichevole) sui beni coniugali²⁷⁶.

A) Il fondo patrimoniale. Per quanto riguarda la transigibilità dei rapporti relativi al fondo patrimoniale (art. 167 c.c. e ss.), che ha sostituito il regime del patrimonio familiare, valgono le seguenti osservazioni. L'amministrazione dei beni costituenti il fondo

²⁷³ *Contra* D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 206 e ss. e GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 96 e ss.. L'obbligazione naturale, anche se non azionabile, è comunque giuridicamente rilevante ed è quanto basta perché sia transigibile: può avere soddisfazione il creditore che chiede in giudizio l'adempimento di un debito prescritto perché il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione, ed il convenuto può rinunciarvi anche non espressamente.

²⁷⁴ Si ricorda che le obbligazioni naturali sono comunemente definite come doveri morali o sociali.

²⁷⁵ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 315.

²⁷⁶ Cfr. D'ONOFRIO P., *Della transazione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. BRANCA G., Bologna, 1959, pagg. 190 e ss..

spetta disgiuntamente a entrambi i coniugi ed è a ritenere che ognuno di essi possa disgiuntamente transigere relativamente ad atti di semplice amministrazione. Per le transazioni concernenti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e i contratti con i quali si acquistano o si concedono diritti personali di godimento, occorrerà il consenso congiunto di entrambi i coniugi (artt. 168, 180 c.c.). La norma dell'art. 169 sancisce il divieto di alienare, ipotecare, dare in pegno, o, comunque, vincolare i beni costituenti il fondo patrimoniale senza il consenso di entrambi i coniugi, ma, se vi sono figli minori, sarà necessaria anche l'autorizzazione del giudice, concessa con provvedimento emesso in camera di consiglio nei soli casi di necessità o di utilità evidente. Da ciò si deduce che anche la transazione relativa agli atti testé menzionati sarà soggetta agli stessi limiti e alle stesse formalità²⁷⁷.

B) Comunione legale. Della comunione legale fanno parte i beni elencati nell'art. 177 c.c., mentre l'amministrazione è disciplinata dall'art. 180 c.c. Nel primo comma della citata norma è disposto che l'amministrazione dei beni comuni spetta disgiuntamente a entrambi i coniugi. Nel secondo comma è detto, invece, che il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e di quegli altri ivi menzionati spetta a entrambi i coniugi congiuntamente. Nel caso di rifiuto del consenso di uno dei coniugi, l'altro può rivolgersi al giudice per ottenere l'autorizzazione (art. 181). Dalle considerazioni fatte in precedenza discende che la transazione sopra atti di ordinaria amministrazione potrà essere validamente conclusa

²⁷⁷ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 318.

disgiuntamente dall'uno o dall'altro dei coniugi, mentre la transazione relativa agli atti menzionati nel secondo comma art. 180 c.c. richiederà il consenso di entrambi.

C) Separazione dei beni. Poche osservazioni richiede il regime di separazione dei beni, regolata dal principio che ognuno dei coniugi ha l'amministrazione e la piena disponibilità dei beni di cui è titolare esclusivo (art. 217 c.c.). È solo da considerare il caso in cui uno dei coniugi amministri i beni dell'altro con procura o anche privo di procura, ma senza opposizione dell'altro coniuge. In tale ipotesi è da ritenere che possa anche transigere *nei limiti dell'ordinaria amministrazione*.

Segue ... Transazione su questioni testamentarie.

In tema di successioni testamentarie il contrarre di transazione dà luogo a numerose questioni. Abbiamo visto sopra che, per il divieto generale dei patti successori, deve ritenersi nulla ogni transazione su una lite sopra un'eredità non ancora aperta²⁷⁸. L'applicazione dell'art. 458 c.c. anche alla transazione non ha suscitato dubbi né in dottrina, né in giurisprudenza. Questione del tutto diversa è quella relativa a convenzioni fra **eredi** testamentari e legittimi, che contendono sulle loro ragioni successorie, che di certo deve configurarsi come transazione ed è certamente conciliabile. E del pari diversa è la questione sull'accordo concluso nell'ignoranza dell'esistenza di un testamento, da considerare come transazione, mentre la posteriore scoperta del testamento dovrà valutarsi alla stregua dell'art. 1975 c.c. (*infra* Cap. 6 § 1.1).

²⁷⁸ Ovviamente per esplicita disposizione legislativa è oggetto del procedimento di mediazione il "patto di famiglia".

Un'altra questione di soluzione incerta è quella della nullità della transazione che verte sull'accertamento se una disposizione testamentaria sia fatta a favore di un incapace per interposta persona o sull'accertamento di una sostituzione proibita. Il problema va risolto alla stregua del secondo comma art. 1972 c.c. (infra § 5), secondo il quale, fuori dal campo dei contratti, la transazione è annullabile da parte del contraente che ignora la causa di nullità²⁷⁹.

Segue ... Sul diritto agli alimenti.

Oggetto di vivaci discussioni è sempre stata la transazione sul diritto agli alimenti²⁸⁰.

La transazione sugli alimenti dovuti per legge necessita di tutt'altre considerazioni. Il fondamento della soluzione negativa consiste nella indisponibilità del diritto alimentare, il quale per la sua speciale destinazione, mirante a garantire il sostentamento della persona in bisogno, presenta in sommo grado l'elemento di interesse pubblico, tanto che si ammette comunemente che esso sia protetto dalla legge anche oltre la volontà dell'alimentando, non essendo suscettibile di rinuncia e neppure di transazione.

Segue ... Sull'azione civile nascente da reato.

²⁷⁹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 322 e ss..

²⁸⁰ Secondo D'ONOFRIO P., (*Della transazione*, op. cit., pag. 207), sarebbe valido l'accordo che, seppure in sede transattiva, stabilisca l'ammontare degli alimenti ed il modo di somministrazione. Specifica inoltre l'autore che tale accordo non sarebbe regolato dal principio della irrevocabilità della transazione bensì dagli artt. 440 c.c. e 443 c.c..

Se l'esercizio dell'azione penale è ovviamente riservato al Pubblico Ministero e sottratto alla disponibilità delle parti, al contrario vi è piena libertà di transigere sulle conseguenze civili del reato, sul risarcimento del danno e sulle riparazioni, perché non v'è ragione di sottrarre simile oggetto, di natura esclusivamente patrimoniale, alla disponibilità delle parti²⁸¹.

Le ripercussioni della transazione relativa all'azione civile sull'azione penale sono diverse a seconda che si tratti di reati perseguibili di ufficio o a querela di parte. Nel primo caso nessuna influenza esercita il negozio sull'esercizio dell'azione penale da parte del P.M.; nel secondo invece, crea una preclusione all'esercizio del diritto di querela, essendo disposta l'impossibilità della proposizione di essa²⁸² (art. 12 c.p.p.). Dubbio è il caso in cui la transazione sia effettuata dopo la proposizione della querela. Nel silenzio del codice di procedura penale su questa ipotesi, poiché la querela non viene influenzata dall'estinzione dell'azione civile, e diverse sono le finalità della querela e della costituzione di parte civile (art. 92 c.p.p.), parrebbe migliore partito aderire alla sopravvivenza dell'azione penale, sulla quale però nella maggior parte dei casi agirà in senso estintivo la remissione.

Poiché la transazione non si estende oltre ciò che ne ha formato l'oggetto, essa non comprenderà i danni che si sono verificati

²⁸¹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 326 e ss..

²⁸² Da ultimo *contra* Corte di Cassazione Sezione 5 Penale, 21 novembre 2007, n. 43072, in *Cassazione Penale*, Milano, 2008, 11, pag. 4188: “la transazione del danno non costituisce fatto incompatibile con la volontà di presentare querela e, quindi, non integra la remissione tacita di querela”.

posteriormente al negozio²⁸³, in dipendenza del reato²⁸⁴, non diversamente da quanto dispone l'art. 26 c.p.p. per la sentenza che contiene la liquidazione dei danni. L'interessato potrà fondatamente chiedere una integrazione del risarcimento per il danno successivo alla conclusa transazione e non si vedono difficoltà ad applicare quanto stabilito anche con riferimento alle procedure di mediazione.

²⁸³ *Contra* MESSINEO F., *Manuale di diritto civile commerciale, Vol. V*, Milano, 1972, pag. 229.

²⁸⁴ Tuttavia, sul punto, vedasi l'interessante Corte di Cassazione Sezione 1 Penale, 12 febbraio 2010, n. 5767, in *La Tribuna, Rivista Penale*, 2011, 3, pag. 335, dove si asserisce: l'integralità del risarcimento, richiesta per il riconoscimento della circostanza attenuante della riparazione del danno, non è esclusa dall'esistenza di un accordo transattivo.

§ 5 Responsabilità precontrattuale²⁸⁵ per l'abbandono delle trattative nel procedimento di mediazione.

Un fenomeno connesso alla tematica della conclusione del contratto e, nel caso specifico, dell'accordo amichevole attiene alla c.d. responsabilità precontrattuale²⁸⁶ che trova nell'art. 1337 c.c.²⁸⁷ il referente normativo²⁸⁸.

In questa norma risiede il fondamento della responsabilità (la c.d. *culpa in contrahendo*), per scorrettezze nelle trattative, che si sostanziano in almeno quattro ipotesi.

A) trattative iniziate senza intenzione di concludere un contratto ma solo allo scopo di disturbare la trattativa altrui o venire a conoscenza di notizie riferibili alla controparte;

B) c.d. recesso ingiustificato, configurabile nel momento in cui si sia creata in una parte il legittimo affidamento in ordine alla conclusione del contratto. E' ovvio che la proposta (revocabile²⁸⁹)

²⁸⁵ Sul punto statuisce la Corte di Cassazione (Sezione 3 Civile, 10 dicembre 2009, n. 25819, in *Guida al Diritto*, 2010, 5, pag. 66) che è configurabile la responsabilità (precontrattuale) dell'assicuratore allorché questi rifiuti ingiustificatamente di addivenire a una transazione ragionevole e vantaggiosa proposta dal danneggiato, da valutarsi fino al limite della colpa lieve, apprezzandone la ragionevolezza e la vantaggiosità in relazione agli elementi acquisiti al momento in cui il negozio si sarebbe dovuto concludere, e perciò con giudizio *ex ante* e non *ex post*, sulla base dell'esito finale del giudizio, trattandosi pur sempre di una responsabilità fondata sulla colpa dell'assicuratore.

²⁸⁶ FINESSI A., *La responsabilità precontrattuale*, in *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, pagg. 179 e ss..

²⁸⁷ L'articolo impone ai soggetti un comportamento di buona fede "nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto".

²⁸⁸ Per diffuse analisi sui variegati aspetti della responsabilità precontrattuale, RICCIUTO V., *La formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999, pagg. 58 e 71.

²⁸⁹ La proposta può essere ferma ai sensi dell'art. 1329 c.c..

può essere liberamente ritirata e che la trattativa (quale dialettica tra proposte e controproposte sulle quali le parti non trovano l'unità), non obbligano a concludere un contratto, ciò che rileva è la nascita dell'affidamento. Questo non può essere (generalmente) ravvisato nel momento in cui si accerti che la trattativa *non ha riguardato elementi essenziali* del contratto.

C) conoscenza di cause d'invalidità (nullità o annullabilità) non resa nota all'altra parte (art. 1338 c.c.) che non avrebbe potuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza.

D) Violazione degli obblighi di informazione, reticenza, informazioni errate. Quest'ultima fattispecie in realtà graverebbe su una parte seppur in costanza di un contratto validamente concluso.

L'accertamento della responsabilità²⁹⁰ dà luogo a risarcimento danni²⁹¹ anche se, naturalmente è assai complicato provare l'esistenza di un legittimo affidamento.

Questa breve premessa ci consente di analizzare l'ipotesi di concretizzazione della responsabilità precontrattuale nel procedimento di mediazione. Si deve certamente escludere che l'ipotesi A) possa verificarsi in sede di mediazione. L'ipotesi C) deve esser posta in relazione con l'art. 1972 c.c. che dispone "l'annullabilità del contratto di transazione è invocabile dalla parte che ignorasse la causa nullità del titolo". E se, come si dirà,

²⁹⁰ DI NOLA S., *Le trattative e la responsabilità precontrattuale, rilevanza ed effetti giuridici*, in *L'accordo contrattuale*, a cura di Camilletti F., Roma, 2006, pag. 115.

²⁹¹ Risarcimento su cui vi sono annose discussioni sulla natura contrattuale (derivante da contatto sociale) od extracontrattuale (seguita dalla giurisprudenza maggioritaria).

l'art. 1972 c.c. è applicabile all'accordo amichevole, va da se che nell'ipotesi di ignoranza unilaterale della causa di nullità, l'altra parte ben potrà chiedere il risarcimento danni ai sensi dell'art. 1338 c.c. oltre che l'annullamento. E' più complicato risolvere le ipotesi B) e D). Quest'ultima **sarà trattata in tema di riservatezza...** e deve essere posta in relazione con l'art. 1759, comma 1 c.c. (infra § 1.1.). L'ipotesi B) invece ha come *ratio* obbligare le parti a tenere un comportamento di buona fede, corretto, leale, nelle trattative. Ma le trattative che nascono in sede di mediazione coinvolgono le parti di una ... controversia. Due parti che si presentano in mediazione sapendo che il passo successivo per risolvere la controversia, in alternativa alla completa rinuncia del diritto, sarà solo adire l'autorità giudiziaria. Due parti, in sostanza, che partono dal presupposto che sull'altra non si può fare affidamento. Queste considerazioni inducono a scrivere che la possibilità che nel breve volgere di 4 mesi (e di due o tre sedute di mediazione) una delle parti abbandoni l'originaria e forte diffidenza ed approdi ad uno stato di "legittimo affidamento" se non è da escludere è quantomeno remota. Oltretutto nell'eventualità di ingiustificato e improvviso recesso di una parte il mediatore ben potrebbe formulare una proposta (magari simile a quella sorprendentemente rifiutata) al fine di indurre la parte, ritiratasi dalle trattative, di riflettere meglio sulla scelta compiuta.

Ma l'impossibilità di applicare l'ipotesi B) in sede di mediazione potrebbe essere spiegata dalla possibilità di recesso *ad nutum* (arg. 1756 c.c.) per le parti nel corso delle trattative di cui al

contratto di mediazione (art. 1754 c.c.) di parte della dottrina²⁹²

²⁹² GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, pag. 1161.
123

Enrico Alessandro Secondini, Istituti di diritto privato a sostegno della mediazione nelle controversie civili e commerciali, Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, Università degli Studi di Sassari.

Capitolo 5

Le vicende successive alla conclusione dell'accordo amichevole.

§ 1 _ L'art. 1372 c.c.

Se è vero che il D.Lgs. 28/2010 menziona all'art. 8²⁹³ il c.d. accordo amichevole, è anche vero che lo stesso decreto non fa assolutamente riferimento agli **effetti** dell'accordo. Le vicende successive alla stipula dello stesso sono per lo più ignorate dal legislatore. Considerata la natura contrattuale già attribuita all'accordo amichevole non rimane che attribuire allo stesso l'efficacia vincolante, riconosciuta dalla legge a tutti i contratti, sancita all'art. 1372 c.c.: «**Il contratto ha forza di legge fra le parti**». Questa forza vincolante viene meno soltanto allorché le parti per mutuo dissenso²⁹⁴ recedano dal contratto e nei casi di inefficacia, oppure nei casi di invalidità di cui più avanti dovremo occuparci: fra i primi rientrano quelle ipotesi nelle quali il contratto per quanto perfetto nei suoi elementi, resta improduttivo di effetti a causa di circostanze estrinseche, fra i secondi rientrano tutte quelle ipotesi nelle quali il contratto manca di alcuni dei suoi requisiti essenziali, oppure è affetto da qualche vizio²⁹⁵.

²⁹³ L'art. 8, comma 3, asserisce che: "Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un *accordo amichevole* di definizione della controversia". L'art. 11, comma 3 ribadisce che: "Se è raggiunto *l'accordo amichevole* (...) si forma processo verbale (...)". "L'accordo raggiunto (...)". Il decreto sembra far riferimento indifferentemente all'accordo amichevole o all'accordo.

²⁹⁴ CRISCUOLI G., *Il Contratto*, Padova, 2002, pag. 468.

²⁹⁵ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 350 e ss..

Il secondo comma art. 1372 c.c. poi completando la regola dell'estensione dell'efficacia, soggiunge che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge: se quindi è vero che per la transazione vale quindi la regola generale dell'indifferenza del contratto nei confronti dei terzi²⁹⁶, oggetto del paragrafo è cercare di capire se l'accordo amichevole può ricevere una regolamentazione analoga, regola, peraltro, a cui non mancano interessanti eccezioni.

Segue... L'accordo amichevole e la pretesa efficacia modificativa. La preclusione.

L'elemento delle reciproche concessioni colora il negozio transattivo e gli imprime un'efficacia modificativa dei rapporti giuridici preesistenti²⁹⁷.

§ 2 _ Effetti essenziali della transazione. - La tutela che la legge presta alla causa della transazione si esprime nell'efficacia giuridica con cui si producono gli effetti tipici del negozio. A questo proposito è di sostanziale importanza esaminare come agisca il **nuovo schema negoziale sul rapporto preesistente**.

E' oggi assai pacifico che la transazione debba ricondursi tra i negozi ad **efficacia immediata**²⁹⁸, la stessa in cui ricadono i c.d. negozi ad efficacia reale, i negozi estintivi e regolamentari²⁹⁹ e

²⁹⁶ Ovviamente è ben possibile transigere a favore di terzo (art. 1411 c.c.) qualora la transazione costituisca condizione di una stipulazione a proprio favore, naturalmente sempre che il terzo non rifiuti di accettarla. Così D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pag. 198.

²⁹⁷ Sul tema dell'efficacia del contratto cfr. CRISCUOLI G., *Il Contratto*, Padova, 2002, pagg. 425 e ss..

²⁹⁸ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 231 e ss..

²⁹⁹ Sul tema cfr. GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 167 e ss; D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 190 e ss..

può anche non comportare obblighi a carico dei contraenti³⁰⁰.

L'affermazione che la funzione della transazione si realizza attraverso un effetto immediato esclude dunque che essa dia vita ad autonome obbligazioni in senso tecnico, ed importa che la sua efficacia giuridica si manifesta immediatamente con **forza vincolante mediante la sovrapposizione di un rapporto nuovo all'antico** del quale assorbe il contenuto che può ben essere costituito da vincoli obbligatori. A questi si possono anche aggiungere obbligazioni nuove di cui la transazione è la fonte primaria e creativa, ma si tratterà sempre di obbligazioni a contenuto sostanziale, e non meramente formale come sarebbe la inconsistente obbligazione a vincolarsi ad una determinata interpretazione.

Con tale efficacia viene garantita nella maniera più energica la funzione di negozio mirante ad eliminare dai rapporti giuridici. incertezza e litigiosità; lo strumento più efficace e tipico posto a presidio di questo risultato è la ***exceptio rei per transactionem finitae***, la quale **preclude ogni possibilità di riesaminare la soluzione contrattuale accertata**. Si risolvono così i frequenti dubbi sulla validità della transazione stipulata dopo una

³⁰⁰ Si faccia il caso in cui uno dei transigenti abbandoni una contestazione sulla proprietà di un oggetto, **riconoscendola all'altro** e questi **rimetta un suo credito** verso la controparte. È chiaro che in tal caso gli effetti della titolarità incontestata e della remissione del debito discendono immediatamente dalla conclusione del negozio, il quale non essendo suscettibile di inadempimento, neppure è suscettibile di risoluzione. Supporre invece che il vincolo a una determinata intelligenza del rapporto preesistente involga un'obbligazione in senso tecnico significa che dalla riproposizione della pretesa consegua un inadempimento e una possibilità di risoluzione, ciò che si è visto contrastare con la efficacia della ***exceptio rei per transactionem finitae***.

precedente transazione. Se l'eccezione di transazione costituisce il mezzo più sicuro per difendere la vincolatività della transazione contro la riproposizione della primitiva pretesa, *l'actio transacti* è data a garanzia del conseguimento dei diritti riconosciuti dal contratto; che se, infine, una parte non adempie alle obbligazioni derivanti dal rapporto transatto, il transigente fedele alla convenzione, ove il suo interesse lo consigli, potrà agire per la risoluzione del contratto³⁰¹.

§ 3 _ L'estinzione dell'obbligazione presupposta. La transazione novativa³⁰².

Le osservazioni che precedono ci consentono di affrontare il problema dei rapporti fra transazione e novazione.

Muovendo dalla configurazione costitutiva che opera una sostituzione della fonte negoziale nella disciplina del rapporto preesistente, che resta assorbito, senza che di regola venga estinto, il problema è di vedere se queste premesse si possano conciliare con l'effetto estintivo proprio della novazione.

Prima di rispondere al quesito posto, che comunque va risolto in senso affermativo³⁰³ poiché è la stessa legge che prevede la

³⁰¹ Sulle conseguenze della risoluzione o, ne caso specifico, dell'autotutela, Corte di Cassazione Sezioni Unite, Ord. 6 settembre 2010, n. 19046, in *Foro Amm.*, Milano, 2010, 9, pag. 1831: in tema di appalto pubblico, l'atto autorizzatorio di annullamento di una transazione adottato dall'Amministrazione in autotutela, è assoggettato alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto relativo a diritti soggettivi già sorti per effetto del contratto annullato.

³⁰² Sul tema cfr. Sul tema cfr. GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 185 e ss.; D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 239 e ss.; MICCIO R., *Dei singoli contratti*, op. cit., pagg. 603 e ss..

³⁰³ Così anche afferma la giurisprudenza di legittimità. Corte di Cassazione, 28 febbraio 2006, n. 4455, in *CED*, 2006: "si ha transazione novativa qualora sussistano contestualmente due elementi,

possibilità dell'estinzione del rapporto preesistente³⁰⁴, è necessario sottolineare che l'art. 1976 c.c. non fa riferimento alla novazione in senso tecnico come disciplinata all'art. 1230 c.c., la cui previsione è ristretta alle obbligazioni, e l'effetto

uno di natura oggettiva e uno di natura soggettiva: sul piano oggettivo è necessario che le parti, onde risolvere o prevenire una lite, siano addivenute ad una rinunzia reciproca, anche parziale, alle proprie pretese, volta a modificare, estinguendola, la situazione negoziale precedente e ad instaurarne una nuova in quanto tra i due rapporti, il vecchio e il nuovo, vi sia una situazione di obiettiva incompatibilità; sul piano soggettivo, è necessario che sussista una inequivoca manifestazione di volontà delle parti in tal senso, ovvero che esse abbiano palesato il loro intento di instaurare tra loro un nuovo rapporto e di estinguere quello originario, dando a tale volontà forma e contenuto adeguati. (Nella specie la S.C., riformando la sentenza di merito, ha ritenuto che dovesse in concreto escludersi la configurabilità della transazione novativa, essendosi le parti limitate al rilascio di cambiali per importo non inferiore all'ammontare del debito); Corte di Cassazione, 6 aprile 2006, n. 8101: “sussiste l'ipotesi della transazione novativa tutte le volte in cui dall'esame dell'intenzione delle parti e dalle clausole del contratto si evinca che il contenuto della stipulata transazione sia incompatibile con alcune delle obbligazioni oggetto del preesistente rapporto, nel senso cioè che dall'atto sorgano obbligazioni oggettivamente diverse da quelle preesistenti, per cui si abbia la certezza che le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto finalizzato a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuova autonome situazioni”.

³⁰⁴ Anche la giurisprudenza di merito non mostra particolari dubbi. Corte d'Appello Roma, 22 novembre 2006, in *Obbligazioni e Contratti*, Torino, 2007, 4, pag. 370: “Se sono pendenti tra le parti più liti, la transazione non comporta automaticamente l'estinzione di ogni rapporto, in quanto ciò può essere solo dedotto in via di interpretazione letterale del testo del contratto”; Tribunale Bari Sezione I Civile, 7 marzo 2007, n. 641: “La transazione può avere efficacia novativa quando risulti una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello avente causa nell'accordo transattivo, di guisa che dall'atto sorga un'obbligazione oggettivamente diversa da quella preesistente”; Tribunale Reggio Calabria Sezione 2 Civile, 29 marzo 2007, n. 466: “l'accertamento, circa la ricorrenza o meno dell'ipotesi di transazione di natura novativa e circa il contenuto intrinseco della stessa, integra un apprezzamento di mero fatto, e, come tale, è riservato al giudice del merito”.

estintivo è la conseguenza della sostituzione di una obbligazione nuova a una obbligazione originaria. L'art. 1976, invece, parla dell'estinzione del rapporto preesistente per modo che le sfere delle due norme non coincidono, estendendosi questa seconda norma ad ogni specie di rapporto reale o obbligatorio e, in genere, alla situazione preesistente quale che essa sia. Si tratta quindi di due fenomeni concettualmente distinti.

La transazione è un **contratto** con una precisa configurazione e un proprio *nomen iuris*: la novazione invece sta su piano diverso: non è un negozio giuridico, bensì **l'effetto conseguente a una dichiarazione di volontà**, la quale importa la **costituzione** di un rapporto giuridico, che, per il suo contenuto economico e per lo speciale atteggiamento della volontà delle parti, incide su un **rapporto preesistente** e ne provoca, data l'impossibilità di una qualunque coesistenza, **l'estinzione**. Giustamente si è concluso che **qualunque negozio giuridico costitutivo di obbligazioni** può normalmente apprestare lo strumento idoneo a conseguire l'effetto della novazione, la quale è dunque un fatto giuridico che scaturisce da una dichiarazione negoziale autonoma.

Transazione e novazione hanno dunque in comune la caratteristica di operare sopra rapporti preesistenti; poiché la novazione consiste, come si è visto, nell'effetto giuridico conseguente a diverse figure negoziali, che hanno per oggetto, sia pure indiretto, l'estinzione di un rapporto con la sostituzione di un altro, non si vede ragione per cui debbasi negare alla transazione la capacità di raggiungere gli effetti propri della sua natura, anche con intensità maggiore della normale, e cioè

mediante l'estinzione del preesistente rapporto³⁰⁵.

Pertanto, mentre normalmente la transazione importa sostituzione di un rapporto giuridico ad un altro, senza determinarne l'estinzione, niente vieta che le parti possano realizzare la funzione transattiva attraverso il meccanismo della novazione³⁰⁶.

In fondo, non si tratta che di un riconoscimento dell'autonomia della volontà dei contraenti³⁰⁷, che può realizzare la funzione tipica della transazione anche attraverso l'estinzione del rapporto antico. E superabile sembra anche l'osservazione che l'essenziale presupposto della novazione è quello di operare sopra un rapporto certo, secondo un avviso ora codificato all'art. 1234 c.c.. Il contenuto dell'obiezione sarebbe questo. Se la novazione

³⁰⁵ A tal proposito vedasi Corte di Cassazione, Sezione 2 Civile, 5 ottobre 2010, n. 20674, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Lavoro*, 2010, 44, pag. 27: “la transazione, pur modificando la fonte del rapporto giuridico preesistente, non ne determina necessariamente l'estinzione in quanto, al di fuori dell'ipotesi di un'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso, l'eventuale efficacia novativa della transazione dipende dalla situazione di oggettiva incompatibilità nella quale i due rapporti - quello preesistente e quello nuovo - vengono a trovarsi; pertanto, per determinare il carattere novativo o conservativo della transazione, occorre accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, diretto a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuove autonome situazioni; il relativo apprezzamento è riservato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione logica, coerente e completa”.

³⁰⁶ Si può parlare di transazione non novativa quando le parti, lasciando immutato l'oggetto della lite, in atto o in potenza, si limitano a stabilire alcune modalità, la cui concessione reciproca determina la cessazione della litigiosità della *res*. Così afferma D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 240 e ss..

³⁰⁷ Recentemente Corte di Cassazione, 23 settembre 2010, n. 20146: “per determinare il carattere novativo o conservativo della transazione, occorre accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano o meno inteso addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, diretto a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuove ed autonome statuizioni”.

è inefficace, qualora non esista l'obbligazione originaria, e la incertezza del rapporto può celare anche la sua inesistenza, anzi è positivamente prevista la possibilità della **transazione su titolo nullo**, ciò significa che in questa antitesi, fra incertezza e certezza del rapporto sottostante, va colto l'elemento differenziale, che rende incompatibili i due istituti³⁰⁸.

L'osservazione è in certo modo esatta, e questa divergenza fra gli artt. 1234 e 1972 c.c. non è passata inosservata; ma resta a vedere se non si tratti di una singolarità di portata non sostanziale, più che di una vera e propria incompatibilità concettuale. Così posto il problema, si può spiegare la divergenza come una prevalenza della funzione transattiva sulla struttura della novazione, il che consente di concludere che la transazione novativa, fosse anche inesistente il rapporto originario, conserverà la sua efficacia. Più precisamente, nella tipica ipotesi dell'art. 1972 c.c., allorché si vuoi realizzare la funzione della transazione con la intensa efficacia della estinzione del rapporto preesistente, se le parti hanno trattato della nullità è indubitabile che non potranno successivamente impugnare il negozio, o disconoscerne l'efficacia estintiva, sotto il profilo dell'art. 1234 c.c., la cui inapplicabilità costituisce, è vero, una anomalia, che si spiega con la diversità dei principi che disciplinano la transazione e la novazione.

Per concludere, l'efficacia novativa della transazione, oltreché dall'espresso riconoscimento della legge, si fonda sull'ammissibilità logica e giuridica di un ulteriore effetto, voluto dalle parti, della funzione del negozio transattivo, con la

³⁰⁸ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 267 e ss..

quale può ben conciliarsi. Giustamente tuttavia si è avvertito che non esiste fra transazione e novazione una correlazione necessaria di causa ad effetto, ch  anzi il **normale meccanismo della transazione non opera con l'estinzione del rapporto sottostante**, effetto eventuale e ulteriore, che si combina con la causa della transazione, che   quella tipica di eliminare l'incertezza e di comporre la lite, senza che nessun'altra causa possa sovrapporsi o assorbirla; per la transazione quindi una **causa novandi   soltanto una funzione eventuale**.

Le conseguenze pratiche della pi  intensa efficacia con cui agisce la transazione novativa si manifestano in un duplice campo: quello della risoluzione per inadempimento, nel quale le conseguenze sono positivamente disciplinare, e quello delle garanzie reali e personali che accompagnano il rapporto preesistente. Quanto al primo punto, come si scriver , **la legge nega la risoluzione**, salvo il caso, che si spiega con la prevalenza dell'autonomia della volont  sul rigore dei principi, che le parti abbiano espressamente stipulato il diritto alla risoluzione.

L'altro punto da porre in luce   quello delle garanzie che accompagnano il rapporto preesistente.   principio pacifico che, ove si abbia una successione di rapporti, **senza estinzione del preesistente**, le garanzie che assicuravano l'adempimento delle obbligazioni **continuano a sussistere nel nuovo rapporto**, se non si crea una situazione di obiettiva incompatibilit . La stessa regola trover  applicazione nel contratto transattivo: di guisa che nel caso di transazione normale, rivestir  decisiva importanza l'indagine della incompatibilit  delle situazioni dal momento che l'eliminazione dell'incertezza e della litigiosit  del rapporto

preesistente possono determinare sostanziali mutamenti nel regolamento contrattuale. Nell'ipotesi invece di transazione novativa, si rivela di portata assorbente e decisiva la norma dell'art. 1232 c.c. per la quale con l'estinzione del preesistente rapporto cadono le accessorie garanzie. Salva sempre, nel caso di compatibilità con la nuova situazione, l'espressa riserva delle parti.

Pertanto, sulla base di queste affermazioni, sembra altrettanto lecito affermare che proprio in sede di conciliazione le parti potranno decidere quale tipo di effetto assegnare all'accordo amichevole, ben potendo manifestare *l'animus novandi*. Dovrebbe essere cura del mediatore spiegare alle parti non assistite dai legali³⁰⁹, gli effetti di un eventuale accordo amichevole novativo, suggerendo alle stesse parti, se del caso, la redazione di una clausola sul diritto alla risoluzione.

§ 4 _ Garanzia per evizione³¹⁰.

Si è scritto che la transazione concepita costitutivamente consiste in una nuova configurazione del rapporto preesistente di cui costituisce la fonte negoziale. Si sa pure che la nuova disciplina del rapporto si raggiunge mediante un vicendevole sacrificio rispetto alle pretese delle parti, ma che ciò non implica

³⁰⁹ In sede di mediazione mentre si scrive non è prevista l'assistenza legale obbligatoria, seppur invocata a più riprese dal CNF. Senza entrare nel merito delle richieste del Consiglio nazionale forense, è il caso di osservare che in sede di mediazione le conseguenze giuridiche di un accordo amichevole potrebbero essere sottovalutate dalle parti non assistite da un avvocato o da patrocinante abilitato. La sottovalutazione potrebbe essere provocata proprio dalla (eccessiva) fiducia posta dalle stesse parti nel mediatore. Fiducia che potrebbe non essere ricambiata nell'ipotesi di insufficiente preparazione del mediatore in materie giuridiche.

³¹⁰ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 371 e ss.

necessariamente né una modificazione rispetto al preesistente rapporto, né spostamento di beni e diritti da una parte all'altra.

Poiché con la transazione le parti effettuano una rinuncia alle rispettive pretese, esse non divengono titolari di alcun diritto nuovo, ma ne consolidano uno preesistente in proprio favore. Si comprende con ciò che sarebbe incongruo attribuire ai transigenti un reciproco obbligo di garanzia.

Oltre a ciò, se si considerano i presupposti della garanzia per evizione e la sua configurazione nel nostro ordinamento, si rivela decisiva l'osservazione che si tratta di istituto previsto espressamente in relazione ad alcuni specifici contratti (vendita, divisione), e che non pare sufficiente l'addurre a presupposto della garanzia per evizione un negozio a titolo oneroso per estenderne l'applicazione alla transazione.

Sembra quindi lecito asserire che nella **transazione non opera la garanzia per evizione**. Troveranno applicazione invece le regole relative alla **transazione su cosa altrui** di cui sopra si sono già esaminati gli effetti. Identiche considerazioni conducono ad escludere la **garanzia per vizi occulti**.

Concordemente, invece, viene ammessa la garanzia per evizione limitatamente alla cosa, **estranea alla controversia**, data in corrispettivo della rinuncia alla pretesa, poiché, come si sa, riguardo a questo oggetto, la transazione assume efficacia traslativa.

Diverse sono le conseguenze nel caso inverso, quello cioè in cui a subire l'evizione sia il transigente, al quale si è riconosciuto il diritto all'oggetto controverso, dietro prestazione di un oggetto

estraneo alla contesa. Naturalmente, secondo la regola, non sarà applicabile la garanzia per evizione; risolvendosi il contratto **in una transazione su cosa altrui**, di questa seguirà la sorte. Il negozio sarà nullo per mancanza di oggetto e le cose dovranno **essere rimesse nello stato preesistente**: avvenuta la rivendicazione, la lite viene svuotata del suo contenuto e la prestazione eseguita, restando senza causa, potrà essere ripetuta mediante l'ordinaria *condictio indebiti*.

Se, come regola, sulla garanzia da evizione nell'ambito della transazione vi sono dubbi circa la configurabilità, nulla sembra vietare che chi transige abbandonando la propria pretesa **possa espressamente assumersi la responsabilità per evizione**.

§ 5 _ Effetti rispetto ai terzi.

Occorre ora occuparci degli effetti della transazione rispetto ai terzi.

Sopra si è ricordato il principio generale imperante in materia, sancito al secondo comma art. 1372 c.c.: « Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, che nei casi previsti dalla legge».

Costituiscono un corollario di questa regola i risultati a suo tempo raggiunti trattando della natura e dell'efficacia della transazione, la quale, manifestando soltanto *ex nunc* i suoi effetti non intacca i diritti dai terzi precedentemente acquistati. Nel vigente ordinamento si è operata una semplificazione, perché secondo quanto più sopra s'è detto, la riconosciuta irretroattività della transazione consente pienamente il rispetto del principio di cui all'art. 1372 c.c. e troverà applicazione la regola che nel

conflitto fra diversi interessati, ognuno potrà richiedere l'accertamento del proprio diritto.

§ 5.1 _Transazione e stipulazione a favore di terzi. Si ammette comunemente³¹¹ che la transazione possa contenere una stipulazione a favore di terzi, in conformità dell'art. 1411 c.c.³¹².

Il caso più semplice si verifica quando le parti, ponendo fine alla controversia, **accertano i loro diritti** e in più effettuano una stipulazione a favore di terze persone, avente per contenuto beni e diritti estranei alla controversia. Ai sensi del secondo comma art. 1411 c.c., il contratto a favore del terzo raggiungerà pienamente i suoi effetti, allorché il terzo dichiarerà di volerne profittare.

Dove l'accordo contrattuale a favore di terzi si atteggia in modo piuttosto singolare è nel caso di transazione semplice, quando cioè l'attività negoziale delle parti si limita all'ambito della cosa controversa. In questo caso una stipulazione a favore di terzi sarà tutt'altro che frequente.

Anche in questo caso non vi sono ostacoli logico-giuridici che impediscano al titolare di un diritto risultante da conciliazione di sottoscrivere un accordo amichevole contenente una stipulazione in favore di terzo.

§ _ 5.2 Efficacia della transazione nei confronti dei

³¹¹ D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pag. 198.

³¹² VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 361 e ss.; GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 213 e ss..

coobbligati solidali³¹³.

Vi è una speciale categoria di terzi, la cui peculiare caratteristica è l'essere **legati ad una delle parti contraenti** da un vincolo di particolare natura, in considerazione del quale non può ritenersi applicabile la regola della indifferenza della *res inter alios acta*.

Sono esempi di questi legami l'obbligazione solidale³¹⁴ e dell'obbligazione indivisibile³¹⁵.

Entrambe le figure presentano aspetti originali, ma riconducibili, sotto il profilo dell'efficacia della transazione rispetto al coobbligati³¹⁶ a un principio generale. Infatti allorché esiste tra più soggetti un vincolo di coobbligazione in virtù del quale la

³¹³ Corte di Cassazione Sezione 1 Civile, 8 luglio 2009, n. 16050, in Mass. Rep. Lex24: l'art. 1304, primo comma, c.c. nel disciplinare gli effetti della transazione intervenuta fra il creditore ed uno dei condebitori solidali, si riferisce alla transazione concernente l'intero debito solidale, mentre quando l'oggetto del negozio transattivo sia limitato alla quota interna del debitore solidale stipulante, si riduce l'intero debito dell'importo corrispondente alla quota transatta con il conseguente scioglimento del vincolo solidale fra lo stipulante e gli altri condebitori, i quali pertanto rimangono obbligati nei limiti della loro quota.

³¹⁴ Corte di Cassazione Sezione 3 Civile, 30 ottobre 2009, n. 23057, in *La Tribuna, Arch. Giur. Circ. Sin. Str.*, 2010, 2, pag. 112: “tra l'assicuratore della r.c.a. e l'assicurato sussiste, nei confronti del terzo danneggiato, un vincolo di solidarietà passiva solo entro i limiti del massimale. Da ciò consegue che la transazione stipulata tra l'assicuratore ed il terzo danneggiato giova all'assicurato soltanto nei limiti del massimale di polizza e che, se nella transazione non si afferma nulla in merito al danno eccedente tale limite, il danneggiante resta tenuto al risarcimento di quest'ultimo.

³¹⁵ Così VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 346 e ss.; D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 201 e ss..

³¹⁶ Considerazioni analoghe valgono per i c.d. “garanti”. Anche il vincolo di garanzia prevede la possibilità di regresso.

legge riconosce un diritto di regresso fra gli interessati, alcuni atti compiuti da uno di essi **possono essere invocati dagli altri**.

All'enunciato principio è riconducibile una **numerosa serie di atti**, dei cui effetti i coobbligati **possono profittare**, ma che a loro non sono opponibili, o dai quali comunque non possono essere pregiudicati. Il legislatore menziona espressamente tali atti nelle ipotesi di novazione (art. 1300 c.c.), **transazione (art. 1304 c.c.)**, giuramento (art. 1305 c.c.), giudicato (art. 1306 c.c.), il riconoscimento del debito (art. 1309 c.c.), l'interruzione e la rinuncia alla prescrizione (art. 1310 c.c.).

Nell'ipotesi che ci interessa più da vicino, ossia la transazione nelle **obbligazioni solidali**³¹⁷, il negozio stipulato da un coobbligato potrà produrre efficacia nei confronti degli altri obbligati estranei al negozio. **Basterà semplicemente una dichiarazione resa da parte del terzo di volere profittare degli effetti favorevoli del negozio**³¹⁸. Comunemente si esclude che i coobbligati solidali possano venire pregiudicati dalla transazione svantaggiosa, pertanto il debitore o creditore solidale si reputa investito unicamente del *mandatum utile*: essi infatti non possono essere obbligati, senza il loro consenso, in modo diverso da

³¹⁷ Cass. Civ., 22 giugno 2009, n. 14550, in *Mass. Repertorio Lex24*, 2009: "Se uno dei condebitori solidali transige la lite con l'unico creditore, pagando una somma astrattamente corrispondente alla propria quota di debito, l'unico effetto di tale transazione nei confronti degli altri condebitori è lo scioglimento della solidarietà rispetto al transigente, e la riduzione del debito complessivo in misura pari all'importo pagato da questi, mentre non trova applicazione l'art. 1304, comma primo, cod. civ., dettato unicamente per le ipotesi in cui la transazione abbia riguardato l'intero debito.

³¹⁸ A questi terzi la legge riconosce qualcosa di diverso dall'estensione degli effetti contrattuali altrui, vale a dire il potere, esercitatile; GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 231 e ss..

quello in cui l'obbligazione fu primitivamente assunta. E la giurisprudenza ha seguito fedelmente questo insegnamento. Le stesse considerazioni e la stessa disciplina valgono per la solidarietà attiva.

Giova ora chiedersi quali siano le conseguenze della transazione stipulata da uno dei coobbligati **sull'intero debito** qualora gli altri non intendano approfittarne. In accordo con la giurisprudenza di legittimità poiché la transazione nei loro confronti sarà priva di ogni effetto³¹⁹, la sua efficacia resterà limitata alla quota dell'obbligato che ha transatto, con la conseguenza che di questa quota dovrà ridursi l'intera obbligazione.

Da ciò discendono i seguenti corollari. È possibile che l'efficacia della transazione nell'obbligazione solidale sia limitata alle parti contraenti; ciò si verifica nei seguenti casi: allorché le parti limitano espressamente la transazione alla loro quota di debito e

³¹⁹ Corte di Cassazione, 10 novembre 2008, n. 26909, in *CED*, 2008: “nel giudizio instaurato nei confronti di più debitori solidali, la sopravvenuta transazione della lite tra il creditore ed uno dei debitori, comporta che il giudice del merito, in sede di dichiarazione della cessazione della materia del contendere, debba valutare se la situazione sopravvenuta sia idonea ad eliminare ogni contrasto sull'intero oggetto della lite, anche in riferimento al condebitore solidale rimasto estraneo alla transazione e, quindi, se sia intenzione di questi profittarne ex art. 1304 cod. civ. (Fattispecie relativa a controversia sulla domanda di risarcimento del danno da occupazione appropriativa nei confronti del Comune e dell'I.A.C.P., in cui la S.C. ha ritenuto corretta la valutazione del giudice di merito che aveva dichiarato cessata la materia del contendere limitatamente al rapporto tra l'attore ed il Comune sulla base di una transazione tra essi intervenuta non contenendo l'atto alcun riferimento all'I.A.C.P., né risultando che quest'ultimo avesse inteso profittarne).

di credito, oppure quando il creditore (nella solidarietà passiva) riservi il suo diritto verso gli altri debitori e infine quando la transazione sia fondata sopra ragioni personali. Poiché da siffatta transazione la posizione degli altri obbligati non può essere né pregiudicata né favorita, la totalità del credito o del debito dovrà esser ridotta della quota del transigente.

§ 5.3 _Transazione e obbligazione indivisibile.

Uguale problema si presenta, come si è accennato, per le obbligazioni indivisibili. La soluzione di molte questioni, e fra esse di quella che ci occupa, è facilitata dall'adozione di un sistema uniforme, ottenuto con la norma di rinvio dell'art. 1317 c.c., il quale estende l'applicabilità delle norme sulle obbligazioni solidali alle obbligazioni indivisibili, in quanto sia consentita dalla natura di queste. E poiché non si vede alcun ostacolo a che l'art. 1304 c.c. sia applicato alle obbligazioni indivisibili, si deve ritenere che i condebitori e i creditori nella obbligazione indivisibile possano profittare della transazione stipulata da un loro coobbligato. La spiegazione di questa conclusione si trova anche qui nel principio sopra accennato, fondato sopra l'esistenza di un vincolo di coobbligazione e di reciproco mandato³²⁰.

§ 5.4 _Transazione del compratore col terzo rivendicante nei confronti del venditore garante per evizione³²¹.

Una singolare ipotesi di transazione, non scevra di effetti nei confronti di determinati terzi è contemplata all'art. 1486 c.c.

³²⁰ Così VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 347.

³²¹ Sul punto vedasi GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 167 e ss..

È ivi previsto il caso del **compratore** che riesca **ad evitare l'evizione** transigendo col **terzo rivendicante**, accordando a quest'ultimo una **somma di denaro**. La legge prevede che di tale transazione possa giovare il venditore, obbligato alla garanzia per evizione, liberandosi dalle conseguenze del suo obbligo rimborsando al compratore **la somma da questo pagata**, oltre a spese ed interessi.

Anche qui, la ragione della possibilità di invocare i favorevoli effetti della transazione discende dal vincolo di garanzia che lega le parti e che si concreta nel diritto di regresso del garantito verso il garante. Sull'esistenza di questo vincolo si fonda quel tacito mandato *in utilibus*, per il quale il garante ha facoltà di ratificare l'operato del garantito.

Al contrario, il venditore garante non è vincolato dalla transazione, che non gli può venire opposta. Allorché il compratore agirà contro di lui per il rimborso di quanto ha pagato per evitare l'evizione, si viene a creare una situazione analoga a quella prevista nel secondo comma dell'art. 1485 c.c., nel quale si menzionano le conseguenze dello spontaneo riconoscimento del diritto del terzo da parte del compratore. A questo, che vuole conseguire il rimborso, toccherà l'onere di provare che non esistevano ragioni sufficienti per impedire l'evizione, o che, comunque la somma pagata era proporzionata al rischio che si è evitato.

Ora, traslando queste considerazioni nel campo della mediazione delle controversie civili e commerciali non può essere non fatto un riferimento all'integrazione del contraddittorio. Nel processo civile in tutti i casi in cui si accerti che la decisione non possa

essere affermata nei confronti di più parti queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. L'ordinamento si premura che tutti gli "interessati" partecipino al processo (anche senza assumere la qualità di parte, quindi restando inerti o, tecnicamente, contumaci)³²², se ciò non accadesse si avrebbe un'eventuale sentenza "*inutiliter data*"³²³⁻³²⁴. Le norme processuali regolamentano il litisconsorzio necessario e facoltativo (art. 102 e 103 c.p.c.) e va da se che l'organismo di mediazione dovrebbe curare attentamente la fase dell'integrazione del contraddittorio³²⁵ anche su suggerimento del mediatore.

Nei casi summenzionati sembra potersi ipotizzare un'applicazione pedissequa del regime stabilito per la transazione all'accordo amichevole sviluppatosi in sede di mediazione.

³²² Similmente MANDRIOLI C., op. cit., pagg. 204 e ss..

³²³ Non è questa la sede per addentrarci sul significato della locuzione "*inutiliter data*", di fatto l'inutilità viene postulata ora in capo solo ai terzi, ora anche alle parti e c'è chi sostiene la nullità e finanche l'inesistenza della pronuncia giudiziale.

³²⁴ L'integrazione del contraddittorio non è estranea anche all'arbitrato: il mancato rispetto del litisconsorzio necessario ha come conseguenza l'improcedibilità dello stesso (art. 816 *quater*, comma 3).

³²⁵ La giurisprudenza negli anni ha creato una casistica ormai consolidata, ravvisando in questa o quella fattispecie la necessità di un litisconsorzio necessario o facoltativo.

Capitolo 6

L'invalidità dell'accordo amichevole.

§ 1 _ Cause d'invalidità dell'accordo amichevole.

Il termine di invalidità è usato in dottrina con significato sufficientemente uniforme ad indicare il difetto dipendente da cause intrinseche per cui il negozio è vulnerato nella sua costituzione fin dal momento della nascita³²⁶. In questo senso, sono causa di invalidità tanto la mancanza o il vizio di un requisito essenziale, quanto la violazione di una norma imperativa di legge. Così intesa **l'invalidità si distingue dall'inefficacia**, dipendente da cause estrinseche consistenti nella mancanza di circostanze estranee alla formazione del negozio, **in sé valido**, ma la cui esistenza è necessaria perché esso manifesti i suoi effetti. Nell'ambito del concetto di invalidità si suole poi operare una fondamentale distinzione, anche questa consolidata da una lunga tradizione dottrinale, e oggi sicuramente accolta dalla nostra legge, fra nullità e annullabilità³²⁷ del negozio, termini usati ad indicare il primo l'invalidità completa e insanabile, il secondo l'invalidità relativa e sanabile. Com'è risaputo, le caratteristiche della nullità consistono nell'operare *ipso iure*, nella absolutezza, insanabilità, imprescrittibilità; mentre invece caratteristiche della annullabilità sono il verificarsi l'annullamento *officio iudicis*, la relatività, la sanabilità e la prescrittibilità dell'azione.

L'elaborazione di queste nozioni e la loro applicazione rientrano nella teoria generale del negozio giuridico; a noi interessa

³²⁶ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 377 e ss..

³²⁷ Sulla nullità e l'annullabilità del contratto vedasi i recenti lavori di BIANCHI G., *Nullità e annullabilità*, Padova, 2002, pagg. 134 e ss. MARINI G., *Il contratto annullabile*, in *Trattato del Contratto*, diretto da Roppo V., V, Milano, 2006, pagg. 307 e ss., DI MARZIO. F., *Nullità del contratto*, Padova, 1999, pagg. 554 e ss..

osservare le particolarità che il nostro istituto riflette rispetto alle regole generali.

Se nello specifico caso della transazione valgono le regole generali summenzionate³²⁸ ma vi sono norme speciali che fanno riferimento ad altri vizi, qual è quello della **temerarietà della pretesa**, considerato eccezionalmente un caso di annullabilità (art. 1971 c.c.). Altra ipotesi espressa di invalidità è quella prevista all'art. 1972 c.c., comma primo, che commina la nullità della transazione relativa ad un contratto illecito, di cui per evidenti ragioni di connessione, si parlerà insieme alla transazione su titolo nullo. Nei paragrafi successivi si verificherà se invalidità e poi inefficacia riferibili al contratto di transazione potrebbero incidere anche sull'accordo amichevole stipulato in sede di procedimento di mediazione.

Segue ... L'art. 1971 c.c.. Il requisito della buona fede. Temerarietà³²⁹. Rapporto con la procedura di mediazione.

³²⁸ Riguardo ai requisiti essenziali, enumerati all'art. 1325 c.c., la mancanza o la illiceità della causa secondo gli artt. 1343 c.c., 1344 c.c., o del motivo nell'ipotesi dell'art. 1345 c.c., determinerà la nullità del negozio a norma dell'art. 1418 c.c.. Dell'oggetto e della forma della transazione si è detto nei capitoli precedenti e si è visto quali siano le conseguenze che tengono dietro al difetto di tali requisiti. Pure sopra sono stati esaminati i requisiti della capacità e della legittimazione e si è visto che la conseguenza della loro mancanza è l'annullabilità.

³²⁹ Corte di Cassazione, 3 aprile 2003, n. 5139, in *Il Foro Italiano*, pt. I, n. 11, Bologna, 2003, pag. 3047: "L'annullamento della transazione per temerarietà presuppone che la pretesa fatta valere dalla parte, nei cui confronti si chiede l'annullamento, sia assolutamente ed obiettivamente infondata e che vi sia consapevolezza dolosa di detta temerarietà".

L'art. 1971 c.c.³³⁰, richiede la buona fede come requisito specifico della lite transigibile. Per aversi valida transazione **non occorrerebbe quindi l'incertezza della lite**, ma neppure sarebbe sufficiente una lite soltanto, qualunque essa sia e così anche temeraria, a fungere da presupposto del nostro negozio. Ai sensi dell'art. 1971, perché lo schema causale del negozio sia perfetto e **la causa non si presenti inficiata da illiceità**, sarebbe necessario che la lite cui si pone fine **non** rivesta il carattere della **temerarietà**³³¹. La pretesa e la contestazione dei transigenti devono quindi essere avanzate in buona fede; la mancanza di questo elemento ha per conseguenza l'annullabilità del negozio. L'art. 1971 c.c. è strettamente collegato all'art. 96 c.p.c.. Entrambi hanno quale scopo ultimo quello di evitare che pretese volutamente infondate o contestazioni solamente dilatorie nel secondo caso arrechino danno all'amministrazione della giustizia, nel primo caso ed anche nel secondo comportino un danno alla parte che (per sfinimento) finisse per capitolare di fronte ad una pretesa o una contestazione consapevolmente artificiose. Detto ciò sulla *ratio* degli istituti appare ragionevole far rientrare l'accordo amichevole nell'orbita dell'art. 1971 c.c. con la conseguenza che nel caso in cui fosse concluso un accordo amichevole viziato da temerarietà questo potrebbe essere dichiarato nullo.

§ 1.1 Vizi della volontà.

³³⁰ L'Art. 1971 c.c.: "Se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa l'altra può chiedere l'annullamento della transazione".

³³¹ D'ONOFRIO P., (*Della transazione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. BRANCA G., Bologna, 1959, pagg. 226 e ss.) ritiene che la parte proponente sia consapevole della temerarietà della lite, escludendo dunque dall'elemento soggettivo le ipotesi di colpa lieve o grave (ed ammettendo solo il dolo).

In questa sede può essere rilevante intraprendere un percorso relativo alla materia dei così detti vizi di volontà, nelle tradizionali figure dell'errore, della violenza e del dolo, che invalidano il negozio, rendendolo annullabile. Il percorso come già visto, prenderà le mosse con riferimento all'istituto che con l'accordo amichevole ha più affinità (la transazione) per poi verificare l'applicabilità delle nozioni analizzate nell'ambito della mediazione.

Tra i vizi della volontà, se il dolo e la violenza non presentano nell'applicazione alla transazione singolarità di grande rilievo rispetto alla regolamentazione generale, riveste notevole importanza l'errore³³², al quale sono consacrati l'art. 1969, 1972, 1973, 1974, 1975 del codice civile, in pratica poco meno della metà delle norme di cui si compone la disciplina della transazione³³³.

Segue ... L'errore³³⁴: essenzialità e riconoscibilità³³⁵. Errore relativo a un *caput controversum* e *non controversum*³³⁶.

³³² Sul punto, Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, 3 gennaio 2011, n. 72: "in tema di contratto di transazione, ai sensi dell'art. 1969 cod. civ., è rilevante il solo errore di diritto sulla situazione costituente presupposto della "*res controversa*" (e, quindi, antecedente logico della transazione) e non anche quello che cade su una questione che sia stata oggetto di controversia o che avrebbe potuto formare oggetto di controversia

³³³ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 379.

³³⁴ Grondona M., *Gli errori*, in *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, pag. 534.

³³⁵ In tema di transazione, GRONDONA M., *Gli errori*, in Aa. Vv., *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, pagg. 534 e ss..

³³⁶ Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, 13 maggio 2010, n. 11632, in *Mass. Rep. Lex24*, 2010: "nella transazione c.d. "conservativa", con cui le parti si limitano a regolare il rapporto preesistente mediante reciproche concessioni, senza crearne uno nuovo (come avviene invece

Per errore, come causa di invalidità dei contratti, si intende comunemente una falsa rappresentazione della realtà, che determina il formarsi di una volontà che senza l'errore non si sarebbe formata o si sarebbe formata diversamente. Questa è la definizione per lo più adottata dell'errore-vizio, quello che qui interessa, e che si distingue dall'errore ostativo, di cui la legge menziona l'ipotesi di errore sulla dichiarazione, all'art. 1433 c.c.. L'accento a questa causa di invalidità ci offre l'occasione di osservare che nel diritto vigente la disciplina e le conseguenze dell'errore ostativo sono identiche a quelle dell'errore-vizio (art. 1433 citato). Perché l'errore, come vizio della volontà, assurga a causa di annullamento, la legge richiede il concorso di specifiche caratteristiche che vengono precisate nell'essenzialità e nella riconoscibilità da parte dell'altro contraente. È la stessa legge a chiarire quando l'errore è essenziale, elencandone tassativamente le ipotesi all'art. 1429 c.c., ipotesi che si possono ridurre ad un concetto unitario, osservando che in ognuna di esse l'errore reagisce sul negozio concluso con tale intensità da far presumere che, indipendentemente da esso, il soggetto **non avrebbe contrattato**³³⁷. Sulla riconoscibilità, altro requisito dell'errore,

nel caso di transazione c.d. "novativa"), il rapporto che ne discende è comunque regolato dall'accordo transattivo e non già da quello che in precedenza vincolava le parti medesime, con la conseguenza che la successiva scoperta di inadempimenti non rilevati al momento della transazione (nella specie, relativa ad un contratto di appalto privato di lavori) può essere eventualmente fatta valere con l'impugnazione per errore dell'accordo transattivo, siccome rilevante ove abbia ad oggetto il presupposto della transazione e non già le reciproche concessioni. L'accertamento relativo alla natura ed alla portata dell'accordo transattivo integra un apprezzamento di fatto riservato al giudice sul merito, incensurabile in sede di legittimità se la relativa motivazione sia immune da vizi logici e giuridici

³³⁷ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 381.

causa di annullabilità, l'art. 1431 c.c. ne precisa la natura, definendo errore riconoscibile quello rilevabile da una persona di “normale diligenza”. Questo elemento è richiesto a tutela dell'altro contraente. Ma l'operatività dell'errore nella transazione non si manifesta senza particolarità. Poiché essenziale caratteristica del negozio è quella di agire sopra un rapporto giuridico preesistente, **l'errore che vizia il negozio sarà relativo al rapporto litigioso o incerto.** In questa particolare caratteristica della transazione, trova pure fondamento una distinzione, che nella teoria dell'errore nella transazione, assume decisiva importanza. L'art. 1969 c.c.³³⁸ è chiarissimo nel riferirsi l'errore relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti, ad esclusione dell'errore ad esse estraneo³³⁹. La richiamata norma è limitata, è vero, alla sfera dell'errore di diritto, ma vedremo che la portata della posta distinzione trascende questi termini, per estendersi a tutto il campo dell'errore nella transazione. Sul terreno logico-giuridico, la correttezza della distinzione accennata si chiarisce solo che si rifletta che all'esistenza di un valido contratto di transazione è necessario uno dei requisiti specifici in precedenza illustrati, l'incertezza e la lite, e a nulla rileva che il dubbio e la controversia siano generati da errore sul punto che costituisce

³³⁸ L'art. 1969 c.c. asserisce che: “La transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti”.

³³⁹ Già in diritto romano fu messa in rilievo la necessità di distinguere fra errore cadente sul *caput controversum* o sul *caput non controversum*, ammettendo all'uno e all'altro conseguenze del tutto opposte: la inoppugnabilità della transazione nel primo caso, l'invalidità nel secondo.

l'oggetto del contrasto³⁴⁰.

La transazione su titolo nullo rispecchia senza dubbio un'ipotesi di negozio viziato per errore di diritto e se un contraente si è indotto a transigere nell'ignoranza della nullità, il contratto è annullabile, riconoscendosi la compatibilità di questa conseguenza con l'errore di diritto; per converso la validità della transazione su documenti falsi, qualora le parti abbiano trattato della falsità, sta a provare la inoppugnabilità del contratto per errore di fatto sopra un *caput controversum*; mentre ancora più chiara riesce l'ipotesi della transazione riferita anche alla possibilità che vengano scoperti documenti decisivi di cui s'ignora l'esistenza; la successiva scoperta non avrebbe rilevanza ai fini dell'annullabilità del negozio.

Un esempio ugualmente significativo, al di fuori delle fattispecie positive, può offrire il caso in cui si transiga sulla proprietà di un oggetto che si credeva prezioso o di gran valore (un gioiello, un quadro d'autore) e tale ritenuto dalle parti ma poi risultato falso. È chiaro che una tale transazione sarà annullabile, mentre opposta sarà la soluzione se dal contratto emerga che il dubbio delle parti sia caduco proprio sul valore o sull'autenticità dell'oggetto. L'errore è pur sempre di fatto, ma proprio per la distinzione fatta, diverse sono le conseguenze.

³⁴⁰ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 382. Se si ammettesse che siffatto errore avesse la virtù di invalidare il negozio, rendendolo annullabile, ciò equivarrebbe a riconoscere che la transazione potrebbe sempre impugnarsi perché successivamente l'incertezza è cessata, o perché il contraente può provare l'erroneità della sua incertezza. Proprio l'incertezza soggettiva è in moltissimi casi determinata proprio da errore di fatto o di diritto relativo alla questione disputata, per questa via si finirebbe per minare le basi stesse dell'istituto, che da strumento di prevenzione e di composizione della lite, ne diverrebbe invece fecondissima fonte.

§ 1.2 Errore di diritto.

Premesso che l'art. 1427 c.c. accorda al contraente il cui consenso fu dato per errore, di chiedere l'annullamento del contratto purché si tratti di errore (anche di diritto) essenziale e riconoscibile e qualora tale errore sia stato la ragione unica e principale del contratto³⁴¹. Questa disposizione nella parte riflettente l'errore di diritto non si applica in materia di transazione in quanto consentire un'indagine simile significherebbe riaprire la controversia che il negozio di transazione aveva eliminato. L'art. 1969 c.c. chiarisce che l'errore di diritto è assolutamente rilevante ai fini dell'annullabilità della transazione, **quando è relativo alle questioni che sono state oggetto della controversia**³⁴². Pertanto l'errore, sia esso di fatto o di diritto, non è causa di annullabilità allorché cadendo sopra la questione *controversa*, è esso la causa

³⁴¹ Così D'ONOFRIO P., (*Della transazione*, op. cit., pagg. 220 e ss.). il quale conferma che l'errore di diritto che rimane operante rispetto alla transazione è quello che non cade sulle questioni che sono state oggetto di controversia fra le parti (*caput non controversum*). Pertanto nel caso che una controversia relativa alla cessione di un fondo si risolva con la cessione di un fondo differente e quest'ultimo appartenesse al demanio, la parte cui venisse attribuito quest'ultimo potrebbe invocare l'errore di diritto.

³⁴² Così si esprime anche la Corte di Cassazione, 2 agosto 2007, n. 17015 in CED, Cassazione, 2007: in tema di annullamento della transazione, ai sensi dell'articolo 1969 del c.c. è rilevante il solo errore di diritto sulla situazione costituente presupposto della *res controversa* e quindi su un antecedente logico della transazione, e non quello che cade su una questione che sia stata oggetto di controversia tra le parti (il cosiddetto *caput controversum*); non è quindi annullabile la transazione con la quale le parti abbiano convenuto un determinato corrispettivo come incentivo all'esodo e a tacitazione di tutti i diritti del lavoratore in relazione alla cessazione del rapporto di lavoro, in quanto, in tal caso, l'errore, incidendo sulle reciproche concessioni, attiene direttamente all'oggetto della transazione e non già a un suo presupposto.

dell'incertezza e della lite³⁴³.

L'errore di diritto può quindi essere causa di annullabilità anche nella transazione, sempre che ricorrano i requisiti della norma generale dell'art. 1429 n. 4, che cioè esso sia, secondo l'insegnamento tradizionale, **la ragione unica o principale del contratto**³⁴⁴.

Fermo restando che la possibilità di concretizzazione dell'errore di diritto in sede di mediazione può essere evitata sia con riferimento al *caput controversum* che al *caput non controversum* per mezzo della perizia e diligenza del mediatore³⁴⁵ che avrà cura di accertarsi che le parti non versino in errore, ovvero³⁴⁶ che questo o quell'aspetto non sia determinante per le parti. Se del caso, potrebbe spingersi a chiedere alle parti di inserire un'apposita postilla nell'accordo amichevole, una precisazione

³⁴³ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 384 e ss..

³⁴⁴ Per chiarire con un esempio le fatte considerazioni si pensi alla transazione stipulata fra erede legittimo e testamentario sopra la nullità del testamento per incapacità di testare. Sarà annullabile la transazione successivamente impugnata dall'erede legittimo adducendo il motivo che il testamento mancava della data che egli per errore di diritto ignorava essere un elemento essenziale. Oppure si pensi

³⁴⁵ Si pensi ad un'ipotesi di errore di diritto che potrebbe verificarsi molto frequentemente in sede di mediazione, ovvero al caso in cui una parte dichiara di transigere ritenendo che dalla transazione scaturiscano gli effetti della vendita. Ovviamente il mediatore deve essere preparato ad esplicitare le possibili conseguenze positive o negative derivanti dalla sottoscrizione dell'accordo.

³⁴⁶ L'art 1429 n. 4 c.c. specifica che esso si considera essenziale quando è stata la ragione unica o principale del contratto, cioè a dire quando è stato determinante. Sotto l'aspetto della corretta formazione della volontà la legge va riguardata come a un fatto giuridico ogniqualvolta il soggetto si è indotto a contrarre ignorando una data situazione esterna configurata da una norma, sempre che essa abbia avuto un'incidenza immediata e diretta. Così GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, pag. 940.

tesa a sottolineare l'essenzialità o meno per la parte di un determinato aspetto, ciò al fine di risolvere future contestazioni con assoluta facilità.

§ 1.3 Errore di fatto in generale in relazione all'art. 1429 c.c.³⁴⁷.

Escluso, come accennato, che possa considerarsi causa invalidante della transazione l'errore di fatto che cade sul *caput controversum*, è da vedere come questo vizio agisca sulla validità del negozio, richiamando le norme generali sui contratti³⁴⁸. L'art. 1429 n. 1 c.c. disciplina il c.d. *error in negotio*, disponendo che l'annullabilità del negozio, discende dall'errore che cade sulla natura e sull'oggetto del contratto³⁴⁹. Sul punto occorre

³⁴⁷Corte di Cassazione Sezione 3 Civile, Sentenza del 8 giugno 2004, n. 10815, in *CED*, 2004: la parte che deduce di essere incorsa in di un errore di fatto sulla natura di un contratto e ne chiede l'annullamento deve indicare quale altro contratto intendeva concludere, mentre per l'errore sull'oggetto deve dimostrare che l'errore cade sull'identità di esso. Essa inoltre ha l'onere di dimostrare l'essenzialità dell'errore e la sua riconoscibilità dalla controparte con l'uso dell'ordinaria diligenza.

³⁴⁸ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 387 e ss.

³⁴⁹ Il primo di questi, c.d. *error in negotio*, è inteso come errore sulla identità specifica del negozio, come se una parte intendesse transigere e per mero *lapsus* dicesse di donare o viceversa. Come detto tale ipotesi non riveste in questa sede grande importanza in quanto il mediatore può e, secondo chi scrive, deve, evitare che un mero lapsus o la fretta possano inficiare la conciliazione. Identico discorso si può compiere sull'errore sull'oggetto del contratto (c.d. *error in corpore*, è il caso in cui si volesse vendere l'oggetto x e si dicesse y; si volesse transigere la lite a e per un *lapsus* si dicesse b). Nei casi di cui alla nota si ritiene che l'errore sia per lo più ostativo, ma la conseguenza è sempre quella dell'annullabilità del negozio, come nelle ipotesi espresse dell'art. 1433 c.c., in cui si menziona l'errore sulla dichiarazione o sulla sua trasmissione, quelle cioè che più concordemente erano anche in passato ricondotte a questa sfera.

sottolineare che durante le sedute comuni e private con le parti il mediatore può e, secondo chi scrive, deve, adottare tutte le misure atte ad evitare che un mero *lapsus* o la fretta possano dar luogo ad un errore (di fatto) in grado di inficiare la conciliazione. In caso contrario l'accordo amichevole, come detto anche con riferimento all'errore di diritto, soggiacerà alle regole sull'errore di fatto stabilite in tema di transazione, con l'esclusione dell'applicabilità dell'errore in punto di *caput controversum*.

§ 1.4_ *Error in re.*

Lo stesso art. 1429 c.c. al n. 2 sancisce l'essenzialità dell'errore, che cade sull'identità dell'oggetto della prestazione, ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso.

Quanto al primo, si osserva comunemente che tale errore si distingue da quello in cui una parte dichiara di voler una cosa e ne vuole in realtà un'altra, che configurerebbe l'ipotesi prevista all'art. 1433 c.c., considerata un caso di errore ostativo. Per errore sull'identità dell'oggetto si intende quello in cui una parte dichiara e vuole effettivamente transigere **sopra un determinato oggetto**, ma **per averlo confuso** con un altro, come se dichiarasse di transigere la lite A, credendo che essa fosse la lite B. A questa ipotesi di errore sulla identità potrà ricondursi anche quella di errore sulla estensione del rapporto preesistente, perché in definitiva la diversità di estensione si risolve in una identità diversa.

Che se, inoltre, nel rapporto oggetto della transazione cade una cosa che apparentemente presenta le caratteristiche della sua specie, ma sostanzialmente di quelle caratteristiche è sfornita, la parte che queste erroneamente suppone esistenti, verserà nell'errore che la legge qualifica come errore **sulle qualità**, che, secondo il comune apprezzamento, in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante per il consenso³⁵⁰.

³⁵⁰ Si pensi per es. alla transazione sulla proprietà di una macchina, apparentemente in condizione di **poter funzionare** e tale ritenuta, ma

§ 1.5_ *Error in persona.*

Si intende agevolmente quali siano le conseguenze di una difformità dell'elemento soggettivo e più particolarmente delle ripercussioni dell'errore di persona relativamente alla transazione alla procedura di mediazione: non ha ragion d'essere³⁵¹, perché il contratto stipulato con la persona che non è il titolare del precedente rapporto, sul quale è sorta contestazione, deve ritenersi assolutamente nullo³⁵². La preesistenza di un rapporto sul quale il negozio agisce fissa l'elemento soggettivo del contratto: i titolari del rapporto o loro successori e parti transigenti non possono mutare. Se l'errore **sull'identità** della persona nella transazione non è configurabile, il problema deve limitarsi alla considerazione dell'errore sulle qualità dell'altro contraente: soltanto in questa forma, cioè come erronea supposizione in un transigente di qualità che invece non ha, l'errore di persona è ipotizzabile nella transazione. La pratica in questo campo offre significativi esempi. Si pensi all'errata supposizione di un grado di parentela con il *de cuius* in colui col quale si transige; oppure la supposta qualità di legittimario di una parte nella transazione con l'erede testamentario. In questi casi, nei quali la **qualità** della persona è indiscutibilmente

che è in realtà mancante di alcuni organi indispensabili al suo funzionamento. Se il corrispettivo è fissato in una somma di danaro, di certo la determinazione dell'ammontare di questa risentirà dell'errore in cui versa il transigente che la macchina supposeva munita dei suoi organi essenziali. La stessa soluzione si deve seguire nel caso in cui oggetto della transazione sia una cosa erroneamente ritenuta preziosa, già sopra menzionato.

³⁵¹ D'ONOFRIO P, *La transazione*, op. cit., pag. 221, ad esempio, menziona di errore sulla persona in transazione senza indugiare troppo sull'astratta possibilità di verifica.

³⁵² VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 389 e ss..

determinante del consenso, non si vedono ostacoli alla proponibilità dell'azione di annullamento *ex art. 1429 n. 3 c.c.*
³⁵³

§ 1.6_ Errore di calcolo e di nome.

L'art. 1430 c.c. dispone: «l'errore di calcolo non dà luogo ad annullamento del contratto, ma solo a rettifica, tranne che, concretandosi in errore **sulla quantità**, sia stato determinante del consenso».

Per errore di calcolo s'intende in dottrina quello che cade sulle operazioni aritmetiche e consiste in un errore materiale di cifre³⁵⁴. Esso appare a prima vista, come un'errata applicazione di un criterio, come se fissare un valore per ciascuno dei determinati oggetti contesi, che si riconoscono all'avversario, si errasse nel calcolo aritmetico del totale, costituente il corrispettivo dell'altro contraente. È esclusa quindi per l'individuazione dell'errore di calcolo ogni apprezzamento, ogni interpretazione, ma deve risultare come **errata conseguenza dei presupposti contenuti o dei punti fissati nella transazione**. Che se invece si trattasse di errore incorso dalle parti nell'esposizione delle loro pretese, sulle

³⁵³ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 390 e ss..

³⁵⁴ Sull'applicabilità dell'errore di calcolo Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, Sentenza del 28 marzo 2001, n. 4528, in CED, 2001, *Archivio Civile*, Piacenza, 2002, 1, pag. 92: in tema di condominio di edifici, l'errore il quale, ai sensi dell'art. 69 disp. att. cod. civ. giustifica la revisione delle tabelle millesimali, non coincide con l'errore vizio del consenso, disciplinato dagli artt. 1428 e seguenti cod. civ., ma consiste nella obiettiva divergenza tra il valore effettivo delle singole unità immobiliari e il valore proporzionale ad esse attribuito nelle tabelle, senza che in proposito rilevi il carattere negoziale della formazione delle stesse.

quali si effettua la transazione, o di criteri, per quanto errati seguiti dalle parti, e in ordine ai quali il calcolo convenuto nella transazione è esattamente eseguito, la correzione è esclusa.

La ragione della diversità di conseguenze fra l'errore di calcolo e l'errore-vizio è di tutta evidenza e va ravvisata nell'esser quello estraneo al giudizio che guida la volontà delle parti, per essere dovuto ad una disattenzione³⁵⁵; è il risultare di una inavvertenza che appare *ictu oculi*, mentre invece ciò che le parti hanno voluto sarebbe il risultato di un calcolo esattamente effettuato³⁵⁶.

§ 2 _ Nullità della transazione relativa a un contratto illecito³⁵⁷.

³⁵⁵ Affine all'errore di calcolo, per la sua natura di materiale inavvertenza è l'errore di nome, il quale si differenzia per la sua completa irrilevanza, non dovendosi neppure correggere. Si ha errore di nome, di indicazione di persona o di cosa, quando l'individualità di questa emerge dal contesto con assoluta certezza.

³⁵⁶ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 391.

³⁵⁷ Sull'illiceità del contratto vedasi: Corte di Cassazione Sezione 1 Civile, Sentenza del 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Guida al Diritto*, 2004, 17, pag. 64: "Anche il contratto nullo è transigibile, ma se è illecito, è valida la sola transazione sulle conseguenze patrimoniali, anche di mero fatto, dell'atto stesso"; Corte di Cassazione Sezione 1 Civile, Sentenza del 10 luglio 1998, n. 6703, in *CED*, 1998: "Mentre, ai sensi del secondo comma dell'art. 1972 cod. civ., la transazione fatta relativamente ad un titolo nullo è annullabile e la relativa richiesta è rimessa esclusivamente alla parte che ignorava la causa di nullità del titolo, la nullità o l'inesistenza, o comunque l'esaurimento del preesistente titolo rimasto invece incontrovertito e fuori della transazione (cosiddetta transazione "non novativa"), invece determinano, indipendentemente da ogni impugnativa, automaticamente l'inutilità della transazione"; Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, Sentenza del 27 agosto 1994, n. 7553, in *Mass. Rep. Lex24*, 1994: "L'art. 1972 comma primo cod. civ. sancisce la nullità della transazione soltanto se questa ha ad oggetto un contratto nullo

Ci siamo fin qui occupati della disciplina generale dell'errore con riferimento alla sua applicazione alla transazione e all'accordo amichevole. Occorre ora esaminare alcune disposizioni con le quali il legislatore ha creduto di regolare espressamente particolari fattispecie benché anch'esse non costituiscano, salvo qualche trascurabile deviazione, che derivazioni dai principi generali³⁵⁸. Le norme che le prevedono sono scritte agli artt. 1972, 1973, 1974, 1975 c.c..

L'art. 1972 c.c., sotto la rubrica «Transazione su titolo nullo» dispone: «È nulla la transazione **relativa a un contratto illecito**, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo. Negli altri casi, in cui la transazione è stata fatta relativamente a un **titolo nullo**, l'annullamento di essa può chiedersi **solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del negozio**»³⁵⁹.

Per fissare con precisione il contenuto e i limiti di queste due disposizioni, giova anzitutto procedere a una distinzione. Nel primo comma si pone il divieto di transigere relativamente ad un contratto illecito, nel secondo comma si riconosce, invece, la possibilità di transigere **validamente** sopra un titolo nullo. La

per illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe le parti e non quando si tratta di contratto nullo per mancanza di uno dei requisiti previsti dall'art. 1325 cod. civ”.

³⁵⁸ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 392 e ss.

³⁵⁹ Il primo comma dell'art. 1972 c.c. vuole estendere alla transazione la disciplina di cui all'art. 1418 c.c., estensione non superflua in quanto il legislatore ha voluto impedire che l'autonomia privata non solo costituisse e regolasse con un contratto un rapporto a contenuto illecito ma che le parti in qualsiasi altro modo lo disponessero in via ulteriore. Così riassume MICCIO R., *Dei singoli contratti*, in AA. VV., *Commentario del Codice Civile*, IV, Torino, 1966, pag. 598.

disciplina antitetica di queste disposizioni, pone di fronte al problema di precisare, insieme al concetto di illiceità, i rispettivi confini delle due richiamate norme. I confini della disposizione sopra riportata che vieta la transigibilità di un **rapporto contrattuale illecito** si precisano col riferimento all'art. 1343 c.c., secondo il quale è illecita e determina la nullità del contratto la **causa contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume**. Si tratta di vizi di sostanza che investono e si ripercuotono anche sulla **transazione, privandola di ogni effetto**, ancorché le parti abbiano trattato della nullità del contratto. Dalla norma in esame si arguisce che la composizione della lite relativa ad un contratto nullo per illiceità della causa è **sottratta alla disponibilità delle parti** e riservata alla competenza dall'autorità giudiziaria. La gravità della sanzione si spiega considerando la particolare natura del vizio che la legge intende colpire³⁶⁰.

Si è giustamente osservato che la nullità della transazione non discende da ogni vizio di sostanza, ma solo da quelli che si risolvono nella illiceità della causa e, pertanto, devono ritenersi escluse dalla sanzione le transazioni relative a contratti, il cui vizio esula da quella sfera. Tale è il **vizio inerente all'accordo**, rispetto al quale è certa questione di nullità (anzi di inesistenza) se si sia o non si sia formato il contratto. Giustamente di detta questione si è affermata **la transigibilità**. Del pari, è vizio di sostanza quello concernente **l'oggetto**, che quando è impossibile o illecito si risolve nella **illiceità della causa, con preclusione della transazione**; invece, quando è indeterminato o

³⁶⁰ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 393.

indeterminabile, si è in presenza di una nullità non dipendente da illiceità. Pertanto, **sulla questione insorta** le parti potranno validamente transigere.

Ugualmente **sottratta alla nullità** deve ritenersi la transazione sopra un **contratto nullo per vizio di forma**. Le conseguenze sono di rilievo. Per fare degli esempi che più possono impressionare si pensi alla transazione sopra una vendita immobiliare o una donazione concluse **verbalmente** o sopra un testamento olografo **mancante di sottoscrizione**. Si comprende come la soluzione accolta possa lasciare perplessi, ma essa è sicuramente conforme alla norma.

Segue ... Annullabilità della transazione su titolo nullo³⁶¹.

La transazione su titolo nullo **per causa diversa dalla illiceità** del contratto è dall'art. 1972, comma secondo, dichiarata annullabile da parte del contraente che **ignorava la causa della nullità**, dal che si comprende come assuma rilevanza essenziale l'analisi sull'**elemento soggettivo** della conoscenza o dell'ignoranza del vizio.

Invero, se la trattazione della nullità implica necessariamente la conoscenza, o meglio il sospetto della nullità generatrice dell'incertezza e della lite su questo punto (e non rileva che l'una o l'altra siano causate da errore, perché questo cadrebbe sopra un *caput controversum*) coincidendo in definitiva questa ipotesi con quella della conoscenza della nullità, la coincidenza vien meno

³⁶¹ In tema di transazione di un titolo nullo vedasi DI MARZIO. F., *Nullità del contratto*, Padova, 1999, pag. 446 e ss.; D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 229 e ss.; MICCIO R., *Dei singoli contratti*, op. cit., pagg. 599 e ss..

nell'ipotesi opposta di mancata trattazione e di ignoranza della nullità, perché questi casi si distinguono, oltre che da un punto di vista logico anche per diverse conseguenze giuridiche. Sul terreno dell'onere della prova, invece all'attore incomberà l'onere di provare la nullità e al convenuto la conoscenza del vizio nella controparte.

Ciò detto, riesce facile tracciare con precisione la linea di confine fra la **norma in esame e il comma precedente**, che assume la portata di una semplice eccezione, limitata alle ipotesi di nullità per illiceità della causa del contratto. **Regola generale si deve considerare la validità della transazione allorché si sia trattato della nullità**, il che implica, logicamente, la conoscenza nelle parti del vizio dal quale l'atto è inficiato. Oltre ai casi sopra ricordati, del difetto di forma o di consenso, ogni altro vizio inerente al negozio non preclude la possibilità di transigere validamente. Evidente è l'ampiezza dell'art. 1972, co. 2, c.c. ma soprattutto la sua importanza dal profilo del riconoscimento attribuito dalla legge all'autonomia delle parti. Se si riflette sulla gravità dei vizi che determinano la nullità, e sull'efficacia sanante della transazione rispetto ad atti che diversamente **sarebbero privi di ogni effetto**, si ha un'idea della portata della abdicazione del rigore della legge a favore della volontà privata. Il valore della eccezionale transigibilità del negozio nullo si comprende anche meglio, osservando che l'art. 1423 c.c. ne esclude la convalida.

La nuova formulazione della legge vigente a proposito della transazione su titolo nullo ha determinato il sorgere di una questione non priva d'interesse e che offre lo spunto a un altro ordine di considerazioni. Si è detto poiché la legge riconosce la

validità della transazione conclusa nella conoscenza della nullità, questa costituirebbe un'ipotesi di transazione sulla *res certa*, perché nulla è più certo del ... nulla³⁶². L'errore di questo avviso consiste nel ritenere che **la conoscenza della nullità**, che esclude la impugnabilità, si identifichi con la certezza della nullità; mentre invece è vero che i presupposti della transazione in questo caso sono costituiti dall'incertezza e dalla lite sulla nullità. A parte il rilievo che se le parti sono certe della nullità non s'indurranno (o non dovrebbero indursi) a fare delle concessioni, e che comunque queste non avrebbero carattere transattivo, non si deve dimenticare che la conoscenza del vizio è sempre una **conoscenza soggettiva**, una supposizione, e ben può darsi il caso che su questo punto sorga l'incertezza o la lite che la transazione interviene a toglier di mezzo.

³⁶² VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 395 e ss..

Un esempio chiarisce le cose: la transazione conclusa fra l'erede testamentario e il legittimario, per lesione di legittima, scoprendosi poi che il testamento **difettava di autografia**, sarebbe affetta da errore di fatto, mentre quella conclusa fra gli stessi soggetti sulla stessa questione in base ad un testamento che **si sa non autografo**, ma **ignorandosi che sia questo motivo di nullità**, sarebbe affetta da errore di diritto. La dottrina più seguita non faceva distinzione riconoscendosi la transazione annullabile tanto nell'una che nell'altra ipotesi. Basterà aggiungere che esse riflettono esempi di errore sopra un *caput non controversum*, questa è la ragione dell'invalidità della transazione, poggiante **non sulla nullità della disposizione testamentaria**, ma su altri punti, la cui trattazione ha giusto per presupposto la validità del testamento; tuttavia non può essere dubbio che in tali casi l'ignoranza della nullità del titolo, discenda essa da un errore di fatto o di diritto, è **la causa essenziale e determinante del consenso**, e come tale causa di annullabilità.

§ 3 _ Annullabilità della transazione per falsità di documenti.

All'errore come causa di annullamento del contratto deve riportarsi anche la fattispecie prevista all'art. 1973 c.c., dal quale viene disposta l'annullabilità della transazione «fatta in tutto o in parte sulla base di *documenti* che *in seguito* sono stati riconosciuti falsi³⁶³».

³⁶³ Poiché non è agevole stabilire quale peso abbia avuto il documento falso o una pluralità di documenti nell'indurre la parte alla transazione, la stessa è annullabile per la totalità e non solo per la parte direttamente dipendente dai documenti falsi ed anche se di essi non si sia tenuto conto nel regolamento dei diritti, sempre però che

La falsità dei documenti in base ai quali si è conclusa una transazione, come in ogni caso di errore, fa sì che le parti suppongano esistente una situazione che in realtà non esiste e acconsentano alla stipula di un negozio che non avrebbero concluso, o che avrebbero concluso a condizioni diverse³⁶⁴. Tale ignoranza potrà consistere tanto in un errore di fatto, quanto in un errore di diritto: ricorrerà l'errore della prima specie, se, per esempio, il notaio abbia dichiarato esserci circostanze inesistenti; della seconda specie, se si ritiene che non occorra l'autografia in un testamento olografo firmato da altri col nome del testatore. Non è necessario che la falsità risulti da pronuncia giudiziale, ben potendo discendere da una confessione e comunque da una prova dalla controparte non contestata. Ove non ricorra il presupposto dell'ignoranza della falsità dei documenti, viene meno ogni possibilità di impugnativa della transazione. Anche qui le ipotesi inverse consistono, come già nel caso della transazione sul titolo nullo, nella *conoscenza* della falsità o nella trattazione della falsità. Nel primo caso, ove entrambi i contraenti *conoscano* la falsità dei documenti, transigeranno sulle conseguenze di tale circostanza e non vi è motivo che la legge intervenga ad invalidare un negozio di tale genere. Nel secondo caso, teoricamente ben distinto, ma che in pratica difficilmente riuscirà differenziabile dal primo, vi è il *sospetto* della falsità dei documenti, e il dubbio e la lite cadono proprio su questo punto, e costituiscono il presupposto della composizione contrattuale, il cui contenuto non può ovviamente consistere

abbiano determinato a transigere la parte contro la quale siano stati esibiti ovvero, se la lite fu istituita, prodotti. Così D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pag. 231.

³⁶⁴ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 396 e ss..

nell'accertamento della falsità o della verità, ma nella sistemazione patrimoniale che le parti convengono in relazione alla sospettata falsità, sistemazione patrimoniale comunque astrattamente ipotizzabile e validissima. Quest'ultima osservazione sulla "sospetta falsità" ci deve fare sottolineare proprio l'inettitudine della transazione e di un procedimento di mediazione a *stabilire* la falsità o meno dei documenti. Ovviamente la conclusione della validità della transazione si rivela accertabile allorché la falsità dei documenti sia opera di terzi; nel caso opposto in cui autrice del falso sia una delle parti, si esce dalla sfera dell'art. 1973 c.c. per entrare in quella del dolo³⁶⁵: il contraente che non nutre nessun dubbio sulla falsità della sua pretesa, per esser egli stesso autore del falso, dolosamente genera nell'avversario il dubbio sulla falsità del documento. Ed a nulla varrebbe l'addurre la trattazione della falsità³⁶⁶ ma sarebbero ravvisabili gli estremi del dolo anche nel caso nel quale un transigente ingenerasse nell'altro il dubbio sulla falsità.

Queste riflessioni sul contratto di transazione ci portano a sostenere l'applicabilità di tale possibilità di annullamento in capo all'accordo amichevole. Ovviamente con la postilla che nello speciale caso della mediazione la mancata rilevazione della falsità di documenti non riguarderebbe solo le parti ma le parti e il conciliatore professionista. Ovvero, i documenti dovrebbero essere esaminati da almeno tre soggetti, ciò statisticamente dovrebbe diminuire la possibilità di accordi su documenti falsi. Il

³⁶⁵ Cfr. D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 231 e ss.; GITTI G., *La transazione*, op. cit., pagg. 167 e ss..

³⁶⁶ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 398 e ss.

conciliatore infatti ben potrebbe e dovrebbe esternare alle parti i suoi (fondati) sospetti sulla falsità di un documento alle parti allo scopo di impedire l'esternalizzazione di accordi viziati.

Segue ... Annullabilità per scoperta di documenti³⁶⁷. Rapporto

³⁶⁷ Sul punto vedasi Corte d'Appello Firenze Sezione I Civile, Sentenza del 5 febbraio 2007, n. 207, in *Il Merito*, 2, 2008, pag. 22: “Deve essere qualificato come contratto di transazione l'atto nel cui preambolo le parti stipulanti dichiarino in modo inequivoco di volere transigere le questioni tra loro pendenti e si facciano reciproche concessioni al fine di prevenire una lite. Detti elementi infatti non consentono di ricondurre un simile atto a categoria differente da quella prevista nell'art. 1965 c.c. Solo la scoperta di documenti originariamente ignoti alla parte a causa della condotta di occultamento posta in essere dall'altra può consentire l'annullamento di detta transazione, e, se da un lato è vero che la norma dell'art. 1975 c.c. non pone a carico della parte che intenda chiedere l'annullamento della transazione un onere di verifica ed accertamento di documenti sconosciuti, dall'altro però ciò non significa che la parte che ometta di verificare quanto era agevolmente verificabile possa invertire l'onere della prova, vedendo affermare che la propria mancata conoscenza dipenda dall'altrui condotta di occultamento”; Corte di Cassazione Sezione 3 Civile, Sentenza del 3 aprile 2003, n. 5138, in *Archivio Civile*, Piacenza, 2, 2004, pag. 284: “La “scoperta” di documenti non conosciuti all'epoca della transazione, cui fa riferimento l'art. 1975 cod. civ. per ricollegarvi, in caso di transazione speciale, l'effetto dell'annullabilità della stessa quando il documento scoperto successivamente provi che una delle parti non aveva alcun diritto, attiene alla esistenza del documento cartaceo intero come mezzo di prova, e non già alla conoscenza del contenuto dello stesso; Corte di Cassazione, Sezione 3 Civile, Sentenza del 3 aprile 2003, n. 5138, in *Mass. Rep. Lex24*, 2003: “In tema di scoperta di documenti ignoti al tempo della transazione la non conoscenza dell'esistenza del documento attiene al documento come mezzo di prova (e non, invece, alla situazione giuridica preesistente), e il documento si ritiene scoperto dopo la transazione se prima era affatto sconosciuto, e quindi non si sapeva dove fosse. Posto che lo stabilire in concreto se una transazione sia generale o speciale si risolve in un apprezzamento di fatto, riservato al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità, se immune da vizi logici o giuridici, l'annullamento di una transazione generale non è invocabile dalla parte che, al tempo della stipula del contratto, ignorava il contenuto e/o l'esistenza di documenti già acquisiti o acquisibili. La transazione conclusa generalmente sopra tutti gli affari non è relativa alla generalità delle controversie in atto o in potenza fra le parti, ma è un'unica transazione

con la tutela della riservatezza in sede di mediazione.

L'ultima fattispecie positiva che si ricollega alla disciplina dell'errore nella transazione è quella della scoperta di documenti *successiva* al contratto, contemplata all'art. 1975 c.c.³⁶⁸ Come già l'ignoranza della nullità del titolo, della falsità dei documenti e del giudicato, l'ignoranza di documenti che comprovano una situazione giuridica diversa da quella supposta dai contraenti, genera una falsa rappresentazione della realtà. Questa erronea realtà supposta per vera, costituisce il presupposto della transazione conclusa dalle parti, le quali se fossero state a conoscenza della situazione effettiva non avrebbero contrattato od avrebbero contrattato ad altre condizioni. Dal punto di vista della logica astratta si dovrebbe concludere che il loro consenso è viziato da errore di fatto e il negozio annullabile.

L'art. 1975 c.c. disciplina in due commi separati le distinte ipotesi della transazione “su tutti gli affari” (c.d. generale) e della transazione sopra “un affare determinato” (c.d. speciale), delle quali è opportuno trattare separatamente. La contrapposizione fra transazione generale e sopra un affare determinato, prevista nel comma secondo, non dovrebbe fondarsi sulla pluralità degli oggetti da una parte e l'unicità dell'oggetto dall'altra, ma piuttosto nella volontà delle parti di considerare l'oggetto molteplice o unico. Dice dunque la legge che nella

posta in essere relativamente ad una pluralità di controversie in cui le reciproche concessioni sono relative a tutte le liti insieme; la transazione speciale, invece, riguarda un affare determinato, producendo, quindi l'effetto preclusivo limitatamente ad esso”

³⁶⁸ Cfr. D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 236 e ss.;

transazione *generale*³⁶⁹ la posteriore scoperta di documenti ignorati al tempo della transazione *non è causa di annullabilità del negozio*, che conserva intatta la sua validità, eccezion fatta per il caso di occultamento doloso. Si tratta di una deviazione dai principi generali dell'annullabilità per errore. L'applicazione rigorosa di tali principi imporrebbe di *ammettere l'impugnativa* nel caso in cui la realtà supposta per l'ignoranza dei documenti posteriormente scoperti e la realtà effettiva siano così diverse³⁷⁰ da far credere che la parte non avrebbe transatto a quelle condizioni³⁷¹.

La libertà d'indagine sull'influenza dei documenti scoperti rispetto alla situazione supposta e la conseguente azione di annullamento viene ammessa invece nel caso di occultamento dell'altra parte. E si comprende la ragione: questo fatto concreta un'azione *dolosa*, che viene a concorrere ed assorbe l'errore dell'altra parte; in tal caso il turbamento dell'ordine giuridico si effettua con mezzi fraudolenti, contro i quali la legge accorda difesa.

³⁶⁹ L'ipotesi contemplata dal 1° comma dell'art. 1975 c.c. si riferisce piuttosto ad una pluralità che alla generalità di controversie in atto od in potenza, rendendosi così applicabile al caso che le parti abbiano transatto più liti, pur lasciandone sussistere altre. Così afferma D'ONOFRIO P., *op. cit.*, pag. 237.

³⁷⁰ L'influenza dei nuovi documenti può estendersi a tutte le vertenze pendenti fra le parti o ad alcune o ad una sola e con intensità diversa a seconda della loro essenzialità o meno, graduandosi così in estensione e in intensità. In presenza di una transazione generale, la ricerca di un criterio proporzionale che fornisca il limite di invalidità è cosa tanto incerta da esporre al pericolo di decisioni gravemente arbitrarie, ed è da supporre che sia questa la ragione che ha indotto il legislatore ad escludere in ogni caso la impugnabilità del negozio (Così si esprime VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, *op. cit.*, pag. 414)

³⁷¹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, *op. cit.*, pagg. 411 e ss.

Con la previsione espressa dell'occultamento da parte del *transigente*, la norma in esame esclude l'impugnativa nell'ipotesi in cui l'occultamento sia compiuto da terzi: in tal caso troverà applicazione la disciplina generale del dolo, e il negozio sarà annullabile, allorché all'occultamento da parte del terzo si accompagni il dolo del transigente³⁷².

³⁷² Sul punto D'ONOFRIO P., *Della transazione*, *op. cit.*, pag. 238, ritiene applicabile l'art. 1439 c.c., poiché il dolo del terzo nuoce al contraente che conosceva i raggiri usati e ne ha tratto vantaggio. Occorre però che il raggiro sia costituito da una reticenza (dolo omissivo) su una circostanza (esistenza di documento) che il terzo aveva il dovere di rilevare.

B) Il secondo comma dell'art. 1975 c.c.³⁷³ disciplina le conseguenze della successiva scoperta di documenti, relativamente ad una transazione *sopra un affare determinato* e dispone testualmente: «La transazione è annullabile quando non riguarda che *un affare determinato* e con documenti posteriormente scoperti si prova che una delle parti *non aveva alcun diritto*»³⁷⁴.

La soluzione adottata, sia pure espressa in forma negativa, è sempre quella della *inammissibilità dell'azione di annullamento*, come regola generale. Anche qui come nell'ipotesi della transazione generale ed indivisibile, il presupposto da cui muove la legge è che i documenti nuovi non investano il preesistente rapporto in modo radicale, e la situazione supposta non sia tanto diversa dalla situazione effettiva da far ritenere che la parte non avrebbe contrattato; si presume cioè che l'erronea supposizione non rivesta carattere essenziale.

Ma a questa regola viene portata una interessante eccezione, costituita dal caso in cui la scoperta dei nuovi documenti riveli che una delle parti *non aveva alcun diritto sull'oggetto* della transazione. L'elemento caratteristico e distintivo di questa ipotesi, nella quale la legge offre il rimedio della annullabilità, consiste nell'essere la supposizione di una parte errata nella

³⁷³ Il presupposto dell'invalidità come all'art. 1975 c.c. è la non corrispondenza tra vera situazione originaria e quella rappresentata nella transazione solo che nel caso nell'art 1975, 2° comma, la situazione descritta nel documento è quella vera e quella configurata al momento della transazione la falsa. Così afferma MICCIO R., *Dei singoli contratti*, op. cit., pag. 602.

³⁷⁴ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 414 e ss..

totalità. Si rifletta, per fare un esempio, ad una transazione sull'esistenza di un credito fra erede del creditore e erede del debitore e si scopra poi un documento rivelante che il debito era stato rimesso: se la remissione è stata *totale*, la transazione sarà annullabile, se invece sarà stata *parziale*, purché lasci sopravvivere una porzione anche minima di debito, la transazione sarà valida³⁷⁵.

Anche in relazione a questa fattispecie, è prospettabile il quesito se l'occultamento dei documenti ad opera di una parte debba considerarsi, come nella transazione generale, per sé sola causa invalidante. È opinione preferibile che, essendo richiesta espressamente la prova della *mancaza di ogni diritto*, la circostanza dell'occultamento *non* sia sufficiente al fine dell'annullabilità della transazione.

Qualche parola merita la formula dalla legge usata: « ... si prova che una delle parti non aveva alcun diritto ». Si sa che la mancanza di diritto non è per sé sola causa di invalidità della transazione, poiché il presupposto del contratto non è già l'esistenza del diritto, dal momento che né l'opinione, né la pretesa di una parte (che abbiamo visto dar vita all'incertezza e alla lite), presuppongono necessariamente il diritto. È questa l'unica ipotesi in cui la legge richiede l'esistenza, sia pure parziale, del diritto per la validità della transazione. E la spiegazione di tale divergenza va ricercata nel fatto che la

³⁷⁵ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione, op. cit.*, pag. 417: l'autore afferma che sarebbe valida la transazione avente ad oggetto l'incertezza sull'esistenza di documenti e il contestuale impegno dei contraenti ad evitare le conseguenze che dalla scoperta dei documenti discenderebbero.

transazione in questo caso è viziata da errore per l'ignoranza di documenti che rivelano la totale inesistenza del diritto e che se fossero stati conosciuti, mai il contraente avrebbe transatto a quelle condizioni. Sebbene si tratti quindi di un caso limite, contro cui giustamente la legge presta rimedio, questo comma è in parziale conflitto con il Decreto Legislativo 28/2010.

Segue ... La "riservatezza"³⁷⁶ del procedimento".

Uno dei capisaldi della mediazione³⁷⁷ è proprio il dovere di riservatezza, dovere che ritorna spesso negli articoli del citato decreto legislativo 28/2010 ma con significati decisamente diversi. Secondo quanto prescrive l'art. 3, co. 2, i regolamenti predisposti dagli organismi di mediazione dovranno essere ispirati a tale principio. Il comma 1 dell'art. 9 si riferisce in modo specifico al divieto di divulgazione di informazione *a terzi*, pertanto normalmente, tutte le informazioni relative alla richiesta di avvio della mediazione, o utilizzate durante la stessa, sono riservate e il mediatore e qualsiasi altro collaboratore non possono essere obbligati a comunicare a chiunque tali informazioni, a testimoniare o, comunque, a produrre elementi di prova riguardanti la mediazione nei procedimenti giurisdizionali. Ovviamente la riservatezza viene meno se tutte le parti vi consentono³⁷⁸, oppure se il mediatore è obbligato dalla legge a

³⁷⁶ THIENE A., *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006, pag. 246.

³⁷⁷ Sul punto vedasi SARACINO L., *Il principio di riservatezza cardine della mediazione*, BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENTI A., op. cit., pagg. 169 e ss.; MENICHINO C., *Dovere di riservatezza*, in CASTAGNOLA A., DELFINI F., (a cura di), op. cit., pagg. 144 e ss..

³⁷⁸ Beneficiarie di tale obbligo sono le parti, mentre i destinatari sono coloro i quali svolgono l'attività di mediazione, i dipendenti della struttura di mediazione e tutti coloro i quali, a qualsiasi titolo, vengono in contatto con la procedura di mediazione. Il dovere di

non applicare il principio di riservatezza, se dall'osservanza dell'obbligo di riservatezza deriva il pericolo concreto di un pregiudizio alla vita o all'integrità di una persona³⁷⁹.

Ovviamente siffatto dovere di riservatezza si pone nei confronti dei terzi e *non delle parti*, le quali devono avere conoscenza di tutti gli atti della procedura, alla luce del principio del contraddittorio che ispira la procedura di mediazione al fine di garantire che le parti facciano la loro scelta nel modo più informato e consapevole possibile. Di tutti gli atti, o quasi. E' vero infatti, ed è questo l'aspetto interessante, che il mediatore può avere colloqui separati con ognuna delle parti (*caucus*) e *non rivelare* quanto appreso nel corso di detti colloqui salvo il consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni (art. 9, co. 2, D.Lgs. 28/2010).

Qualora il mediatore abbia colloqui separati con ciascuna parte, l'art. 9, co. 2, D.Lgs. 28/2010 lo obbliga a non rivelare le notizie apprese, a meno che vi sia il consenso della parte dichiarante o

riservatezza non è posto nell'interesse pubblico ma in quello delle parti, le quali possono quindi rinunciarvi, consentendo agli organi di mediazione di non osservarlo.

³⁷⁹ In determinati casi esigenze particolari possono comportare una deroga all'obbligo di riservatezza. Qualora, ad esempio, un soggetto debba necessariamente utilizzare i verbali della procedura di mediazione per far valere un proprio diritto in sede giudiziaria (art. 24 Cost: in tal caso, il giudice dovrà effettuare un bilanciamento tra il diritto alla riservatezza - di una delle parti e il diritto alla prova della controparte e decidere quale dei due debba prevalere. Inoltre, le parti, nonostante l'obbligo di riservatezza, possono fornire informazioni agli organi della pubblica amministrazione sulla base di norme che devono ritenersi **prevalenti** in quanto volte a tutelare interessi di rilevanza pubblicistica (si pensi alla normativa **antiriciclaggio** o alla **normativa fiscale**), e possono altresì comunicare informazioni riservate a categorie particolari di soggetti, quali ad esempio gli azionisti di una società o le banche che intendano accertare la situazione patrimoniale di una società.

della parte dalla quale provengono le informazioni³⁸⁰. Certamente ben potrebbe capitare che una parte esibisca durante il *caucus* un documento (informazione³⁸¹) dimostrante l'assoluta assenza del diritto in capo alla stessa parte. In siffatta eventualità delle due l'una. Se si ritiene il rispetto del dovere di riservatezza primario rispetto al dovere di adoperarsi affinché le parti definiscano la controversia con un accordo non passibile di annullabilità, il conciliatore dovrebbe avvertire la parte circa la possibilità di un'eventuale annullabilità dell'accordo ma in ogni caso non dovrebbe farne parola. Nel caso contrario il conciliatore potrebbe³⁸², forzando di molto il suo ruolo iniziale di facilitatore, formulare una proposta che tenga conto, senza citarlo, del documento scoperto.

§ 4 _ Annullabilità per violenza.

Secondo la regola generale dell'art. 1427 c.c. la transazione è annullabile se il consenso fu estorto con violenza. Com'è noto, la violenza tradizionalmente considerata come vizio del consenso non è già la violenza fisica (*vis absoluta o corpori illata*) che sopprime del tutto la volontà, ma la c.d. *vis compulsiva* o violenza morale, la quale generando il timore di danni gravi, spinge ad una viziata determinazione di volontà³⁸³. Anche questo

³⁸⁰ Sulla violazione dell'obbligo di informativa vedasi, GIAVARRINI S., *Accesso alla mediazione*, in CASTAGNOLA A. E DELFINI F., op. cit., pagg. 58 e ss..

³⁸¹ *Supra* Cap. 1 § 6.1.

³⁸² Sempre nel caso in cui l'altra parte si ostinasse a non voler autorizzare il mediatore a ovviare al suo dovere di riservatezza.

³⁸³ Pertanto anche qui varrà la norma dell' art. 1435 c.c. sui caratteri della violenza, che ha da essere di tal natura da far impressione sopra una persona sensata e farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole, avendo riguardo al criterio dell'età, del

ambito dell'invalidità si palesa difficilmente ipotizzabile nell'ambito di un procedimento di mediazione. E' ovvio che se fosse possibile per una parte "costringere o esercitare una pressione" tale da indurre l'altra a transare una controversia, non sarebbe logico convocarla davanti ad un mediatore il quale, peraltro, potrebbe ben rilevare i condizionamenti esterni.

Segue ... Annullabilità per dolo.

Anche il dolo, come vizio del consenso, non presenta singolarità rispetto alla disciplina generale dei contratti. Da ricordare solo che la legge disciplina espressamente un'ipotesi di transazione annullabile **perché viziata da dolo** nel caso di posteriore scoperta di documenti, occultati dall'altra parte. Come la violenza, per essere causa di annullamento, il dolo deve essere **determinante del consenso**; perciò l'art. 1439 c.c., precisandone i caratteri, dispone che tale efficacia esso assume allorché i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato³⁸⁴. Il vizio in questione, oltre a determinare l'invalidità del negozio, rende l'autore responsabile dei danni recati, come nel caso di violenza.

Il capoverso art. 1439 c.c. contiene un'innovazione rispetto alla cessata disciplina, disponendo che il dolo del terzo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri erano noti al contraente, che ne ha tratto vantaggio. Nel caso contrario invece, il contratto sarà valido, salvo restando il diritto del danneggiato

sesso e della condizione delle persone.

³⁸⁴ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 417 e ss..

al risarcimento del danno da parte del terzo.

Da questa figura di dolo, c.d. determinante o *causam dans*, la legge ne distingue una meno intensa, cioè quella del dolo incidente, le cui conseguenze sono espressamente regolate all'art. 1440 c.c., che recita: «Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni». Se l'applicabilità di questa norma alla transazione è generalmente ammessa così si può anche applicare analogicamente all'accordo amichevole.

§ 5 _ Effetti della dichiarazione di nullità e della pronuncia di annullamento.

Esaminate nelle opportune sedi le cause che determinano la nullità e l'annullabilità della transazione, occorre occuparci delle conseguenze della dichiarazione di **nullità** e della pronuncia di **annullamento**.

Quanto alla prima, troveranno applicazione le regole generali in materia contrattuale: con la dichiarazione di **nullità** la transazione viene “tolta di mezzo”, come se questa non fosse mai stata conclusa.

Tale conseguenza, che si impone senza eccezioni fra le parti, trova un limite, che si giustifica con la tutela dell'affidamento, nei casi previsti dagli artt. 1153 c.c.³⁸⁵ e 2652, n. 6 c.c., i quali, col concorso delle condizioni indicate in dette norme, fanno salvi

³⁸⁵ L'art. 1153 c.c. esprime la famosa regolamentazione “possesso vale titolo”.

i diritti acquistati dai terzi³⁸⁶.

L'effetto **dell'annullamento** fra le parti consiste nel ripristino della situazione esistente prima della transazione, come se la lite non fosse mai stata composta. Conseguentemente cadranno le obbligazioni di cui il contratto era fonte mediata o primaria, mentre **le prestazioni effettuate, sprovviste di causa legittima, potranno ripetersi** in omaggio al principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*³⁸⁷. Se queste sono le conseguenze dell'annullamento vuol dire che tra le parti esso ha efficacia retroattiva. L'esigenza di salvaguardare i diritti dei terzi impone sostanziali limitazioni al principio della retroattività, limitazioni che si giustificano con la necessità vivamente sentita di tutelare i diritti dei terzi che in buona fede hanno confidato nella validità dei loro acquisti.

A questo fine, in determinate circostanze, la legge adotta la regola opposta dell'inopponibilità dell'annullamento della transazione ai terzi. Così, in materia mobiliare, alla stregua dell'art. 1153 c.c. resterà ovviamente impregiudicato l'acquisto del terzo, in base a un titolo idoneo a trasferire la proprietà, anteriore all'annullamento della transazione, dal quale consegue che il dante causa non era il *dominus*. Ciò alla sola condizione che l'acquirente sia in buona fede al momento della consegna, e, pertanto, anche se il suo acquisto è a titolo gratuito, in caso di rivendicazione, a seguito dell'avvenuta pronuncia di nullità o di

³⁸⁶ Lo stesso discorso vale per la pronuncia di annullamento allorché la transazione è soltanto annullabile, con l'avvertenza che in tal caso la tutela dei diritti dei terzi è più estesa.

³⁸⁷ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 420 e ss.

annullamento, validamente sarebbe opposto il principio possesso vale titolo, e ciò anche nel caso in cui l'annullamento fosse pronunciato per incapacità legale, dovendosi riconoscere la prevalenza dell'art. 1153 c.c. sul disposto dell'art. 1445 c.c..

Diverso e più complesso è il sistema seguito per disciplinare l'efficacia dell'annullamento della transazione o dell'accordo amichevole avente per oggetto beni immobili o diritti immobiliari, giacché si ha qui una diretta interferenza degli effetti della trascrizione.

È principio ormai consolidato della nostra dottrina che nei confronti dei terzi la pronuncia giudiziale di annullamento **retroagisce al giorno della trascrizione della domanda di annullamento**, sicché ogni acquisto di terzi a qualsiasi titolo **posteriore** alla trascrizione della domanda di annullamento prescritta dall'art. 2652, n. 6 è destinata a cadere se con l'accoglimento dell'azione di annullamento risulti derivante *a non domino*. Ma più interessanti le ipotesi di diritti acquistati dai terzi in base ad atti trascritti od iscritti **prima** della domanda giudiziale. Esse sono regolate dall'art. 2652, n. 6 cpv. c.c.. Si legge nella prima parte del capoverso che se la trascrizione della domanda di annullamento è avvenuta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato, l'accoglimento della domanda non pregiudica in nessun modo i diritti acquistati e legalmente conservati dai terzi in buona fede a qualsiasi titolo, e la stessa soluzione dovrà adottarsi anche nel caso in cui l'annullamento sia pronunciato per incapacità legale. Questa causa invece rileva nella previsione della seconda parte dell'art. 2652, n. 6 capov. c.c. che disciplina l'ipotesi in cui la domanda è trascritta **prima che siano decorsi cinque anni** dalla trascrizione dell'atto

impugnato: gli acquisti fatti e trascritti dai terzi di buona fede rimarranno fermi nel caso che siano effettuati a titolo oneroso, cadranno se a titolo gratuito, e se, come detto, l'annullamento è pronunciato per incapacità.

Secondo le regole generali, concernenti il negozio giuridico annullabile, anche la transazione o l'accordo amichevole verrà definitivamente sanata per rinuncia espressa o tacita a far valere l'annullabilità (art. 1444 c.c.), (ciò che tecnicamente si indica come convalida) o esecuzione volontaria o comunque col decorso di cinque anni, entro il qual termine deve essere intentata l'azione d'annullamento, secondo le regole dell'art. 1442 c.c.³⁸⁸.

³⁸⁸ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 421.

CAPITOLO 7

Inefficacia dell'accordo amichevole.

§ 1 _ Inefficacia dell'accordo amichevole.

Si suole qualificare come inefficace il negozio giuridico **validamente formato** e quindi provvisto di tutti i suoi requisiti, ma **inidoneo a produrre effetti** a causa di un ostacolo estrinseco. Lo studio dell'inefficacia del negozio appartiene naturalmente alla teoria generale alla quale si deve rinviare.

Solo va osservato che in quell'ambito particolare della inefficacia in senso stretto, per la quale cioè la mancanza di effetti del negozio dipende da una circostanza, che invocata in giudizio può portare ad una dichiarazione di inefficacia, relativamente all'accordo amichevole quale esito della procedura di mediazione potrebbero valere le stesse differenziazioni rispetto ai principi generali dei contratti che si riscontrano con riferimento al contratto di transazione. Ciò rende necessaria una attenta considerazione di alcune di queste cause e dei loro specifici effetti nell'ambito della transazione³⁸⁹ per poi verificare la possibilità di un'applicazione delle stesse all'accordo amichevole. In sostanza si tratta di analizzare le questioni:

- a) della risoluzione per inadempimento;
- b) del divieto di rescissione per lesione;
- c) della risoluzione per eccessiva onerosità³⁹⁰;
- d) della revocatoria.

³⁸⁹ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 429.

³⁹⁰ FICI A., *Sopravvenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, in *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, pag. 948.

Di questi argomenti ci dovremo occupare nei paragrafi seguenti, dopo avere esaminato il problema della inefficacia della transazione da un profilo più ampio, quello della compatibilità del nostro negozio con i c.d. elementi accidentali.

§ 1.1 _ La risoluzione per inadempimento secondo l'art. 1976 c.c.

L'art. 1976 c.c. ammonisce il lettore circa l'impossibilità di risoluzione della transazione per inadempimento nel caso di transazione novativa non accompagnata da specifica regolamentazione sul punto. Questo lascerebbe supporre che nel caso di transazione "semplice" e non "novativa" il rimedio suddetto (la risoluzione) sarebbe sempre applicabile. Si è detto sopra che la transazione costituisce la fonte primaria del **rapporto che si sostituisce** a quello preesistente. Sopra questa premessa, *che costituisce il fondamento della costitutività*, si basa la ragione della risolubilità per inadempimento, risolubilità che va riferita esclusivamente alla transazione. Diversamente il rimedio sarebbe inapplicabile in tutti i casi in cui il rapporto originario non avesse come fonte un **contratto a prestazioni corrispettive**; assunto insostenibile perché in contrasto con la norma in esame. Pertanto, quale che sia l'origine e la natura del rapporto preesistente, la risoluzione per inadempimento della transazione potrà sempre applicarsi allorché ricorrano le condizioni di cui all'art. 1453 c.c., tra le quali essenziale che dalla transazione **sorga almeno un'obbligazione**.

A quest'ultimo proposito, due esempi possono chiarire le cose: nel caso di transazione comportante una **reciproca** remissione di debiti è ovvio che non sono ipotizzabili né inadempimento, né

risoluzione. Diversa ipotesi è quella di una transazione sopra una lite per risarcimento del danno da fatto illecito. Pur non avendo il rapporto originario natura contrattuale, non pare dubbio che il creditore, in caso di inadempimento dell'obbligazione da parte del debitore, potrà avvalersi dell'azione di risoluzione³⁹¹.

Il meccanismo della risoluzione nell'ipotesi normale si realizza **con la reviviscenza del rapporto preesistente**³⁹², il quale, assorbito dalla sistemazione negoziale contenuta nella transazione, deve considerarsi in stato di quiescenza³⁹³.

Questo fenomeno di reviviscenza non è diverso da quello che in generale si verifica nelle ipotesi di annullamento con le limitazioni previste per i diritti acquistati dai terzi (art. 1458 c.c.). Risolta per inadempimento la transazione, la situazione giuridica preesistente risorgerà con la stessa efficacia e con tutte quelle cause che la rendevano litigiosa, come se nessuna ulteriore manifestazione di volontà delle parti fosse intervenuta a sostituirla, mentre si risolveranno immediatamente quei rapporti,

³⁹¹ Una risoluzione che colpirebbe il *contratto* di transazione incidente sulla fonte extracontrattuale di obbligazione.

³⁹² Che, come visto, può avere fonte contrattuale o extracontrattuale.

³⁹³ Cfr. Corte di Cassazione, 26 gennaio 2006, n. 1690, in *CED*, 2006: nell'ipotesi in cui un rapporto venga fatto oggetto di una transazione e questa non abbia carattere novativo la cosiddetta mancata estinzione del rapporto originario discendente da quel carattere della transazione significa non già che la posizione delle parti sia regolata contemporaneamente dall'accordo originario e da quello transattivo, bensì soltanto che l'eventuale venir meno di quest'ultimo fa rivivere l'accordo originario, al contrario di quanto invece accade qualora le parti abbiano espressamente od oggettivamente stipulato un accordo transattivo novativo, cioè implicante il venir meno in via definitiva dell'accordo originario, nel qual caso l'articolo 1976 del c.c. sancisce con evidente coerenza rispetto allo scopo perseguito dalle parti, la irresolubilità della transazione (salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente pattuito).

che, aventi per oggetto beni o diritti estranei alla controversia, trovavano nella transazione la loro fonte. A carico dell'inadempiente ovviamente sorge l'obbligo al risarcimento dei danni.

Gli inconvenienti che nascono sono evidenti, ma inevitabili: il più grave consiste nell'attentato alla stabilità della transazione, che ha sempre costituito un'esigenza vivamente sentita. Inoltre, l'azione di risoluzione dà luogo ad una situazione giudiziale complessa che involge la soluzione di tre ordini di questioni: la questione relativa alla risoluzione del contratto, quella relativa alla controversia preesistente composta con la transazione, che costituisce il presupposto per la decisione della terza, relativa alla determinazione del danno.

Poiché la parte fedele al contratto riproporrà in sede di giudizio sulla risoluzione la pretesa che aveva formato oggetto di transazione, nel rapporto si inserisce la soluzione *secundum ius* della lite transatta.

Con la proposizione della domanda di risoluzione si presenta necessaria la distinzione fra le due ipotesi che la controversia preesistente sia risolta a favore della parte adempiente oppure a suo sfavore³⁹⁴. Nella prima ipotesi, con l'affermazione del

³⁹⁴ Il Valsecchi ipotizza che il giudizio avente ad oggetto la risoluzione del contratto sia strettamente collegato al giudizio sull'accertamento e sulla risoluzione della controversia che aveva dato luogo alla transazione. Ma se la parte inadempiente motivasse il suo inadempimento sostenendo l'ingiustizia e lo squilibrio del componimento transattivo di fatto la transazione in ogni tempo (almeno fino all'adempimento) potrebbe essere messa in discussione. A parere di chi scrive l'azione di risoluzione per inadempimento non deve vertere sulla ragionevolezza della transazione ma sulla fondatezza della domanda di adempimento o risoluzione di quanto

fondamento della pretesa avanzata dall'attore in risoluzione da parte del giudice, le sarà riconosciuto l'integrale diritto, il che equivale a dire che essa si avvantaggerà di quelle concessioni che aveva fatto con la transazione e che saranno annullate a suo favore; nella seconda ipotesi, di decisione sfavorevole della controversia, non potrà esserle assegnato a titolo di risarcimento più di quanto la transazione le attribuiva o l'*id quod interest*, oltre, in ogni caso, ai danni derivanti dal ritardo. Da ciò deriva che le conseguenze della risoluzione variano di estensione fra un limite costituito dall'attribuzione del diritto riconosciuto dalla transazione (al di sotto del quale il risarcimento non può scendere perché diversamente la parte inadempiente potrebbe dalla risoluzione essere messa in condizioni migliori di quanto non facesse la transazione inadempita) e un limite massimo costituito dal riconoscimento integrale della pretesa della parte adempiente³⁹⁵.

stabilito in transazione e sulla quantificazione del risarcimento del danno.

³⁹⁵ Sulla risoluzione della transazione vedasi D'ONOFRIO P., *Della transazione*, op. cit., pagg. 239 e ss.; MICCIO R., *Dei singoli contratti*, op. cit., pagg. 603 e ss..

Varie considerazioni si potrebbero fare a proposito di queste singolari conclusioni alle quali conduce l'applicazione della risoluzione per inadempimento nella transazione. Basta riflettere che la diversa estensione del risarcimento, *dependendo dalla fondatezza o infondatezza della pretesa riproposta dall'adempiente*, male si collega con la colpa dell'inadempiente: si dovrebbe dire che la legge fa risalire al suo colpevole componimento il rischio di risarcire più di quanto avrebbe dovuto corrispondere in base alla transazione inadempita. Questo è in definitiva un riflesso della aleatorietà insita nella pronuncia giudiziale, che la composizione transattiva mirava a rimuovere e che risorge al momento della pronuncia di risoluzione³⁹⁶.

Si è osservato che niente vieta che i transigenti, con la loro potestà dispositiva, attribuiscano alla transazione efficacia novativa, operando così l'estinzione del rapporto preesistente.

Questa possibilità di transigere e insieme di estinguere la situazione preesistente, evitando le conseguenze derivanti dalla risoluzione, offre alle parti un valido mezzo per ottenere la stabilità del negozio concluso, dal quale scaturisce esclusivamente l'obbligo dell'esecuzione. Dall'inadempimento

³⁹⁶ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 436 e ss.

conseguirà in ogni caso la condanna all'esecuzione e al risarcimento del danno da ritardo, senza che il giudice adito possa entrare nel merito della lite transatta, perché, a differenza dell'ipotesi di transazione non novativa sopra esaminata, l'estinzione del rapporto originario gli preclude la ricerca di chi aveva ragione e di chi aveva torto.

A questa limitazione della risolubilità della transazione per inadempimento, fa eccezione l'ipotesi prevista dalla legge, in cui le parti, pur intendendo novare il preesistente rapporto, abbiano espressamente stipulato il diritto alla risoluzione. Di primo acchito potrebbe sembrare che mal si concili l'estinzione del rapporto preesistente con la possibilità di una risoluzione del negozio che necessariamente conduce alla reviviscenza del rapporto novato: ma si tratta di una deviazione soltanto apparente, perché in realtà in tal caso la stipulazione espressa della risoluzione pone l'adempimento come condizione non solo dell'efficacia della transazione ma anche dell'estinzione del rapporto preesistente. In altre parole, in siffatto negozio la volontà delle parti si esprime in modo che l'adempimento condiziona oltre che la transazione anche il suo effetto novativo. Pertanto, in caso di inadempimento, la risoluzione determinerà anche in questa ipotesi la reviviscenza³⁹⁷ del preesistente

³⁹⁷ Come conferma la Corte di Cassazione, 16 novembre 2006, n. 24377, in *Mass. Rep. Lex24*, nell'ipotesi in cui un rapporto venga fatto oggetto di una transazione e questa non abbia carattere novativo, significa non già che la posizione delle parti sia regolata

rapporto litigioso o incerto, con le conseguenze sopra illustrate.

Queste riflessioni introduttive sui rapporti tra transazione e risoluzione per inadempimento portano alle seguenti conclusioni. Sebbene astrattamente ipotizzabile, l'applicabilità dell'ipotesi di risoluzione per inadempimento all'accordo amichevole sottoscritto dalle parti *e omologato* non dovrebbe trovare concreta applicazione. In tal caso infatti in caso di inadempimento la parte fedele al contratto avrebbe nella possibilità di far valere l'efficacia esecutiva del verbale d'accordo un rimedio ben più incisivo dell'attivazione di una causa ordinaria. La possibilità di concreta applicazione dell'articolo 1976 c.c. residuerebbe solo nelle (rare?) ipotesi di

contemporaneamente dall'accordo originario e da quello transattivo, bensì soltanto che l'eventuale venir meno di quest'ultimo fa rivivere l'accordo originario, al contrario di quanto, invece, accade qualora le parti espressamente od oggettivamente abbiano stipulato un accordo transattivo novativo, nel qual caso l'art. 1976 c.c. sancisce l'irrisolubilità della transazione. (Nella specie, la S.C., alla stregua del principio di diritto enunciato, ha rigettato il ricorso e confermato l'impugnata sentenza, con la quale era stata respinta un'opposizione a decreto ingiuntivo fondata sulla deduzione di una pregressa transazione, con la quale le parti avrebbero definito ogni aspetto del rapporto di fornitura tra le stesse intercorso, sul presupposto che, in dipendenza dell'inosservanza del termine concordato per la tacitazione di ogni pretesa invocata dalla parte ricorrente, la transazione, da ritenersi non novativa, si sarebbe dovuta considerare "decaduta", ovvero risolta, con la conseguente legittimità, da parte della società creditrice, del diritto di pretendere gli interessi legali dalla data delle singole fatture richiesti con la domanda monitoria, non potendosi ritenere realizzato l'effetto estintivo del rapporto originario di fornitura). Così anche Corte di Cassazione, 16 novembre 2006, n. 24377.

accordo amichevole *non seguito da omologazione*. In quest'ultimo caso infatti nel caso di inadempimento dell'altra parte l'unico rimedio non potrebbe che consistere nella proposizione di un'azione legale finalizzata anche all'ottenimento delle *astreintes* eventualmente pattuite in sede di accordo amichevole.

§ 2 _ L'inammissibilità della rescissione di cui all'articolo 1970 c.c.. Applicabilità all'accordo amichevole.

Fra i contratti bilaterali la transazione è stato quello per cui fu sempre avvertita una tal quale inconciliabilità con il concetto di lesione; proprio tale inconciliabilità sta a fondamento dell'esclusione della sua rescindibilità, accolto dalla nostra legge all'art. 1970 c.c.³⁹⁸.

La giustificazione logico-giuridica dell'azione di rescissione deve ricercarsi nell'esigenza equitativa di limitare in determinate circostanze il principio dell'assoluta libertà delle contrattazioni. La personale tutela del proprio interesse è normalmente una sufficiente garanzia dell'equilibrio delle prestazioni nei contratti bilaterali, coi quali ogni contraente mira a raggiungere il massimo vantaggio col minor sacrificio. Non è possibile stabilire con un criterio astratto quando questo equilibrio esista perché assai spesso nel gioco della contrattazione entrano motivi

³⁹⁸ Sul punto vedasi anche MICCIO R., *Dei singoli contratti*, op. cit., pagg. 594 e ss..

personali, dai quali il diritto prescinde. Motivi personali che alterano i normali criteri di valutazione patrimoniale. Può darsi invero che una parte abbia un interesse relevantissimo a conseguire un oggetto di modico valore e che per averlo sia disposta a compiere anche un sacrificio sproporzionato³⁹⁹.

Se oltre a ciò si considera che in ogni contratto è insito un elemento di aleatorietà per il fatto che esso si risolve, almeno secondo i normali criteri di valutazione economica, in vantaggio dell'una o dell'altra parte, vantaggio che dipende anche in misura non lieve dalla maggiore abilità di un contraente rispetto all'altro, si comprende perché il legislatore abbia deciso di muoversi con discrezione tra le contrastanti esigenze della tutela dell'equità e della buona fede da un lato e del rispetto della stabilità delle contrattazioni e della loro libertà dall'altro.

Se il criterio obiettivo oltre il quale la legge ammette l'esperibilità dell'azione di rescissione è quello tradizionale della lesione *ultra dimidium*, è fuori di dubbio che per quanto

³⁹⁹ Lo stato di bisogno non può essere altro che il motivo o l'occasione di una transazione, mentre con riguardo ad ogni contratto rescindibile per lesione lo stato di bisogno non può essere considerato un occasionale presupposto, ma deve necessariamente incidere sul relativo contenuto o se si preferisce partecipare della relativa causa. E' questa la ragione per cui se la cosiddetta transazione semplice sarà sempre irrescindibile, la transazione cosiddetta mista o ad oggetto complesso, potrà risultare rescindibile nel caso in cui il valore dei beni disposti o delle prestazioni promesse diversi da quelli oggetto di controversia tra le parti sia superiore al doppio del valore degli stessi beni o prestazioni litigiosi. Così GITTI G., *La transazione*, op. cit., pag. 179.

concerne la transazione alla base del divieto legale sta un grave ostacolo pratico: la difficoltà di configurare la lesione in tale contratto. Invero, mentre nei comuni contratti commutativi le prestazioni sono economicamente valutabili e proporzionabili, lo stesso criterio della proporzionalità economica non può adottarsi, perché, per la struttura stessa della transazione, la sua commutatività si presenta con caratteristiche del tutto particolari.

La pretesa che il contrante avanza o che potrà avanzare ha, come sappiamo, per substrato un **diritto incerto**, perché affermato soltanto dalla parte. Si tratta di una esigenza soggettiva, rispetto alla quale si può valutare il sacrificio accettato dal transigente, ma non il sacrificio che viene subito rispetto al diritto effettivamente esistente. Si comprende quindi agevolmente la ragione della impossibilità di ogni comparazione obiettiva tra *l'aliquid datum* e *l'aliquid retentum*; però sarebbe il più delle volte impossibile stabilire con sicurezza se vi fu lesione e in quale misura, dovendosi poi aver riguardo anche ai motivi personali del soggetto e allo scopo perseguito con la transazione. Il sacrificio delle parti rispetto ai diritti effettivamente ad essi spettanti, potrebbero accertarsi unicamente in base a quell'esame da parte del giudice che le parti con la transazione hanno voluto escludere. È facile intendere che, se ciò si ammettesse, si

porterebbe alla stabilità della transazione un grave colpo⁴⁰⁰, restando alle parti la possibilità d'impugnare per lesione il negozio, **facendo risorgere la lite** che si mirava a sopire.

Si deve ammettere tuttavia che non esiste un ostacolo concettuale all'ammissibilità della rescissione della transazione e che solo un criterio di convenienza politico-legislativo sta a base della soluzione negativa⁴⁰¹.

Segue ... eccezioni al divieto.

Nella pratica avviene sovente che una transazione eviti o chiuda un'azione civile derivante da reato. Può accadere anche altrettanto frequentemente che la parte danneggiata scopra, dopo la conclusione della transazione, che aveva astrattamente la

⁴⁰⁰ La transazione, ai sensi dell'art. 1970 c.c., non può essere impugnata a causa di lesione. La ragione giustificatrice del divieto è da identificare nella stessa causa del negozio transattivo, preordinato non già ad assicurare l'equivalenza tra opposte prestazioni secondo il criterio sinallagmatico, prestazioni che, in quanto reciprocamente contestate e quindi incerte, non possono essere assunte puramente e semplicemente a parametro ai fini di una determinazione obiettiva dell'equilibrio economico del rapporto, bensì a conseguire, attraverso il meccanismo delle reciproche rinunce, nel quadro di una valutazione dei sacrifici e dei vantaggi rimessa interamente alla autonomia negoziale delle parti, il risultato della composizione della lite già insorta o prossima ad insorgere. Così Tribunale Bari, 12 settembre 2006, n. 2243, in *Bollettino Tributario*, Torino, 2007, 17, pag. 1396, annotata da F. BRIGHENTI. Negli stessi termini, Cassazione civile, 22 aprile 1999, n. 3984 e Cassazione civile, Sez. III, 6 febbraio 1987, n. 1209.

⁴⁰¹ Così riferisce VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pagg. 439 e ss.

possibilità di ottenere, ad esempio, un risarcimento sensibilmente superiore. In tal caso, ripetiamo, di prospettazione assai frequente, l'impugnazione per lesione non potrebbe trovare accoglimento⁴⁰². Né potrebbe trovare accoglimento l'impugnazione della transazione per **inadeguatezza del risarcimento all'entità del danno** invocando l'errore, azione da respingersi per quanto sopra detto in tema di errore sopra “*caput controversum*”⁴⁰³.

Resta a chiedersi se il divieto dell'art. 1970 c.c. assume una tale assolutezza da escludere ogni eccezione. E a questo proposito si sono prospettate delle incertezze relativamente alla transazione complessa.

Si supponga il caso di una controversia sopra una somma di denaro, composta con transazione, in cui una parte rinuncia *integralmente* alla propria pretesa, ricevendo come controprestazione un immobile estraneo alla controversia,

⁴⁰² Anche di recente il Tribunale Roma, Sezione 2 Civile, febbraio 2010, n. 2953, in *Guida al Diritto*, 2010, 22, pag. 72, ha statuito che la struttura del negozio transattivo è tale da non richiedere la valutazione comparativa delle reciproche concessioni, cosicché l'eventuale squilibrio economico fra *datum* e *retentum*, quale che possa esserne l'entità, è in sé irrilevante ai fini della validità del negozio medesimo. Ne deriva l'irrilevanza della proporzione tra le reciproche concessioni, con l'ulteriore conseguenza che la transazione non può essere impugnata per causa di lesione.

⁴⁰³ *Contra* D'ONOFRIO P., (*Della transazione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A., BRANCA G., Bologna, 1959, pagg. 223 e ss.) che ipotizza nel caso specifico l'impugnazione della transazione per *vizio del consenso*.

rispetto al quale la transazione assume *efficacia traslativa*. Qualora si provasse che il valore dell'immobile superasse di oltre il doppio la somma in contestazione, il divieto di cui all'art. 1970 c.c. non dovrebbe trovare applicazione. **La stessa soluzione deve ritenersi valida anche nell'ipotesi inversa.** Qualora si controverta sulla proprietà di un immobile che venisse riconosciuta per intero a uno dei transigenti e questo versa all'altro una determinata somma di denaro, se si provasse che detta somma supera di oltre il doppio il valore dell'immobile, non vi sarebbe ragione, sempre, beninteso, col concorso delle altre circostanze menzionate all'art. 1448 c.c., per negare l'ammissibilità dell'azione di rescissione⁴⁰⁴.

In questa sede si sostiene che anche all'accordo amichevole dovrebbe ritenersi astrattamente applicabile il divieto di lesione di cui all'art. 1970 c.c.. Si è scritto astrattamente perché in sede di mediazione risulta sommamente difficile ipotizzare la realizzazione della fattispecie di cui all'art. 1447 c.c. (Contratto concluso in stato di pericolo). Per quanto riguarda l'art. 1448 c.c.⁴⁰⁵ (Azione generale di rescissione per lesione) è invece assai probabile che una delle parti in sede di mediazione accetti una proposta **decisamente inferiore alla pretesa**.

§ 3_ **La risoluzione della transazione per eccessiva**

⁴⁰⁴ VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 441.

⁴⁰⁵ Lo stato di bisogno è elemento costitutivo della fattispecie astratta.
196

onerosità⁴⁰⁶ dell'accordo amichevole.

Se l'applicabilità alla transazione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.) non è discutibile, è l'ammissibilità della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.) ad essere controversa.

L'argomento sul quale si basava per lo più siffatta opinione consisteva nel riconoscere alla transazione natura aleatoria, dal che conseguiva l'esclusione testuale della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1469 c.c.). In contrario si è osservato che la struttura della transazione non si concilia con la qualifica di contratto aleatorio, mancando in essa quell'elemento di mera sorte, tipico di questa categoria. La composizione convenzionale della lite può essere motivata dalle ragioni più diverse, e, fra queste, anche dall'intento di evitare l'alea dell'esito del giudizio, ma ciò non può assimilarsi al rischio costituente elemento integrante della causa nel contratto aleatorio. .

Del pari infondato si rivela l'argomento che rileva che se la transazione opera in modo da **impedire ogni accertamento della situazione preesistente**, è impossibile la comparazione fra le prestazioni pattuite con la transazione e quelle derivanti dal rapporto controverso. Pertanto, non avrebbe potuto trovare

⁴⁰⁶GITTI G., *La transazione*, op. cit., pag. 194, afferma che la risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità possa applicarsi solamente alla transazione novativa; *Contra* MICCIO R., *Dei singoli contratti*, op. cit., pag. 604.

applicazione, insieme al criterio di adeguatezza, il rimedio dell'eccessiva onerosità che si fonda sullo squilibrio delle prestazioni. In sostanza, si faceva ricorso allo stesso argomento sul quale si era fondato il divieto di rescissione per lesione.

Ma l'analogia è solo apparente, e una più attenta analisi ha dimostrato che l'avviso descritto è frutto di un errore di prospettiva, consistente nel riferimento alle prestazioni del rapporto preesistente in relazione a quelle sorgenti dalla transazione. Tale raffronto è privo di senso, perché soltanto le prestazioni come determinate dal regolamento transattivo devono essere prese in considerazione e confrontate al fine dell'applicazione del rimedio.

In altre parole, il divario di valore verificatosi a seguito di eventi straordinari e imprevedibili che hanno compromesso l'equilibrio dei rispettivi sacrifici, deve risultare dalla comparazione fra le prestazioni pattuite con la transazione e pertanto, se la prestazione periodica o differita di una parte, col trascorrere del tempo, è divenuta eccessivamente onerosa, la risoluzione non potrà negarsi.

Allo stesso modo e per gli stessi motivi non sembra potersi negare l'applicabilità dell'art. 1467 c.c. all'accordo amichevole dal quale scaturisse un contratto ad esecuzione differita successivamente diventato eccessivamente oneroso per una parte a causa di eventi straordinari ed imprevedibili.

§ 4_ L'azione revocatoria nella transazione.

Resta ora da trattare della transazione stipulata in frode dei creditori e delle conseguenze che ne derivano.

Generico effetto del contratto è quello di creare una situazione nuova nel patrimonio dei contraenti, e poiché questo costituisce la comune garanzia dei creditori, secondo la regola fondamentale sancita all'art. 2740 c.c., s'intende quanto interesse essi portino a che l'integrità patrimoniale del debitore non venga intaccata. Fra i più efficaci strumenti dalla legge preordinati a salvaguardia di questo interesse dei creditori, è l'azione revocatoria. Giova qui esaminare se la transazione possa con questo mezzo essere impugnata.

A conferma dell'applicabilità alla transazione dell'art. 2901 c.c. vi è una decisiva riprova testuale, costituita dall'art. 2394 c.c., quarto comma, che a proposito della responsabilità degli amministratori di società per azioni stabilisce che “la *transazione* può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione *revocatoria*”⁴⁰⁷. L'applicabilità dell'azione revocatoria⁴⁰⁸ alla transazione non presenta particolarità di rilievo rispetto agli altri contratti; i suoi presupposti saranno il *consilium fraudis* e *l'eventus damni*. L'oggetto della prova di

⁴⁰⁷ Così VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., pag. 445.

⁴⁰⁸ Invece è discussa l'applicabilità della revocatoria fallimentare (art. 67, n. 1, r.d. 16 marzo 1942, l. fall.)

quest'ultimo consisterà nella dimostrazione che dalla transazione è uscito un regolamento patrimoniale non conforme alla realtà preesistente che ha causato una alterazione patrimoniale.

Che se poi si tratta di una transazione complessa, la presenza di beni e diritti estranei alla controversia pone in risalto anche maggiore le modificazioni intervenute.

Se non esiste incompatibilità fra la transazione e la disciplina della revocatoria ordinaria, non sembra neanche esserci l'impossibilità di permettere l'applicabilità della revocatoria nei confronti degli accordi amichevoli. Fermo restando che i controlli eseguiti sia a livello di omologa che di (eventuale) trascrizione possono tendenzialmente evidenziare l'assenza di collegamento tra l'accordo conciliativo e una lite e, di conseguenza, la (palese) portata lesiva di tale accordo nei confronti dei debitori di una parte.

§ 5 _ Profili di responsabilità del conciliatore professionista e dell'organismo di conciliazione.

Come rilevato l'attività del mediatore comporta "l'adoperarsi" al fine di permettere alle parti di raggiungere un accordo amichevole. Il Decreto Legislativo non specifica che tipo di attività debba compiere il mediatore per facilitare o aggiudicare la controversia, né si sofferma sulla responsabilità in caso di errori, o, meglio, danni.

L'art. 14 del Decreto Legislativo disciplina gli obblighi del mediatore sanzionando la violazione degli stessi con la sostituzione del mediatore quale provvedimento disciplinare del tutto interno all'organismo di mediazione. Lo stesso articolo tuttavia non fa riferimento alla responsabilità (del mediatore e/o dell'organismo) in caso di errori commessi nell'esercizio dell'attività di mediazione⁴⁰⁹.

Occorre specificare che le parti non stipulano un contratto con il mediatore ma con l'organismo il c.d. "contratto di gestione della mediazione"⁴¹⁰. Al contrario il rapporto tra organismo e mediatore non è caratterizzato dalla subordinazione⁴¹¹ è inquadrabile quale contratto d'opera intellettuale e ciò comunque fa del mediatore un ausiliario dell'organismo di mediazione in quanto lo stesso non è (generalmente) scelto dalle parti, ma

⁴⁰⁹ Similmente SPEDICATI S., *Il mediatore: figura, compiti e responsabilità*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENTI A., *Mediazione e Conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011, pagg. 167 e ss..

⁴¹⁰ Il contratto di gestione della mediazione, proprio in considerazione del complesso dei servizi e delle prestazioni che confluiscono nel rapporto organismo-parti, è costituito da elementi propri di diversi contratti tipici quali l'appalto di servizi (quando l'organismo presta i servizi inerenti all'amministrazione del procedimento), il mandato e il contratto d'opera intellettuale (quando l'organismo si avvale di un mediatore per giungere alla conciliazione).

⁴¹¹ Si segnala che attualmente nella prassi il conciliatore professionista è generalmente titolare di partita Iva nonché inquadrabile nella categoria dei lavoratori autonomi in quanto al di fuori dell'attività di media-conciliazione lo stesso generalmente esercita professione d'opera intellettuale. Ciò non toglie che vi siano dubbi sull'inquadramento del professionista all'interno dell'Organismo di mediazione.

dall'organismo stesso, il quale avrà cura di esercitare la scelta in modo da calibrare le conoscenze specialistiche del mediatore in rapporto all'oggetto della controversia.

Pertanto, proprio sulla base della scelta del mediatore di cui sopra, l'organismo incorrerà in una evidente responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1228 c.c. che stabilisce che il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi o colposi di costoro.

L'Organismo sarà responsabile inoltre per dolo o colpa grave nel caso di violazione del dovere di riservatezza, omissione della tempestiva trasmissione della domanda di conciliazione, di avvenuta conciliazione di diritti disponibili ovvero accordi amichevoli con contenuto contrario a norme imperative⁴¹².

E' necessario sottolineare che nell'ipotesi in cui il conciliatore professionista rediga una proposta contraria all'ordine pubblico e dunque nulla⁴¹³, il mediatore stesso risponderà dei danni causati

⁴¹² In tutte queste ipotesi, sostiene SPEDICATI S., *Il mediatore, figura, compiti e responsabilità*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENTI A., *Mediazione e Conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011, pag. 168, che l'accordo di conciliazione, ovvero la proposta saranno da ritenersi affetti da nullità.

⁴¹³ Il mediatore potrebbe in tal caso incorrere anche in responsabilità disciplinare. Così LOMBARDINI I., *Il nuovo assetto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali alla luce del D.lgs. n. 28/2010 (prima parte)*, op. cit., pag. 1135.; sul comportamento del mediatore vedasi, MARMOCCHI E., *La mediazione professionale l'adoperarsi del mediatore*, in *Rivista del Notariato*

alle parti proprio perché frutto della sua attività, mentre l'organismo sarà corresponsabile (e quindi obbligato in solido) ai sensi dell'art. 2049 c.c.⁴¹⁴ e quindi con possibilità di regresso dell'organismo nei confronti del mediatore.

raccolta di diritto e pratica notarile, n. 2, vol. LXV, 2011, Milano, 2011.

⁴¹⁴ Affinché sia applicabile l'art. 2049 c.c. è necessario accertare che tra datore di lavoro e committente vi sia un potere di direzione e di sorveglianza del primo sul secondo.

Enrico Alessandro Secondini, Istituti di diritto privato a sostegno della mediazione nelle controversie civili e commerciali, Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, Università degli Studi di Sassari.

CONCLUSIONI

Il XXI secolo è caratterizzato da un sempre più accentuato incremento delle transazioni economiche. La complessità della vita sociale, la miriade di rapporti economico-giuridici intersoggettivi celano un perenne sorgere e risolversi di conflitti⁴¹⁵.

In ogni caso, se la conclusione del contratto oggi può essere rapidissima, spesso le vicende successive al perfezionamento dello stesso contratto viaggiano molto più lentamente. Così, sia la produzione di effetti ma anche, e soprattutto, il venir meno del consenso, la fase “patologica” del contratto, comportano tempistiche davvero inaccettabili per un mercato globale sempre più frenetico e dinamico.

Se, inoltre, le obbligazioni nascenti da contratto producono contenzioso, è altrettanto vero che le obbligazioni derivanti da fatto illecito non sono da meno.

Scorrendo i dati forniti dall'ISTAT⁴¹⁶ sulla durata dei processi civili nel biennio 2004-2005 si può notare che solo il primo

⁴¹⁵Così VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale, a cura di Cicu A. e Messineo F., Milano, 1986, pagg. 173 e ss., dove si legge che la nascita del conflitto di interessi sarebbe il riflesso della legge dell'illimitatezza dei bisogni e della limitatezza dei beni che servono a soddisfarli.

⁴¹⁶Dati Istat relativi al Biennio 2004-2005, elaborazioni a cura di Giovanni Negri, Sole 24 Ore. Rif. <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnline4/Norme%20e%20Tributi/2007/06/processi-civili.shtml>

grado del processo di cognizione in media necessita di 873 giorni per arrivare a conclusione. Numero di giorni che aumenta a 887 se non si escludono dal computo, per esempio, i giudizi in materia di previdenza e lavoro, dei fallimenti, del diritto di famiglia. E' ovvio che affrontare un giudizio col pensiero che arriverà a superare o almeno sfiorerà (computando tutti i gradi) i quattro anni non è certo incoraggiante per chi cerca risposte, rapidamente. Né incoraggia sapere che nei Tribunali italiani compresi nei confini delle Corti d'Appello più virtuose (Torino, Trento, Bolzano, per citarne alcune) la durata complessiva dei processi si attesta in media sui tre anni.

Non consola neppure il fatto che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia mediamente valutato il danno non patrimoniale derivante dalla lentezza della procedura, fino a duemila euro per ogni anno successivo a quello entro il quale la procedura si sarebbe dovuta concludere, fissando la durata ragionevole normale e media di un processo di primo grado in tre anni e di un processo d'appello o di cassazione, rispettivamente in un anno⁴¹⁷. Ebbene, si tratta di cifre irrisorie e molto lontane da quella che potrebbe essere un'equa indennità per l'impossibilità di ottenere giustizia in tempi ragionevoli.

417 Riflessioni tratte dall'articolo "La lunghezza della durata dei processi in Italia condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo" dell'Avv. Maurizio De Stefano. Rif. <http://www.dirittiuomo.it/Bibliografia/2005/DurataImpresa.htm>

Nel seguente scritto si è cercato di porre in evidenza come in sede di mediazione/conciliazione un contrasto tra le parti possa avere come epilogo proprio un accordo (amichevole) tra le parti. L'attenzione si è dunque concentrata su quegli istituti, in particolare la transazione⁴¹⁸, che ontologicamente⁴¹⁹ sono successivi (temporalmente) ad un altro contratto⁴²⁰.

⁴¹⁸ Si conferma anche in questa sede che, ovviamente, la transazione non è l'unico mezzo utilizzato per intervenire su negozi già in essere e "contaminati" da uno squilibrio nelle prestazioni. Attenta dottrina ha già rilevato la possibilità di inserimento della clausola di rinegoziazione del contratto in sede di stipulazione quale strumento di risoluzione di possibili contrasti, (vedasi CESARO V. M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, pagg. 58 e ss.), osservando che gli sviluppi della rinegoziazione possono avere effetti semplicemente modificativi del rapporto contrattuale o, più raramente, anche novativi (*ibidem*, pag. 198).

⁴¹⁹ Vedasi MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del Contratto*, diretto da Roppo V., V, Milano, 2006, pagg. 689 e ss.. In tema di rinegoziazione vedasi anche VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, pagg. 194 e ss. e GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002. L'argomento è stato comunque sviscerato meno recentemente da Rescigno P., *L'Adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie del contratto e rimedi*, Milano, 1992, pagg. 299 e ss. e COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie del contratto e rimedi*, Milano, 1992, pagg. 311 e ss.

⁴²⁰ Sempre in tema di rescissione e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, si osserva che in assenza di clausole di rinegoziazione è possibile (art. 1450 c.c. e 1467 c.c.) proporre un'offerta di modificazione del contratto. Senza addentrarci in questo particolare argomento si deve notare che a monte della transazione e dell'offerta modificativa vi sono presupposti diversi (la lite – lo squilibrio) e nel caso di squilibrio sembra difficile ipotizzare come soluzione l'addivenire a "reciproche concessioni". Sul punto D'ANDREA S.,

L'oggetto dell'opera è stata un'indagine sugli aspetti della procedura di mediazione/conciliazione non disciplinati in maniera puntuale dal Dlgs. 28/2010. Ebbene, di fatto, la mediazione quale metodo – procedimento per la risoluzione alternativa delle controversie (meglio nota come A.D.R. - Alternative Dispute Resolution) non sembra altro che l'applicazione coattiva⁴²¹ di regole relative ad istituti già previsti nel vecchio codice civile italiano.

Il legislatore, infatti, nel (malcelato) tentativo di risolvere senza oneri per lo Stato l'annosa questione dell'irragionevole durata dei processi, e di un carico pendente in costante aumento, sembra non abbia fatto altro che dar luogo ad una parziale "privatizzazione della giustizia", attribuendo cioè anche a istituzioni private la possibilità di risolvere le controversie.

L'altro aspetto interessante del D.Lgs. 28/2010 è quello di introdurre nell'ordinamento una procedura che implicitamente suggerisce che "il modo più rapido per risolvere le controversie tra parti (avverse) sia, *paradossalmente*, quello di favorire la nascita di un nuovo vincolo tra le stesse, un vincolo ulteriore alla (supposta) obbligazione posta alla base della controversia/lite.

L'offerta di equa modificazione del contratto, Milano, 2006, pagg. 110 e ss.

⁴²¹ Sulla coattività ed in particolare sulla tendenza alla privatizzazione della giustizia civile si esprimevano ben circostanziati dubbi molto tempo prima dell'avvento della mediazione obbligatoria, (vedasi, VACCÀ C., *La composizione extragiudiziale delle controversie dei consumatori*, in *Consumatori, Contratti, Conflittualità*, a cura di Vaccà C., Milano, 2000, pagg. 261 e ss.)

Enrico Alessandro Secondini, Istituti di diritto privato a sostegno della mediazione nelle controversie civili e commerciali, Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, Università degli Studi di Sassari.

Probabilmente alla base della sempre crescente diffusione della mediazione vi è la sua radice democratica, ovvero la trasformazione della modalità principale di prendere decisioni da verticale (le persone al vertice impartiscono gli ordini) a orizzontale (le persone negoziano le decisioni)⁴²². È in questo quadro che la mediazione può essere definita come una modalità di risoluzione delle controversie volontaria, non vincolante, confidenziale, in cui un terzo neutrale aiuta le parti a uscire dalla rigidità e separazione delle reciproche posizioni (schema della trincea) e a muoversi in un processo dove l'insieme (la relazione) è più importante (contiene più informazioni e più risorse) delle singole parti (la posizione espressa inizialmente dai due soggetti coinvolti nella lite)⁴²³.

Invero, il ricorso alla mediazione oggettivamente offre soluzioni in tempi rapidi, a costi contenuti e prevedibili (indennità predeterminate), controllo del risultato (le parti, non il mediatore, stabiliscono il contenuto dell'accordo e non vi è rischio di decisione avversa), attenzione agli interessi reali

⁴²² L'affermazione è di URY W., *Risolvere i conflitti, come trasformare uno scontro in un incontro costruttivo*, Bergamo, 2008, pag. 199.

⁴²³ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 35.

(l'accordo può andare ben oltre la domanda iniziale), riservatezza, gestione del rischio (nel senso che le parti possono in ogni momento porre termine alla mediazione⁴²⁴).

Si è visto che la mediazione è essenzialmente una *negoziazione* assistita da un terzo. Non è in alcun modo un giudizio. Dunque, il mediatore, in tempi brevi, è chiamato ad incontrare personalmente le parti per conoscerle, presentare sé e le regole della procedura e cominciare a comprendere l'oggetto della mediazione.

Si è visto che finché il mediatore non sia chiamato a prendere posizione sul merito della lite, indicando una possibile soluzione in applicazione di qualsivoglia principio, criterio o regola, il fatto che egli, semplicemente, si "adoperi" affinché le parti giungano ad una conciliazione, consente di qualificare la mediazione come facilitativa⁴²⁵. L'attività del mediatore lascia le parti libere di autodeterminarsi, se non con il limite del proprio senso di responsabilità e del criterio della buona fede.

Quando, invece, il mediatore eserciti la facoltà di formulare o sia chiamato a formulare una proposta di conciliazione, in relazione alla quale le parti siano tenute ad esprimere consenso o rifiuto, non si può non qualificare l'attività del mediatore come

⁴²⁴ Sul punto, DE PALO G., D'URSO, L. GABELLINI R., *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione*, Milano, 2011, pagg. 19 e ss.

⁴²⁵ AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011, pag. 264.

"aggiudicativa"⁴²⁶. La procedura di mediazione può essere, perciò, definita come bifasica, nel senso che possono essere individuati due lassi temporali nel corso dei quali il mediatore svolge un diverso ruolo;

E sta in quest'ultima affermazione la chiave di volta della mediazione. Come, si dice, il futuro della scuola pubblica è strettamente collegato alla qualità e alla preparazione degli insegnanti, così il destino della riforma della mediazione/conciliazione dipende dalla credibilità della figura dei "conciliatori professionisti". Soggetti che, stando al Decreto Legislativo, dovrebbero garantire un'eccellenza e una duttilità davvero marcate, vestendo gli abiti ora di esperti in tecniche di negoziazione ma con solide basi almeno giuridiche ed economiche, in grado di indagare come pubblici ministeri senza essere percepiti come tali, capaci di interpretare segnali delle parti rimanendo sempre neutrali ed imparziali, pronti a suggerire implicitamente soluzioni o a fare proposte nette, in funzione della fase facilitativa o aggiudicativa della procedura, in grado di redigere verbali e integrare o (redigere) accordi, etc.

Certamente un impegno non irrilevante attribuito potenzialmente ad una varietà di soggetti ("con un titolo di studio non inferiore

⁴²⁶ Critico sulla funzionalità del modello "valutativo" è Luiso F.P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in Riv. dir. proc., 2009, pagg. 1264 e ss.

al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale”, recita l’art. 3 lett. a) D.M. 180/2010) forse troppo eterogenea per garantire una omogenea e sufficiente qualità del servizio.

GIURISPRUDENZA CITATA

- Cassazione civile, 22 aprile 1999, n. 3984;
- Cassazione civile, Sez. III, 6 febbraio 1987, n. 1209;
- Cassazione, 2001, Archivio Civile, Piacenza, 2002, 1;
- Corte d'Appello di Milano, 13 settembre 2002, in *Dir. Industriale*, 2003, pag. 346;
- Corte d'Appello Firenze Sezione 1 Civile, Sentenza del 5 febbraio 2007, n. 207, in *Il Sole 24 Ore, Il Merito*, Speciale 2, 2008, pag. 22;
- Corte d'Appello Roma, 22 novembre 2006, in *Obbligazioni e Contratti*, Torino, 2007, 4, pag. 370;
- Corte di Cassazione (Sezione 3 Civile, 10 dicembre 2009, n. 25819, in *Guida al Diritto*, 2010, 5, pag. 66;
- Corte di Cassazione Sezione 1 Civile, 23 dicembre 2010, n. 26046; Corte di Cassazione Sezione 1 Civile, 8 luglio 2009, n. 16050, in *Mass. Rep. Lex24*;
- Corte di Cassazione Sezione 1 Civile, Sentenza del 10 luglio 1998, n. 6703, Cassazione, 1998, in CED, Cassazione, 1998;

- Corte di Cassazione Sezione 1 Civile, Sentenza del 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Guida al Diritto*, 2004, 17, pag. 64;
- Corte di Cassazione Sezione 1 Penale, 12 febbraio 2010, n. 5767, in *La Tribuna, Rivista Penale*, 2011, 3, pag. 335;
- Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, 13 maggio 2010, n. 11632, in *Mass. Rep. Lex24*, 2010;
- Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, 28 aprile 2011, n. 9455; Cassazione, 4 dicembre 2009, n. 25675, in *Mass. Rep. Lex24*;
- Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, 3 gennaio 2011, n. 72;
- Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, Sentenza del 27 agosto 1994, n. 7553, in *Mass. Repertorio Lex24*;
- Corte di Cassazione Sezione 2 Civile, Sentenza del 28 marzo 2001, n. 4528, in *CED*;
- Corte di Cassazione Sezione 3 Civile, 30 ottobre 2009, n. 23057, in *La Tribuna, Arch. Giur. Circ. Sin. Str.*, 2010;
- Corte di Cassazione Sezione 3 Civile, Sentenza del 3 aprile 2003, n. 5138, in *La Tribuna, Archivio Civile*, n. 2, 2004, pag. 284;
- Corte di Cassazione Sezione 3 Civile, Sentenza del 8 giugno 2004, n. 10815, in *CED*, Cassazione, 2004;

- Corte di Cassazione Sezione 5 Penale, 21 novembre 2007, n. 43072 in *Cassazione Penale*, Milano, 2008, 11, pag. 4188;
- Corte di Cassazione Sezione Lavoro Civile, 4 ottobre 2007, n. 20781, in *Guida al Lavoro*, 2007, 50, pag. 29;
- Corte di Cassazione Sezioni Unite, Ord. 6 settembre 2010, n. 19046, in *Foro Amm.*, Milano, 2010, 9, pag. 1831;
- Corte di Cassazione, 1 aprile 2010, n. 7999; Corte di Cassazione, 10 novembre 2008, n. 26909, in *CED*, 2008;
- Corte di Cassazione, 13 aprile 2010, n. 8720, in *Il Sole 24 Ore, Ventiquattrore Avvocato*, 2011, 5, pag. 27, annotata da PIETRASANTA L.M.;
- Corte di Cassazione, 14 febbraio 2008, n. 3753, in *Guida al Diritto*, 2008, 17;
- Corte di Cassazione, 8 giugno 2007, n. 13389, in *Mass. Rep. Lex24*; Corte di Cassazione, 16 novembre 2006, n. 24377, in *Mass. Rep. Lex24*;
- Corte di Cassazione, 16 novembre 2006, n. 24377; Corte di Cassazione, 18 settembre 2009, n. 20256, in *Famiglia, persone e successioni*, Torino, 2010;
- Corte di Cassazione, 2 agosto 2007, n. 17015 in *CED*, Cassazione, 2007;
- Corte di Cassazione, 20 dicembre 2005, n. 28141 in, *I Contratti*, Torino, 2006, 8/9, pag. 795;
- Corte di Cassazione, 23 settembre 2010, n. 20146;

- Corte di Cassazione, 26 gennaio 2006, n. 1690, in *CED*, 2006;
- Corte di Cassazione, 27 novembre 2006, n. 25132;
- Corte di Cassazione, 28 febbraio 2006, n. 4455, in *CED*, 2006;
- Corte di Cassazione, 3 aprile 2003, n. 5139, in *Il Foro Italiano*, pt. I, n. 11, Bologna, 2003, pag. 3047;
- Corte di Cassazione, 6 aprile 2006, n. 8101;
- Corte di Cassazione, Sezione 2 Civile, 5 ottobre 2010, n. 20674, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Lavoro*, 2010, 44, pag. 27;
- Corte di Cassazione, Sezione 2 Civile, Sentenza del 3 gennaio 2011, n. 72;
- Corte di Cassazione, Sezione 3 Civile, 8 settembre 2008, n. 22650; Corte di Cassazione, Sezione 3 Civile, Sentenza del 3 aprile 2003, n. 5138, in *Mass. Repertorio Lex24*, 2003;
- Corte di Cassazione, Sezione Civ., 22 giugno 2009, n. 14550, in *Mass. Repertorio Lex24*, 2009; Tribunale Bari Sezione 1 Civile, 7 marzo 2007, n. 641;
- Tribunale Bari, 12 settembre 2006, n. 2243, in *Bollettino tributario*, Torino, 2007, 17, pag. 1396, annotata da F. BRIGHENTI;

- Tribunale Reggio Calabria Sezione 2 Civile, 29 marzo 2007, n. 466;
- Tribunale Roma, Sezione 2 Civile, febbraio 2010, n. 2953, in *Guida al Diritto*, 2010, 22, pag. 72;
- Tribunale Torino Civile, maggio 2007, in *Giur. di Merito*, Milano, 2008, 7/8, pg. 1869, annotata da DI PROFIO M.C.;

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011;
- AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2004;
- ANDREONI M.M., ROMANO S., *Commento all'art. 11 del D.Lgs. 28/2010*, in CASTAGNOLA A., DELFINI F. (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28*, Padova, 2010;
- AUGUSTO P., *La ricerca giuridica*, Padova, 1996;
- BANDINI A., SOLDATI N. (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2010;
- BATTAGLIA G., *Commento all'art. 12 Dlgs 28/2010*, in CASTAGNOLA A., DELFINI F. (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28*, Padova, 2010;
- BIANCA M., D'ERRICO M., DE DONATO A., PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione, l'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006;
- BIANCHI G., *Nullità e annullabilità*, Padova, 2002;
- BIAVATI P., *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005;

- BOBBIO N., *Teoria generale del Diritto*, Torino, 1993;
- BOGGIO L., in AA. VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali, Metodo e regole*, Milano, 2011;
- BOVE M., *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *www.judicium.it*;
- BRAGA U., *Procedure contenziose e non contenziose: giudizio, arbitrato, perizia contrattuale, arbitraggio, mediazione, conciliazione, transazione, etc.*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENZI A. (a cura di), *Mediazione e conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011;
- BRUNI A., *La mediazione conviene, i vantaggi della conciliazione civile e commerciale, tecnica e casistica*, Rimini, 2011;
- BRUNI A., SITZIA M., *Mediazioni civili e commerciali, trenta casi di successo*, Rimini, 2011;
- BUCCOLIERI P., *Forma e contenuto dell'accordo raggiunto ed effetti del mancato accordo*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENZI A. (a cura di), *Mediazione e conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011;
- CAPOZZOLI A., *Mediazione e Conciliazione istruzioni per l'uso*, Montecatini Terme, 2011;

- CAPPONI B., *Una deflazione per la giustizia civile*, in ALPA G., DANOVÌ R. (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano 2004;
- CARINGELLA F. *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2006;
- CARNEVALI U., *La nuova mediazione civile*, in *I Contratti, mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 5, 2010;
- CASTAGNOLA A., DELFINI F., *Commento all'art. 2, D.LGS. 28/2010*, in Castagnola A., Delfini F. (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28*, Padova, 2010;
- CESARO V. M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000;
- CHIARLONI S., *La domanda di giustizia, deflazione e/o risposte differenziate?*, in ALPA G., DANOVÌ R. (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004;
- CONVERSO A., *La mediazione conciliativa*, in *Rivista del Notariato*, vol. LXV, n. 2, Milano, 2011;
- COSTANZA M., (a cura di), *Effetti (del contratto)*, in *Trattato del Contratto*, diretto da ROPPO V., III, Milano, 2006;

- COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie del contratto e rimedi*, Milano, 1992;
- CRISCUOLI G., *Il Contratto*, Padova, 2002
- CUOMO ULLOA F., *La Conciliazione, Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008;
- D'ANDREA S., *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006;
- D'ONOFRIO P., *Della transazione*, in SCIALOJA A. BRANCA G. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna, 1959;
- DE PALO G., D'URSO L, GOLANN D., *Manuale del conciliatore professionista, Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)*, Milano, 2004
- DE PALO G., D'URSO, L. GABELLINI R., *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione*, Milano, 2011;
- DE STEFANO M., *La lunghezza della durata dei processi in Italia condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*", in <http://www.dirittiuomo.it/Bibliografia/2005/DurataImpresa.htm>;
- DELL'ARTE S., *La conciliazione contrattuale*, in *Contratti, Mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 5, 2011;

- DENTI V., *Giustizia: l'Europa ci insegna le alternative?*, in ALPA G., DANOVÌ R. (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004;
- DI MARZIO F., *Nullità del contratto*, Padova, 1999;
- DI NOLA S., *Le trattative e la responsabilità precontrattuale, rilevanza ed effetti giuridici*, in Camilletti F., (a cura di), *L'accordo contrattuale*, Roma, 2006;
- DI ROCCO M., SANTI A., *La conciliazione, Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003;
- DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2011;
- DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010;
- DUVIA P., *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione ex D.lgs. n. 28 del 2010*, in *I contratti, mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 3, 2011;
- FABIANI M., *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in www.judicium.it;
- FICI A., *Sopravvenienze, eccessiva onerosità e rinegoziazione del contratto*, in *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007;

- FINESSI A., *La responsabilità precontrattuale*, in *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007;
- FODDAI M.A., *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, Gennaio, 2011;
- FREUND J., *The neutral negotiator: why and how mediation can work to resolve dollar disputes*, 1994;
- GABRIELLI E., *I contratti di Composizione delle liti*, in GABRIELLI E. e LUISO P (a cura di), *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO P. e GABRIELLI E., Torino, 1999;
- GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003;
- GIANNOTTA G., *Principi e natura della procedura conciliativa: rapporti con i sistemi tradizionali di giustizia*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENZI A. (a cura di), *Mediazione e conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011;
- GIAVARRINI S., ROCCO DI TORREPADULA N., *Commento all'art. 4*, in CASTAGNOLA A., DELFINI F. (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28*, Padova, 2010;

- GITTI G., *La transazione*, in *I contratti di Composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI E. e LUIO P, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO P. e GABRIELLI E., Torino, 1999;
- GRONDONA M., *Gli errori*, in *Aa. Vv., Il nuovo contratto*, Bologna, 2007;
- IANNINI A., *Guida alla nuova Mediazione e Conciliazione. Commento sistematico al D.lgs. . n. 28/2010 e al D.M. n. 180/2010*, Matelica, 2010;
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000;
- LAX D. A, SEBENIUS J.K., *The manager as negotiator*, New York, 1986;
- LOMBARDINI I., *Il nuovo assetto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali alla luce del D.lgs. n. 28/2010 (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2010;
- LUIO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004;
- LUIO F.P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010;
- LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007
- LUPO D., *Il regolamento attuativo contenuto nel D.M. 180/2010. Gli organismi di mediazione, gli enti di formazione*, in BARBERIO R., LUPO D.,

- SIROTTI GAUDENZI A. (a cura di), *Mediazione e conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011;
- MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del Contratto*, diretto da Roppo V., V, Milano, 2006;
 - MAGNO M.L., *Vantaggi e limiti dell'efficacia esecutiva dell'accordo*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, n. 25, 2011;
 - MAISTO F., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000;
 - MANDRIOLI C., *Corso di Diritto Processuale Civile, e.m.*, Torino, 2000;
 - MARINI G., *Il contratto annullabile*, in *Trattato del Contratto*, diretto da ROPPO V., V, Milano, 2006;
 - MARMOCCHI E., *La mediazione professionale l'adoperarsi del mediatore*, in *Rivista del Notariato rassegna di diritto e pratica notarile*, n. 2, vol. LXV, 2011, Milano, 2011;
 - MASONI R., *Il nuovo istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, Milano, 2010;
 - MAZZOLI E., BOCCHINI E., QUONDAM GIROLAMO S., *Mediazione – ABF – Camera di Conciliazione Consob nelle controversie Bancarie e Finanziarie*, Rimini, 2011;

- MENICHINO C., *Commento all'art. 1 D.Lgs. 28/2010*, in Castagnola A., Delfini F. (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28*, Padova, 2010;
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile commerciale, Vol. V*, Milano, 1972;
- MICCIO R., *Dei singoli contratti*, in *Aa. Vv., Commentario del Codice Civile, libro IV*, Torino, 1966;
- MONTELEONE G., «*La mediazione forzata*», in *Il giusto processo civile*, 2010;
- NEGRI G., *Dati Istat relativi al Biennio 2004-2005, Il Sole 24 Ore*, in <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Norme%20e%20Tributi/2007/06/processi-civili.shtml>
- OPOCHER E., *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993;
- PAGNI I., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010;
- PERLINGIERI P., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000;
- RESCIGNO P., *L'Adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento*,

- arbitrato. Patologie del contratto e rimedi*, Milano, 1992;
- RICCIUTO V., *La formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999;
 - RISKIN L.L., *Understanding mediators' orientation, strategies and techniques: a grid for the perplexed*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 1996, I;
 - RIZZIOLI C., *La conclusione del contratto*, in CAMILLETTI F. (a cura di), *L'accordo contrattuale*, Roma, 2006;
 - SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008;
 - SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1975;
 - SARACINO L., *Il principio di riservatezza cardine della mediazione*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENZI A. (a cura di), *Mediazione e conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011;
 - SCALISI, V., *Categorie e istituti di diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005;
 - SCIANCALEPORE G. E PACILEO P., *La mediazione e la conciliazione: profili generali*, in SCIANCALEPORE G. e SICA A CURA), *Mediazione e Conciliazione, profili teorico-pratici*, Torino, 2010;

- SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del Contratto*, diretto da ROPPO V., vol. II, *Regolamento*, a cura di VETTORI G., Milano, 2006;
- SPEDICATI S., *Il mediatore: figura, compiti e responsabilità*, in BARBERIO R., LUPO D., SIROTTI GAUDENZI A. (a cura di), *Mediazione e conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011;
- STIGLIANO D., *Omologazione del verbale di accordo, titolo esecutivo ed esecuzione. Le Astreintes*, in BARBERIO R., LUPO D. SIROTTI GAUDENZI A. (a cura di), *Mediazione e conciliazione delle liti, Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Forlì, 2011;
- THIENE A., *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006;
- TISCINI R., *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del D.lgs. 28/2010: il verbale di accordo tra requisiti formali e pregi e difetti sostanziali*, in www.iudicium.it, 2011;
- TROISI B., *La mediazione*, Milano, 1995;
- VACCÀ C., *La composizione extragiudiziale delle controversie dei consumatori*, in Vaccà C. (a cura di), *Consumatori, Contratti, Conflittualità*, Milano, 2000;
- VACCÀ C., *La giustizia non togata*, Milano, 1998;

- VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in Cicu A. e Messineo F. (a cura), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 1986;
- VIOTTI S., *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, quale misura normativa ed alternativa a valenza strategica*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, Milano, 2010;
- VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004;
- ZACCARIA A., *La mediazione*, Padova, 1992;
- ZANUTTIGH L., *Conciliazione Mediazione e processo civile*, in *I contratti-Mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, n. 2, 2011;
- ZOPPINI A., *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in BIANCA M. (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007;

INDICE

PREMESSA

L'ORDINAMENTO TRA IMPERFEZIONE ED EVOLUZIONE

CAPITOLO 1

LA MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE IN AMBITO INTERNAZIONALE E ITALIANO.

§ 1 _ Modalità extragiudiziali di composizione delle controversie. Radici storiche.	Pag. 8
§ 2 _ Il concetto di mediazione a livello internazionale. Un movimento nato negli USA.	Pag. 10
§ 2.1 _ Le tecniche ADR. Generalità. Mediazione facilitativa e valutativa/aggiudicativa.	Pag. 12
§ 3 _ Il concetto di mediazione, a livello europeo. La direttiva 2008/52/CE.	Pag. 16
§ 4 _ Il concetto di mediazione, a livello nazionale. Il decreto legislativo 28/2010.	Pag. 20
§ 4.1 _ Tipologie. L'art. 5 D.Lgs. 28/2010.	Pag. 24
§ 5 _ Il procedimento di mediazione/conciliazione. Definizioni Legislative.	Pag. 27
§ 6 _ Svolgimento del procedimento di mediazione.	Pag. 28
§ 6.1 _ La domanda. La protocollazione. Il criterio di prevenzione.	Pag. 28

Segue ... L'accertamento. L'istruttoria. Dichiarazioni, informazioni e allegazioni di documenti.Pag. 32

CAPITOLO 2

LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE.

L'EVENTUALE ACCORDO.

§ 1 _ I possibili esiti del procedimento di mediazione....Pag. 35

§ 1.1 _ Mediazione meramente facilitativa. Accordo ... amichevole?Pag. 35

§ 1.2 _ L'insuccesso parziale. La *proposta* del mediatore, *l'accettazione* delle parti.Pag. 37

§ 1.3 _ L'accordo parziale. Minuta o puntuazione.Pag. 40

§ 2 _ Verbalizzazione della chiusura della mediazione.Pag. 40

Segue ... Il processo verbale. Il verbale di ...accordo? Pag. 41

Segue ... nozione di "verbale di accordo".Pag. 42

§ 3 _ Alcune particolarità dell'accordo, Le *astreintes*.Pag. 45

§ 4 _ L'omologazione, condizione di efficacia dell'accordo amichevole?Pag. 47

Segue ... Diniego di omologa. Pag. 49

§ 5 _ Natura esecutiva del verbale di conciliazione. Pag. 49

§ 6 _ La trascrizione del verbale di conciliazione.	Pag. 50
--	---------

CAPITOLO 3.

ANALOGIE TRA MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI E ARBITRATO, PROCEDIMENTO CIVILE, CONTRATTO DI MEDIAZIONE, TRANSAZIONE, NEGOZIO DI ACCERTAMENTO.

Premessa.

§ 1_ Mediazione e arbitrato.	Pag. 54
§ 1.1 _ Mediazione e arbitraggio.	Pag. 57
§ 2 _ Mediazione e processo civile.	Pag. 57
§ 2.2 _ Mediazione e tentativo di conciliazione.	Pag. 60
§ 3_ Contratto di mediazione e procedimento di mediazione.	Pag. 61
§ 4 _ Mediazione nelle controversie e transazione. Caratteri comuni.	Pag. 64
§ 4.1 _ Segue ... obiezioni preliminari.	Pag. 64
§ 4.2 _ Segue... Caratteri comuni tra procedura di mediazione e transazione.	Pag. 66
A) _ “La conciliazione o definizione di una <i>controversia</i> civile e commerciale”. Un parallelo tra “controversia” (art. 2 D. Lgs. 28/2010) e “lite” (art. 1965 c.c.).....	Pag. 67
B) _ La disponibilità del diritto.	Pag. 69

C) _ La composizione e la prevenzione della lite. L'argomento delle reciproche concessioni. Il concetto di esito <i>win/win</i>	Pag. 70
D) _ Segue ... Caratteri comuni. Beni e diritti estranei alla lite e all'incertezza nel meccanismo delle reciproche concessioni. Transazione Mista. L'allargamento della torta".	Pag. 74
§ 5_ L'assenza di reciproche concessioni.	Pag. 78
§ 5.1 _ La rinuncia. Il riconoscimento del debito.	Pag. 78
§ 5.2 _ <i>Datio in solutum</i>	Pag. 81
§ 5.3 _ L'accertamento negoziale.	Pag. 82
Segue ... Il negozio di accertamento. Caratteristiche. Effetti giuridici.	Pag. 85
§ 6 _ Divisione.	Pag. 87
§ 7 _ Conclusioni. Analogie.	Pag. 89

CAPITOLO 4

L'ATTIVITÀ DI MEDIAZIONE. PROBLEMI INTERPRETATIVI POSSIBILI SOLUZIONI.

Presupposti e contenuto dell'accordo amichevole. Controversia, soggetti, diritti disponibili, oggetto dell'accordo amichevole.

§ 1_ L'art. 2 D.Lgs. 28/2010. La "controversia".	Pag. 92
---	---------

§ 1.1 _ Lo stretto rapporto tra incertezza e “lite che può sorgere”. L'art. 1965 c.c..	Pag. 93
§ 1.2 _ Il concetto di lite. Gli elementi costitutivi della lite.	Pag. 95
§ 2 _ “Chiunque può accedere alla mediazione”. I soggetti della mediazione e la capacità di disporre. Art. 2 D. Lgs. 28/2010.....	Pag. 95
§ 3 _ Il rapporto tra mandato con rappresentanza in sede di mediazione.	Pag. 99
§ 4 _ L’oggetto del“l’accordo amichevole”.	Pag. 104
§ 4.1 _ L'oggetto della mediazione civile: i diritti disponibili.	Pag. 106
§ 4.2 _ L'oggetto del contratto. Requisiti generici.	Pag. 110
Segue ... Transazione (o accordo amichevole) sui beni coniugali.	Pag. 114
Segue ...Transazione su questioni testamentarie.	Pag. 116
Segue ... Sul diritto agli alimenti.	Pag. 117
Segue ... Sull'azione civile nascente da reato.	Pag. 117
§ 5 _ Responsabilità precontrattuale per l’abbandono delle trattative nel procedimento di mediazione.	Pag. 120

CAPITOLO 5

**LE VICENDE SUCCESSIVE ALLA CONCLUSIONE DELL'ACCORDO
AMICHEVOLE.**

§ 1 _ L'art. 1372 c.c.	Pag. 125
Segue ... L'accordo amichevole e la pretesa efficacia modificativa. La preclusione.	Pag. 126
§ 2 _ Effetti essenziali della transazione.	Pag. 126
§ 3 _ L'estinzione dell'obbligazione presupposta. La transazione novativa.	Pag. 128
§ 4 _ Garanzia per evizione.	Pag. 134
§ 5 _ Effetti rispetto ai terzi.	Pag. 136
§ 5.1 _ Transazione e stipulazione a favore di terzi. ..	Pag. 137
§ 5.2 _ Efficacia della transazione nei confronti dei coobbligati solidali.	Pag. 137
§ 5.3 _ Transazione e obbligazione indivisibile.	Pag. 141
§ 5.4 _ Transazione del compratore col terzo rivendicante nei confronti del venditore garante per evizione.	Pag. 141

CAPITOLO 6

L'INVALIDITÀ DELL'ACCORDO AMICHEVOLE

§ 1 _ Cause d'invalidità dell'accordo amichevole.	Pag. 145
Segue ... L'art. 1971 c.c.. Il requisito della buona fede.	

Temerarietà.	Pag. 146
§ 1.1 Vizi della volontà.	Pag. 147
Segue ... L'errore: essenzialità e riconoscibilità. Errore relativo a un <i>caput controversum</i> e <i>non controversum</i>. Pag.	149
§ 1.2 _Errore di diritto.	Pag. 152
§ 1.3 _ Errore di fatto in generale in relazione all'art. 1429.	Pag. 154
§ 1.4 _ <i>Error in re</i>;	Pag. 156
§ 1.5 _ <i>Error in persona</i>.	Pag. 157
§ 1.6 _ Errore di calcolo e di nome.	Pag. 158
§ 2 _ Nullità della transazione relativa a un contratto illecito.	Pag. 159
Segue ... Annullabilità della transazione su titolo nullo.	Pag. 162
§ 3 _ Annullabilità della transazione <u>per falsità</u> di documenti.	Pag. 165
Segue ... Annullabilità <u>per scoperta</u> di documenti. Rapporto con la tutela della riservatezza in sede di mediazione. Pag.	168
Segue ...La "riservatezza del procedimento".	Pag. 174
§ 4 _ Annullabilità per violenza.	Pag. 176
Segue ... Annullabilità per dolo.	Pag. 177

§ 5 _ Effetti della dichiarazione di nullità e della pronuncia di annullamento.	Pag. 178
---	-----------------

CAPITOLO 7

INEFFICACIA DELL'ACCORDO AMICHEVOLE.

§ 1 _ Inefficacia dell'accordo amichevole.	Pag. 183
§ 1.1 _ La risoluzione per inadempimento secondo l'art. 1976 c.c.	Pag. 184
§ 2 _ L'inammissibilità della rescissione di cui all'articolo 1970 c.c.. Applicabilità all'accordo amichevole.	Pag. 191
Segue ... eccezioni al divieto.	Pag. 194
§ 3_ La risoluzione della transazione per eccessiva onerosità dell'accordo amichevole.	Pag. 196
§ 4_ L'azione revocatoria nella transazione.	Pag. 199
§ 5 _ Profili di responsabilità del conciliatore professionista e dell'organismo di conciliazione.	Pag. 200
CONCLUSIONI.....	Pag. 204

Giurisprudenza citata	pag. 212
Bibliografia	pag. 213
INDICE	pag. 229

