

Mediazione: Consiglio Nazionale del Notariato - ACCORDO DI CONCILIAZIONE: REGOLE OPERATIVE PER IL NOTAIO AUTENTICANTE – Guida mediazione civile

Consiglio Nazionale del Notariato

ACCORDO DI CONCILIAZIONE: REGOLE OPERATIVE PER IL NOTAIO AUTENTICANTE

Questo breve lavoro ha lo scopo di sintetizzare le "regole operative", peraltro analoghe a quelle ordinariamente seguite, che deve rispettare il notaio il quale sia richiesto di autenticare (o ricevere in forma pubblica) un accordo di conciliazione, ai sensi del D.lgs. n. 28/2010.

Per accordo di conciliazione si intende l'accordo raggiunto dalle parti a conclusione di un procedimento di mediazione, ai sensi del D.lgs. n. 28/2010, che abbia avuto esito positivo.

L'art. 11 del D.lgs., n. 28/2010 disciplina la fase finale del procedimento di mediazione ed, in particolare, prevede che l'esito del procedimento stesso venga, in ogni caso, documentato in un "processo verbale" (sottoscritto dalle parti e dal mediatore il quale "certifica" l'autografia della sottoscrizione apposta dalle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere).

Tale "processo verbale" attesterà:

- l'esito "negativo" del procedimento, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo;
- l'esito "positivo" del procedimento nel caso sia stato raggiunto dalle parti "l'accordo amichevole".

In tal caso al verbale verrà allegato (o in esso sarà contenuto) l'accordo raggiunto.

L'art. 11 del D.lgs. n. 28/2010 prevede due attività di "autentica di sottoscrizioni" fra di loro molto diverse per funzione, struttura e finalità:

- la "certificazione" da parte del mediatore delle sottoscrizioni apposte dalle parti nel "verbale" (solo nel verbale e non anche nell'accordo, inteso come negozio di autonomia privata, ad esso allegato o in esso contenuto. Diversamente argomentando si ammetterebbe una "certificazione" non consentita di sottoscrizioni apposte ad accordi negoziali, per i quali è comunque necessaria un'autentica notarile);

"l'autenticazione" da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (1), nel caso in cui si sia raggiunto un accordo amichevole di conciliazione soggetto a trascrizione ex art. 2643 c.c. (in via interpretativa, per coerenza di sistema, possiamo dire che l'autentica del pubblico ufficiale si rende necessaria, non solo nel caso espressamente previsto dalla norma, ma in ogni caso in cui con l'accordo si concludono negozi soggetti a pubblicità in pubblici registri, immobiliari e commerciali, per il cui accesso è richiesta quella forma qualificata).

La certificazione apposta dal mediatore:

- non ha in alcun caso valore e funzione di autentica notarile;
- non attribuisce in alcun caso "efficacia esecutiva" la quale può essere attribuita all'accordo solo dal provvedimento di omologazione del Presidente del Tribunale ovvero, seppure in misura diversa, dalla traduzione dell'accordo in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata da notaio (art. 474 c.p.c.);
- non è in alcun caso idonea per la pubblicità dell'accordo nei registri immobiliari o commerciali (a tal fine, ovviamente, non è idonea neppure l'omologazione ex art. 12 D.Lgs. n. 28/2010 che ha la diversa funzione di conferire efficacia esecutiva all'accordo).

Fatta questa breve premessa (e data per conosciuta la diversità del ruolo svolto dal notaio quando agisca in veste di mediatore rispetto a quando interviene quale pubblico ufficiale che autentica o roga l'accordo) occorre in questa sede sintetizzare, al solo fine di eliminare ogni incertezza, le attività che deve svolgere il notaio che interviene in veste di pubblico ufficiale al fine di autenticare o rogare un accordo di conciliazione.

Abbiamo già detto che l'accordo di conciliazione ha natura di "negozio giuridico" e, ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. n. 28/2010, ha ad oggetto "diritti disponibili": possiamo conseguentemente affermare

che l'accordo di conciliazione è un "contratto": giova precisare che l'accordo amichevole conserva tale ontologica natura di negozio di autonomia privata, proveniente dalle sole parti anche se, eventualmente, sia contenuto nel corpo del verbale e non semplicemente ad esso allegato (come dovrebbe più spesso accadere e come testualmente prevede lo stesso art. 11 del D.lgs. n. 28/2010). Questa distinzione concettuale fra "accordo negoziale" (allegato o eventualmente, contenuto nel verbale) e "verbale" stesso sia sotto il profilo contenutistico, sia sotto il profilo documentale ed anche sotto il profilo soggettivo (l'accordo - proveniente dalle sole parti - ed il verbale - attività di constatazione del mediatore - sottoscritto dalle parti la cui sottoscrizione viene "certificata", non "autenticata", dal mediatore) è di primaria importanza per la comprensione dell'intera struttura documentale "dell'atto finale" della mediazione e per gli obblighi connessi. Ciò che il notaio-pubblico ufficiale è chiamato ad autenticare (o rogare) è "l'accordo amichevole" non il verbale.

Il notaio che interviene ad autenticare o rogare tale "accordo-contratto" dovrà pertanto svolgere tutte le attività ed applicare tutte le norme, sia di natura formale sia sostanziale, che è tenuto ad osservare nell'esercizio della propria attività ed in particolare:

- attività di tipo istruttorio;
- controllo di legalità e adeguamento della volontà delle parti;
- attività di tecnica redazionale dell'accordo, nel rispetto di tutte le normative speciali imposte a seconda del contenuto, della causa, dell'oggetto o degli effetti dell'accordo.

Questa attività, nell'ambito della mediazione, riveste particolare rilievo se pensiamo che il mediatore può essere un professionista "non" esperto in materie giuridiche e, pertanto, l'intervento del notaio risulterà di primaria importanza anche in un'ottica veramente deflattiva del contenzioso, per evitare future controversie proprio sulla validità dell'accordo raggiunto.

Per fugare ogni dubbio operativo (generato dalla apparente peculiarità dell'accordo amichevole raggiunto in sede di mediazione) si ritiene opportuno riepilogare le principali attività:

- * di tipo istruttorio e
- * di tecnica redazionale

che il notaio deve svolgere qualora intervenga per autenticare o rogare tale accordo.

E' evidente che l'attività del notaio si atteggerà in modo diverso a seconda del contenuto dell'accordo stesso: ad esempio a seconda che l'accordo amichevole contenga già un negozio traslativo, costitutivo o modificativo di diritti reali (magari mancante in concreto di elementi normativi necessari per la sua validità) ovvero contenga solo un obbligo a contrarre.

Attività di tipo istruttorio

Dovranno essere svolti:

- * gli accertamenti ipotecari e catastali almeno ventennali;
- * gli accertamenti relativi alla conformità catastale (sotto il profilo oggettivo e soggettivo) richiesti dal Dl 78/2010;
- * gli accertamenti relativi al regime patrimoniale coniugale, specie per quanto riguarda la posizione del cedente;
- * gli accertamenti relativi alla legittimazione a disporre del bene in capo al cedente, avuto riguardo alla disciplina della rappresentanza volontaria, legale ed organica: non vi è dubbio che la parte dell'accordo che intervenga a mezzo di rappresentante per la sottoscrizione di esso in forma notarile, dovrà munire chi interviene di una procura notarile, non essendo sufficiente ad es il mandato in calce conferito al proprio legale; allo stesso modo il legale rappresentante di un soggetto incapace dovrà essere munito delle idonee autorizzazioni giudiziali ed il legale rappresentante di una società o di un Ente dovrà essere munito dei necessari poteri e, ove richiesti, dei necessari atti deliberativi;
- * gli accertamenti nei confronti di parti o comparenti stranieri (reciprocità, conoscenza della lingua italiana).

Attività di tecnica redazionale

PROFILI FORMALI

Il Notaio dovrà rispettare le norme "formali" richieste in relazione:

- alla natura del negozio o
- alla condizione delle parti di esso.

Sotto il profilo della natura del negozio, a mero titolo esemplificativo, si rammentano i seguenti negozi (taluni peraltro relativi a materie nelle quali la mediazione è condizione di procedibilità ex art. 5 D.Lgs. n. 28/2010) che richiedono l'atto pubblico a pena di nullità:

- patto di famiglia e sue modifiche;
- atto costitutivo di società di capitali;
- vincoli di destinazione.

In relazione ai soggetti parte dell'accordo sarà richiesto il rispetto delle norme del codice civile, della Legge Notarile e delle altre Leggi speciali, con particolare riferimento, a titolo esemplificativo:

- agli articoli 48 e 51 L.N. (qualora una delle parti non sappia o non possa sottoscrivere);
- all'articolo 57 L.N., qualora una delle parti sia muta (indipendentemente dal fatto che sia anche priva dell'udito o meno) sempre che non sappia leggere e scrivere;
- all'articolo 56 L.N. qualora una delle parti sia priva dell'udito e non sappia leggere e scrivere;
- all'articolo 55 LN per l'ipotesi in cui parte dell'accordo sia un soggetto che non conosca la lingua italiana;
- all'applicazione assorbente della legge notarile rispetto alle prescrizioni della legge n. 18 del 1975 qualora una delle parti sia affetta da cecità.

PROFILI SOSTANZIALI

Stante la notevole varietà degli schemi negoziali che di volta in volta potranno essere impiegati in sede di raggiungimento di un accordo di conciliazione, si rammentano, di seguito, solo gli aspetti redazionali di maggiore rilevanza pratica, sottolineando soprattutto quelli richiesti a pena di nullità dell'atto o di risolvibilità dello stesso.

A tal fine si è condotta l'analisi a seconda:

- a) degli effetti dell'accordo (distinguendo fra accordi con effetti traslativi o modificativi ed accordi con effetti obbligatori);
- b) dell'oggetto dell'accordo (ad esempio qualora oggetto di esso sia una azienda, ovvero un immobile da costruire ovvero ancora un bene soggetto a prelazione legale);
- c) ipotesi particolari

(i) Accordi con effetti traslativi o modificativi (2)

Presupposta l'attività istruttoria innanzi elencata, si dovrà porre particolare attenzione:

- alla descrizione dell'immobile negoziato completa della sua identificazione catastale; in riferimento a quest'ultima, non potrà omettersi la dichiarazione in atto dell'alienante (o dei condividenti) della conformità ai sensi del D. L. n. 78/2010;
- alla verifica da parte del Notaio autenticante che sussista anche la cd conformità soggettiva tra ditta catastale e risultanze dei Registri Immobiliari, eventualmente procedendo a ristabilire la continuità delle trascrizioni ove mancante;
- all'obbligo di indicazione analitica, a mezzo di apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, delle modalità di pagamento del corrispettivo (ove pattuito), nonché dell'eventuale intervento di un mediatore immobiliare, così come prescritto dalla legge 248 del 2006;
- alla necessità di richiedere nell'atto, con le modalità di legge, la disciplina del cd "prezzo-valore" (sempre che ne sussistano i presupposti) ovvero qualsiasi altro regime agevolativo fiscale che presupponga l'espressa richiesta in atto (3);
- al rispetto della normativa antiriciclaggio con conseguente obbligo di segnalare agli uffici competenti eventuali operazioni sospette;
- all'obbligo di inserire tutte le menzioni urbanistiche e di procedere alle allegazioni prescritte dal TU in materia edilizia (Dpr 380/2001);
- agli obblighi di menzione prescritti dalla normativa nazionale (ed eventualmente regionale, ove emanata) in tema di Certificazione Energetica.

Fin qui, le menzioni o attività di tipo "obbligatorio".

Spesso sarà inoltre opportuno che il notaio richiami l'attenzione delle parti su elementi del negozio che, pur non essendo richiesti per la sua validità, ne possano determinare l'inefficacia o la risolubilità, come ad esempio:

- l'opportunità di inserire in atto clausole relative alla esistenza o meno della agibilità; alla esistenza o meno delle certificazioni di conformità degli impianti; all'assolvimento o meno di tutte le pendenze relative a tributi diretti o indiretti, magari garantiti da privilegio.

(ii) Accordi con effetti meramente obbligatori

Può accadere (e si ritiene perfino auspicabile tale prassi, anche per ragioni di sicurezza degli strumenti giuridici definitivi) che l'accordo di conciliazione contenga un "obbligo a contrarre" al quale dare esecuzione con un successivo contratto.

In tal caso tutti gli obblighi istruttori e redazionali dovranno certamente essere rispettati nel contratto "definitivo".

Potrà tuttavia accadere che il notaio venga richiesto di autenticare il "contratto preliminare" contenuto nell'accordo di conciliazione, magari al fine di trascriverlo nei registri immobiliari. In tal caso sarà opportuno svolgere, già in questo momento le attività istruttorie innanzi brevemente elencate ed inserire nell'accordo preliminare tutte quelle menzioni (ad esempio le menzioni urbanistiche relative ai fabbricati) in mancanza delle quali, la giurisprudenza recente nega l'eseguibilità di esso in forma specifica ai sensi dell'articolo 2932 c.c.

Un accenno merita l'ipotesi in cui il notaio sia chiamato ad autenticare un contratto di locazione o affitto di fabbricato (magari ultranovennale, quindi destinato alla pubblicità nei RRII); in tal caso occorre rammentare l'obbligo di consegna al locatario dell'attestato di certificazione energetica (anche se nella sola ipotesi in cui l'immobile in questione ne sia già dotato) e l'obbligo di indicazione dei dati catastali dell'immobile ai sensi dell'art. 19, comma 15 del D. L. n. 78/2010.

Distinzione sulla base dell'OGGETTO

a) azienda: come noto, ai sensi dell'art. 2556, comma 2 c.c., la legge di circolazione dell'azienda è determinata dalle forme stabilite dalla legge "per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto".

Pertanto se con l'azienda:

- vengano trasferiti beni immobili, o trasferiti o costituiti diritti reali su di essi, dovranno essere rispettate tutte le relative regole formali e sostanziali (menzioni urbanistiche per i fabbricati, allegazione del certificato di destinazione urbanistica e relativa dichiarazione di vigenza per i terreni; osservanza del D. L. n. 78/2010; osservanza delle normative statali e regionali in materia di certificazione energetica degli edifici);

- vengano costituiti diritti di godimento (locazione o affitto) di beni immobili dovranno essere osservate le normative statali e regionali in materia di certificazione energetica degli edifici e dovranno essere osservate le prescrizioni introdotte dall'art. 19, comma 15, del D. L. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge 122/2010).

Si rammenta inoltre che quando alienante sia un imprenditore individuale occorrerà accertare se all'impresa collaborino familiari (coniuge, parenti entro il 3° grado ed affini entro il 2° grado) cui possa spettare il diritto di prelazione legale di cui all'articolo 230 bis 5° comma c.c.

b) immobili da costruire: dovranno essere rispettate le norme del D. Lgs. n. 122 del 2005, nel caso in cui oggetto dell'accordo sia un contratto rientrante nel perimetro normativo di detta disciplina, e cioè:

* promittente venditore sia un costruttore che agisce nell'esercizio di impresa;

* promittente acquirente sia una persona fisica;

* oggetto sia un "immobile da costruire" nella accezione di cui alla citata norma (4);

* il negozio si concretizzi in un contratto preliminare o in un qualsiasi altro contratto comunque diretto al successivo trasferimento della proprietà o di diverso diritto reale di godimento (si pensi ad una vendita con efficacia obbligatoria, vale a dire ad effetti traslativi non immediati ma differiti).

c) immobile appartenente alla Edilizia Residenziale Pubblica: in tal caso occorrerà por mente a tutti i divieti di alienazione o ad altri limiti alla commerciabilità variamente sanzionati, di cui tale

normativa risulta disseminata.

d) Prelazioni legali: Non potrà inoltre prescindere dai diritti di prelazione legale, e dai conseguenti diritti di riscatto, in un accordo di conciliazione nel quale al trasferimento del bene o diritto soggetto a prelazione corrisponda sinallagmaticamente una controprestazione fungibile o comunque rientrante nel perimetro della normativa di volta in volta applicabile.

Si dovrà pertanto tener conto della:

- Prelazione prevista per i beni sottoposti a vincolo dei "beni culturali" (artt.60 e seguenti del D. Lgs. n. 42/2004);
- prelazione urbana di immobili di tipo abitativo e commerciale;
- prelazione agraria;
- prelazione ereditaria ex art 732 c.c.;
- prelazione del collaboratore di impresa familiare ex art 230 bis c.c.).

Profili fiscali

Il Notaio, infine, dovrà, ai fini della tassazione dell'atto tener presente che, ai sensi dell'articolo 17 commi 2 e 3 del D.lgs. 28/2010 "2. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. 3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente." Nulla si statuisce ai fini delle imposte ipotecarie e catastali ma dalla ratio e dal tenore letterale dell'articolo 17 comma 2, si potrebbe desumere l'applicabilità del beneficio suddetto anche a queste ultime.

Conclusioni

Se si volesse immaginare una sorta di "decalogo" per il notaio chiamato ad autenticare (o a rogare) accordi di conciliazione, raggiunti nell'ambito del procedimento di cui al D.lgs. n. 28/2010, e partendo dal presupposto fondamentale, più volte ripetuto, che a tali "accordi" deve riconoscersi natura di "contratto", può dirsi che il notaio deve:

1) verificare che l'accordo sia intervenuto su diritti "disponibili" o comunque su diritti che possono formare oggetto di regolamento "negoziale privato" o comunque non in violazione di norme imperative (in questa ottica deve ad esempio escludersi che con un accordo amichevole di conciliazione possano raggiungersi accordi relativi a diritti patrimoniali attinenti al "regime primario" della famiglia - obblighi di contribuzione - o relativi ai figli o agli obblighi nascenti dal matrimonio, oppure possano assumersi validi obblighi a donare, oppure possano raggiungersi accordi in violazione al divieto dei patti successori.)

In questo ambito particolare problema è quello dell'ammissibilità di un accordo conciliativo avente ad oggetto l'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento per intervenuta usucapione, e la sua trascrivibilità. Su questo ultimo aspetto si richiama la prima recentissima decisione del Tribunale di Roma del 22 luglio 2011;

2) verificare il rispetto delle "forme" previste dalla legge (es. necessità di atto pubblico con i testimoni come per le donazioni, patti di famiglia ecc);

3) verificare la capacità delle parti e la loro legittimazione a disporre dei beni oggetto di accordo (capacità di agire, regime patrimoniale coniugale ecc.);

4) verificare il rispetto delle norme in materia di rappresentanza volontaria, legale od organica delle parti;

5) verificare la necessità di applicare normative speciali dettate per la particolare condizione dei soggetti intervenuti (stranieri che non conoscono la lingua italiana, non vedenti, muti, non udenti ecc.);

6) verificare che siano state rispettate tutte le normative dettate per il bene che forma oggetto dell'accordo ed in considerazione degli effetti prodotti dall'accordo stesso. Ad esempio qualora con l'accordo si trasferisca o si costituisca un diritto reale su un bene immobile dovranno essere rispettate tutte le relative normative speciali (urbanistiche, catastali, fiscali);

7) aver sempre chiara la distinzione netta fra la mera "certificazione" del mediatore e "l'autenticazione" del pubblico ufficiale necessaria ai fini della pubblicità dell'accordo e la,

conseguente, caratteristica strutturale che per poter accedere ai pubblici registri l'accordo deve essere sottoposto al controllo di legalità tipico dell'attività notarile e le sottoscrizioni delle parti devono essere autenticate dal pubblico ufficiale. Come in ogni atto notarile le firme delle parti (di tutte le parti) devono essere autenticate in calce all'accordo, a margine dei fogli intermedi e degli allegati. Pare evidente in questa ottica l'inidoneità dello strumento documentale del mero "deposito" dell'accordo agli atti del notaio (ai sensi dell'art. 1, n. 1 lettera b del r.d.l. n. 1666/1937 e 61 della Legge Notarile), in quanto con quel mezzo non si raggiunge la necessaria "autenticità" delle sottoscrizioni delle parti, salvo che il deposito avvenga ad opera di tutte le parti dell'accordo ed il contenuto dell'accordo stesso sia riprodotto nel verbale notarile di deposito sottoscritto da tutte le parti; in tale ultima ipotesi, infatti, il verbale assume la natura di vero e proprio atto pubblico di ripetizione (5);

8) astenersi dall'autenticare accordi amichevoli in violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico, che non abbiano ad oggetto "diritti disponibili", che abbiano ad oggetto fattispecie che non possono essere oggetto di regolamentazione con "atto negoziale di autonomia privata" o comunque accordi invalidi. In ogni caso in cui l'accordo possa essere raggiunto con lo strumento contrattuale, ma sia carente di requisiti richiesti per la sua validità, il notaio redigerà autonomo atto di convalida o riproduttivo dell'accordo annullabile o nullo, completo di tutti i requisiti richiesti dalla legge;

9) osservare le norme in materia di conservazione degli atti a raccolta, precisandosi al riguardo che le norme del D.Lgs. che prevedono il deposito del verbale, ed allegato accordo, presso la segreteria dell'organismo di mediazione non derogano alla normativa prevista per gli atti notarili, da considerarsi comunque speciale;

10) assumere la responsabilità per i successivi adempimenti fiscali e di pubblicità nei pubblici registri, come di consueto.

Maria Luisa Cenni - Valentina Rubertelli

1) Tale autenticazione si riferisce unicamente alle sottoscrizioni delle parti apposte nell'accordo e non a quella del mediatore che resta, in ogni caso, totalmente estraneo all'accordo stesso.

2) A puro titolo esemplificativo, quelli più probabili saranno negozi traslativi della proprietà, costitutivi, traslativi o modificativi di diritti reali, divisionali, operazioni straordinarie societarie quali aumenti di capitale mediante conferimento di immobili in favore della società ovvero assegnazioni di beni immobili ai soci in sede di riduzione reale o di liquidazione, cessioni di aziende comprendenti immobili o loro rami (cessioni a loro volta fatte a titolo di vendita, permuta, patto di famiglia, conferimento in società in sede costitutiva o di aumento del capitale, assegnazioni ai soci da parte di società in sede di liquidazione, riduzione reale del capitale o liquidazione di quota a favore di un socio escluso o receduto).

3) Riguardo ai presupposti per l'applicazione del c.d. Prezzo-valore (art. 1, comma 497, delle L. 23 dicembre 2005 n. 266) , in particolare per quanto riguarda la non applicabilità di tale regime alla scrittura privata non autenticata e l'inammissibilità di un atto integrativo per esercitare tale opzione si vedano: Risoluzione n. 121/E dell'1 giugno 2007 dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Normativa e Contenzioso e Risoluzione n. 145/E del 9 giugno 2009 dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Normativa e Contenzioso.

4) E' appena il caso di segnalare l'importante pronuncia della Suprema Corte di cassazione Sezione II Civile che con Sentenza 5749/2011 (pubblicata nel Notiziario del CNN il 1° aprile 2011) ha posto fine ad un annoso dibattito in tema di ammissibilità di preliminari di vendita di immobili sulla "carta" (per i quali cioè, il permesso costruire non fosse stato ancora neanche richiesto) e di eventuale applicabilità agli stessi (ove ammessi come validi) della disciplina di cui alla legge 122/2005. In sintesi con la sentenza in commento la Cassazione:

ha rifiutato recisamente, la tesi della ineducibilità in contratto preliminare degli edifici da costruire

prima della richiesta del permesso (escludendone quindi la eventuale nullità per impossibilità dell'oggetto);

ha ritenuto inapplicabile agli stessi l'intera disciplina del d.lgs. 122/2005, essendo fuori dal "perimetro oggettivo" della norma, chiamata ad operare solo a partire dal momento in cui il permesso sia stato almeno "richiesto".

5) Si veda in questo senso Cass. 14 dicembre 1984 n. 6576.

Fonte: Consiglio Nazionale del Notariato