

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/03/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33163-verbale-di-conciliazione-e-accertamento-dell-usucapione-dicotomia-annunciata-od-occasione-gi-apparentemente-perduta>

Autore: Guidoni Emanuele

**Verbale di conciliazione e accertamento dell'usucapione:
dicotomia annunciata od occasione già (apparentemente)
perduta?**

**VERBALE DI CONCILIAZIONE E ACCERTAMENTO DELL'USUCAPIONE:
DICOTOMIA ANNUNCIATA
OD OCCASIONE GIÀ' (APPARENTEMENTE) PERDUTA?**

1. Premessa.

Il tema della trascrivibilità del verbale di conciliazione avente per oggetto l'accertamento dell'intervenuta usucapione, sembra già assunto al rango di nodo gordiano della mediazione, accendendo il dibattito tra gli interpreti.

Dopo breve tempo dalla sua entrata in vigore, la mediazione ha infatti subito registrato sul punto una battuta di arresto. Con decreto 6-22 luglio 2011, la Sez. V Civile del Tribunale di Roma ha infatti ritenuto che *“con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs. 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”*.

Dal richiamo dell'art. 2643 c.c. operato all'art. 11, comma 3 del D.Lgs. 28/2010, il giudice capitolino ha fatto discendere la conclusione che il verbale di conciliazione ricognitivo dell'usucapione in favore di una delle parti, non essendo riconducibile ad alcuno di quelli previsti dalla detta norma, non possa per ciò solo essere trascritto. Ma non solo.

Secondo questi, milita a sostegno della tesi negativa anche il fatto che non avendo il Legislatore stabilito che il verbale di conciliazione possa essere trascritto ai sensi dell'art. 2657 c.c. (norma secondo cui possono essere trascritti solo gli atti formati con sentenza, atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizioni autenticate o giudizialmente accertate), la trascrivibilità del medesimo deve pure escludersi alla luce del fatto che in materia di usucapione l'art. 2651 c.c. fa riferimento alla trascrizione delle sole sentenze di accertamento, quand'anche il primo produttivo dello stesso effetto dichiarativo o retroattivo delle seconde.

In termini analoghi si poi espresso il Tribunale di Varese con ordinanza 20 dicembre 2011, con cui è stato rilevato che *“il verbale di conciliazione non può offrire all'attore un risultato equivalente a quello della sentenza. La conciliazione, infatti, non può determinare in favore dell'attore l'acquisto a titolo originario potendogli solo far conseguire eventualmente il bene immobile a titolo derivativo.”* e quindi sostenuta l'inapplicabilità oggettiva della condizione di procedibilità essendo imprescindibile la pronuncia giudiziale.

Taluni interpreti hanno ritenuto invece deporre in favore della tesi contraria l'ordinanza 30 dicembre 2011 del Tribunale di Palermo, Sezione distaccata di Bagheria¹, avendo questa affermato di non condividere *“quell'impostazione per cui – poiché la mediazione in tema di usucapione non può avere il medesimo effetto della sentenza (posto che non sarebbe trascrivibile il negozio di accertamento dell'acquisto della proprietà per usucapione) – allora un'interpretazione costituzionalmente orientata del d.lgs. 28/2010 dovrebbe portare ad escludere le controversie in materia di usucapione dalla mediazione obbligatoria”*. A ben vedere, però, il giudice siciliano si è solo limitato a ritenere ammissibile il tentativo di conciliazione anche in materia di usucapione, muovendo dal presupposto che non trovando applicazione il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato nel procedimento di mediazione, può verificarsi l'ipotesi che la domanda di usucapione in questo dedotta, ne esca mediata in un'altra forma. Nessuna argomentazione di tale ordinanza può far però propendere per assumerla quale apertura verso la trascrivibilità del verbale di conciliazione nei termini qui commentati.

Vediamo dunque se, prendendo adito dall'enunciato del giudice romano, sia possibile tratteggiare una diversa e contraria soluzione interpretativa, focalizzando l'attenzione sui diritti reali immobiliari.

2. Il negozio di accertamento dell'usucapione.

E' fatto noto che l'usucapione di un diritto reale immobiliare si perfezioni *ex se* quale effetto automatico del possesso qualificato protrattosi per la durata indicata agli artt. 1158-1159bis c.c.; si tratta di un modo di acquisto a titolo originario e gratuito, che si realizza per effetto del possesso e del decorso del tempo, e che solo di riflesso comporta l'estinzione (o la limitazione) del diritto altrui.

La sentenza dichiarativa si pone dunque solo come un *quid pluris* che assume il valore di una mera pubblicità notizia voluta dal Legislatore per fini fiscali e per la completezza dei registri immobiliari, onde consentire la conoscibilità da parte dei terzi delle vicende inerenti un dato

¹ E' interessante osservare che la Sezione distaccata di Bagheria si è anche posta la questione dell'esistenza di un foro territoriale della mediazione, investendone la Corte di Giustizia mediante rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del TCE del 7 settembre 2011 (Causa C-464/11), ad oggi non ancora deciso.

immobile e quindi garantire la sicurezza nella circolazione dei beni, non potendosi pertanto riconoscere a un tale atto alcun altro effetto.

Esclusa dunque l'esigenza di una ricognizione giudiziale dell'usucapione ai fini di un valido acquisto del diritto, come anche insegna la Suprema Corte affermando che negare al proprietario per usucapione la possibilità di disporre del bene usucapito genererebbe “*la strana situazione per cui chi ha usucapito sarebbe proprietario ma non potrebbe disporre validamente del bene fino a quando il suo acquisto non fosse accertato giudizialmente*” (Cassazione civ., sez. II, 5 febbraio 2007 n. 2485 in *Giust. civ.* 2008, 9, I, 2036), è lecito domandarsi se sia ammissibile un negozio privato ricognitivo dell'usucapione, surrogatorio della pronuncia dichiarativa giudiziale, partendo dalla considerazione che gli effetti dell'usucapione si realizzano *ex se* quando ne risultino integrati i presupposti legali, senza che assuma rilievo essenziale l'accertamento della fattispecie o la volizione delle parti.

Il problema è stato invero già autorevolmente affrontato propendendo per la soluzione (relativamente²) negativa. Dal momento che una trattazione *funditus* delle ragioni che abbiano portato ad escludere la figurabilità di un tale atto imporrebbe una trattazione autonoma per quant'è articolato il tema, ci si limiterà ad esporlo nei tratti essenziali al fine di agganciarvi poi l'odierna speculazione giuridica.

In termini generali, il negozio di accertamento rappresenta una manifestazione atipica dell'autonomia negoziale, con cui le parti tendono a sostituire una situazione certa a una situazione incerta, in modo da definire in maniera definitiva l'*an* e/o il *quomodo* di una determinata e preesistente situazione giuridica, obbligandosi reciprocamente a rispettare gli effetti di tale atto.

Espliativa in proposito di negozi di accertamento di diritti reali è la posizione del Consiglio Nazionale del Notariato, che con lo Studio 176-2008/C ha affermato che “*ancorché il negozio di accertamento dei diritti reali sia, in termini generali, ammissibile, esso potrà aversi solo laddove l'accertamento si inserisca nell'ambito delle vicende previste dall'art. 2643 c.c. e limitatamente ai negozi che predicano un effetto che vuole completare un pregresso negozio per gli effetti di cui all'art. 2643 medesimo, ma non per quei negozi che, nell'intenzione delle parti o per loro stessa natura, abbiano effetti probatori o effetti obbligatori, non potendo dunque mai intrinsecamente valere per i negozi che accertino un acquisto a titolo di usucapione (o l'estinzione per prescrizione di un diritto reale di godimento, fattispecie anch'essa prevista all'art. 2651 c.c.)*”³.

Ciò non significa, quindi, una negazione aprioristica e assoluta dell'ammissibilità di un negozio di accertamento dell'usucapione, ma che allorquando questa risulti dichiarata negozialmente⁴, l'efficacia non potrà che essere obbligatoria e quindi limitata alle sole parti⁵, non affrancandosi la ricognizione dalla previsione dell'art. 2651 c.c., che ricordiamo prevedere la trascrizione della sola sentenza che la accerti e con la efficacia di mera notizia (anziché dichiarativa) della pubblicità, né, sempre secondo l'orientamento del CNN, potranno essere in favore di essa invocate l'efficacia *erga omnes* e la retroattività reale tipiche della sentenza (l'acquisto per usucapione giudizialmente accertato travolge infatti l'atto di alienazione di chi appaia *dominus* nei RR.II., anche se questo titolo fosse di data antecedente alla domanda di usucapione e addirittura indipendentemente dalla trascrizione della sentenza, non così per l'atto di autonomia privata).

*** ***

Se non sembra dunque escludersi l'ammissibilità di un negozio privato diretto all'accertamento dell'avvenuta usucapione, ciò che s'impone è chiarire gli effetti e l'efficacia della ricognizione privata, onde verificare se effettivamente le possano essere attribuiti effetti limitati alle parti oppure se, al contrario, discostandosi quindi all'orientamento comune, essa risulti in un quale modo fungibile rispetto alla sentenza dichiarativa.

Il discorso deve prendere ancora spunto dal decreto del Tribunale di Roma, nel quale il giudice capitolino, pur negando la trascrivibilità del verbale di conciliazione ricognitivo dell'usucapione, ha comunque riconosciuto a un tale atto di autonomia privata un effetto dichiarativo pari a quello

2 L'accertamento negoziale dell'usucapione non viene comunemente negato *tout court*, bensì non gli vengono riconosciuti l'efficacia e gli effetti propri della sentenza dichiarativa, limitandosi nel primo caso la ricognizione a spiegare effetti tra le sole parti.

3 G. Baralis, “*Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione “dichiarata” dal cedente e atti dispositivi*”, Consiglio Nazionale del Notariato, Studi civilistici, Studio 176 – 2008/C.

4 Sul punto si nota per taluni autori, l'accertamento quale autonoma funzione negoziale può essere riconosciuto solo allorquando esso non si risolva in una mera dichiarazione ricognitiva. Così, Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile I*, vol. II, Torino, UTET, 1999.

5 Sull'ambito soggettivo di efficacia del negozio di accertamento, cfr. Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile I*, vol. II, cit..

della sentenza di accertamento.

Scendendo alle radici di una tale enunciazione di diritto, si osserva come il principio della ritenzione tra le parti degli effetti dell'accertamento negoziale non possa farsi valere anche per la ricognizione dell'usucapione in quanto prescindente quest'ultima da qualsivoglia pregresso rapporto tra usucapente e usucapito e realizzantesi automaticamente allo scadere del termine legale per usucapire.

Con il negozio di accertamento a contenuto ricognitivo di un diritto reale acquistato per usucapione, le parti, infatti, non determinano la nascita da tra di esse di un nuovo rapporto, ma si limitano a riconoscere (anzi, l'usucapito riconosce, mediante dichiarazione di scienza, e l'usucapente raccoglie e accetta la ricognizione) l'avvenuto trasferimento dall'una all'altra del diritto usucapito, senza che la loro rispettiva sfera volitiva sia stata (e sia al momento della conclusione del negozio) determinante ai fini della traslazione. I caratteri e l'estensione della nuova situazione giuridica risulteranno quindi determinati solo in funzione delle norme dell'ordinamento che disciplinano il diritto trasferito, mentre qualsivoglia rapporto pregresso tra le parti risulterà essere privo di rilevanza, non incidendo in alcuna misura sul *quomodo* tale diritto potrà essere esercitato dall'usucapente.

L'efficacia retroattiva dell'acquisto, quindi, non deriva dal negozio ricognitivo, bensì dall'acquisto medesimo (o meglio, dal modo dell'acquisto), dunque da una regola di diritto positivo autoapplicabile. In altri termini, la retroattività reale⁶ dell'usucapione non dipende dall'atto negoziale che la accerti, ma si realizza con essa nel momento stesso in cui si verifica.

Per tale stessa ragione non si può negare che l'effetto traslativo del diritto in favore di colui che l'abbia usucapito non possa essere opposto nei confronti di qualunque terzo. Una volta verificatasi l'usucapione, che l'eventuale accertamento di essa abbia natura giudiziale o negoziale risulterà infatti una circostanza irrilevante: gli effetti dell'usucapione si saranno infatti realizzati di per sé e non in dipendenza di esso.

Esemplificando per ribadire il punto, si pensi alla alienazione di un diritto di cui il cedente si sia affermato titolare per usucapione: qualora usucapione vi sia stata, che essa sia stata o non accertata e che l'eventuale accertamento abbia assunto i caratteri di una sentenza o di un negozio privato, la posizione giuridica (di cedente e) cessionario sarà intangibile da chiunque; ma anche, qualora usucapione non vi sia stata, che esista o non un accertamento giudiziale o negoziale che affermi il contrario, il trasferimento del diritto in capo al preteso usucapente comunque non si sarà realizzato e dunque tra le parti si completerà in ogni caso un acquisto *a non domino*.

Da ciò non può che farsi seguire un'equiparazione giuridica sostanziale tra l'accertamento negoziale dell'usucapione e la sentenza che la dichiara, discendendone la conferma dell'efficacia *erga omnes* anche del primo.

Anzi, forse più propriamente dovrebbe parlarsi di efficacia *erga omnes* dell'acquisto per usucapione e non degli atti che eventualmente lo accertino, in quanto prescindibili ai fini della realizzazione degli effetti traslativi del diritto propri di tale istituto. E' proprio per questa ragione che ricognizione privata e accertamento giudiziale siedono sullo stesso piano, restando tali atti distinti e distinguibili in *subiecta materia* solo dal punto di vista tassonomico.

*** ***

La questione deve da ultimo quindi spostarsi sul tema degli effetti di un accertamento privato sulla sicurezza nella circolazione dei beni, onde verificare se e in quali termini siano eventualmente rassicurabili ragioni ostative sotto tale diverso profilo.

Si deve partire col considerare che è ormai comunemente accolta, anche in sede notarile, la compravendita di un bene di cui l'alienante si dichiara titolare per usucapione, senza che gli possa essere richiesta la dimostrazione di tale affermazione. Se però si accoglie questo, non si vede allora quali potrebbero essere i motivi contrastanti la formalizzazione di un negozio che accerti l'esistenza di quella stessa situazione giuridica che l'acquirente per usucapione può comunque omettere di dimostrare in sede di disposizione del diritto affermato usucapito. Anzi, un negozio ricognitivo sarebbe da accogliersi favorevolmente in quanto diretto proprio a rafforzare le garanzie di corrispondenza tra evidenza pubblica e realtà giuridica.

A favore della fungibilità del negozio privato rispetto alla sentenza dichiarativa anche sotto tale altro argomento d'indagine, milita pure il fatto che il primo, per poter essere trascritto, richieda comunque la forma (dell'atto pubblico o) della scrittura privata autenticata e sarà quindi soggetto all'attento controllo circa la legalità del contenuto da parte del notaio (rogante o) autenticante le firme; verifica che oggi è sostanzialmente identica per entrambe le forme [cfr. artt. 42 e 48, lett.

⁶ *Ex pluribus*, Cassazione civ., sez. II, 28 giugno 2000 n. 8720 in *Giust. civ. Mass. 2000*, 1425. Sul punto, per un approfondimento sulle problematiche degli effetti dell'usucapione e sulla ammissibilità di una *usucapio libertatis*, si rimanda a M. Krogh, *Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell'usucapione*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studi civilistici, Studio 859-2008/C.

a) cod. deon. not.]. Francamente non si vedono quali controlli più approfonditi potrebbe compiere il giudice investito della domanda di accertamento dell'usucapione, né quale maggiore professionalità lo stesso avrebbe rispetto al notaio nel senso di ritenere il primo maggiormente *peritus* del secondo nello svolgimento di quelle stesse verifiche che il notaio non può astenersi dal compiere. Questo implica che insistendo nel ragionare in termini di maggiore sicurezza del controllo giudiziale, si dovrebbe ritenere che qualunque atto di competenza notarile sarebbe “migliore”, cioè “più sicuro”, se passato sotto la lente di un giudice, e sappiamo non essere così.

3. Causa ed effetti della ricognizione negoziale. Il negozio di “accertamento improprio”.

La causa della ricognizione risiede evidentemente nella volontà delle parti – usucapente e usucapito – di dare rilevanza esterna a una situazione giuridica divenuta incompatibile con quella apparente nel sistema di pubblicità immobiliare.

In virtù del principio di autoreponsabilità delle parti e tutela dell'affidamento dei terzi, anche propugnato dalle SS.UU. della Suprema Corte⁷ in tema di pubblicità immobiliare, secondo la quale “*non può ad oggi non essere interpretata, anche alla luce degli inderogabili doveri di solidarietà per i quali, riconosciuti dall'art. 2 Cost., tra i principi regolatori fondamentali delle relazioni sociali, ponendosi a carico delle parti di qualsivoglia rapporto un dovere d'autoreponsabilità, indipendente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da espresse previsioni normative, imponendole d'agire in guisa da preservare gli interessi dell'altra e il terzo dal rischio d'acquistare inconsapevolmente un diritto suscettibile di menomazione.*”, la realizzazione di un negozio ricognitivo altro non sarebbe diretta che a rimuovere giustamente una rappresentazione giuridica esteriore risultante dai registri immobiliari, divenuta incompatibile con quella effettiva e di cui ancora non sia stata data notizia nelle forme di legge precludendone fino a quel momento la conoscibilità da parte dei terzi.

L'effetto della (trascrizione della) ricognizione è dunque quello di rafforzare e garantire la sicurezza della circolazione dei beni tramite il ricongiungimento di titolarità apparente ed effettiva come risultante dai pubblici registri o comunque di consentire una tempestiva tutela per gli aventi diritto, in caso di condotte fraudolente perpetrate in loro danno (si pensi al caso di un uso fraudolento dell'usucapione: ammettendo un tale negozio si vedrebbe anticipata la possibilità del controllo da parte dell'effettivo titolare del diritto, potendo egli venire a conoscenza della frode già al momento della trascrizione dell'atto di ricognizione anziché di quello successivo di disposizione del medesimo diritto da parte di colui che abbia affermato di averlo usucapito).

Quindi, con un tale negozio – di cui si potrebbe azzardare una definizione in termini di mero negozio di “accertamento improprio” in quanto privo di effetti diretti – le parti si limitano pertanto a riconoscere l'esistenza di una situazione giuridica perfetta, autonoma e i cui effetti si solo realizzati prescindendo da alcuna manifestazione di volontà, con il solo fine di sostituire attraverso per il suo tramite una errata situazione di diritto apparente con una corrispondente alla realtà giuridica effettiva, in modo da rimuovere la duplice situazione di incertezza esistente tra le parti (incertezza relativa) e nei confronti dei terzi (incertezza assoluta derivativa).

4. Segue. Trascrivibilità del negozio.

Altro problema è in virtù di quale norma possa essere eseguita la trascrizione dell'accertamento negoziale dell'usucapione.

Secondo l'orientamento espresso dal CNN con il citato Studio 176-2008/C, “l'art. 2651 c.c. prescrive è vero la pubblicità notizia per la sentenza che accerti l'usucapione, ma lo è anche che la stessa norma non comanda, sempre a livello pubblicitario, che non esista altra forma di titolo per la trascrizione se non quello giudiziale ... di talché, il negozio di accertamento, se avente i requisiti di forma indicati all'art. 2657 c.c., ben potrà essere trascritto con gli stessi effetti propri della sentenza.”.

Ma non basta.

E' certo che le norme sulla trascrizione non prevedano espressamente il negozio in commento. Ciò però di per sé solo non può significare che lo stesso non sia trascrivibile ai fini di pubblicità notizia, nel senso, ovvio, di non rivestire, tale formalità, effetti sostanziali ma solo al fine di rendere più efficiente il sistema pubblicitario e conseguentemente offrire più ampie garanzie circa la rispondenza delle risultanze dei registri immobiliari con la realtà giuridica⁸.

Ha quindi significato, ai fini di pubblicità notizia, cioè della cd. “pubblicità non necessaria”, la

⁷ Cassazione civ., SS.UU., 12 giugno 2006 n. 13523 in *D&G - Dir. e giust.* 2006, 27, 12

⁸ Sul punto, Cassazione civ., sez. I, 26 novembre 1999 n. 13184 in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2357.

⁹ Osserva sul punto Nicolò, *La trascrizione*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1973: “*Che la pubblicità sia “non necessaria” non significa, peraltro, che dalla sua mancata attuazione non possano conseguire effetti giuridicamente rilevanti: ad esempio, essa potrebbe giocare sotto il profilo della valutazione dell'esistenza di uno stato di buona o mala fede del terzo, in tutte le ipotesi in cui tale stato sia rilevante (così come accade, sempre per fare un esempio, li*

ricognizione negoziale in materia di diritti reali, e più precisamente di un acquisto a titolo originario, qual è l'usucapione, che consenta di superare un'evidenza pubblicitaria che risulti errata in quanto superata, con il pregiudizio che si in caso di persistenza di tale apparenza potrebbe derivarne per la circolazione dei beni.

Si osserva ulteriormente al riguardo, che in dottrina si propende per ritenere che l'impianto della pubblicità immobiliare sia fondato sul temperamento di due interessi fondamentali: l'esigenza di certezza e quella di semplificazione, che si fonda sul principio economico del massimo risultato utile con il minimo mezzo.

Il principio di semplicità applicato al caso in esame suppone quindi che si dimostri che la pubblicità generi complessità non utile e cioè che l'ampliamento dell'informazione si riveli essere *praeter necessitatem*, il che è intuitivamente errato: *“la pubblicità, dilatando la conoscibilità e i meccanismi solutori dei conflitti fra aventi causa diversi, è elemento di maggior efficienza del sistema, purché in maniera certa si specifichino dettagliatamente le ipotesi soggette a pubblicità dichiarativa, mentre vi sarà ben maggiore larghezza per la pubblicità notizia. Ma, questo è il punto: se la fattispecie sostanziale è incerta, sia nei suoi rapporti con la pubblicità dichiarativa che con la pubblicità notizia, dovrebbe valere il principio base di ogni sistema giuridico per cui nel dubbio sono da favorire le ragioni dell'efficienza collegate alla conoscibilità.”*¹⁰.

Si tratterebbe quindi di una applicazione analogica dell'art. 2651 c.c., che si giustifica appunto con il fine di evitare ingannevoli segnalazioni in materia di traffico giuridico. A tal proposito vale osservare che se, come ammesso per ipotesi e dimostrato in tesi, in materia di usucapione sentenza e negozio hanno pari effetti ed efficacia (se usucapione vi sia stata, l'acquisto del diritto si sarà perfezionato, esista o non sentenza o negozio di accertamento; del pari, se usucapione non vi sia stata, l'acquisto non si sarà realizzato, sia stata o non – erroneamente – accertata con sentenza o con negozio), se entrambi gli atti mirano a rimuovere una erronea realtà giuridica apparente dal sistema di pubblicità immobiliari, e se, infine, esiste una pressoché eguale esposizione di sentenza e negozio al rischio di condotte fraudolente delle parti cui fanno da contraltare altrettanto analoghi poteri di controllo in capo al giudice per la prima e al pubblico ufficiale autenticante le firme per il secondo, non si riconoscono, a conferma di quanto qui è tesi, ragioni di ordine dogmatico e sistematico per non estendere al negozio privato ricognitivo la trascrivibilità ai sensi della suddetta norma.

Concludendo il discorso, è importante richiamare il fatto che sebbene non possa porsi in contestazione l'esigenza di rispettare il dettato dell'art. 12 delle preleggi, che nell'imporre una gradualità d'utilizzazione degli strumenti ermeneutici, pone al primo posto quello letterale, integrato da quello razionale riferito alla singola norma, va pur sempre considerato che la stessa disposizione consente, nell'ipotesi di lacuna, il ricorso ai criteri della similitudine e dell'analogia, ai quali segue quello sistematico, per il quale l'interpretazione della singola disposizione va effettuata in relazione al complesso delle disposizioni in materia, poiché *“incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere”*.

5. Compatibilità del negozio di accertamento dell'usucapione con l'art. 11, comma 3 del D.Lgs. 28/2010.

Pur sostenendo, sempre per ipotesi, l'ammissibilità di un negozio di accertamento dell'usucapione e la relativa trascrivibilità, il problema non può dirsi comunque ancora risolto.

All'art. 11, comma 3 del D.Lgs. 28/2010 si parla infatti di “contratti o atti” previsti all'art. 2643 c.c.. Ed è su questo punto – lo si rammenta – che il giudice capitolino ha incentrato il ragionamento contenuto nel citato decreto 6-22 luglio 2011.

L'ulteriore nodo da sciogliere è quindi adesso quello degli effetti del rinvio operato a una sola delle norme dettate in materia di pubblicità immobiliare.

Dapprima è opportuno indagare su che cosa ne sarebbe di un verbale di conciliazione il cui contenuto fosse riconducibile entro l'ambito di applicazione dell'art. 2643 c.c., se il richiamo di tale norma mancasse. La questione è se gli si possa riconoscere solo un'efficacia obbligatoria oppure se comunque l'accordo fosse trascrivibile con effetti dichiarativi.

Si osserva al riguardo che ai fini dell'applicazione delle norme sulla trascrizione, l'ordinamento non detta infatti regole in funzione del “dove” un atto o un contratto sia compiuto, bensì sul “quando” taluno di essi debba essere trascritto. E il “quando” dal canto proprio non si atteggia in funzione degli effetti giuridici che da tali atti o contratti promanano o si vogliano far discendere. L'accordo raggiunto in mediazione si connota infatti alla stregua di una mera scrittura privata (è

dove sia in questione una usucapione abbreviata”.

10 G. Baralis, “Negozzi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione “dichiarata” dal cedente e atti dispositivi.”, cit..

infatti principio noto che a differenza dell'atto pubblico, la scrittura privata possa essere estesa da chiunque e dovunque, potendo essere portata all'autentica delle firme in un secondo momento), il quale, pertanto, ogniqualvolta produca (o s'intende che produca) effetti per i quali sia necessaria la trascrizione, potrà essere invariabilmente soggetto a pubblicità immobiliare.

Le norme in materia di trascrizione sarebbero quindi invariabilmente applicabili ogni volta che all'esito della mediazione le parti concludessero un accordo rilevante ai fini della trascrizione, a prescindere da un qualunque richiamo che di esse fosse fatto all'art. 11 così come altrove nel D.Lgs. 28/2010. Perché è di palmare evidenza come non avrebbe alcun senso logico negare la trascrivibilità del verbale di conciliazione in difetto di un tale rinvio quando le parti potrebbero uscire dalla mediazione, stendere lo stesso accordo lì di fatto precluso (in quanto intrascrivibile) e quindi trascriverlo previa autenticazione delle sottoscrizioni.

Esemplificando per meglio chiarire il punto di vista, se in sede di mediazione le parti si accordassero per una cessione immobiliare, la trascrizione del verbale ricettivo di un tale accordo non sarebbe legittima e ammissibile in quanto prevista dall'art. 11, comma 3 del D.Lgs. 28/2010, ma perché tale formalità è richiesta dall'ordinamento ai fini della produzione di determinati effetti, fosse stato o no richiamato l'art. 2643 c.c. (o altra norma applicabile in materia di trascrizione).

Ma si rifletta anche su altro.

Se si dovesse condividere la tesi che il richiamo dell'art. 2643 c.c. fosse da intendersi tassativo, nel senso che in mediazione potrebbero utilmente concludersi solo gli accordi indicati in tale norma, allora dovrebbero *ipso facto* escludersi, ad esempio, gli atti di divisione immobiliare, la cui trascrizione è invece richiesta ai sensi dell'art. 2646 c.c.; eppure le divisioni rientrano tra le materie per le quali è prevista la giurisdizione condizionata. Dovrebbero poi escludersi anche talune controversie in materia di successioni ereditarie, perché da trascriversi ai sensi dell'art. 2648 c.c. in caso comportino l'accettazione di eredità e l'acquisto di legati; ma pure queste si riscontrano tra le materie per le quali è prevista la condizione di procedibilità. Ancora, passando dal contraddittorio all'incoerente, si pensi alle controversie in materia di risarcimento del danno per la circolazione di veicoli e natanti, responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa, per le quali egualmente vige l'obbligo del tentativo di conciliazione, ma rispetto alle quali la mediazione imporrebbe ingiustificati limiti impliciti all'autonomia delle parti, come nell'ipotesi in cui esse intendano compiere una cessione di beni immobili in favore del danneggiato coniugato, la cui trascrizione è prevista ancora da una diversa norma, l'art. 2647 c.c. (in relazione all'art. 179, lett. f, c.c.). Analogo ragionamento potrebbe poi svolgersi per il caso di controversie che potrebbero essere regolate mediante una cessione dei beni ai creditori, poiché preclusa essendone stavolta prevista la trascrizione dall'art. 2649 c.c.. Il discorso potrebbe proseguire, ma il concetto è già chiaro.

Insomma, non appare davvero eretico affermare che il citato rinvio all'art. 2643 c.c. sia stato invero messo lì dal Legislatore *ad colorandum*, senza animo di completezza nella formulazione della norma e comunque, prima ancora, senza ben soppesare le ragioni di tale (inutile) richiamo. Le norme in materia di trascrizione non si applicano, infatti, nella misura in cui esse siano richiamate dall'una o l'altra disposizione di legge, bensì ogniqualvolta essa sia da quelle stesse norme richiesta.

Si può pertanto concludere serenamente affermando che il riferimento all'art. 2643 c.c. operato all'art. 11, comma 3 del D.Lgs. 28/2010 non sia esclusivo, nel senso che tale norma deve invero essere letta e interpretata nel senso di affermare che ogniqualvolta che le parti concludano un accordo rilevante ai fini della trascrizione, lo stesso, affinché se ne realizzino gli effetti, potrà sempre comunque soggetto alla pubblicità immobiliare, qualunque sia la norma in funzione della quale quest'ultima venga eseguita.

Vero questo, si può concludere che nulla osti, sul piano dogmatico, per affermare la trascrivibilità del verbale di conciliazione ricognitivo dell'usucapione in applicazione analogica dell'art. 2651 c.c. per le motivazioni già rassegnate.

6. Giurisdizione condizionata e inattuabilità dell'accertamento conciliativo negoziale dell'usucapione: riflessi di costituzionalità.

Nonostante quanto fin qui argomentato, non può mancare un'ultima e non meno importante riflessione sulla tesi che nega l'ammissibilità di una ricognizione negoziale dell'usucapione (fuori e dentro la mediazione) e che è invero quella a tutt'oggi invalsa presso la giurisprudenza e la migliore dottrina.

Se in tale caso è infatti inavviabile la dichiarazione giudiziale dell'intervenuta usucapione, è logico domandarsi se possa ritenersi o non comunque vigente la condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Detta così la mediazione si presenterebbe infatti solo come un inutile orpello.

Come riferito in apertura, di tale avviso è il Tribunale di Varese, il quale pertanto propende per un'automatica disapplicazione di tale condizione in quanto ritenuta incostituzionale; precisamente, il giudice lombardo sostiene che *“nei casi in esame - quelli in cui l'accordo non può comporre la lite evitando la sentenza che si figura come indefettibile - non è richiesta la condizione di procedibilità ex art. 5, comma 1, dlgs 28/2010 ... l'interpretazione secundum constitutionem deve ritenersi ammessa nel caso di specie, in conseguenza anche della elencazione (contenuta nell'art. 5 comma 1 del decreto legislativo 28 del 2010) delle materie sottoposte al regime dell'obbligatorietà ... il rischio è quello di una applicazione automatica dell'art. 5, comma 1 cit. che conduca a risultati interpretativi palesemente incostituzionali: in particolare, là dove si imponga la mediazione cd. obbligatoria nella consapevolezza che i litiganti non potranno comunque pervenire ad un accordo di conciliativo. L'incostituzionalità si manifesta all'interprete in modo evidente poiché viene frustrata la stessa ratio dell'istituto: operare come un filtro per evitare il processo; ma se il processo non è evitabile, l'istituto è una appendice formale imposta alle parti con irragionevolezza (e, quindi, violazione dell'art. 3 Cost.)”*.

Contrario è invece il Tribunale di Palermo, Sezione distaccata di Bagheria, anch'esso citato, il quale invece afferma che *“non possa infatti escludersi a priori che le potenzialità trasformative e ampliative dell'oggetto della mediazione, non possano condurre le parti verso molteplici accordi che comunque consentano il perseguimento dello scopo dell'istituto”*; finalità che appunto consiste nella composizione extra(e pre)giudiziale delle controversie e, quando possibile, il ripristino delle interazioni sociali tra le parti. Condivisibilmente il giudice siciliano afferma che la mancanza in mediazione del principio della rispondenza tra il chiesto e il pronunciato, implica che una controversia possa finanche entrare in mediazione come domanda di usucapione e uscirne mediata in un'altra forma; anche in relazione alla domanda di usucapione è infatti possibile ipotizzare, ancora secondo tale orientamento, vari accordi risolutivi della controversia. Se dunque non viene meno il fatto che chi intenda ottenere l'accertamento giudiziale dell'usucapione, dovrà prima procurarsi un verbale negativo al fine di coltivare l'azione giudiziale, ciò di per sé solo non può significare che l'obbligatorietà del passaggio in mediazione sia incostituzionale. Ciò anche perché se usucapione vi sia stata, il diritto tramite essa acquistato è e resterà intangibile per tutto il (breve) tempo di durata della mediazione, senza quindi che la posizione giuridica della parte che ne domandi l'accertamento ne possa subire alcun pregiudizio. Oltretutto, non si può mancare di notare come un obbligo siffatto risulti invero coerente con i principi della Direttiva 2008/52/CE, di cui il D.Lgs. 28/2010 costituisce attuazione, la quale al considerando 14 fa *“salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni”*, con il solo limite che ciò non si risolva in una denegata giustizia. E nel caso in ciò non si risolve.

7. Conclusioni.

E' chiaro che queste brevi riflessioni in ordine sparso non hanno assolutamente in animo di tratteggiare una soluzione della questione esaminata, bensì solo provocare qualche riflessione in più rispetto ai forse troppo “sbrigativi” provvedimenti che finora si sono registrati presso la giurisprudenza di merito.

Per adesso, quest'ultima si è espressa solo in senso negativo, muovendo dal duplice presupposto che la sola norma in materia di trascrizioni richiamata all'art. 11 del D.Lgs. 28/2010 sia solo l'art. 2643 c.c. e che in ogni caso l'ordinamento prevederebbe la trascrivibilità, in materia di usucapione, delle sole sentenze dichiarative in applicazione testuale dell'art. 2651 c.c. in relazione all'art. 2657 c.c.. La produzione giudiziaria è però ancora talmente scarsa, in termini quantitativi, da non poter far certo parlare di prassi applicativa. Il che lascia ampio margine per dibattere sul tema.

Secondo la ricostruzione della fattispecie che ivi si è proposta, non sembrerebbero invece esistere preclusioni dogmatiche insormontabili per poter accedere alla realizzazione di un negozio ricognitivo dell'usucapione, attraverso cui le parti perseguano il fine legittimo di dare certezza tra loro e pubblicità ai terzi dell'esistenza di una situazione giuridica diversa da quella risultante dai pubblici registri e rispetto a essa incompatibile; ciò anche in osservanza del principio di autoresponsabilità e di solidarietà sociale che in termini di pubblicità immobiliare la giurisprudenza di legittimità fa derivare dall'art. 2 Cost.. E ragioni ostative alla realizzazione di un tale negozio per il tramite di un verbale di conciliazione, non sembrano sussistere.

Né alcuna preclusione appare derivare, in termini di trascrivibilità dell'accertamento negoziale, tanto dell'art. 2651 c.c., imponendosi infatti, per le ragioni ampiamente discusse, un'interpretazione analogica di tale norma sì da ricondurre anch'esso nel suo alveo applicativo, quanto dell'art. 11 del D.Lgs. 28/2010, essendosi dimostrata vuoi l'inutilità del richiamo all'art.

2643 c.c. voi l'incongruenza del rinvio a solo tale norma in relazione alla regole stesse della mediazione, dovendo pertanto l'interprete attingere nell'intero panorama normativo in materia di trascrizione in funzione agli atti volta per volta conclusi.

Neppure, poi, sembrerebbe muovere contro tale tesi il ritenere che così opinando si esporrebbe il sistema al rischio di condotte fraudolente delle parti, privando di sicurezza il regime di circolazione dei beni. Che un problema sussista è senz'altro indubitabile, ma non in termini assoluti nel senso anche prospettato dal Tribunale di Roma e non in ogni caso maggiori rispetto a quelli ordinari cui si è esposti anche nel caso di un accertamento giudiziale dell'usucapione. Sul punto qui vale ricordare la contraddizione in termini in cui si cadrebbe considerando, come va considerato, valido ed efficace l'atto traslativo di un diritto di cui l'alienante si dichiara *sic et simpliciter* titolare per usucapione, ma ammettendo un negozio ricognitivo di essa, la cui trascrizione consentirebbe di spostare "a monte" il controllo sulla legittimità delle dichiarazioni delle parti e degli effetti che le stesse ne vorrebbero far discendere, senza dover attendere "a valle" il successivo atto dispositivo del diritto (affermato, ma non realmente) usucapito.

Sul versante della soluzione giudiziale, si è invece visto come non sia condivisibile l'orientamento espresso da taluna giurisprudenza, non potendosi infatti convenire che la (solo) apparente inutilità della persistenza dell'obbligo del tentativo di conciliazione possa di per sé sola indurre a vedere nella norma che la impone un vizio di incostituzionalità. Non può infatti negarsi aprioristicamente che le potenzialità trasformative e ampliative dell'oggetto della mediazione non possano condurre le parti verso molteplici accordi che comunque consentano il perseguimento dello scopo dell'istituto.

Inoltre, la previsione normativa avversata, non risolvendosi in una denegazione di giustizia, appare anche coerente con i dettami del diritto comunitario, rammentando sul punto che direttiva recepita dal decreto sulla mediazione lascia ampio margine agli Stati membri di imporre il ricorso a tale procedura obbligatorio o anche soggetto a incentivi e sanzioni.