

MAURO BOVE

### *L'accordo conciliativo*

#### **Premessa**

Se si vuole comprendere il regime giuridico dell'accordo conciliativo, in ipotesi raggiunto alla fine del percorso disciplinato nel d.lgs. n. 28 del 2010, bisogna fare una breve premessa sulla sua collocazione nell'ambito del sistema dei mezzi di risoluzione delle liti civili.

Se insorge una controversia sull'esistenza, sulla spettanza o sul modo di essere una certa situazione giuridica soggettiva, i mezzi che l'ordinamento offre alle parti per trovare la soluzione sono di vario tipo, almeno se la lite coinvolge un diritto disponibile. In particolare, a fianco dei mezzi eteronomi, nei quali i litiganti si affidano alla soluzione che un terzo darà loro con un atto di normazione vincolante, si pongono i mezzi autonomi, che sono sempre di tipo negoziale, nei quali non vi è l'atto di un terzo.

In ogni caso l'atto giuridico che risolve il conflitto pone una norma concreta, che supera e sostituisce la precedente concretizzazione dell'ordinamento. È vero che il diritto soggettivo nasce nel momento in cui si verificano i presupposti che per esso sono descritti in una norma di legge. Ma, è anche vero che, se insorge una crisi di cooperazione tra i privati, che impedisce la fisiologica realizzazione del diritto, il ricorso ai mezzi di risoluzione del conflitto pone sempre capo ad un atto di normazione concreta che sostituisce la precedente norma concreta derivante dalla legge che era fonte della situazione giuridica soggettiva in questione. In altri e più semplici termini, che ci si sia avvalsi di un mezzo autonomo o di un mezzo eteronomo di soluzione della lite, in ogni caso, dopo il suo utilizzo, la norma concreta che presiederà ai comportamenti delle parti per il futuro sta tutta e solo nell'atto di normazione concreta che alla fine di esso è stato posto.

Insomma, possiamo dire che ogni atto di risoluzione della lite civile, sia esso eteronomo o autonomo, ha comunque efficacia vincolante per le parti, ponendo un *quid novi*, ossia un comando oggettivamente e soggettivamente specificato, che rompe il nesso preesistente tra il fatto, la norma di legge e l'effetto che questa collegava a quello. Ma i vari mezzi a disposizione sono assai diversi tra loro per regime giuridico, in particolare per il regime giuridico appunto dei loro atti finali<sup>1</sup>.

Molto brevemente<sup>2</sup> si ricorda che i mezzi principali di soluzione delle liti civili, che si pongono tra loro agli antipodi, sono il contratto e la sentenza. Col primo le parti superano la lite senza ricorrere all'aiuto di nessuno, ponendo esse stesse la norma concreta che supera la lite. A questo fine l'ordinamento mette a disposizione un contratto tipico, che ha come sua causa giuridica proprio la soluzione della controversia giuridica: il contratto di transazione di cui all'art. 1965 c.c. In tal caso i litiganti risolvono il conflitto senza un'operazione di sussunzione giuridica, ossia senza un accertamento della realtà giuridica preesistente, ma per mezzo di un avanzamento del loro dialogo: nel contratto si ricompongono gli interessi alla luce della sola valutazione delle convenienze. Con la sentenza, invece, le parti ricevono da un terzo imparziale la soluzione, che, lungi dall'essere fondata su una valutazione degli interessi in campo, è invece rigidamente derivata da un accertamento, ossia dalla verifica di qual è il diritto nel caso concreto. In altri termini la sentenza, prima di essere la posizione di un comando concreto, è un atto di giustizia, in cui il giudice, statale o privato che sia, accerta il torto e la ragione.

<sup>1</sup> Le differenze possono anche riguardare altri momenti del percorso: così, per fare un esempio sul quale poi torneremo, la domanda giudiziale e la domanda di arbitrato sono soggette a trascrizione, mentre non lo è la domanda di mediazione.

<sup>2</sup> Per maggiori approfondimenti sia consentito il rinvio a BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Vedi anche gli scritti di LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile* 2011, 325 ss, e *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.* 2004, 1201 ss.

Insomma, tra sentenza e contratto, la prima differenza che emerge in tutta evidenza sta nel diverso rapporto con la legge. Il contratto non ha lo scopo di *ius dicere*, ossia di accertare qual è il diritto nel caso concreto: per esso la legge rappresenta solo la delimitazione dei confini entro i quali i privati possono dettare norme concrete che servono al perseguimento dei propri fini, che vengono scelti sulla base di una pura, loro, valutazione di convenienza. La sentenza, invece, ha proprio quello scopo di *ius dicere*, quindi essa, prima di comandare, rappresenta un atto di giustizia: essa è la legge nel caso concreto.

Sul piano del regime giuridico ciò significa che, se la sentenza è qualificabile secondo la coppia giusta/ingiusta e secondo la coppia valida/invalida, il contratto, invece, può essere qualificato solo come valido o invalido. Solo la prima è giudizio ed atto, per cui quello può essere affetto da *errores in iudicando* e questo può essere affetto da *errores in procedendo*. Ed, inoltre, proprio per giungere al giudizio, solo la sentenza esige a monte un processo, più o meno formalizzato dalla legge<sup>3</sup>, conseguendo da ciò la possibilità che essa sia affetta da *errores in procedendo* derivanti da vizi che, non sanati, si annidano nello svolgimento del percorso.

Tra il contratto e la sentenza la conciliazione in generale e quella in particolare disciplinata dal d.lgs. n. 28 del 2010 si pone a metà strada.

Essa è un mezzo autonomo, perché, se il percorso giunge a buon fine, la conciliazione raggiunta è un contratto tra le parti con tutte le caratteristiche di una transazione. In altre parole, il ruolo del mediatore non sta nel dare la soluzione vincolante della lite, bensì nel favorire tra le parti l'emersione dei loro interessi e, quindi, l'individuazione di un nuovo punto di incontro. Insomma, il mediatore non è il terzo imparziale che fornisce la norma concreta risolutiva del conflitto, ma l'amico comune che aiuta le parti ad elevare il loro dialogo al fine di trovare quelle convenienze che permettono loro di superare la lite senza doversi rivolgere ad un giudice, che risolverebbe il conflitto solo seguendo il binario stretto dell'accertamento di qual è il diritto nel caso concreto, quindi, lungi dal favorire il dialogo tra i litiganti, solo lasciando sul campo vinti e vincitori.

Ma, se quanto appena detto è sufficiente per descrivere una conciliazione "pura", ben altro si deve aggiungere per cogliere tutti gli aspetti giuridicamente rilevanti della conciliazione istituzionalizzata di cui tratta il d.lgs. n. 28 del 2010, nella quale emerge con più nitore lo sforzo del legislatore di costruire un mezzo di risoluzione delle liti civili attinenti a diritti disponibili che si ponga appunto in una sorta di via di mezzo. Ciò non solo per il fatto che il mediatore può fare una proposta, anche senza la richiesta delle parti, ma già solo per il fatto che, comunque venga raggiunto, l'esito positivo del percorso può portare anche alla formazione di un titolo esecutivo, aspetto questo per il quale è fondamentale l'opera del mediatore<sup>4</sup>.

Insomma, rispetto ad una conciliazione "pura" quella che si rinviene nel d.lgs. n. 28 del 2010 è una conciliazione "rafforzata". In essa, per coglierne i profili fisiologici (efficacia) e patologici (vizi), dobbiamo vedere due facce, due diverse fattispecie giuridicamente rilevanti: quella del contratto e quella del titolo esecutivo.

Peraltro, prima di procedere, è bene fare un'ulteriore precisazione, per evitare equivoci che potrebbero derivare dalla lettura dell'art. 11 del d.lgs. n. 28 del 2010.

Questa disposizione prevede due modi per giungere ad un esito positivo del percorso. Il primo emerge nel momento in cui sono le stesse parti a raggiungere un accordo amichevole, che poi il mediatore recepisce. Il secondo, presupponendo la mancanza di un simile accordo, si impernia sulla proposta del mediatore, che è sempre possibile<sup>5</sup> e diventa necessaria ove le parti concordemente la

<sup>3</sup> Più formalizzato nell'ambito della giurisdizione statale, più lasciato all'autonomia delle parti, salvi alcuni principi fondamentali, nell'ambito della giustizia privata.

<sup>4</sup> Ciò vale nel quadro del d.lgs. citato. È chiaro, altresì, che al di fuori di esso basterebbe rivolgersi ad un notaio per dare al contratto la forma sufficiente a formare un titolo esecutivo.

<sup>5</sup> Ovviamente fatte salve eventuali disposizioni contrarie dei regolamenti camerali.

richiedano. In questo caso, la mediazione giunge alla conciliazione se le parti dichiarano per iscritto di accettare la proposta.

Ebbene, ai nostri fini è del tutto irrilevante distinguere tra questi due modi, anche se si volesse vedere nel primo la via per giungere ad una conciliazione facilitativa e nel secondo la via per giungere ad una conciliazione valutativa, cosa peraltro non del tutto necessitata, perché ben il mediatore potrebbe fare una proposta sulla sola base della valutazione degli interessi e non dei diritti<sup>6</sup>. In altri termini, le due prospettive che ora andremo ad indagare, quella del contratto e quella del titolo esecutivo, assumono caratteristiche sempre identiche a prescindere dal modo in cui la mediazione riesce a giungere alla conciliazione.

### **La conciliazione-contratto**

Abbiamo già detto che, se la mediazione riesce, la conciliazione raggiunta non è altro che un contratto, ossia un atto delle parti. Ciò è vero, si ripete, in ogni caso, anche, quindi, se l'esito favorevole è stimolato dal mediatore con una sua proposta.

La conciliazione, in quanto contratto, ha forza di legge tra le parti, come recita l'art. 1372, 1° comma, c.c. Quindi, da questo punto di vista, non si può certo dire che essa sia qualcosa di meno della sentenza. Ma, riprendendo quanto detto sopra, essa, appunto in quanto contratto, ha una regime del tutto diverso dalla sentenza, regime che, lungi dall'essere descritto nel d.lgs. n. 28 del 2010, sta tutto nelle norme generali del codice civile in materia di contratti e nelle norme specifiche, sempre dettate nel codice civile, per la transazione.

Innanzitutto, la conciliazione, pur avendo forza vincolante, non ha l'effetto della cosa giudicata, che, tipico della sentenza, è descritto nell'art. 2909 c.c. Ciò deriva dal rilievo per cui essa è un atto di normazione concreta che prescinde da un'operazione di sussunzione giuridica, ossia da un atto di accertamento. Invero, la cosa giudicata non è altro che la stabile attribuzione del bene della vita dopo che su di esso vi è stato appunto l'accertamento del giudice: essa si riferisce a questo accertamento e non al comando concreto derivato. Per cui non è pensabile che alla conciliazione-contratto si possa riferire un simile effetto.

Altro è che pure la conciliazione sia resistente allo *ius superveniens* retroattivo. Ma ciò dipende dal fatto che, essendo essa un atto di normazione concreta posto in essere a prescindere dalla norma di legge che prima presiedeva ai rapporti tra le parti, ossia superando quella norma e non certo applicandola, evidentemente una successiva modifica di detta norma è del tutto irrilevante per la fattispecie data dalla conciliazione-contratto.

E altro è che alcune ipotesi d'impugnativa della transazione, e quindi anche della conciliazione-contratto, quali quelle contenute negli articoli 1973, 1974 e 1975 c.c., sembrano riecheggiare le ipotesi di revocazione della sentenza. Qui non bisogna farsi fuorviare dalle apparenze, essendo esse solo specificazioni dell'impugnativa negoziale per errore, rimedio che, lungi dal mirare ad una modifica del giudizio, come avviene nei casi di revocazione delle sentenze, punta piuttosto all'eliminazione del contratto. Invero, se il contratto, come abbiamo già detto sopra, non contiene un giudizio, non si vede come si potrebbero costruire rimedi rivolti ad una modifica di qualcosa che non c'è!

Mancando un accertamento a monte del comando concreto, mancando quindi la funzione dichiarativa, la conciliazione-contratto, appunto come la transazione, supera la lite in base ad una valutazione degli interessi e non alla posizione di un atto di giustizia. Quindi, è inimmaginabile che essa sia impugnabile perché "ingiusta". Se la sentenza, in quanto giudizio, può essere affetta da *errores in iudicando*, attinenti alla soluzione della questione di fatto o alla soluzione della questione

<sup>6</sup> Su questi aspetti vedi variamente LUIISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano 2011, 46 ss.; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino 2011, 251 ss.; CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in *Riv. esec. forz.* 2011, 1 ss.; SANTI, *sub art. 11*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova 2011, 272 ss.

di diritto<sup>7</sup>, non così è per il contratto, neanche quello posto al servizio della soluzione della lite. La stessa violazione della legge, se nella sentenza può essere fonte d'ingiustizia o di invalidità, nel contratto può essere solo fonte di invalidità.

Rispetto alla sentenza sono due le norme che sovengono: quella che presiede al giudizio<sup>8</sup> e quella che presiede alla costruzione dell'atto. La violazione della prima rende la sentenza ingiusta, mentre la violazione della seconda rende la sentenza invalida.

Ebbene, se la conciliazione-contratto non è un atto di giudizio, evidentemente in essa non vi può essere alcuna violazione di norme di giudizio. Può solo ravvisarsi la violazione di una norma di costruzione, ossia di una di quelle norme che stabiliscono i confini del negoziare ed anche i modi che i privati devono rispettare per produrre fattispecie negoziali efficaci. Insomma, le qualificabilità patologiche del contratto sono solo quelle della nullità e della annullabilità.

Inoltre, sempre alla mancanza di un atto di giustizia imposto da un terzo imparziale (il giudice) si collega il rilievo per cui la conciliazione-contratto non si presenta come il punto di arrivo di un procedimento in senso tecnico, ossia di un'attività preorganizzata da norme di legge o convenzionali. Qui bisogna stare molto attenti con le parole, anche per dare il giusto peso allo stesso lessico del legislatore. È ovviamente vero che la conciliazione giunge alla fine di un percorso. Ed è vero che il legislatore, trattando del percorso, parla di procedimento di mediazione. Ma, è altrettanto vero che con ciò non si vuole assumere la parola "procedimento" con lo stesso significato in cui essa è utilizzata nell'ambito dell'attività giurisdizionale, statale o privata, per il semplice fatto, si ripete, che l'atto finale del percorso, se positivo, sta tutto in un contratto tra le parti e non in un atto di normazione concreta di un terzo, in ipotesi il mediatore.

Tutti i valori ed i principi che pur la legge detta per il percorso mediativo non sono fonte di possibili *errores in procedendo*, da far valere contro la conciliazione-contratto sulla quale, in ipotesi, quegli errori potrebbero ripercuotersi. La sentenza, alla luce dell'art. 161 c.p.c., ma direi alla luce dei principi generali, può essere invalida sia per la violazione di regole che presiedono direttamente alla sua costruzione<sup>9</sup> sia per la violazione di regole che presiedono alla costruzione del processo su cui essa si fonda. Il contratto, invece, e così pure la conciliazione, può essere affetto solo da vizi derivanti dalla violazione delle regole di costruzione del contratto in sé, che non è atto finale di una serie propriamente procedimentale.

Così, per fare un solo esempio, quando la legge sancisce il principio per cui il mediatore deve essere terzo e imparziale, con ciò essa pone un fondamentale requisito che deve far parte dell'abilità e della professionalità del mediatore, perché un mediatore che non fosse terzo ed imparziale farebbe fallire il percorso. La legge vuole che sia rispettato quel valore per favorire il buon esito della mediazione. Ma da ciò non deriva che una conciliazione, in ipotesi raggiunta nonostante la scarsa imparzialità del mediatore, potrebbe essere qualificata come invalida, così come invece sarebbe qualificabile una sentenza o un lodo rituale pronunciato da un giudice partigiano.

### **Il verbale di conciliazione**

Il d.lgs. n. 28 del 2010, se non si è occupato della conciliazione contratto, lasciando la disciplina del suo regime giuridico interamente ai principi del codice civile, si è invece preoccupato di attribuire, a certe condizioni, efficacia di titolo esecutivo alla documentazione del contratto

<sup>7</sup> Ovviamente la tipologia dei vizi di ingiustizia non implica che essi siano sempre rimediabili. Ciò dipende dalla costruzione che la legge fa dei mezzi d'impugnazione, potendo questi essere aperti a far valere tutti i vizi d'ingiustizia (l'appello) o solo alcuni, in diritto (ricorso per cassazione) o in fatto (revocazione).

<sup>8</sup> Di solito trattasi di una norma della legge sostanziale. Ma, se il giudizio, in casi eccezionali, ha ad oggetto una questione processuale, allora anche la norma del giudizio sarà appunto processuale. Si pensi, ad esempio, al giudizio sulla riconoscibilità della sentenza straniera, di cui all'art. 67 della legge n. 218 del 1995, o all'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c.

<sup>9</sup> Ad esempio il difetto di motivazione o il difetto di sottoscrizione del giudice.

raggiunto tra le parti, ossia al verbale di conciliazione, formato ai sensi dell'art. 11, 3° comma, del medesimo decreto.

La verbalizzazione dell'accordo, con le firme sia del mediatore che delle parti, si ha sempre, sia che l'accordo sia raggiunto direttamente dalle parti (art. 11, 1° comma, d.lgs. cit.) sia che esso risulti dall'adesione di queste alla proposta del mediatore (art. 11, 2° comma, d.lgs. cit.). La differenza tra le due ipotesi sta solo in ciò che, se sono le parti ad aver raggiunto l'accordo, il testo di questo può essere allegato al verbale finale oppure trasfuso in questo verbale. Quindi, per quanto riguarda, in particolare, le firme necessarie, non si potrebbe sostenere che nell'ipotesi di cui al primo comma del citato art. 11 sarebbe sufficiente la sola firma del mediatore. Invero, a questo proposito il terzo comma della stessa disposizione è chiarissimo nel richiamare sia il primo sia il secondo comma.

In definitiva, qui emerge un intreccio di firme.

Il mediatore firma certamente il verbale. Se più sono i mediatori, ovviamente tutti devono apporre la loro firma. Le parti prima firmano l'accordo, se da esse raggiunto, oppure l'accettazione della proposta fatta dal mediatore. Poi esse firmano la documentazione dell'accordo, ossia il verbale, e l'autografia della loro sottoscrizione è certificata dal mediatore stesso. Inoltre, se vogliono, le parti possono anche versare il medesimo accordo in un altro atto redatto di fronte ad un notaio, assumendo questo la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico. Questa ulteriore documentazione dell'accordo può servire ad un duplice fine: per formare un titolo esecutivo e/o per avere un titolo trascrivibile nei registri immobiliari.

Lasciando per il momento da parte questo secondo aspetto, dal primo punto di vista, le parti, rivolgendosi ad un notaio, otterrebbero un titolo esecutivo a prescindere dalle disposizioni specifiche del d.lgs. n. 28 del 2010. Invero, dalla semplice lettura dell'art. 474 c.p.c. emerge che sia l'atto pubblico sia la scrittura privata autenticata sono titoli esecutivi con efficacia limitata, non essendo il primo spendibile per l'esecuzione per obblighi di fare ed essendo la seconda utilizzabile solo per un'esecuzione per espropriazione.

Ma ben altre sono le potenzialità (*rectius*: gli effetti) che acquista il verbale di conciliazione se si seguono i dettami dell'art. 12 del d.lgs. n. 28 del 2010, dettami che ora dobbiamo vedere con qualche attenzione.

### **Il titolo esecutivo**

Se è vero che la mediazione punta a superare il conflitto attraverso un'elevazione del dialogo tra i litiganti, che invece i mezzi eteronomi interrompono, evidentemente se ne deve ricavare, quale conseguenza, che difficilmente a seguito del raggiungimento dell'accordo non vi sarà la sua spontanea attuazione. Tuttavia, è sempre possibile che questa visione ideale sia smentita dalla realtà e che, quindi, l'interessato abbia bisogno di ricorrere ai mezzi esecutivi offerti dall'ordinamento. Ecco, allora, che l'art. 12 del d.lgs. n. 28 del 2011 prevede che il verbale di conciliazione può diventare titolo esecutivo equiparabile ai titoli giudiziali, nonché può diventare titolo per iscrivere ipoteca giudiziale, se è omologato dal giudice statale.

Questa norma dice qualcosa sui limiti della cognizione del giudice in sede di omologa e assai poco sulle regole procedurali da seguire per essa.

Dal primo punto di vista la disposizione assegna al giudice un compito che si riferisce, per un verso, alla conciliazione-contratto e, per altro verso, alla sua verbalizzazione. Rispetto a quella il giudice deve verificare la non contrarietà del suo contenuto all'ordine pubblico o a norme imperative. Rispetto a questo egli deve verificare che non vi siano irregolarità formali.

Accertare che l'accordo non violi norme di ordine pubblico o norme imperative significa in buona sostanza effettuare un vaglio sulla possibile nullità del contratto alla luce dell'art. 1418 c.c., inclusa la valutazione dell'eventuale indisponibilità del diritto in gioco.

Verificare, invece, la regolarità formale del verbale significa accertare che esso: 1) sia formato in relazione al campo di applicazione del d.lgs. n. 28 del 2010 (ossia si tratti controversia civile o commerciale), 2) provenga da un organismo accreditato, 3) contenga tutte le firme necessarie, 4) contenga la certificazione da parte del mediatore della autografia della sottoscrizione delle parti ovvero della loro impossibilità a sottoscrivere<sup>10</sup>.

Insomma, anche in sede di omologazione il legislatore non trascurava di sottoporre all'attenzione del giudice, e quindi di far emergere, le due prospettive, direi le due fattispecie, che sono da ravvisare in quello che genericamente si chiama accordo conciliativo. Peraltro in sede di omologazione, in cui si esprime un'attività di giurisdizione volontaria e non certo di giurisdizione dichiarativa, ogni accertamento sarà svolto in termini sommari, in ogni caso senza precludere possibili lamentele future, sia in riferimento alla fattispecie del contratto sia in riferimento alla fattispecie della sua documentazione e, quindi, della formazione del titolo esecutivo.

Dal punto di vista procedurale, invece, la norma in commento detta solo regole di competenza.

Una funzionale, prevedendosi che l'omologazione sia chiesta al presidente del tribunale. Due relative alla competenza per territorio, ancorando l'omologazione delle conciliazioni interne al luogo in cui ha sede l'organismo che ha gestito la mediazione e l'omologazione delle conciliazioni transfrontaliere al luogo in cui l'accordo deve avere esecuzione.

Questa scarsa disposizione lascia diverse questioni aperte.

La prima sulla stessa competenza, dovendo l'interprete chiedersi se le norme appena viste valgano anche nel caso in cui la conciliazione sia raggiunta di fronte ad un organismo accreditato durante la pendenza del processo statale ovviamente sulla stessa lite. Ciò può accadere ove sia stato lo stesso giudice a rinviare le parti alla mediazione, sia nell'eventualità che non fosse stato esperito il tentativo necessario per legge o per contratto (art. 5, 1° e 5° comma, d.lgs. cit.) sia nell'eventualità che le parti accolgano con favore l'invito a loro rivolto dal giudice ai sensi del 3° comma del medesimo art. 5 del d.lgs. cit. (c.d. "delegata"), ovvero ove le parti, pendendo il processo statale, giungano comunque alla conciliazione a seguito di una procedura da loro iniziata sempre di fronte ad un organismo accreditato.

In un primo momento mi ero sentito di affermare che in casi di questo tipo si dovesse derogare alle regole di competenza stabilite nella norma in commento, lasciando il potere di concedere l'*exequetur* al giudice della causa in corso<sup>11</sup>. Ma francamente, *re melius perpensa*, devo riconoscere che una simile idea, pur tesa a semplificare il quadro, non può essere sostenuta. Innanzitutto, perché non si può derogare alla competenza funzionale del presidente del tribunale, anche considerando il fatto che ben la causa potrebbe pendere pure di fronte al giudice di pace o alla Corte d'appello. In secondo luogo perché, anche guardando solo al profilo territoriale, un argomento insuperabile contro quell'idea è da trarre dall'art. 28 c.p.c. Invero, se qui siamo di fronte, come nessuno dubita, ad un procedimento camerale, pare difficile sfuggire all'inderogabilità della competenza territoriale stabilita nel citato art. 12.

La seconda questione aperta riguarda i rimedi, posto che, se la domanda di omologazione può essere accolta o respinta, vi sarà sempre una parte interessata a far valere possibili errori del giudice. La norma in commento nulla dice al riguardo, per cui dobbiamo cercare di risolvere il problema in base ai principi generali ed all'applicazione di altre norme.

Per quanto riguarda l'applicazione dei principi generali, sembra certo che, trovandosi di fronte allo svolgimento di un'attività di giurisdizione volontaria, gli "accertamenti" compiuti dal giudice in questa sede non hanno alcuna forza preclusiva per il futuro. Insomma, gli interessati potranno

<sup>10</sup> Sul punto vedi, per tutti, MINELLI, *sub art. 12*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali cit.*, 297.

<sup>11</sup> BOVE, *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione (d.lgs. n. 28/2010)*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali cit.*, 1 ss., spec. 17. In senso contrario TISCINI, *op. cit.*, 270; MINELLI, *op. cit.*, 294.

sempre far valere in un ordinario processo dichiarativo eventuali profili di invalidità della conciliazione-contratto ovvero eventuali profili che rendono carente la sussistenza del titolo esecutivo.

Ma, fermo restando che sulle vie da seguire per sollevare queste contestazioni torneremo tra breve, è anche vero che, se si lasciasse all'interessato la sola via del processo dichiarativo ordinario, gli si imporrebbe sempre e solo l'uso di un rimedio assai lungo e dispendioso. Ecco, allora, che tra gli interpreti è emersa l'idea che qui sia spendibile il reclamo sia avverso il provvedimento di *exequatur* sia avverso il provvedimento di rigetto della relativa domanda. Residua solo il dubbio sulla norma da applicare: così alcuni ritengono che il reclamo spendibile sia quello di cui all'art. 825 c.p.c., mentre altri si rifanno piuttosto al reclamo di cui all'art. 739 c.p.c.<sup>12</sup>. La differenza tra i due strumenti sta certamente nel termine, prevedendosi per il primo un termine di 30 giorni dalla comunicazione del decreto e per il secondo un termine di 10 giorni dalla comunicazione o dalla notificazione (se dato in confronto di più parti) del decreto. Ma, io direi, che qui emerge anche un problema di competenza per il reclamo. Se il richiamo all'art. 739 c.p.c. è effettuato per immaginare che il reclamo sia fatto al collegio<sup>13</sup>, francamente credo che sia più opportuno applicare qui l'art. 825 c.p.c., che prevede, invece, il reclamo alla corte d'appello, perché francamente non sembra ragionevole che il reclamo venga effettuato al collegio di quel medesimo tribunale che è presieduto da chi si è pronunciato sull'istanza di omologazione.

Residua, infine, un ultimo problema, relativo al caso in cui l'accordo conciliativo preveda obbligazioni infungibili.

Posta la non attuabilità di queste obbligazioni per mezzo dell'esecuzione forzata, l'art. 614-*bis* c.p.c. prevede la possibilità di stimolare l'adempimento dell'obbligato attraverso la previsione ad opera del giudice di una misura coercitiva, consistente nel pagamento di una somma di denaro, che va a rafforzare una pronuncia di condanna relativa ad un fare infungibile o ad un non fare. Purtroppo, però, il legislatore ha attribuito la competenza a concedere questa misura, non al giudice dell'esecuzione, bensì al giudice della cognizione. Di conseguenza, una misura del genere non sembra ottenibile in collegamento a mezzi di risoluzione delle liti come quello in commento.

È assurdo pensare che l'interessato si rivolga ad un giudice per chiedere in via principale, nell'ambito di un ordinario processo dichiarativo, la concessione di una misura del genere. Ciò non sarebbe conveniente, perché la via appare francamente troppo lunga. Ma ciò non sarebbe neanche giuridicamente possibile, perché non è configurabile una sorta di diritto alla misura coercitiva, in ipotesi da far assurgere ad oggetto autonomo di un processo dichiarativo<sup>14</sup>.

Né è pensabile che una misura coercitiva sia concedibile ad opera del giudice dell'*exequatur*, che, alla luce dell'art. 12 del d.lgs. cit., non ha certo una simile competenza.

Ed, allora, l'unico appiglio che ha l'interprete sta nell'ultimo inciso del terzo comma dell'art. 11 del d.lgs. n. 28 del 2010, nel quale si legge che l'accordo raggiunto, «anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel suo adempimento».

In questa disposizione gli interpreti sono naturalmente portati a vedere una normale clausola penale con funzione risarcitoria e non sanzionatoria (art. 1382 c.c.)<sup>15</sup>, con la conseguenza che l'interessato che volesse attuare la misura coercitiva dovrebbe pur sempre, anche dopo aver ottenuto l'omologazione dell'accordo conciliativo, ricorrere ad un giudice per chiedere previamente l'accertamento dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento. Cosa, questa che non accade nel campo di applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c., in cui, invece, il creditore procede ad esecuzione

<sup>12</sup> Vedi, per tutti, TISCINI, *op. cit.*, 272 ed ivi ulteriori citazioni.

<sup>13</sup> Così LUISO, *Diritto processuale civile* cit., 53.

<sup>14</sup> Altro è che in certe norme, evidentemente eccezionali, si prevedano vie speciali per ottenere la misura coercitiva in parola. Così è nell'art. 140, 7° comma, del codice del consumo.

<sup>15</sup> Vedi sempre, per tutti, TISCINI, *op. cit.*, 264 ed ivi ulteriori citazioni.

forzata in relazione all'ordine di pagamento della somma di denaro sulla base della sua affermazione dell'inadempimento della controparte, ferma restando la possibilità per questa di proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

Pur riconoscendo che questa sembra essere l'interpretazione più sicura e tranquillizzante, mi chiedo se non sia possibile seguire un'altra strada<sup>16</sup>. Mi chiedo, in altri termini, se la previsione in commento non potrebbe essere letta come il segno dell'attribuzione alle parti del potere di prevedere una misura esecutiva convenzionale sul tipo appunto di quella prevista nell'art. 614-bis c.p.c., che diventerebbe operativa a seguito della concessione dell'omologazione. La proposta è ardua. Ma essa sarebbe anche limitata a questo solo ambito, che, se non è certo un ambito giurisdizionale, è però comunque un ambito istituzionalizzato. Se si accettasse una simile proposta<sup>17</sup>, che comunque faccio con molte perplessità, si raggiungerebbe il vantaggio di dare forza esecutiva a questa "clausola" con la concessione dell'*exequatur* ai sensi del citato art. 12 del d.lgs. n. 28 del 2010. Il creditore, allora, potrebbe agire esecutivamente sulla base di una sua affermazione, stando al debitore il potere di proporre opposizione all'esecuzione per contestare il presupposto di detta clausola, ossia l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento. Fermo restando che, poi, nel giudizio di opposizione, starebbe al debitore provare di aver adempiuto ovvero al creditore provare la violazione dell'obbligo di non fare<sup>18</sup>.

#### **Le vie per far valere i vizi del contratto e la carenza dei presupposti del titolo esecutivo**

Riallacciandoci ora ad un rinvio fatto in precedenza si deve ribadire come neanche l'omologazione concessa possa impedire liti future che coinvolgano la validità del contratto ovvero la sussistenza del titolo esecutivo, per il fatto che, come abbiamo già detto, essa è il frutto di un'attività di giurisdizione volontaria e non di un'attività di giurisdizione contenziosa con funzione dichiarativa.

Bisogna ora riportare queste affermazioni ad un piano dinamico, cercando di descrivere come in concreto possano insorgere ulteriori liti tra le parti.

La parte interessata può mettere in discussione il comando concreto affermando la nullità o l'annullabilità dell'accordo conciliativo che lo ha prodotto. Ciò può avvenire sia in via di azione, attraverso l'esercizio dell'azione di impugnativa negoziale, sia in via di eccezione, ossia difendendosi in un processo in cui l'altra parte faccia valere un diritto derivante dal contratto. Ed, inoltre, nulla impedisce all'interessato di sollevare critiche di questo genere nell'ambito di un'opposizione all'esecuzione proposta ai sensi dell'art. 615 c.p.c. avverso l'esecuzione che l'altra parte abbia intentato sulla base del verbale omologato.

Ma, la parte interessata può mettere in discussione, sempre per mezzo dell'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c., anche la sussistenza del titolo esecutivo, ossia l'efficacia esecutiva del verbale, nonostante la concessa omologazione. Qui si deve ricordare questo rimedio col reclamo di cui sopra si è parlato, perché, nel momento in cui si ammette un simile rimedio avverso il decreto di *exequatur*, si deve anche, conseguentemente, vedere nell'uso di questo un onere. Ciò in concreto significa che tutti i profili di irregolarità formale del verbale vanno fatti valere prima in sede di reclamo e solo, eventualmente, poi in sede di opposizione esecutiva. Per cui l'interessato che non abbia utilizzato il reclamo per quei profili non potrà poi farli emergere con l'opposizione all'esecuzione.

<sup>16</sup> Sul punto vedi soprattutto PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società* 2010, 619 ss., spec. 624 ss.

<sup>17</sup> Mi sente, sul punto, di allontanarmi da quanto in precedenza sostenuto in *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione (d.lgs. n. 28/2010)* cit., 19.

<sup>18</sup> Su questi aspetti vedi, se vuoi, BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.* 2010, 781 ss., spec. 792.



### **Accordo conciliativo e processo pendente**

Per completare il discorso sull'efficacia della conciliazione, residuano due domande. La prima: qual è l'efficacia della conciliazione sul processo pendente in relazione alla lite conciliata? La seconda: può l'accordo conciliativo essere trascritto nei registri immobiliari?

La prima questione emerge nei casi già sopra enunciati in cui il giudice abbia rinviato le parti al tentativo di mediazione, perché dovuto per legge o per contratto o perché, con l'accordo dei litiganti, lo ha ritenuto opportuno, ovvero nel caso in cui comunque un tentativo venga esperito a processo statale pendente.

La risposta alla domanda è, peraltro, piuttosto semplice, non potendosi dubitare, ovviamente, del fatto che un simile processo debba essere chiuso. Il punto sta solo nel chiedersi come, mancando una previsione esplicita al riguardo.

Ma, qui le possibilità sono tutte quelle che possono emergere dall'applicazione delle norme del codice civile. Così è possibile che le parti chiedano una sentenza di cessazione della materia del contendere. Ovvero è possibile che si giunga all'estinzione per rinuncia ovvero per la semplice inerzia, sfruttando il disposto di cui all'art. 309 c.p.c .

### **Il titolo trascrivibile**

Più complesso è il discorso in relazione alla seconda domanda: può l'accordo di conciliazione essere titolo per la trascrizione nei registri immobiliari?

L'art. 11, 3° comma, del d.lgs. n. 28 del 2010 così recita: «Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

La norma rappresenta in fondo un'applicazione dell'art. 2657 c.c., ai sensi del quale la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, ed è del tutto coerente con una visione squisitamente negoziale del fenomeno della mediazione. Invero, non essendo il percorso mediativo un processo, non è prevista la trascrizione della domanda di mediazione, come invece è previsto nell'ordinamento, non solo per la domanda giudiziale, ma anche per la domanda arbitrale. Quindi, l'unico atto che eventualmente ha effetti a livello dell'ordinamento statale è il contratto, in ipotesi stipulato tra le parti nel caso che il percorso abbia esito positivo. Inoltre, esso, in perfetta sintonia col citato art. 2657 c.c., è trascrivibile solo se è documentato in un certo modo, ossia è versato in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata.

Ciò significa, innanzitutto, che non ha alcuna rilievo l'avvenuta omologazione del verbale di conciliazione. Qui non siamo in presenza di un *quid* paragonabile ad un lodo, che, una volta omologato, è titolo trascrivibile (art. 825, 1° comma, c.p.c.), e ciò è del tutto coerente col rilievo per cui, se l'arbitrato è una forma di giustizia alternativa che pone capo ad una sentenza, ancorché privata, la mediazione è in realtà un'alternativa alla giustizia che si pone su un piano puramente contrattuale.

Inoltre, ciò significa che, per la documentazione dell'accordo al fine della trascrizione, non è sufficiente il verbale redatto dal mediatore, il quale può solo certificare l'autografia della sottoscrizione delle parti per rendere il verbale idoneo all'efficacia esecutiva, ma non altro. Quindi, immaginando situazioni concrete, gli adempimenti possono essere numerosi: prima si forma l'accordo con le firme delle parti, poi si forma il successivo verbale con la firma del mediatore e delle parti, poi, ancora, si va da un notaio e si forma un altro atto con altre firme di fronte al notaio sempre delle parti. Insomma, raggiunto l'accordo, ossia stipulato il contratto di conciliazione, affinché si possano trarre tutti i potenziali effetti giuridici che la legge ad esso collega, si deve avere una doppia documentazione di esso: una al fine dell'*exequatur* ed una al fine della trascrizione.

Fatti questi rilievi, direi ovvi, è bene, però, approfondire un poco il profilo della trascrizione della conciliazione, anche per superare alcuni dubbi che sono emersi nell'eventualità che con la mediazione si giunga ad un accordo in cui una parte riconosca la proprietà di un bene in capo all'altra parte per avvenuta usucapione.

Si svolgano ancora premesse ovvie, ma forse non inutili.

La trascrizione ha effetti di pubblicità, in quanto essa, lungi dall'aver effetti costitutivi, serve ad opporre l'acquisto ai terzi, insomma a determinare la prevalenza tra due aventi causa dallo stesso dante causa. In riferimento all'attività giurisdizionale, statale o privata, innanzitutto si trascrive la domanda (effetto prenotativo), a cui si collega, poi, la pubblicità della sentenza. Qui si tratta di stabilire la prevalenza nel conflitto tra l'attore in giudizio ed un acquirente in corso di causa, conflitto che vede soccombente il secondo rispetto al primo ove egli acquisti un diritto (identico o minore rispetto a quello oggetto del processo) in base ad un titolo trascritto dopo la trascrizione della domanda, così rimanendo pregiudicato dall'applicazione dell'art. 111 c.p.c. Nella mediazione, invece, come abbiamo già detto, non vi è trascrizione della domanda di mediazione. Al più l'interessato potrebbe trascrivere la domanda giudiziale in riferimento alla controversia che si trovi in mediazione. Ma una simile trascrizione, ove il percorso mediativo giunga alla conciliazione, cade certamente, senza che l'eventuale trascrizione della conciliazione raggiunta possa in qualche modo collegarsi alla trascrizione della detta domanda giudiziale, che potrebbe restare vitale solo ove si giunga alla sentenza, quindi solo ove fallisca il tentativo di conciliazione.

Quindi, si ripete, dall'intero fenomeno della mediazione emerge solo, quale titolo trascrivibile, l'accordo, che si trascrive come qualsiasi contratto, secondo gli stessi presupposti, in base agli stessi requisiti di forma e con gli effetti che la trascrizione produce in riferimento a qualsiasi contratto per il quale la legge appunto la preveda.

In questo contesto Il tribunale di Roma<sup>19</sup> ha negato la trascrivibilità del verbale di conciliazione, formatosi in base al d.lgs. n. 28 del 2010, avente ad oggetto l'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento per intervenuta usucapione. La questione è spinosa ed è bene ripercorrere i passaggi del provvedimento.

Il giudice romano nega che detto verbale sia trascrivibile per una duplice ragione.

Esso, innanzitutto, non è trascrivibile ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 11 del d.lgs. n. 28 del 2010 e 2643 c.c., perché l'accordo conciliativo con l'oggetto in parola, avendo «il valore di un mero negozio di accertamento, con efficacia dichiarativa e retroattiva, finalizzato a rimuovere l'incertezza, mediante la fissazione del contenuto della situazione giuridica preesistente», non si risolve in uno dei contratti di cui all'art. 2643 c.c., «perché non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo».

In secondo luogo, aggiunge il giudice romano, posto che la legge non ha previsto la trascrivibilità dell'accordo conciliativo ai sensi dell'art. 2657 c.c., esso non è titolo trascrivibile neanche ai sensi dell'art. 2651 c.c., che prevede la trascrizione delle sentenze che accertino l'avvenuta usucapione del diritto di proprietà o di altro diritto reale. Invero, dice il tribunale di Roma, non si può permettere la trascrizione di un atto negoziale che pur ha gli stessi effetti dichiarativi della sentenza, perché in caso contrario si «andrebbe a minare la funzione di certezza dei rapporti giuridici cui è anche preordinato l'istituto della trascrizione, ben potendo le parti utilizzare tale istituto non per la composizione di una lite effettiva ma per dissimulare operazioni negoziali ai danni di terzi, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni. Si pensi al caso in cui il convenuto non sia l'effettivo proprietario del bene per cui è controversia».

<sup>19</sup> Con decreto 6-22 luglio 2011, in *Guida al diritto*, fasc. 43 del 29 ottobre 2011, 31, reso in sede di reclamo presentato ai sensi dell'art. 2674-bis c.c.

La posizione del giudice romano è criticabile in tutti i suoi passaggi, perché essa parte da una serie di equivoci concettuali<sup>20</sup>.

Il primo equivoco emerge quando si vede nell'accordo conciliativo in parola un atto che abbia una funzione dichiarativa, così come una sentenza di accertamento che attribuisca la proprietà del bene all'attore per avvenuta usucapione.

Tornando a questo si è detto in premessa, il contratto con cui si risolve la lite è sempre un atto di normazione concreta privo della funzione dichiarativa, ossia sganciato da un'operazione di sussunzione giuridica a monte, che vincoli la posizione del comando. In ciò sta la sua ineliminabile differenza con la sentenza. È vero che nella prassi, accanto alla transazione contenente reciproche concessioni rispetto alle pretese originarie, si parla di un "contratto di accertamento" ove quelle reciproche concessioni non vi siano. Ma l'espressione è, se si vuole convenzionale, ma tecnicamente impropria e comunque da prendere col classico grano di sale, perché quando il sistema attribuisce ai privati il potere negoziale, con ciò non è dato ad essi il potere di accertare, ma solo quello di disporre, come emerge in tutta evidenza dall'art. 1321 c.c. Né, come è stato da altri messo in rilievo<sup>21</sup>, il potere di accertare potrebbe essere compreso nel potere di disporre, perché esso rispetto a questo non è un *minus*, ma un *aliud*.

In altri termini, anche nel c.d. contratto di accertamento non c'è, in verità, alcun accertamento, così come, al contrario, vi è nella sentenza: in esso si ha solo la posizione di un comando concreto senza un presupposto di verità e giustizia, insomma in esso si ha semplicemente il titolo attributivo di un effetto giuridico. E ciò è ammesso dall'ordinamento in virtù della meritevolezza della sua causa giuridica, che sta nella soluzione di una controversia giuridica, che poi altro non è se non la causa giuridica che caratterizza il contratto di transazione.

Tantomeno, poi, un simile contratto potrebbe avere ad oggetto l'accertamento di un fatto, piuttosto che la disposizione di un diritto, perché ancora una volta, se ai privati non è dato il potere di accertare in senso proprio un effetto giuridico, neanche è dato il potere di accertare un elemento di esso. Per cui non si potrebbe certo immaginare che un accordo conciliativo come in quello in parola possa avere ad oggetto, piuttosto che il diritto reale, il fatto attributivo di esso, ossia l'avvenuta usucapione, prospettiva, del resto, insostenibile anche nell'ambito del processo dichiarativo, che, lungi dal poter avere ad oggetto fatti giuridicamente rilevanti, ha invece ad oggetto diritti.

Quindi l'accordo conciliativo con cui si attribuisce un diritto reale è trascrivibile, non certo ai sensi dell'art. 2651 c.c., bensì ai sensi dell'art. 2643 n. 13 c.c., perché in esso non vi è altro che una transazione, contratto caratterizzato dalla sua causa giuridica, che sta nella soluzione della lite, a prescindere dal fatto che, poi, la lite sia superata in virtù di reciproche concessioni o meno. Questo, invero, è solo un elemento strutturale, la cui assenza non muta il tipo contrattuale, che si ancora saldamente alla sua causa. Né, si ripete, l'assenza di concessioni tra le parti potrebbe tramutare un contratto da atto dispositivo in atto dichiarativo, perché un potere dichiarativo, se è dato al giudice (privato o statale), non è dato ai privati nell'ambito del loro potere negoziale.

Ma, il giudice romano cade anche in un altro equivoco quando paventa rischi per i terzi. Qui francamente il timore è incomprensibile perché non vi è una differenza tra sentenza e contratto, tantomeno in virtù della trascrizione dell'una o dell'altro, per quanto riguarda l'efficacia soggettiva.

<sup>20</sup> A parte gli equivoci di cui ora tratteremo, non è per nulla peregrino neanche il rilievo della reclamante, la quale afferma che, trattandosi di un caso in cui la legge impone il tentativo di mediazione, se si negasse la trascrivibilità dell'accordo conciliativo, si costringerebbe comunque l'interessato ad adire il giudice statale al fine di ottenere un titolo trascrivibile, vanificando così l'intento deflattivo posto a base dell'istituto della mediazione. Il Tribunale di Roma, pur riconoscendo che il caso rientrava tra quelli per i quali è necessario previamente esperire il tentativo di conciliazione, non dà, a mio parere sbagliando, alcun peso al detto rilievo.

<sup>21</sup> LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1932, I, 260 ss., spec. 281-282; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, (1948) rist. 1993, 18 ss., 37, 103, 114; SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.* 1956, 1 ss., spec. 4-5.

La sentenza ha effetto tra le parti, anche se in essa si accerta la proprietà per avvenuta usucapione<sup>22</sup>. E se è trascritta, collegandosi alla trascrizione della precedente domanda giudiziale, essa avrà effetti nei confronti di coloro che abbiano acquistato diritti da una delle parti del processo in base ad un titolo trascritto dopo la trascrizione della domanda, ma non certo *erga omnes*.

Così un contratto attributivo della proprietà, compresa la transazione e a prescindere dalle posizioni di partenza delle parti, quindi anche prescindere dal fatto che sia emerse un'usucapione, ha effetti tra le parti e non nei confronti dei terzi. E la sua trascrizione servirà solo a fornire un titolo di prevalenza nei confronti di coloro che dovessero trascrivere atti di acquisto in riferimento allo stesso bene avverso il comune dante causa.

Quindi, in definitiva, se l'accordo conciliativo riguarda diritti su beni immobili, esso, con le dovute documentazioni<sup>23</sup>, è trascrivibile sempre, a prescindere dal suo contenuto di preteso, e comunque atecnico, accertamento.

---

<sup>22</sup> Sentenza che, si sottolinea, accerta con efficacia di giudicato (art. 2909 c.c.) il diritto, non il suo fatto costitutivo.

<sup>23</sup> A tal proposito è anche incomprensibile l'affermazione del giudice romano secondo cui il verbale di conciliazione non sarebbe trascrivibile ai sensi dell'art. 2657 c.c.: in realtà il disposto contenuto nell'art. 11 del d.lgs. n. 28 del 2010 non è altro che un'applicazione dell'art. 2657 c.c.!