

DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO ED INTERNAZIONALE

XXV CICLO

MEDIAZIONE OBBLIGATORIA, ARBITRATO IRRITUALE
E PUBBLICITÀ IMMOBILIARE

TUTOR

Chiar.ma Prof.ssa ROBERTA TISCINI

CANDIDATO

Dott. ALESSANDRO FUNARO

Anno accademico
2013 - 2014

*Ai miei genitori, per la fiducia
A Flavia e S., per la pazienza*

INDICE

<i>Introduzione</i>	V
---------------------------	---

CAPITOLO I NEGOZIO DI ACCERTAMENTO

1.1. Il negozio di accertamento: nozione, verifica storica e accertamento	1
1.2. Generale ammissibilità del negozio di accertamento	4
1.3. Il problema dell'unilateralità	10
1.4. La causa e il problema della <i>expressio causae</i>	16
1.5. L'oggetto: i fatti, il rapporto con la confessione e l'art. 115 c.p.c.	20
1.6. La natura e gli effetti: analisi di alcune tesi ricostruttive	23
1.7. L'impostazione preferibile: precisazione sugli effetti	27
1.8. La trascrizione: cenni e rinvio	30

CAPITOLO II ARBITRATO IRRITUALE

2.1. Nozione di arbitrato irrituale	32
2.2. L'arbitrato irrituale come mandato a transigere o ad accertare	34
2.3. Arbitraggio e arbitrato irrituale	40
2.4. Arbitrato rituale e irrituale: la <i>reductio ad unitatem</i>	45
2.5. Arbitrato irrituale come giudizio e attività degli arbitri come prestazione d'opera intellettuale	47
2.6. La riforma: l'art. 808-ter	47
2.7. L'art. 808-ter: dalla atipicità alla tipicità?	49
2.8. Il ritorno dell'arbitraggio e del mandato	52
2.9. La tesi unitaria	57
2.10. La terza corrente	63
2.11. Mandato a decidere	68
2.12. Un altro arbitrato irrituale?	69
2.13. Trascrizione del lodo: rinvio	70

CAPITOLO III MEDIAZIONE

3.1. Introduzione, il quadro normativo (e costituzionale) della mediazione	71
3.2. Il doppio ambito di applicazione oggettivo	77
3.3. La materia dei diritti reali e il caso, particolare, dell'usucapione	84
3.4. I modelli di mediation scelti dal legislatore	87
3.5. La proposta del mediatore e il suo contenuto	91
3.6. La mediazione facilitativa: l'accordo e la proposta informale	96
3.7. Il verbale	99
3.8. Le sottoscrizioni e l'autentica del mediatore	100

3.9.L'esecutività: cenni sull'art. 12, comma 1, d.lgs. 28/2010	103
3.10.Tornando al contenuto: penali o astreintes?	106

CAPITOLO IV TRASCRIZIONE

4.1.Connecting the dots: tipicità, trascrizione e Adr	111
4.2.Trascrizione dell'istanza di mediazione: esclusione	115
4.3.Trascrizione della domanda di arbitrato irrituale: esclusione	119
4.4.La natura della mediazione: tipica o atipica?	121
4.5.La natura del lodo irrituale e la pubblicità dei suoi effetti	123
4.6.Notaio/mediatore e mediatore/arbitro	129
4.7.Ipotesi di trascrizione per mediazione e arbitrato irrituale: artt. 2643-2649	133
4.8.Giurisprudenza e dottrina prima del d.l. 69/2013	138
4.9.Una ricostruzione diversa	142
4.10.Il nuovo art. 2643 n. 12-bis: ambito di applicazione.....	153
4.11.Il nuovo art. 2643 n. 12-bis: rapporti con l'art. 2644 e l'usucapione.....	155

<i>Conclusioni</i>	160
--------------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	164
---------------------------	-----

Introduzione

L'esigenza, quantomai sentita, di arginare l'onda di piena del contenzioso civile ha portato il legislatore, in più occasioni, a credere che un possibile argine potesse essere costituito dagli strumenti di ADR; tuttavia, questi non sono volti a soddisfare tale esigenza in quanto, nella maggioranza dei casi, spostano solo un problema da una data ad un'altra più lontana sul calendario quando le parti sono *spinte* a risolvere le controversie fuori dal processo.

La minaccia di un processo rapido è, negli ordinamenti in cui i tempi della giustizia vengono calcolati in mesi e non in lustri, il miglior *sponsor* per le soluzioni stragiudiziali perché, in sostanza, il timore di un provvedimento dirompente ed eteronomo di fonte giurisdizionale *spinge* le parti, di solito quelle in difetto, a cercare delle soluzioni alternative.

Nel nostro ordinamento, ove è di palmare evidenza che i tempi siano, per così dire, *diversi*, vige la regola esattamente contraria, fondata sulla presunzione che, vista l'impossibilità di riformare il sistema (inteso non come il solo diritto processuale civile) in modo che vi sia una decompressione del sistema giustizia, in particolare intervenendo sul fattore tempo, occorre percorrere altre strade disincentivando *tout court* il ricorso alla giurisdizione ⁽¹⁾.

Tra i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, come noto, si pongono tanto la mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti civili e commerciali quanto l'arbitrato irrituale. Solo la prima, però, ha carattere obbligatorio e, pertanto, solo a questa devono essere rivolte le affermazioni appena formulate. In questo studio si cercherà di rilevare i collegamenti sussistenti tra queste due forme di ADR e la pubblicità immobiliare.

La questione principale su cui questo studio si fonda, tuttavia, non risiede negli strumenti in sé considerati, i quali, come noto, hanno tutti fonte sostanziale, ma nella asserita differenza, nell'ambito dei diritti disponibili, tra gli esiti del processo, dei procedimenti (mediazione, conciliazione, arbitrato irrituale e rituale) e dei negozi (transazione e negozio di accertamento).

Mentre, infatti, dal punto di vista dei contratti ad effetti obbligatori la distanza tra gli effetti del giudizio e quelli del contratto appaiono sfumati, anche in ragione, ad esempio, della tutela esecutiva concessa, in via diretta, (dall'art. 12 d.lgs. 28/2010, dall'art. 825 c.p.c. e, come si vedrà in seguito, dall'art. 474, n. 2 c.p.c. per l'arbitrato irrituale) la situazione varia, ed in modo sostanziale, nel momento in cui si sposta l'attenzione sugli acquisti di diritti reali immobiliari a titolo originario e a titolo derivativo.

Le parti, sino a qualche mese or sono, infatti, erano impossibilitate a trascrivere negozi aventi effetti dichiarativi in materia di acquisti a titolo originario di diritti reali, e, più in generale, si riteneva, comunemente, che un negozio dichiarativo non potesse accedere alla pubblicità salvo alcune eccezioni, tra le quali l'annota-

⁽¹⁾I pensieri prima riportati sono stati presi, ma riformulati, da R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, *passim* e F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, *passim*.

zione del negozio di accertamento dell'avveramento della condizione. Poi, è stato introdotto l'art. 2643, n. 12-*bis*.

La *querelle* da cui nasce il presente studio è, pertanto, quella concernente la nota questione della trascrivibilità degli accordi di mediazione aventi ad oggetto l'usucapione di un diritto reale immobiliare che ha occupato, e non poco, una parte della giurisprudenza di merito e della dottrina a seguito dell'introduzione della mediazione (obbligatoria) civile e commerciale.

Tale questione, tuttavia, è stata risolta sulla base di considerazioni che, come si vedrà, non sono state ritenute condivisibili perché legate a ricostruzioni dell'accertamento tese a mutarne la natura in ragione della provenienza dalle parti o dal giudice.

A ciò si aggiungerà, tuttavia, che il discorso sulla trascrizione dell'accordo di mediazione non verte, in prima approssimazione, sulla trascrizione stessa ma, come anticipato, sulla natura e sull'efficacia dell'accertamento privato (inteso come negozio) perché, anche nel caso della sentenza, l'opponibilità non discende dalla trascrizione, che ha efficacia di pubblicità notizia, ma dalla congiunzione di due elementi: il possesso e il tempo, che danno luogo all'usucapione e all'opponibilità della stessa.

Una volta impostato questo discorso però, e spostando l'attenzione sull'arbitrato irrituale, si osserveranno i rapporti tra pubblicità e lodo ad effetti negoziali che, strano a dirsi, non sono stati oggetto di una trattazione specifica, sebbene qualche criticità sia stata rilevata dalla giurisprudenza in relazione alla forma di un documento contenente una proroga del termine per rendere il lodo.

Nell'esaminare questi problemi, altresì, si avrà modo di rilevare numerosi conflitti teorici collaterali che, per un verso o per l'altro, influiranno sull'esito dell'indagine e su cui, per tale ragione, si cercherà di prendere posizione.

Lo studio, pertanto, prende le mosse dall'esame delle criticità teoriche concernenti il negozio di accertamento il quale è volto a risolvere le incertezze ma che, dal punto di vista teorico, rappresenta l'*incertezza*.

Dopo aver vagliato i confini di questo particolare negozio, e averne, altresì, valutato l'ammissibilità, si passerà all'esame della natura dell'arbitrato irrituale; la relativa indagine sembra necessaria in quanto, a seguito dell'introduzione dell'art. 808-*ter* c.p.c., si sono consolidati due macro-orientamenti i quali portano a due esiti completamente differenti.

In tale contesto, poi, si guarderà anche al problema dell'applicabilità all'arbitrato irrituale delle norme del titolo ottavo del codice di procedura.

Una volta sorpassato lo scoglio dell'arbitrato irrituale si cercherà di delineare la struttura del procedimento di mediazione per rilevare quali siano i suoi effetti e se essi, in particolare nella prospettiva obbligatoria di questo sistema di risoluzione delle controversie, si approssimino a quelli del negozio di accertamento e del lodo irrituale, senza tuttavia dimenticare, anche qui, alcune questioni collaterali comunque influenti.

Una volta delineati gli istituti si arriverà, infine, al cuore dello studio guardando: in primo luogo, alla tipicità degli effetti oggetto di trascrizione; in secondo

luogo alla trascrivibilità delle istanze di mediazione e delle domande di arbitrato irrituali; in terzo luogo, alla possibilità di consentire al lodo irrituale di accedere ai pubblici registri, che avrà esito positivo; in quarto luogo, ad alcune specifiche ipotesi di trascrizione.

A seguito di tutto ciò, negli ultimi paragrafi, si avrà modo di analizzare lo stato della giurisprudenza e della dottrina circa l'ammissibilità della trascrizione dell'accordo di mediazione per poi, infine, effettuare qualche considerazione sul nuovo art. 2643, n. 12-*bis* del codice civile.

CAPITOLO I

NEGOZIO DI ACCERTAMENTO

Sommario: 1.1. Il negozio di accertamento: nozione, verifica storica e accertamento. 1.2. Generale ammissibilità del negozio di accertamento. 1.3. Il problema dell'unilateralità. 1.4. La causa e il problema della *expressio causae*. 1.5. L'oggetto: i fatti, il rapporto con la confessione e l'art 115 c.p.c. 1.6. La natura e gli effetti: analisi di alcune tesi ricostruttive. 1.7. L'impostazione preferibile: precisazione sugli effetti. 1.8. La trascrizione: cenni e rinvio.

1.1. *Il negozio di accertamento: nozione, verifica storica e accertamento*

L'accertamento dell'altrui diritto, operato in via negoziale o in via processuale, esplica la funzione di ricostruire una verità ⁽²⁾ oggettivizzandola in un dato contesto di tempo. Come notato da una parte della dottrina ⁽³⁾ l'accertamento della verità mediante una *ricostruzione* della stessa non è una verità e, pertanto, la verità formale è una “*non verità*” ⁽⁴⁾.

Partendo da questo presupposto si può rendere la misura della intrinseca problematicità di un negozio volto a cristallizzare un rapporto giuridico o un dato fattuale attraverso una manifestazione di volontà non dispositiva ⁽⁵⁾ rispetto al quale “[...] paradossalmente, pressoché nulla [...] è realmente certo” perché grande è l'*incertezza* che insiste non solo sugli aspetti marginali ma, anche, sugli aspetti fondamentali quali la natura, la causali e, infine, gli effetti e ciò appare dovuto, come sottolinea una parte della dottrina ⁽⁶⁾ al “[...] fatto che la riflessione sostanzialistica e quella processualistica hanno proceduto in reciproco isolamento ed estraneità”.

Il negozio di accertamento è per sua natura atipico e, pertanto, la relativa nozione può essere desunta solo dalle formulazioni create dalla dottrina, sul punto, tuttavia, vi è discordia di opinioni in quanto, per una via o per un'altra, si tende ad accomunare, o anche semplicemente ad avvicinare ⁽⁷⁾, anche allo stato attuale dell'interpretazione, il negozio di accertamento alla transazione. Ciò, però, non sem-

⁽²⁾C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali, contributo alla teoria dell'atto riconciliativo*, Padova, 1979, pag. 3.

⁽³⁾F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, pag. 33.

⁽⁴⁾Per una disamina concernente la genesi, avvenuta nei primi del 1800 in Germania, del negozio di accertamento in termini storici, si v. M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI e F.P. LUISO, Torino, 2005, pag. 3, nota 1; in Italia il negozio di accertamento accede ben più tardi, (*ibidem*), ovvero intorno al 1915 sul punto si v. F. CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*; ID, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1926, I, pag. 181 T. ASCARELLI, *Chiarimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1930, I, pag. 178; A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925.

⁽⁵⁾D'altronde il riconoscimento, come si avrà modo di approfondire in seguito, non costituisce un atto dispositivo della parte la quale, in mancanza di un vizio volitivo, si limita a determinare la sussistenza di un fatto foriero di conseguenze giuridiche. Anche ammettendo il negozio ricognitivo (di accertamento) dell'usucapione, ad esempio, si perverrebbe ad asserire che il dichiarante, inteso come colui che subisce l'effetto della prescrizione estintiva, non si priva del suo diritto reale perché il medesimo, avendo natura di acquisto a titolo originario, è già fuoriuscito dalla sua sfera di diritti.

⁽⁶⁾M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 7.

⁽⁷⁾G. MANZINI, *Il negozio di accertamento: inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, in *Rivista del notariato*, fasc. 6, 1996, pag. 1428.

bra ammissibile anche in ragione di un consolidato orientamento giurisprudenziale sul punto ⁽⁸⁾.

I due negozi si trovano, infatti, su piani diversi: mentre il negozio di accertamento prescinde sia dall'esistenza della lite che dalle reciproche concessioni il contratto di transazione ne è il risultato ⁽⁹⁾. Ciò, tuttavia, non postula che tra negozio di accertamento e transazione non vi sia comunque un collegamento ontologico in quanto la seconda, in relazione all'art. 1965, commi 1 e 2, c.c., ovvero quando essa non ha carattere novativo, presuppone che le parti riconoscano, vicendevolmente, una determinata configurazione della situazione controversa. In ragione

⁽⁸⁾La giurisprudenza sul punto è univoca si v., all'uopo, da ultimo Tribunale di Milano, 23 marzo 2010, n. 3745 secondo la quale "[l]a proposta transattiva e la transazione, a differenza del negozio di accertamento, non hanno una funzione meramente dichiarativa della situazione giuridica preesistente ma, al contrario, sono rivolte a modificare la disciplina del rapporto preesistente mediante reciproche concessioni tra le parti in modo che ciascuna subisca un sacrificio [...]"; nello stesso senso Corte di appello di Torino, 18 settembre 2009, nella giurisprudenza di legittimità si v. Cass. 05 giugno 1997, n. 4994; Cass. 9 luglio 1987, n. 5999 secondo la quale "[...] a differenza della transazione, con la quale le parti modificano la disciplina di un rapporto preesistente mediante reciproche concessioni, con il negozio di accertamento, le parti rimuovono dubbi ed incertezze relativi ad un determinato rapporto giuridico"; Cass., 29 gennaio 1991, n. 885; Cass., 6 dicembre 1979, n. 6332; Cass., 14 novembre 1979, n. 5924.

⁽⁹⁾Sul punto F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, pag. 101 ritiene che non vi sia coincidenza tra il contratto di transazione ed il negozio di accertamento in quanto "[...] l'accertamento non presuppone una lite, ma un'incertezza, né si risolve in reciproche concessioni, cosicché risponde ad esigenze diverse". Sul punto G. MANZINI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 1428, ritiene che l'incertezza della situazione giuridica si riverberi sul rapporto tra le parti determinando, così, l'insorgenza di una lite, almeno a livello potenziale. Non si può obiettare la consequenzialità logica del ragionamento ma esso contiene un implicito accostamento di due atti posti, come si dice in testo, su due piani diversi; in tal modo si perviene a ragionare sulla conseguenza ultima del "mancato" accertamento, o sulla sua necessità mediante il processo giurisdizionale, volgendo l'attenzione sulla lite potenziale. L'accertamento, e il ragionamento sarà precisato in seguito, non postula (solo) un intervento volitivo ma implica un'attribuzione di verità ad un fatto preesistente che non consente la pacificazione di una lite in quanto è ad essa prodromica. Se ciò è vero, perché qui si discute di incertezza e non di rapporto litigioso, è doveroso sottolineare che la transazione di per sé può comportare un negozio di accertamento solo quando attesta l'esistenza di una volontà mediante l'esplicazione di un rapporto fondato sulle reciproche concessioni tra le parti, d'altronde è alquanto nota la discussione sulla natura della transazione, sebbene ora del tutto sopita, la quale ondeggiava tra l'effetto dichiarativo e quello costitutivo. Secondo altra parte della dottrina F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1940, fasc. I, pag. 8, il negozio di accertamento sarebbe un genus da cui discenderebbero tre diverse species: la transazione, il riconoscimento e la rinuncia. A tale ricostruzione tuttavia si oppone altra parte della dottrina, in particolare L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, pag. 11, secondo la quale "[...] la teoria in esame, nonostante tenti di delineare dei significativi punti in comune tra l'accertamento giurisdizionale e quello negoziale, non riesca ad individuare più di una generica analogia di risultato: la soluzione di una lite [...]"; il medesimo autore (pag. 29) afferma altresì che le reciproche concessioni della transazione impediscono di attribuire un ruolo di verifica all'atto in questione visto che la funzione di accertamento può ben condurre all'integrale accoglimento di una sola delle posizioni delle parti in lite". Si ricorda, inoltre, che la asserita dichiaratività della transazione non era dettata solo dal fervore teorico ma anche, ed in modo preponderante, dalla volontà di sottrarre la transazione alle cospicue imposte dei negozi traslativi di diritti. La diatriba appare quantomeno simmetrica a quella che ha occupato per più di dieci lustri la dottrina civilistica in tema di natura del contratto di divisione, sul punto si v., solo a mero titolo indicativo e ivi ulteriori approfondimenti, P. FORCHIELLI - F. ANGELONI, *Della divisione*, Art. 713 - 768, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, a cura di F. GALGANO, 2000, Bologna - Roma, pag. 6 e ss.

di ciò, è possibile affermare che il negozio transattivo e quello di accertamento possono essere posti in un rapporto di *species* e *genus* ⁽¹⁰⁾.

Il negozio di accertamento può essere definito, almeno in una prima approssimazione, come una convenzione atipica che interviene per assodare rapporti incerti, precisandone i contorni attraverso la determinazione di una disciplina che trova la propria fonte nel negozio medesimo o nel rapporto originario ⁽¹¹⁾.

Questa definizione sembra cogliere solo alcuni aspetti del negozio di accertamento in quanto: in primo luogo, non indica se l'eventuale negozio abbia struttura "unilaterale" o "bilaterale", in secondo luogo, non ne identifica la causa né la natura degli effetti e, in terzo luogo, non determina la natura processuale o sostanziale del negozio che, in sostanza e a loro volta, ne determinano la causa.

A ciò si aggiunge, per altro verso, che appare necessario effettuare, subito, una prima scelta: quella concernente il rapporto tra la verifica storica e l'accertamento giuridico ⁽¹²⁾ considerato in senso generale, perché dalla scelta della tesi di riferimento discendono quasi tutte le configurazioni teoriche seguenti che, comunque, rappresentano solo una frazione del problema "accertamento". In ragione di ciò, si premette, che questo scritto non può, in nessun caso, raggiungere l'esaustività sul tema complesso dell'accertamento ma può solo cercare di fornire una ricostruzione finalizzata all'esame della pubblicità immobiliare rapportata alla mediazione e all'arbitrato irrituale che, intrinsecamente, sono legati al negozio di accertamento stesso.

Tornando al rapporto tra verità storica e accertamento sembra possibile aderire alle argomentazioni di una parte della dottrina ⁽¹³⁾ per cui la concreta sussistenza dei fatti e dei comportamenti giuridici, e la verifica storica degli stessi, pur nella sua imprescindibilità all'interno del processo ⁽¹⁴⁾, non appare essenziale in relazione all'accertamento inteso in senso generale e, in ragione di ciò, appare possibile affermare, in termini più tecnici, che l'accertamento "[...] si esaurisca nella

⁽¹⁰⁾M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, pag. 311; così, in parte, già F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., pag. 4.

⁽¹¹⁾L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 7. Si v. all'uopo anche M. GIORGIANNI, *Negozio di accertamento*, in *Enciclopedia del diritto*, voce *Accertamento*, Milano, 1958, pag. 227, secondo il quale il negozio di accertamento è l'atto con cui le parti precisano l'esistenza, il contenuto e gli effetti di un fatto o di un rapporto giuridico preesistente, e convengono di rimanere vincolate a quanto hanno stabilito, con preclusione di ogni pretesa contrastante, allo scopo di eliminare l'incertezza intorno ad una data situazione giuridica. Nello steso senso F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 101 il quale si riferisce alla "rimozione dell'incertezza" come scopo del negozio.

⁽¹²⁾Sul punto si ha la sensazione di aver già preso posizione, in modo non volontario, sulla questione nel momento in cui, nelle prime righe di questo paragrafo, si è avuto modo di ricordare il pensiero di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, pag. 33.

⁽¹³⁾M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 13; si v., per un esame più completo, ID, *Lineamenti*, cit., pagg. 75 e ss.

⁽¹⁴⁾Alla quale consegue la sua indisponibilità, si v. sul punto L.P. COMOGLIO, sub *Art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2012, pag. 395; ID, *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010, pag. 129.

sola fissazione di una determinata ricostruzione della realtà di riferimento”⁽¹⁵⁾. In altre parole, allora, l’accertamento può essere costruito in modo indipendente dalla sottesa realtà storica o, per altro verso, dalla sussistenza in concreto della prova, la quale, tuttavia, incide sul negozio di accertamento allorquando essa sia di segno contrario ovvero consenta di rilevare come la situazione accertata non esista oppure esista ma, in concreto, essa non sia incerta⁽¹⁶⁾.

1.2. *Generale ammissibilità del negozio di accertamento*

La prima questione, a monte di ogni altra discussione teorica, afferisce alla ammissibilità nell’ambito dell’ordinamento domestico di un negozio volto non a costituire, regolare o estinguere una situazione giuridica di carattere patrimoniale ma teso a rimuovere, con funzione dichiarativa, un’incertezza⁽¹⁷⁾.

Secondo un primo orientamento piuttosto risalente, il negozio di accertamento non potrebbe trovare accoglimento in seno all’ordinamento perché, si afferma⁽¹⁸⁾, esso è una “incongruità di linguaggio” essendo impossibile conciliare l’idea di accertamento, avente un carattere dichiarativo-rappresentativo, con quella di negozio, la quale è la piena espressione della manifestazione volitiva del privato, avendo efficacia innovativa e dispositiva.

In altre parole, secondo un’altra parte della dottrina⁽¹⁹⁾, il negozio non sarebbe ammissibile in quanto esso è, in ragione della sua struttura, un atto di volontà proteso a modificare una situazione giuridica preesistente che, per tale ragione, può avere solo contenuto dispositivo e non dichiarativo.

Per altro verso tale negozio sarebbe inconcepibile in quanto un giudizio di diritto (o l’accertamento di un fatto) non potrebbe che essere opera di un terzo per avere un’efficacia vincolante rispetto alle parti⁽²⁰⁾, proprio perché il negozio do-

⁽¹⁵⁾Contra G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia eventuali limiti all’autonomia privata, problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l’usucazione. Usucapione “dichiarata” dal cedente e atti dispositivi* (Studio 176-2008/C), pag. 12, nota 46 secondo il quale la ricostruzione qui prospettata “[...] riecheggia la tesi, “forte”, nietzschiana, per cui “non esistono fatti ma solo interpretazioni” [...]”.

⁽¹⁶⁾Sul punto v. Cass., 24 agosto 2012, n. 14618, in *Giust. civ. mass.*, 2012, fasc. 7-8, pag. 1046, secondo la quale “[...] la nullità per mancanza di causa è ipotizzabile solo quando le parti, per errore o volutamente, abbiano accertato una situazione inesistente, oppure quando la situazione esisteva, ma era certa [...]”. Nello stesso senso nella giurisprudenza di merito v. Tribunale di Catania, 4 settembre 2000. *Contra*, però, in dottrina M. FORNACIARI, *Lineamenti*, cit. pagg. 123 e ss.

⁽¹⁷⁾E già qui iniziano le prime difficoltà, secondo L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., pag. 269, il negozio di accertamento almeno, indirettamente, regola il rapporto preesistente tra le parti rientrando nella nozione di contratto data dall’art. 1321 c.c., v. *infra* pag.

⁽¹⁸⁾C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993, pag. 28.

⁽¹⁹⁾F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pag. 177.

⁽²⁰⁾C. FURNO, *Accertamento convenzionale*, cit., pag. 55 e pag. 276 ove si afferma che “[...] non può essere mai materia di prova [...] la qualificazione giuridica del rapporto: la sua relazione col diritto obiettivo, il suo cadere sotto l’impero della norma, che tipicamente questione di interpretazione [...], riservata in via esclusiva ed assoluta alla cognizione del giudice. Su questo punto la volontà (e meno ancora l’intenzione, l’animus) negoziale può porre alcun vincolo obbligatorio, normativo”.

vrebbe essere inteso come fatto giuridico non solo volontario ma normativo, con il quale non può essere conciliata l'idea di dichiaratività ⁽²¹⁾.

L'inammissibilità, pertanto, sarebbe testualmente sancita anche dall'art. 1321 c.c. che, come è noto, ammette che il contratto possa solo *regolare, modificare o estinguere* un rapporto giuridico patrimoniale e non *accertarlo*.

Di contrario avviso è altra parte della dottrina ⁽²²⁾, secondo la quale il negozio di accertamento rappresenta una figura generale tesa ad assumere le forme della rinuncia, del riconoscimento e della transazione, e pertanto perfettamente ammissibile in quanto non vi è alcuna disposizione volta ad impedire tale negozio.

La tesi prospettata da questo ultimo autore, detta degli *equivalenti giurisdizionali*, si fonda, infatti, sulla unicità del *genus* "accertamento", in cui ricadrebbero non solo la sentenza e il contratto ma, anche, le norme interpretative (intese come una forma di accertamento legislativo), in ragione di un elemento comune, tra la sentenza e il negozio, consistente nella sussistenza di una lite (almeno potenziale) e nel rapporto con la norma in quanto l'interpretazione può rappresentare una delle fasi dell'accertamento "[...] ma il valore che gli è attribuito mostra come la sua natura, tanto per il giudice quanto per il legislatore, sia veramente quella dell'accertamento [...]" e pertanto "[...] anche il legislatore, come il giudice, formula un giudizio, il quale ha l'efficacia di un comando [...]" al quale i soggetti sono tenuti a conformarsi ⁽²³⁾.

Il collegamento ontologico formulato tra il negozio e la sentenza appare, in questa ricostruzione, fondato sulla sola esistenza della lite (per altro potenzialmente ancora non scaturita) e su di una pretesa simmetria tra comando normativo e comando giurisdizionale.

Sebbene, nelle sue conseguenze, tale impostazione appaia senza dubbio utile per comprendere la radice del problema, la c.d. tesi degli *equivalenti giurisdizionali* non può essere accolta e, pertanto, la relativa argomentazione, qui brevemente riportata, e della cui logica non si discute, non può essere posta a fondamento dell'ammissibilità del negozio di accertamento, anche perché appare sin troppo debole il dato comune del superamento della lite e, per altro verso, essa appare, come rilevato da una parte della dottrina, "[...] generica e meramente descrittiva"

⁽²¹⁾C. FURNO, *Accertamento convenzionale*, cit., pag. 262. Nello stesso senso: SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pag. 256 e ss; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, pag. 21 e ss secondo il quale il negozio ha sempre natura costitutiva e pertanto sarebbe inammissibile un negozio dichiarativo; LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale e processo*, in *rivista di diritto processuale civile*, 1932, I, pag. 280; L. LAUDISA, *La contestazione della transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, pag. 442.

⁽²²⁾F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento*, cit., pag. 4, ritiene ammissibile il negozio di accertamento affermando che "[...] si dimostra con quel principio dell'equivalenza tra la composizione processuale e la composizione contrattuale della lite, che mi ha suggerito la costruzione della categoria della degli equivalenti giurisdizionali. Se non c'è una norma, la quale, espressamente o per analogia, interdice la autocomposizione delle liti e, in particolare, la transazione di una lite, assoggettata al processo di accertamento, negare che vi sia un contratto anzi un negozio di accertamento non si può".

⁽²³⁾F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento*, cit., pag. 9.

(²⁴). Tuttavia, questa tesi, come si vedrà in seguito (²⁵), eccettuato il piano normativo, non si discosta sul piano delle conseguenze dai risultati a cui si potrebbe giungere valutando gli effetti, in materia di diritti disponibili, del negozio di accertamento, del lodo arbitrale rituale e della sentenza.

La dottrina maggioritaria (²⁶) e la giurisprudenza (²⁷) ammettono, tuttavia, il negozio di accertamento in ragione di una pluralità di argomentazioni.

Da un punto di vista generale, la ratio dell'ammissibilità del negozio *de quo* sarebbe desumibile dall'utilità dello strumento al fine di sopire i conflitti giuridici; tale necessità, quantomai attuale nel presente stato della giurisdizione, appare ora ancor più rilevante (²⁸); già parte della dottrina meno recente (²⁹) si era espressa in tal senso argomentandone l'ammissibilità in ragione della possibilità, comunque concessa ai privati, di pacificare una lite attraverso il contratto di transazione (³⁰).

Sebbene, e lo si dirà anche in seguito, il contratto di transazione (³¹) non abbia natura dichiarativa esso dà la misura della libertà concessa ai privati di risolvere le proprie liti sottraendole alla giurisdizione ma, per altro verso, non appare possibile

(²⁴)L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 9, il quale afferma, altresì, che "[...] il negozio dichiarativo non può trovare un valido parallelo nella sentenza di accertamento, la quale mira a chiarire lo stato di diritto in atto, in una situazione che presenta concretamente motivi di dubbio e di lite, senza tuttavia implicare una condanna o incidere direttamente sul rapporto materiale controverso. [...] In ogni caso il paragone tra negozio e sentenza è comunque inopportuno: diversi sono gli status dei soggetti che procedono all'accertamento, diversi sono i rispettivi processi di formazione e di impugnazione e diversa è la loro efficacia". Nello stesso senso anche G. FABBRINI, *L'accertamento privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, pag. 641, spec. pagg. 642-643; G. CARRESI, *La transazione*, 1966, Torino, pag. 641.

(²⁵)A riguardo si v. *infra* cap. IV, §§ 4.9 e ss.

(²⁶)L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 11; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., pag. 269 ss; M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)* cit., pag. 232; F. CARRESI, voce *Transazione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, XIX, pag. 483; F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento*, cit., pag. 4; R. CORRADO, voce *Negozio di accertamento*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, XI, pag. 199; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, pag. 382; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario al codice civile diretto da D'Amelio e Finzi, Libro delle obbligazioni*, II, 1949, pag. 454; NICOLETTI, *Alcune considerazioni intorno ai rapporti tra negozio e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, pag. 1498; G. TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, Milano, 1957, III, pag. 473; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., pag. 102; M. SAMPERI, *Negozio di accertamento e trasferimento di diritti reali*, nota a Trib. Messina 19 gennaio 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, pag. 1612.

(²⁷)Da ultimo cfr: Cass., 24 agosto 2012, n. 14618, in *Giust. civ. mass.*, 2012, fasc. 7-8, pag. 1046 in senso conforme Cass. 12 marzo 2008, n. 6739; Cass., 20 maggio 2004, n. 9651; Cass. 5 giugno 1997, n. 4994, in *Riv. not.*, 1997, pag. 240; Cass. 29 gennaio 1991, n. 885, in *Foro it.*, 1991, I, col. 1111; Cass. 7 dicembre 1991, n. 13212; Cass. 9 luglio 1987, n. 5999, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, pag. 1726, ma si v. già: Cass. 13 maggio 1950, in *Giur. cass. civ.*, 1950, XXIX, pag. 363 e Trib. Milano 18 luglio 1948, in *Mon. trib.*, 1948, pag. 284.

(²⁸)L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 12.

(²⁹)F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento*, cit., pag. 3.

(³⁰)Questa argomentazione, tuttavia, non è particolarmente probante nel momento in cui si considera il rapporto tra negozio di accertamento e transazione in termini di *genus* e *species*.

(³¹)A riguardo è possibile asserire che la natura costitutiva/dispositiva della transazione sia ormai pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza. D'altronde la stessa giurisprudenza, nel sancire tale natura della transazione, ha fatto ricorso alle differenze sussistenti tra negozio di accertamento e transazione proprio al fine di escluderne la natura dichiarativa, a riguardo si v. Cass. 12 marzo 2008, n. 6739; Cass., 17 settembre 2004, n. 18737, Cass., 5 novembre 1968, n. 3658.

desumere che la disponibilità del diritto su cui la lite verte implichi, a mo' di conseguenza, l'ammissibilità del negozio dichiarativo.

La accoglibilità della tesi positiva implica un'analisi ermeneutica più approfondita e la ricerca di dati normativi volti a confermare tale impostazione perciò appare necessario, prima di procedere, cercare di confutare le argomentazioni poste a fondamento della tesi negativa.

Si è detto che, per una parte della dottrina, il negozio non può accertare in ragione della sua natura eminentemente dispositiva. La natura dichiarativa di un negozio, tuttavia, non è un elemento estraneo al nostro ordinamento. Posto che sul punto si tornerà in seguito, appare congruo premettere che, a fasi alterne, ad altri negozi è stata attribuita tale natura; all'uopo si pensi, ora solo sommariamente, alla divisione ⁽³²⁾, al negozio di regolamento di confini ⁽³³⁾, all'arbitrato irrituale

⁽³²⁾Sebbene non si condivida la tesi della natura dichiarativa della divisione, in quanto essa appare sorretta da impostazioni teoriche eccessivamente protese a "giustificarla" e non a "sancirla", anche in ragione del diverso trattamento fiscale che, di fatto, ne ha in parte influenzato l'analisi, si ritiene che l'attribuzione della natura dichiarativa, operata in parte anche dal legislatore attraverso l'art. 757 c.c., comporta una generale ammissibilità del negozio dichiarativo. Contrario a tale natura è: FORCHIELLI P. ANGELONI F., *Della divisione, Art. 713 - 768*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, a cura di Galgano, 2000, Bologna - Roma, *passim*.

Preme precisare, però, che tale natura appare fondata, secondo l'impostazione maggioritaria avvallata dalla giurisprudenza, sull'art. 757 c.c. in ragione della retroattività degli effetti della divisione, perché l'erede si considera come se "[...] non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari". In ragione di ciò il coerede viene considerato dalla legge titolare dei diritti dal momento dell'apertura della successione; tale effetto, pertanto, comporta, sempre secondo questa ricostruzione, che la divisione non dia luogo ad un effetto traslativo-costitutivo in quanto il titolo di acquisto deve essere considerato quello che ha costituito la situazione di comproprietà. In altre parole la divisione modifica solo l'aspetto qualitativo della titolarità. Sul punto si v. Cass. 12 gennaio 2006, n. 7231. in *Giust. civ.*, 2006, I, pag. 1142. Cass., 12 ottobre 2011, n. 21013, in *Giust. civ. mass.*, 2011, fasc. 10, pag. 1437 secondo la quale, comunque, "[i]l principio della dichiaratività della divisione, di cui all'art. 757 c.c., opera inderogabilmente con riguardo unicamente alla retroattività dell'effetto distributivo [...]" ; si v. altresì Cass., 29 aprile 2003, n. 6653, in *Riv. not.*, 2004, fasc. 3, pag. 788, con nota di G. MUSOLINO, *Natura ed effetti della divisione*.

⁽³³⁾Per il quale la giurisprudenza ha affermato la natura di negozio di accertamento a forma libera; si v. Cass. 6 maggio 2001, n. 6189; Cass. 7 dicembre 1991, n. 13212 la quale precisa che se "[...] le parti hanno opinioni divergenti sull'esatta demarcazione delle loro proprietà e per risolvere il contrasto si rivolgono ad un terzo in funzione di perito contrattuale o di arbitratore, non può più parlarsi di negozio di mero accertamento, dato che l'incarico comprende anche la facoltà di assegnare all'una o all'altra parte la porzione marginale controversa, e si rientra nel campo nei negozi transattivi o traslativi, che in materia di diritti reali immobiliari debbono essere compiuti con atto scritto ad substantiam". In dottrina: G. PESCATORE - F. GRECO - R. ALBANO, *Della proprietà*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1958, pag. 553, *contra* F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, 1976, Bologna-Roma, pag. 549. Sulla forma (libera) del negozio di accertamento v. Cass. 05 giugno 1997, n. 4994 per cui "[i]n difetto di espressa previsione normativa, il negozio di accertamento di per sé non esige la forma scritta e può perfezionarsi, pertanto, anche verbalmente, o mediante attuazione (c.d. comportamento concludente) idonea a realizzare immediatamente la volontà delle parti".

(³⁴) e al riconoscimento del figlio naturale (³⁵), dei quali è sì discussa la natura, ma da essi è possibile desumere la generica ammissibilità di un negozio non costitutivo ma solo dichiarativo.

Per quanto concerne l'affermazione per cui il vero accertamento può essere prodotto solo dall'attività di un soggetto terzo ed imparziale capace di impartire un comando alle parti essa appare ormai superata per due ordini di ragioni.

Da un lato, essa è profondamente influenzata da un principio di centralità dell'attività giurisdizionale nell'ambito dei rapporti privati ormai inaccoglibile in ragione della possibilità di sottrarre, si voglia mediante l'arbitrato, anche irrituale, o la transazione, le liti alla cognizione del giudice e, in secondo luogo, in ragione del principio di economia degli atti giuridici (³⁶): se infatti è possibile per le parti attribuire ad un terzo il potere di decidere (*rectius*: accertare) un determinato rapporto giuridico, ad esempio attraverso l'arbitrato, non si riesce a comprendere per quale ragione le parti non potrebbero disporre del medesimo potere pervenendo ad una soluzione negoziale altrettanto stabile.

Sgombrato il campo dalle critiche che paiono meno decisive appare necessario soffermarsi sull'argomento letterale desumibile dall'art. 1321 c.c., ovvero sul mancato richiamo all'accertamento nella nozione di contratto.

Qui sembra necessario prendere le mosse da una considerazione: l'accertamento costituisce, regola o estingue un rapporto giuridico patrimoniale?

Rimuovendo seco il concetto di patrimonialità, e pertanto muovendosi nella più ampia categoria dei negozi e non dei contratti, perché il negozio di accertamento può prescindere dal connotato della patrimonialità, sembrerebbe quantomeno in-

(³⁴)Sul punto si v. *infra*, cap. II §§ 2.2 e ss.; in giurisprudenza si v., per la qualificazione dell'arbitrato irrituale anche come negozio di accertamento Cass. 6 febbraio 2009, n. 2988 secondo la quale "l'arbitrato rituale ed irrituale sono entrambi atti di natura privata. La differenza tra di essi deve ravvisarsi nel fatto che nell'arbitrato rituale le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare agli arbitri la soluzione di controversie soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse"; Cass. 30 dicembre 1994, n. 11357; Cass. 18 febbraio 2008, n. 3933, in *Giust. civ.*, 2009, f. 6, pag. I, pag. 1405; Cass., 2 luglio 2007, n. 14972; Cass., 10 novembre 2006, n. 24059; Cass., 20 luglio 2006, n. 16718; Consiglio di Stato, 27 febbraio 2006, n. 838; Cass. 25 giugno 2005, n. 13701.

(³⁵)Il quale è considerato un atto unilaterale, volontario, non recettizio, discrezionale di cui è particolarmente controversa la natura negoziale. Sul punto si rinvia, ed ivi maggiori riferimenti, a: M. MANTOVANI, *Art. 250 c.c.*, in *Commentatio breve al codice civile* Cian Trabucchi, a cura di Cian, Padova, 2011, pag. 361.

(³⁶)Cfr. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, v. 4, *Diritto civile*, 1993, pag. 479.

congruo vietare alle parti di pervenire ad un risultato più semplice di quello ottenibile mediante la costituzione di un rapporto giuridico ⁽³⁷⁾.

Il potere di accertare, infatti, non genera il rapporto ma ne esalta l'efficacia (o persino, ma indirettamente, la determina) perché è volto a sradicare quell'incertezza incidente sul rapporto preesistente e sui suoi effetti.

Se si condivide questa impostazione, allora, appare quantomeno dovuto ricorrere all'art. 1322 c.c. per sondare se il negozio di accertamento possa essere meritevole di tutela.

A tale questione si è, in parte, risposto in precedenza quando si è parlato della possibilità delle parti di procedere alla risoluzione delle liti fuori dallo schema imposto dallo Stato con la giurisdizione, e l'attuale prassi, che si ricorda non è solo mera esperienza concreta, è volta verso la moltiplicazione degli strumenti tesi a risolvere le controversie prima che esse entrino nel labirinto della giurisdizione. Pertanto, sulla meritevolezza, in concreto, dell'interesse soddisfatto dal negozio di accertamento non pare potersi discutere anche perché, in ragione dell'interpretazione comunemente accolta dell'art. 1322 c.c. ⁽³⁸⁾, tale negozio non sembra poter contrastare con l'ordine pubblico, il buon costume e le norme imperative.

Una conferma alla meritevolezza dell'interesse sotteso al negozio di accertamento è, d'altronde, ricavabile anche dall'art. 2698 c.c., il quale consente alle parti di addivenire ad accordi sull'onere della prova, nonché dall'art. 185 c.p.c. il quale impone un tentativo di accordo conciliativo alle parti in lite ⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾Contra E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., pag. 56. L'A. afferma che "[i]l requisito della patrimonialità deriva, da un lato, dalla stessa giuridicità del rapporto incerto, atteso che il difetto del requisito della patrimonialità, fa venire meno il carattere stesso della giuridicità, per ricadere nell'ambito vuoi della moralità o socialità, vuoi della impossibilità, se non addirittura in quello della irrilevanza giuridica; dall'altro, il requisito della patrimonialità deriva dalla stessa natura contrattuale dell'attività di accertamento, che non può prescindere dal contenuto di natura economica del rapporto accertato". Tale opinione non appare condivisibile perché argomentata in modo non appropriato, all'uopo, infatti, è di tutta evidenza come numerosi rapporti giuridici rientrino nella categoria dei negozi, e non dei contratti, proprio perché difettano del requisito della patrimonialità e per questa ragione ciò non postula che gli stessi non abbiano alcuna valenza "giuridica..

A ben vedere, però, il fatto che sia invalso l'uso del termine di "negozio" e non quello di "contratto", sebbene non abbia alcuna valenza teorica, sembra indicare una strada diversa all'interprete.

All'uopo è possibile guardare ad un eventuale negozio di accertamento volto a risolvere un'incertezza derivante da un accordo di separazione. Sebbene si sia coscienti di ragionare sulle conseguenze, non si può ritenere vietato un tale negozio teso a stabilizzare, con il mutuo consenso delle parti, una situazione preesistente di natura non patrimoniale. In ragione di ciò non è possibile ritenere un requisito del negozio di accertamento la valenza patrimoniale dell'oggetto perché esso è un negozio e non un contratto.

⁽³⁸⁾Sul punto si v. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1988, *passim*; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pag. 406; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pag. 799. Circa la meritevolezza dell'interesse v. anche F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, Milano, 2002, pag. 117 secondo il quale "[l]'esigenza di eliminare l'incertezza è sicuramente interesse meritevole di tutela, la certezza dei rapporti giuridici essendo un valore protetto dall'ordinamento giuridico".

⁽³⁹⁾L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 13.

In ragione di ciò, allo stato attuale della dottrina, non sembra potersi escludere l'ammissibilità, e l'utilità, del negozio di accertamento come, d'altronde, confermato dalla giurisprudenza ⁽⁴⁰⁾.

A ciò si aggiunge, per altro verso, che parimenti non sembra decisiva la critica fondata sul fatto che il solo giudice è arbitro del diritto, perché ciò non postula che a fronte di un accertamento giurisdizionale il suo potere di valutazione non subisca un arresto. In relazione al giudice, però, il problema non è tanto nella incidenza sulla sua libertà di valutazione di un accertamento proveniente da un altro giudice ma nella vincolatività derivante da un accertamento privato attuato mediante il negozio di accertamento ⁽⁴¹⁾.

Su questo aspetto, che probabilmente è quello più critico in relazione agli effetti del negozio di accertamento, si tornerà alla fine del presente capitolo ⁽⁴²⁾.

1.3. *Il problema dell'unilateralità*

Ampiamente discussa è l'ammissibilità di un negozio di accertamento unilaterale. Le questioni a riguardo attengono, in particolare, alla pretesa tipicità dei negozi unilaterali e al rapporto tra il negozio di accertamento avente tale struttura, da un lato, e, dall'altro, la confessione stragiudiziale, la promessa unilaterale e la ricognizione di debito ⁽⁴³⁾.

Questa problematica non ha natura solo teorica in quanto appare difficile distinguere sul piano concreto l'attività meramente ricognitiva dal negozio di accer-

⁽⁴⁰⁾Vi sono, infatti, numerose ipotesi catalogate dalla giurisprudenza come negozi di accertamento sul punto si v. Cass., 2 febbraio 2009, n. 2568, che, in materia di condominio, sancisce la natura di negozio di accertamento dell'approvazione e della revisione di tabelle millesimali; Cass., 15 gennaio 2002, n. 375 la quale afferma tale natura per il negozio stipulato dal soggetto danneggiato con il rappresentante dell'assicurazione; Cass., 05 luglio 1999 n. 6952, in *Giust. civ.*, 2000, p. I, pag. 2729 che definisce come negozio di accertamento il collaudo nel contratto di appalto; Cass., 28 giugno 1986, n. 4310 che qualifica come negozio di accertamento "[...] l'istanza scritta, con la quale entrambe le parti abbiano chiesto ai competenti uffici una rettifica dell'accatastamento del bene [...]"; Cass., 23 settembre 1985, n. 4711 considera negozio di accertamento l'atto "[...] con il quale le parti diano atto che il bene rivendicato dal terzo nei confronti del compratore corrisponde, o ne fa comunque parte, a quello oggetto della vendita [...]"; nella giurisprudenza di merito si v. Corte di appello di Genova, 28 ottobre 1992 ritiene che "[c]onsiderata la prassi del settore assicurativo marittimo [...] l'atto della compagnia delegataria, definito di "transazione e quietanza" volto alla determinazione quantitativa dell'indennità da corrispondere all'assicurato [...] è stato qualificato come semplice negozio di accertamento"; Tribunale di Cagliari, 19 febbraio 1985, che definisce negozio di accertamento "[...] la dichiarazione sottoscritta da entrambi i coniugi, con la quale uno di essi riconosce che la proprietà di un immobile è dell'altro coniuge perché il relativo atto di acquisto è simulato [...]".

⁽⁴¹⁾M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale*, cit., pag. 330.

⁽⁴²⁾Cfr. *infra* cap. I, § 1.7.

⁽⁴³⁾La problematica è stata valutata in dottrina da: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, a cura di Crifò, Napoli, 1994, pag. 262; M. GIORGIANNI, voce *Accertamento*, cit., pag. 238; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., pag. 101; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., pag. 281; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 11; C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, cit., pag. 157; L. COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, pag. 86; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, in *Annali ist. sc. giur. pol. e soc. Univ. di Messina* 1927-1933, VII, pag. 384.

tamento unilaterale tanto che si potrebbe essere tentati di escludere la sussistenza di una qualsivoglia differenza ⁽⁴⁴⁾.

Ed infatti, secondo una parte della dottrina ⁽⁴⁵⁾, al fine di realizzare la funzione di accertamento sarebbe necessario un contratto in quanto una parte non potrebbe imporre all'altra unilateralmente la determinazione del rapporto preesistente. In tal caso, infatti, la manifestazione andrebbe ricondotta tra le dichiarazioni aventi efficacia probatoria, pertanto sarebbe qualificabile come una confessione o un apprezzamento non vincolante ⁽⁴⁶⁾.

Tralasciando, per ora, il problema dei rapporti tra confessione e negozio di accertamento, sembra necessario prendere le mosse dalla asserita tipicità dei negozi unilaterali in quanto le distinzioni divengono determinanti solo ove si ammetta la figura del negozio unilaterale atipico ⁽⁴⁷⁾.

Come si è avuto modo di accennare in dottrina ⁽⁴⁸⁾ è stata sostenuta l'inammissibilità dei negozi unilaterali non tipizzati. La principale argomentazione a riguardo rinviene dall'analisi dell'art. 1987 c.c. il quale afferma che "[l]a promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dai casi ammessi dalla legge". Da ciò questa parte della dottrina desume l'inammissibilità di negozi unilaterali non tipizzati argomentando anche attraverso l'intangibilità della sfera giuridica del terzo la quale non potrebbe essere modificata senza una manifestazione di consenso neanche in presenza di effetti unicamente positivi ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁴⁾C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento*, cit., pag. 159.

⁽⁴⁵⁾R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., pag. 384.

⁽⁴⁶⁾In giurisprudenza v., da ultimo, per questo orientamento Cass. 8 ottobre 2013, n. 22900, secondo la quale il "[...] negozio privato di accertamento mediante il quale i proprietari di fondi finitimi addivengano ad un'amichevole determinazione del confine, assume una rilevanza probatoria [...] che può essere superata solo adducendo concreti elementi atti ad inficiarne la validità, sul piano formale o per intrinseci vizi sostanziali"; v. anche Cass., 5 luglio 1997, n. 4994, in *Riv. not.*, 1998, f. 1, pag. 240.

⁽⁴⁷⁾L'ammissibilità dei negozi unilaterali atipici non può essere qui affrontata in modo compiuto, sul punto si v. P. RESCIGNO, *L'autonomia privata e le promesse unilaterali*, in *Studi per Betti*, V, Milano, 1962, pag. 127; F. CARRESI, *L'autonomia dei privati nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Rivista di diritto civile*, 1957, I, pag. 273; G. FALQUI MASSIDA, *Promessa unilaterale*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, pag. 77; G. BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, Art. 1989-1991, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, a cura di G. BRANCA, 1974, Bologna - Roma, pag. 406 e ss; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, pag. 22, ove riporta parte del testo della Relazione al Re (n.251) secondo la quale "[...] non si potrebbe concedere alla promessa unilaterale di operare illimitatamente, senza scompaginare il campo di applicazione del contratto ed atomizzare gli elementi costitutivi di questo [...]".

⁽⁴⁸⁾F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, Milano, 2002, pag. 119.

⁽⁴⁹⁾A ben vedere lo stesso legislatore sul piano del diritto sostanziale già nel 1942 sembrava prediligere un'impostazione diversa. Si pensi, all'uopo, alla donazione obnuziale, disciplinata dall'art. 785 c.c., la quale rappresenta un caso eccezionale di negozio (rectius: contratto) unilaterale, giustificato in ragione del *favor* verso quegli strumenti volti ad agevolare il matrimonio e la formazione di nuove famiglie. Sul punto si v. A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, Milano, 2006, *passim*.

Ma si pensi altresì alla più generale figura del contratto a favore di terzo, come disciplinata dall'art. 1411 c.c., dove il legislatore chiaramente parla di "dichiarazione di volerne profittare" e non di accettazione. La questione, in questo caso, non è meramente lessicale perché il sintagma implica delle conseguenze sulla natura della deviazione degli effetti in favore del terzo.

Il dogma della tipicità dei negozi unilaterali tuttavia non appare inviolabile. Il fatto che il legislatore abbia limitato gli effetti della promessa di pagamento e della ricognizione di debito, infatti, non autorizza un'estensione analogica del divieto a tutti i negozi unilaterali ⁽⁵⁰⁾. Ma vi è di più.

Da un lato, l'art. 1987 c.c. si riferisce solo alle "nude" promesse, confermando l'antico principio *ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur*, decretando l'inammissibilità delle sole promesse unilaterali astratte, non essendo un limite invece per quelle atipiche e causali se volte a soddisfare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. e, per altro verso, il principio di intangibilità in positivo della sfera giuridica dei soggetti estranei al negozio è messo in crisi dallo stesso legislatore in diverse occasioni. A riguardo si pensi alla figura del contratto in favore di terzo, al legato e alla donazione obnuziale, dove, con gradi diversi di efficacia, si spazia dalla dichiarazione di volerne profittare, che non è un'accettazione, all'ammissibilità della sola rinuncia o, persino, alla materiale impossibilità, una volta che il donatario sia convolato a nozze, di evitare un'attribuzione unilaterale avente effetti reali; figure, queste, che dispiegano i loro effetti sulla sfera del soggetto estraneo al negozio indipendentemente da una vera accettazione. Da ciò non può che desumersi la valenza di un principio di intangibilità solo "in negativo", nel senso della inammissibilità di un qualsivoglia negozio che possa pregiudicare i diritti dei soggetti estranei allo stesso. E non sembra all'uopo ammissibile un'argomentazione fondata su di una presunta eccezionalità dei predetti istituti, salvo il caso della donazione unilaterale la cui eccentricità nel nostro ordinamento è alquanto palese, in ragione della loro generalità.

In ragione di ciò sembra possibile aderire all'opinione più recente espressa in dottrina ⁽⁵¹⁾, e confermata dalla giurisprudenza ⁽⁵²⁾, secondo la quale il negozio unilaterale atipico sarebbe ammissibile quando volto a salvaguardare un interesse meritevole di tutela e, per altro verso, ove non pregiudichi i diritti dei terzi. In al-

⁽⁵⁰⁾Sul punto: P. NICOLINI CANIATO, *Appunti sul negozio di accertamento unilaterale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pag. 169, spec. 171; nonché, in giurisprudenza, Corte d'Appello di Firenze 26 giugno 1961, in *Foro. pad.*, 1962, I, c. 468. *Contra* F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., pag. 242 il quale afferma che "[...] merita di essere ricordato quanto al riguardo si legge nella Relazione al re (n.251), ossia che «non si potrebbe concedere alla promessa unilaterale di operare illimitatamente, senza scompaginare il campo di applicazione del contratto e atomizzare gli elementi costitutivi di questo»".

⁽⁵¹⁾In questo senso *passim*: G.F. BASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000; T. MONTECHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998; M. MAGGIOLO, *La concessione di ipoteca per atto unilaterale*, Padova, 1998; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, II, Napoli 1997; N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pag. 559; M. COSTANZA, *Contratti e negozi unilaterali*, in *Vita Notarile*, 1993, pag.49; N.M. LARIZZA, *In tema di atipicità delle promesse unilaterali*, in *Giurisprudenza di merito* 1992, pag. 1120; C. DIONISI, *Atti unilaterali (Diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, 1991, pag. 3 e ss.

⁽⁵²⁾Cass. 6 novembre 1981, n. 5857 secondo la quale "[u]na scrittura privata che non costituisca una transazione per difetto delle reciproche concessioni delle parti e per la mancanza di sottoscrizione dei due contraenti, può ben costituire un negozio unilaterale di accertamento ove sia sottoscritta da un soggetto e caratterizzata dalla volontà di costui di conferire certezza ad un preesistente rapporto giuridico, precisandone in modo definitivo e vincolante, l'essenza il contenuto e gli effetti".

tre parole esso è consentito quando comporti solo dei vantaggi ai beneficiari facendo comunque salva la facoltà di rinuncia ⁽⁵³⁾.

Tanto premesso sembra possibile chiedersi se il negozio di accertamento possa influire negativamente o positivamente sulla sfera giuridica del soggetto estraneo.

In realtà sembra che l'effetto di questo negozio, e sul punto si tornerà più innanzi, non sia diretto, ovvero che da esso non discende un obbligo ma si sostanzia solo una certezza afferente ad un rapporto preesistente. Pertanto, tale effetto appare neutro rispetto ai rapporti tra le parti e foriero di conseguenze solo in via indiretta per il tramite degli effetti del rapporto giuridico accertato ⁽⁵⁴⁾.

Da tale prospettiva, allora, appare ammissibile il negozio unilaterale di accertamento volto a determinare, indirettamente, un effetto "negativo" per l'accertante in ragione, da un lato, dalla non riconducibilità del predetto negozio alle promesse unilaterali, in quanto il soggetto non si "obbliga" a risolvere l'incertezza ma la sradica con effetti immediati, e perché, in secondo luogo, appare comunque necessario, almeno in via indiretta, l'effetto "negativo" stesso in quanto il soggetto non può accertare una situazione a sé favorevole in ragione del pregiudizio che andrebbe a riverberarsi sul soggetto estraneo al negozio ⁽⁵⁵⁾.

Ma ciò è consentito nel momento in cui tale effetto, come detto indiretto, sia previsto dalla legge ai sensi dell'art. 1372, comma 2, c.c., norma applicabile anche in questo ambito attraverso la disposizione contenuta nell'art. 1324 c.c., come nel caso dell'accertamento unilaterale dell'avveramento dell'evento dedotto nella condizione risolutiva ai sensi dell'art. 2668 c.c.

Sgombrato il campo da queste due critiche è possibile tornare all'art. 1322 c.c., ovvero alla meritevolezza dell'interesse perseguito, nonché nel caso di specie ammettere il negozio unilaterale di accertamento in ragione dell'art. 1324 c.c.; sul punto la Suprema Corte ⁽⁵⁶⁾ ha, infatti, affermato che "[...] una singola disposizione [...]", ovvero l'art. 1987 c.c., "[...] non può dall'interprete essere generalizzata e, in particolare, non può autorizzarlo a prescindere dalla regolamentazione generale contenuta negli artt. 1324 e 1334 c.c. [...]".

Tale assunto appare pacifico in giurisprudenza ove si è, altresì, sostenuto che "[...] non è [...] necessario che l'accertamento sia compiuto da entrambe le parti,

⁽⁵³⁾F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, pag. 91 e pag. 834 in relazione ai negozi unilaterali atipici ad effetti reali.

⁽⁵⁴⁾P. NICOLINI CANIATO, *Appunti sul negozio*, cit., pag. 172.

⁽⁵⁵⁾Ammette espressamente il negozio di accertamento unilaterale Cass. 20 maggio 2004, n. 9651, secondo la quale "[i]l negozio giuridico, inteso come dichiarazione di volontà diretta a realizzare effetti giuridici, può spiegare i suoi effetti anche per il passato, assumendo la natura di negozio di accertamento, che può avere anche struttura unilaterale, venendo in tal caso a fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo".

⁽⁵⁶⁾Cass. 24 luglio 1964, n. 2027.

potendo anche essere opera della volontà *unilaterale* di una di esse, purché la dichiarazione promani da chi aveva un interesse contrario [...]”⁽⁵⁷⁾.

Tale affermazione però, e lo si è detto poc'anzi, implica un'ulteriore problematica: quella della vicinanza tra il negozio di accertamento, da un lato, e la confessione stragiudiziale, la promessa di pagamento e la ricognizione di debito dall'altro.

Questa vicinanza lessicale tra istituti ha dato luogo a tre diverse opinioni sul punto: vi è chi ritiene inammissibile il negozio di accertamento unilaterale perché una tale dichiarazione sarebbe sempre collocabile nell'ambito della confessione stragiudiziale, della promessa di pagamento o della ricognizione di debito; vi è chi ritiene i predetti istituti negozi di accertamento e, infine, è stata sostenuta la assoluta diversità, dal punto di vista teorico, tra le fattispecie.

La prima ricostruzione appare fondata su un presunto principio di inammissibilità dei negozi atipici simili o prossimi a negozi tipici. In altre parole si afferma che “[...] il legislatore [...] ha collegato alla ricognizione di debito la c.d. efficacia probatoria senza attribuire alcun rilievo giuridico, da un lato, alle situazioni di certezza o di incertezza, nelle quali le dichiarazioni vengano poste in essere, dall'altro, alla eventuale presenza di una decisione accanto alla dichiarazione ricognitiva”⁽⁵⁸⁾.

Se ben si comprende, questa dottrina ritiene doversi escludere l'ammissibilità di un negozio atipico, quale è quello di accertamento, tutte le volte in cui la fattispecie concreta possa essere, anche latamente, sussunta in una fattispecie astratta già prevista dall'ordinamento. Tale argomentazione non appare condivisibile in quanto fondata su di una lettura impropria dell'art. 1322 c.c. come si dirà a breve.

Questa logica, tuttavia, appare avvallata anche da chi afferma che il legislatore “[...] ha voluto considerare una dichiarazione di un certo tenore in sé e per sé, reputando indifferente il fatto che fosse una dichiarazione [...]” di volontà o una di-

⁽⁵⁷⁾Cass., 29 ottobre 1979, n. 5662 così massimata “[i]l negozio di accertamento presuppone la preesistenza fra i contraenti di una situazione giuridica incerta cui esso si coordina attraverso un collegamento funzionale, ed è caratterizzato, per ciò che attiene alla sua causa, dall'intento di eliminare tale incertezza; non è, tuttavia, necessario che l'accertamento sia compiuto da entrambe le parti, potendo anche essere opera della volontà unilaterale di una di esse, purché la dichiarazione promani da chi aveva un interesse contrario. Nella ipotesi in cui vi sia una serie successiva di trasferimenti e le parti avvertano la soggettiva necessità di accertare la consistenza, sin dal primo trapasso, del bene trasferito, le dichiarazioni di accertamento debbono essere tante quanti sono i singoli autori di ogni singolo trasferimento, ciascuna valendo nell'ambito del rapporto cui si riferisce e tutte insieme concorrendo a precisare la consistenza del bene pervenuto all'ultimo acquirente”; del medesimo avviso: Cass. 3 luglio 1969, n.2440; Cass., 14 marzo 1977, n. 1031; Cass. 29 ottobre 1979, n. 5663; Cass. 6 maggio 1980, n. 2976. In particolare Cass. 2440/1969 ha affermato che “[...] il negozio di accertamento, da ritenersi ammissibile nel nostro ordinamento, anche se nessuna norma lo prevede espressamente, può avere anche struttura unilaterale, attesa la possibilità di un soggetto di vincolarsi con una dichiarazione unilaterale a considerare per il futuro in un determinato modo una situazione incerta [...]”.

⁽⁵⁸⁾S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio di accertamento*, cit., pag. 62, l'A. tuttavia non si limita ad asserire solo quanto riportato in testo in quanto ritiene ammissibile in linea generale il negozio di accertamento unilaterale, anzi ritiene che possa darsi solo struttura unilaterale al negozio di accertamento essendo potenzialmente volte ad assumere efficacia solo quelle dichiarazioni negoziali tese a pregiudicare la propria posizione afferente al preesistente rapporto giuridico, essendo pertanto irrilevante l'eventuale accettazione o la mancata rinuncia del beneficiario.

chiarazione di scienza “[...] prevedendo effetti giuridici identici in entrambi i casi [...]” ciò perché “[...] l’effetto meramente processuale impedisce di qualificare la dichiarazione [...] come negozio” ⁽⁵⁹⁾.

Il secondo orientamento ⁽⁶⁰⁾, invece, afferma che l’ammissione unilaterale (di un fatto o di un rapporto giuridico) non costituisce un mero mezzo di prova perché da ciò “[...] deriva che il giudice è esonerato dall’accertamento del fatto e che la parte interessata è esonerata dal provarlo [...]”, pertanto il concetto di prova legale “[...] sta appunto ad indicare tale efficacia dell’accertamento compiuto da una delle parti” . In ragione di ciò sarebbe innegabile l’effetto sostanziale della confessione consistente nell’accertamento del fatto in modo vincolante per il confitente.

Si ritiene, sul punto, preferibile la terza opinione.

Secondo questa ultima ricostruzione, infatti, la confessione non determina alcun effetto di natura sostanziale in ragione di quanto previsto dall’art. 2733 c.c., in tema di confessione giudiziale, il quale così recita: “[e]ssa forma piena prova contro colui che l’ha fatta [...]”, scaturendo un effetto di natura strettamente processuale. La parte, secondo questa ricostruzione, non “dispone” di un suo diritto, o almeno non secondo un parametro di diritto sostanziale.

Il codice, inoltre, disciplina le ipotesi anzidette attribuendo loro effetti meramente processuali, volti a vincolare il giudice in un modo più o meno stringente, ma in nessun caso si determina l’insorgenza di un rapporto negoziale bilaterale quanto agli effetti. In altre parole non si crea un titolo ma si inverte l’onere della prova sull’esistenza del titolo stesso.

Il negozio di accertamento, invece, implica la constatazione dell’esistenza del titolo e del fascio di obbligazioni, dipendenti dal titolo accertato, che ne conseguono per le parti, ciò tuttavia non postula che il negozio di accertamento non determini effetti processuali ma essi devono essere valutati alla stregua di un negozio divenendo diverso il regime di impugnabilità rispetto a quello, ad esempio, della confessione stragiudiziale.

Se per altro verso si guarda alle affermazioni della Corte di Cassazione in relazione al negozio di accertamento unilaterale è possibile notare come l’ammissibilità di tale struttura sia influenzata dalla nozione di confessione contenuta nell’art. 2730 c.c. ⁽⁶¹⁾ e, inevitabilmente, ne ricalchi la definizione divenendo quasi impossibile distinguere, dal punto di vista pratico, tra le due figure.

⁽⁵⁹⁾L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 103.

⁽⁶⁰⁾M. GIORGIANNI, voce *Accertamento*, cit., pag. 237.

⁽⁶¹⁾A riguardo della confessione ci si è limitati ad affermare cosa essa non è, tuttavia è possibile ricordare che, allo stato attuale, la tesi prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, ne afferma la natura di dichiarazione di scienza, sia nella sua natura giudiziale che in quella stragiudiziale. Sul punto appare di contrario avviso L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 164, secondo il quale la confessione ha natura ibrida in quanto il principio “iura novit curia” non è un elemento volto a trasformare la confessione in una dichiarazione di scienza e, in secondo luogo, perché l’animus confitendi si “[...]concretizza nella consapevolezza e volontà di dichiarare contro il proprio interesse, esso in realtà individua una dichiarazione di volontà”, pertanto “[...] la confessione è una dichiarazione di volontà non negoziale (dichiarazione resa in giudizio [...]); ed al tempo stesso una dichiarazione di scienza - confessione stragiudiziale -”.

A ben vedere, però, una distinzione sussiste. Mentre, infatti, nella confessione stragiudiziale l'*animus* che connota la dichiarazione è *confitendi* nel negozio unilaterale di accertamento l'intento è quello di rimuovere l'incertezza ⁽⁶²⁾.

Da tale angolo prospettico, allora, si può derivare che gli argomenti volti ad escludere l'ammissibilità del negozio di accertamento unilaterale non sono decisivi. L'asserito dogma della tassatività dei negozi unilaterali può essere, infatti, considerato sorpassato, sul punto parte della dottrina ⁽⁶³⁾ afferma che gli artt. 1322 e 1324 c.c. demistificano il dogma della tassatività in quanto consentono di affermare la configurabilità di negozi unilaterali atipici rendendo irragionevole l'opinione contraria dalla quale si desumerebbe un limite, non recepito, all'art. 1322.

Per quanto concerne, infine, la meritevolezza dell'interesse ai sensi del combinato disposto degli artt. 1322 e 1324 c.c., essa appare persistere anche nel negozio unilaterale in ragione, da un lato, della rilevanza accordata dal legislatore alla dichiarazione *contra se* e, dall'altro, dall'esigenza di rimuovere una situazione di incertezza o di lite vera e propria ⁽⁶⁴⁾.

1.4. *La causa e il problema della expressio causae*

L'identificazione della causa del negozio di accertamento non appare oggetto di particolari discussioni in quanto è di solito rintracciata "[...] nella rimozione della situazione giuridica di incertezza in cui si trovano determinati rapporti" ⁽⁶⁵⁾.

In altre parole il negozio di accertamento ha la funzione economico sociale di sradicare l'incertezza in cui versano determinate situazioni giuridiche antecedenti, attraverso un regolamento privato volto a definirne il contenuto.

Il negozio di accertamento, pertanto, in ragione della sua natura negoziale e della sua funzione di fissazione della situazione incerta, non determina l'astrazione della situazione preesistente ⁽⁶⁶⁾.

L'argomento a sostegno di detta affermazione appare ricavabile dalla impossibilità di affermare la natura meramente probatoria del negozio di accertamento. Se così fosse, infatti, la stipulazione del negozio *de quo* comporterebbe che la dichiarazione in esso contenuta avrebbe sempre il valore di prova legale anche in assenza del relativo rapporto accertato ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶²⁾C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento*, cit., pag. 158.

⁽⁶³⁾C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento*, cit., pag. 165.

⁽⁶⁴⁾Ciò appare pacifico in giurisprudenza: Cass. 23 dicembre 1987, n. 9625 in *Corriere Giuridico*, 1988, pag. 253 con nota di MARICONDA; Cass. 6 gennaio 1984, n. 62.

⁽⁶⁵⁾Cass. 28 aprile 1951, n. 1043; nello stesso senso v. anche: Cass. 23 dicembre 1987, n. 9625 in *Corriere giuridico*, 1988, pag. 253, con nota di MARICONDA; Cass. 29 settembre 1979, n. 5663; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274; Cass. 27 agosto 1964, n. 2070; sul punto in dottrina, per tutti, e ivi ulteriori riferimenti L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 15 e E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, pag. 590 e ss.

⁽⁶⁶⁾M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., pag. 238, *contra*: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pag. 262. D'altronde il nostro ordinamento è retto dal principio di causalità dei negozi giuridici, quale è, appunto, il negozio di accertamento.

⁽⁶⁷⁾*Ibidem*, l'A. sostiene, infatti, che la natura di "prova legale" "[...] impedirebbe al giudice e alle parti una [dimostrazione contraria], e l'impugnazione per errore ex art. 2732 c.c. non sarebbe ammissibile, posto che essa presuppone una divergenza inconsapevole, nel caso in cui le parti, in una dichiarazione ricognitiva, avessero inteso creare una nuova situazione giuridica.

Esclusa, a monte, la possibilità di ritenere il negozio di accertamento quale un negozio astratto, tesi sostenuta da una risalente dottrina ⁽⁶⁸⁾, appare congruo dare per assodata la natura di negozio causale del negozio di accertamento ⁽⁶⁹⁾.

Deve essere parimenti esclusa quell'opinione ⁽⁷⁰⁾ secondo la quale la funzione assolta dal negozio di accertamento sarebbe quella di sostituire il rapporto negoziale accertato con un nuovo rapporto derivante dal negozio di accertamento. In altre parole, secondo quest'ultima ricostruzione, si sostituirebbe una situazione giuridica incerta con una certa.

A riguardo, e lo si è detto precedentemente, si deve sottolineare che il negozio di accertamento non determina, affatto, l'insorgenza di un rapporto nuovo in quanto si limita a dirimere un'incertezza, o a rimuovere la *res dubia*, pertanto il legame tra il negozio di accertamento e il rapporto giuridico a monte appare indissolubile e gli effetti discendono dal primo rapporto (o negozio) accertato. Affermando, infine, che il negozio di accertamento configura un nuovo rapporto giuridico si ricadrebbe nello schema della novazione ⁽⁷¹⁾ o della ripetizione negoziale ⁷² e ciò non sembra coerente rispetto alla volontà tradotta dalle parti nel negozio di accertamento.

Secondo la Suprema Corte ⁽⁷³⁾, infatti, il negozio di accertamento “[...] ha come causa propria quella di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica preesistente; e che, pertanto, l'idea che possa esistere un'attività di accertamento che prescinde del tutto dalla esistenza della situazione originaria, deve essere senz'altro esclusa per l'ordinamento giuridico italiano. In tale contesto una mancanza di causa è ipotizzabile solo quando le parti (o altre) abbiano, per errore o volutamente, accertato una situazione inesistente, oppure quando la situazione preesistente esisteva, ma era certa”.

Il contenuto della pronuncia deve essere, comunque, precisato.

La presenza dell'incertezza non deve essere confusa con la presenza, o meno, della lite tra le parti contraenti. Essa, infatti, mentre è necessaria, almeno a livello potenziale, per concludere un contratto di transazione non lo è nel negozio di accertamento, perché quest'ultimo prescinde dall'esistenza della stessa ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁶⁸⁾G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Foro sardo*, f. I, 1902 ora in *Scritti giuridici*, III, 1948, Milano, pag. 42; sul punto v. anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pag. 263.

⁽⁶⁹⁾In generale si v. sul punto per approfondimenti: I. RADOCCIA, *Trascrizione e accertamento*, in *Giurisprudenza di merito*, 2005, f. V, pag. 1251; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 16.

⁽⁷⁰⁾F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., pag. 8.

⁽⁷¹⁾Sul punto G. LAZZARO, *La causa del negozio di accertamento*, nota a Cass. 14 maggio 1962 n. 1701, in *Gius. Civ.*, 1963, I, pag. 83, spec. pag. 89, il quale afferma che “[...] se le parti, muovendo dai dubbi ingenerati da un preesistente rapporto, intendono superare tale incertezza, ricadente sul negozio generatore di quel rapporto, radicalmente innovando la regolamentazione di quegli interessi, si ha la formazione di un nuovo negozio giuridico del tutto autonomo, inquadrabile nello schema della novazione e non un negozio di accertamento”.

⁽⁷²⁾In questo senso F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. GABRIELLI F. GAZZONI vol. I, Milano, 2012, pag. 474.

⁽⁷³⁾Cass., 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Foro it.*, 1985, f. I, pag. 238, con nota di GRANELLI.

⁽⁷⁴⁾PAOLINI E., *Il contratto di accertamento*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da Galgano, vol. 35, Padova, 1997, pag. 45.

Per quanto concerne l'incertezza la giurisprudenza ⁽⁷⁵⁾ sembra altalenare tra la soggettività e l'oggettività più in ragione del caso concreto esaminato che per astrarre e ricondurre ad una categoria generale la causa dell'accertamento ⁽⁷⁶⁾. In ragione di ciò la relativa distinzione pare irrilevante in quanto non volta a scaturire una diversa attuazione del negozio di accertamento o una sua eventuale inammissibilità in una delle due ipotesi. In ragione di ciò è possibile affermare che il negozio *de quo* può essere volto a risolvere incertezze sia sul piano oggettivo che, in particolare, su quello soggettivo.

All'uopo, occorre sottolineare come l'incertezza soggettiva debba rivestire una rilevanza particolare ai fini della valutazione delle patologie del negozio di accertamento. Ciò perché appare possibile, sul punto, instaurare un parallelo tra le reciproche concessioni contenute nella transazione e la valutazione soggettiva dell'incertezza ai fini della validità del negozio qui in esame. Allo stesso modo di come avviene per la transazione in relazione all'*aliquid datum aliquid retentum* nella valutazione patologica del negozio di accertamento non appare possibile guardare alla sussistenza dell'incertezza al momento effettuale del negozio ma solo a quello genetico perché, solo in questo dato momento, la volontà delle parti sarà rilevante ai fini dell'accertamento stesso.

In relazione alla causa appare senza dubbio più interessante osservarne l'eventuale aspetto patologico. Secondo una parte della giurisprudenza ⁽⁷⁷⁾ è ravvisabile la mancanza di causa in due ipotesi: quando le parti abbiano, per errore o volutamente, accertato una situazione inesistente, o quando la situazione preesistente esisteva ma era certa.

In questo modo la giurisprudenza esplicita l'assenza di una patologia nel rapporto causale attraverso la presenza di due elementi. Da un lato vi è l'incertezza, concepita indipendentemente dalla sua valenza soggettiva o oggettiva e, dall'altro lato, vi è il rapporto originario. In costanza di questi non vi può essere alcun vizio causale.

Qui occorre una precisazione: per sussistenza del "rapporto originario incerto" non deve intendersi la sussistenza di un negozio giuridico o di una fattispecie giuridica ma, anche, la sua inesistenza. Di fatti non bisogna confondere due piani che

⁽⁷⁵⁾Cass. 27 luglio 1964, n. 2070 la quale afferma che "[l]a *res dubia* sta nella incertezza soggettiva, cioè nel dissenso esistente tra gli stessi soggetti del rapporto giuridico, per essere discorde e contrastante la valutazione che essi personalmente fanno della situazione giuridica in atto tra loro".

⁽⁷⁶⁾Sul punto: L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 25, il quale afferma che: "[l]'impressione che incertezza oggettiva e soggettiva non si contrappongano, ma si completino, ci deriva dall'aver notato che mai un giudice - sostenendo un tipo di incertezza piuttosto che l'altro - ha escluso espressamente l'ammissibilità della diversa concezione e che il tipo affermato è proprio quello evidenziato dalla fattispecie concreta sulla quale il giudice ha deciso". Nello stesso senso di quanto espresso in testo: C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento*, cit., pag. 130 secondo il quale "[...] è esatta la tesi secondo cui il negozio di accertamento si può configurare in presenza di una incertezza sia soggettiva che oggettiva. In altri termini è possibile un negozio di accertamento anche laddove il soggetto sia certo dell'esistenza e del modo di essere di una determinata situazione giuridica. Né tale evenienza deve sembrare contraddittoria se si considera che la certezza soggettiva può coesistere con la coscienza dell'autore delle dichiarazioni che essa non necessariamente si traduce in certezza dei terzi e in particolare del giudice, cioè in certezza dell'ordinamento".

⁽⁷⁷⁾Cass. 6 dicembre 1983, n.7274.

debbono rimanere distinti. Da un lato vi deve essere l'oggetto, ovvero il rapporto incerto che, per sua natura, perché incerto, può esistere come non esistere giuridicamente e, dall'altro, la volontà di porre rimedio a questa incertezza mediante il negozio il quale non solo deve essere ritenuto ammissibile in positivo ma, anche, in negativo.

In altre parole, non si può escludere che la valutazione della situazione preesistente debba essere intesa sia in senso negativo che in positivo, perciò essa può mancare ove le parti intendano accertare la sua insussistenza, senza che ne rinvenga una patologia a livello causale.

Una volta abbandonata, anche grazie alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza ⁽⁷⁸⁾, la tesi dell'astrattezza della causa del negozio di accertamento appare logico aderire alla tesi della causalità anche in ragione della anzidetta natura dichiarativa. Se, infatti, il negozio di accertamento positivo non è sorretto da un rapporto giuridico preesistente, al quale si sono imputati gli effetti chiariti dall'accertamento privato, diverrà necessario valutare quale sia stato, in concreto, l'interesse soddisfatto dalle parti con la stipulazione del negozio e, nel caso in cui manchi il rapporto sottostante, senza percepire, *sic et simpliciter*, tale patologia come rientrante nell'ipotesi di nullità per mancanza di causa.

E' ben possibile, infatti, che le parti, attraverso il negozio di accertamento, abbiano voluto regolare un altro rapporto utilizzandolo come negozio mezzo e piegandolo per degli effetti che gli sono estranei *ratione naturae*, oppure può essere altresì possibile che le stesse abbiano voluto addivenire ad un negozio simulato.

Solo in mancanza di un esercizio di volontà proteso a stipulare un negozio indiretto o una simulazione, pertanto, si potrà sancire la nullità del negozio di accertamento positivo per mancanza di causa ed in particolare non si potrà derivare tale nullità quando la causa corrisponda ad un tipo negoziale diverso ⁽⁷⁹⁾.

Il ragionamento, invece, diviene più articolato in relazione alla mancanza di causa nel negozio di accertamento negativo. All'uopo, allora, occorre considerare l'assoluta prossimità della disfunzione causale all'errore di diritto o di fatto; le parti, infatti, potrebbero porre in essere un negozio di accertamento negativo in presenza di un rapporto giuridico esistente e foriero di effetti.

Al fine di addivenire ad un criterio discrezionale si deve guardare alla genesi del negozio nell'assolvimento della sua funzione di rimozione dell'incertezza. Il difetto causale, foriero di nullità, può essere rilevato, pertanto, solo nell'ipotesi in cui risulta assente l'incertezza e non il rapporto, eccettuato il caso in cui il rapporto, accertato in positivo, sia inesistente, proprio perché l'incertezza nel negozio di accertamento negativo verte proprio sull'inesistenza del rapporto stesso.

⁽⁷⁸⁾Cfr. Cass., 23 marzo 1996, n. 2611, Giustizia Civile Massimario 1996, fac. 2, pag. 423; Cass., 06 dicembre 1983, n. 7274, afferma la natura causale del negozio.

⁽⁷⁹⁾Sul punto v. G. LAZZARO, *La causa del negozio di accertamento*, cit., pag. 90 ove afferma "[...] l'indagine dell'interprete deve essere rivolta, prescindendo dall'erronea qualificazione eventualmente data dalle parti, al fine di rinvenire, concorrendo gli altri elementi essenziali, la sussistenza di una causa diversa, idonea a qualificare diversamente il negozio (vendita, donazione, permuta ecc.)".

In ragione di ciò, l'errore di diritto e quello di fatto dovranno essere rilevati tutte quelle volte in cui le parti abbiano interpretato in modo non conforme, alla realtà fattuale o giuridica, il rapporto preesistente.

Come si è detto ⁽⁸⁰⁾ una volta ammesso a monte il negozio di accertamento esso deve rimanere sul piano del diritto sostanziale ma ciò non toglie che, dal punto di vista effettuale, esso si approssimi all'accertamento processuale contenuto nella sentenza, in particolare perché, come si vedrà a breve, gli effetti del negozio di accertamento, in materia di diritti disponibili, non possono essere minori degli effetti di altri strumenti negoziali di risoluzione delle controversie che, in ragione di quanto sin qui detto, costituiscono *species* del *genus* accertamento.

1.5.L'oggetto: i fatti, il rapporto con la confessione e l'art. 115 c.p.c..

L'oggetto del negozio di accertamento è "[...] una preesistente situazione giuridica caratterizzata da un'incertezza [...]" ⁽⁸¹⁾. In ragione di ciò l'oggetto del negozio di accertamento dovrà rispondere ai requisiti previsti dagli artt. 1346 e ss c.c. e non potrà afferire a diritti sottratti alla disponibilità delle parti alla stregua di quanto previsto, in relazione al contratto di transazione, dall'art. 1966 c.c. ⁽⁸²⁾.

Per quanto concerne la liceità e la possibilità del negozio di accertamento non sembra potersi rilevare alcuna discordanza di opinioni ⁽⁸³⁾. Esso è di certo lecito allorquando verta su diritti disponibili ai sensi del già richiamato artt. 1966 c.c.. Allo stesso modo deve opinarsi in relazione alla possibilità, come si è detto infatti oggetto del contratto è l'attribuzione del crisma della certezza ad una situazione incerta e, pertanto, non appare suscettibile di dissertazioni la natura immateriale di questa certezza e la sua possibilità almeno potenziale.

Più complicato appare, invece, il discorso ove si volga lo sguardo all'oggetto del negozio in concreto. In particolare è possibile riscontrare in dottrina una divergenza di opinioni circa l'ammissibilità di un negozio di accertamento avente ad oggetto meri fatti ⁽⁸⁴⁾.

Si afferma, infatti, che il negozio di accertamento non potrebbe avere ad oggetto dei fatti in quanto questi ultimi potrebbero essere oggetto della sola attività

⁽⁸⁰⁾Cfr. *supra* nel presente capitolo § 1.2.

⁽⁸¹⁾Così già Cass. 9 luglio 1987, n. 5999.

⁽⁸²⁾Sul punto, però, ci si potrebbe chiedere se al negozio di accertamento si applichi, altresì, l'art. 1972, commi 1 e 2, c.c.; tale eventualità sembra potere essere esclusa in quanto le parti non provvedono a formulare un "nuovo" regolamento sulla base di un negozio nullo ma si limitano ad accertarne la nullità per poi, in un secondo momento o immediatamente dopo, provvedere alla rinnovazione del contratto.

⁽⁸³⁾Il discorso afferente alla possibilità e alla liceità dell'oggetto non può prescindere dal ricordare come l'attribuzione della certezza attraverso il negozio de quo è funzionalmente legata al rapporto preesistente. Ove questo sia di carattere negoziale, infatti, l'eventuale illiceità/impossibilità dell'oggetto si comunicherà, in ragione del collegamento negoziale, anche al negozio di accertamento determinandone la nullità. Sul punto, in tema di accertamento della nullità e rinnovazione del contratto si v. Cass. n. 30 marzo 1963, n. 799, in Foro it., 1963, I, n. 1757; Cass. n. 5 luglio 1957, n. 2635; Cass. 31 maggio 1950, n. 1349.

⁽⁸⁴⁾*Contra*, con varie argomentazioni M. BOVE, *La perizia contrattuale*, Torino, 2001, pagg. 16 e ss; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., pag. 287; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1933, fasc. 1, pag. 132.

probatoria. In ragione di ciò, ogni qual volta si “accertasse” la sussistenza/insussistenza di un fatto, si verserebbe in un’ipotesi di confessione stragiudiziale ⁽⁸⁵⁾.

Questa impostazione non sembra condivisibile. Si ritiene infatti che quando i privati, nel campo dei diritti disponibili, attribuiscono ad un terzo (sia questi il giudice o l’arbitro) il potere di dirimere un conflitto demandano a questi l’accertamento di una serie di situazioni giuridiche; il potere del terzo, però, si arresta sui così detti fatti non controversi ove una delle parti ne abbia ammesso l’esistenza, anche se alla stessa sfavorevoli, o non gli abbia contestati ⁽⁸⁶⁾ specificamente, come previsto dalla nuova formulazione dell’art. 115, comma 1, c.p.c. ⁽⁸⁷⁾.

Con ciò si vuole dimostrare che solo una visione generica della questione può implicare che la concorde valutazione su di un fatto costituisca un mero mezzo di prova; “[i]n realtà, da quella concorde accettazione o da quella unilaterale ammissione, deriva che il giudice (*rectius*: il terzo) è esonerato dall’accertamento del fatto e che la parte interessata è esonerata dal provarlo” ⁽⁸⁸⁾.

L’art. 115 c.p.c. nella sua attuale formulazione, che risulta successiva all’affermazione di origine dottrinale appena riportata, sebbene non possa essere interpretato in modo da desumere dalla non contestazione l’esistenza del fatto provato, proprio per generale indisponibilità della “verità storica” ⁽⁸⁹⁾, consente di affermare che la volontà delle parti, intesa sia in senso attivo (come fissazione di una situazione giuridica) che in senso passivo (come forma di astensione verso l’affer-

⁽⁸⁵⁾R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., pag. 403.

⁽⁸⁶⁾Il generale principio di contestazione specifica delle deduzioni era già stato delineato dalla giurisprudenza prima della riforma del 2009, sul punto si v. Cass. Ss.Uu., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Giust. civ.*, 2002, fasc. 7-8 pag. 1909, con nota di M. CATTANI, *Sull’onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*. e prima; Cass. 8 agosto 2000, n. 10434 in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1743; Cass. 13 ottobre 1999, n. 11513, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2112; Cass. 18 luglio 1997, n. 6623, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1238; Cass. 23 maggio 1995, n. 5643 in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1049; Cass. 20 maggio 1993, n. 5733 in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 895; Cass. 5 dicembre 1992 n. 12947, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, XII; Cass. 26 agosto 1986 n. 5229, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, VIII. Per un esame specifico della giurisprudenza in relazione alla non contestazione si v. F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, § 1, spec. nota 2.

⁽⁸⁷⁾In dottrina si v. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010, pag. 128; Id, *Art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2012, pag. 385; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile, Legge 8 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009; P. PALATUCCI, sub art. 115 c.p.c., in *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina Stella Richter aggiornamento 2006 - 2010*, Libro I, *Disposizioni generali*, a cura di P. PALATUCCI, O. FANELLI, E. STELLA RICHTER, Tomo III, Milano, 2010 pag. 89; A. FAROLFI, sub art. 115, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. CENDON, Milano, 2012, pag. 910; A. ATTERITANO, *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in *www.judicium.it*; B. SASSANI, *L’onere della contestazione*, in *www.judicium.it*; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*. Per una bibliografia più completa si v. C.M. CEA, *L’evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *www.judicium.it*, § 1, nota 2.

⁽⁸⁸⁾M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., pag. 237, l’autore tuttavia porta alle estreme conseguenze il suo ragionamento a riguardo argomentando che la confessione stragiudiziale non è altro che un negozio unilaterale di accertamento in quanto foriera non solo di effetti processuali, incidenti sul regime della prova, ma anche di effetti sostanziali consistenti nel mettere fuori discussione i fatti.

⁽⁸⁹⁾L.P. COMOGLIO, sub Art. 115, in *Commentario del codice di procedura*, cit., pag. 395.

mazione di un fatto a sé sfavorevole in giudizio), comporta delle conseguenze sul piano processuale scaturendo un vincolo per il giudice.

La disposizione in commento, secondo la ricostruzione che si ritiene preferibile ⁽⁹⁰⁾, implica una *relevatio ab onere probandi* in capo alla parte originariamente onerata che, in questo modo, viene esonerata dal dover fornire la prova di quanto dalla stessa affermato ⁽⁹¹⁾. Sul punto, per altro verso, si ritiene che l'onere di contestazione specifica, dal quale discendono gli effetti appena riferiti, sia applicabile solo nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili ⁽⁹²⁾.

In altre parole, facendo aderire quanto affermato in relazione alla non contestazione a quanto detto a riguardo del negozio di accertamento sempre possibile desumere dal comportamento delle parti che quel determinato fatto non è oggetto di contestazione e, pertanto, esso può essere considerato accertato (ma non provato). Il medesimo effetto, pertanto, può essere ottenuto attraverso il negozio di accertamento, sia con struttura unilaterale che bilaterale, avente ad oggetto il fatto ⁽⁹³⁾.

Diverso è, in parte, il discorso a riguardo del contenuto del negozio di accertamento; in particolare, si discute se il negozio di accertamento contenga delle dichiarazioni di scienza o delle manifestazioni di volontà.

Come è intuitivamente desumibile, allorché si opinasse verso una riconduzione dell'accertamento negoziale alla natura di dichiarazione di scienza il negozio di accertamento, nella sua forma unilaterale, si avvicinerebbe alla confessione, come disciplinata dagli artt. 2730 - 2735 c.c. ⁽⁹⁴⁾.

Il problema principale, secondo una parte della dottrina ⁽⁹⁵⁾, sarebbe dovuto alla molteplicità di situazioni giuridiche a cui il negozio di accertamento sarebbe attualmente applicato che non permettono di propendere per l'uno o per l'altro contenuto in quanto, ad esempio, potrebbero essere considerati atti accertativi, ad esempio:

- la dichiarazione effettuata dal coniuge in comunione legale all'atto dell'acquisto di un bene da parte dell'altro coniuge, ai sensi dell'art. 179 lett. f) o quella, ai sensi della lett. d), concernente la destinazione dell'acquisto alla professione o al mestiere ⁽⁹⁶⁾;
- la dichiarazione *ex art. 487, comma 3, c.c.* ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁰⁾E che comunque risulta particolarmente discussa in dottrina, sul punto, v. C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., §§ 2 e ss.

⁽⁹¹⁾B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 5.

⁽⁹²⁾Cfr. A. ATTERITANO, *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, cit., § 3.

⁽⁹³⁾Nello stesso senso dell'ammissibilità del negozio di accertamento su fatti si v. anche: Cass. 24 gennaio 1956, n. 204.

⁽⁹⁴⁾In relazione alla confessione cfr. cap. I, § 1.4.

⁽⁹⁵⁾Sul punto si v. G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia eventuali limiti all'autonomia privata*, cit., pag. 8.

⁽⁹⁶⁾Sul punto si v. Cass. 25 settembre 2008, n. 24061; in dottrina, circa la natura e gli effetti di tali dichiarazioni si rinvia a V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, t. 2, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, pag. 565, in relazione ai beni che servono all'esercizio della professione e pag. 571 per la dichiarazione del coniuge concernente la natura personale dell'acquisto.

⁽⁹⁷⁾G. BARALIS, *op. loc. ult. cit.*

I due esempi riportati, però, non costituiscono dei negozi unilaterali di accertamento ma delle mere dichiarazioni di scienza.

Appare più coerente a riguardo un'altra opinione espressa in dottrina ⁽⁹⁸⁾. Sul punto, infatti, è possibile affermare che la confessione, e il discorso vale anche per gli atti ricognitivi e il riconoscimento, può consistere: in una dichiarazione di scienza o in una dichiarazione di volontà accertativa ⁽⁹⁹⁾; e, solo in questo ultimo caso, essa può essere identificata con il negozio di accertamento.

Per altro verso, la dichiarazione di scienza presuppone, in ogni caso, una valutazione circa la realtà storica precedente cosa che, invece, non accade in relazione alla volontà esplicitata nel negozio in quanto, come si è detto ⁽¹⁰⁰⁾, per il negozio di accertamento la realtà storica non è imprescindibile ⁽¹⁰¹⁾. In ragione di ciò, nel corso del presente scritto, si darà per assunta la natura di dichiarazione di volontà della manifestazione effettuata dalle parti nel negozio di accertamento nonché la possibilità del negozio di avere ad oggetto dei fatti ⁽¹⁰²⁾.

1.6. *La natura e gli effetti: analisi di alcune tesi ricostruttive*

In relazione alla ammissibilità del negozio di accertamento si è avuto modo di introdurre la problematica della ammissibilità dei negozi dichiarativi nel nostro ordinamento, a tale questione si è cercato di dare risposta attraverso la indicazione di ulteriori negozi a cui, a fasi alterne, è stata attribuita la medesima natura in modo da chiarire la generica possibilità di attribuirli. Prescindendo ora da detta analisi si procederà ad identificare la natura e gli effetti del negozio di accertamento anche se gli stessi sono stati sommariamente indicati in precedenza.

Si è detto di come parte della dottrina ⁽¹⁰³⁾ abbia cercato, in tempi non recenti, di argomentare una simmetria tra attività giurisdizionale e attività negoziale ritenendo la transazione, il riconoscimento e la rinuncia degli equivalenti giurisdizionali. Tale tesi, della quale non si sono condivisi i presupposti logici ⁽¹⁰⁴⁾, tuttavia era già giunta al risultato empirico a cui si è arrivati, parecchi lustri dopo, con l'affermazione dell'equivalenza tra effetti del contratto, effetti del lodo arbitrale ed effetti della sentenza ⁽¹⁰⁵⁾, tale soluzione, tuttavia, appare circoscritta ai contratti innovativi e dispositivi con l'esplicita esclusione del negozio di accertamento ⁽¹⁰⁶⁾.

Tornando agli effetti del negozio di quest'ultimo appare d'uopo ricordare alcune delle interpretazioni formulate dalla dottrina e, talvolta, accolte dalla giurisprudenza.

⁽⁹⁸⁾M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale*, cit., pag. 57.

⁽⁹⁹⁾M. FORNACIARI, *op. ult. cit.*, pag. 307; per *amplius* si v., altresì. pagg. 55 e 56.

⁽¹⁰⁰⁾Si v. *supra* cap. I, § 1.1.

⁽¹⁰¹⁾M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 28.

⁽¹⁰²⁾Nello stesso senso, in dottrina, e con argomentazioni talvolta diverse si v. T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, fasc. I, pag. 223; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 226; M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., pag. 236.

⁽¹⁰³⁾F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento*, cit., pag. 6.

⁽¹⁰⁴⁾Cfr. *supra* cap. I, § 1.2.

⁽¹⁰⁵⁾Cfr. F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, § 7.

⁽¹⁰⁶⁾Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 54.

Secondo una prima ricostruzione formulata in dottrina ⁽¹⁰⁷⁾, sebbene la funzione del negozio non sarebbe né modificativa né costitutiva, ma essenzialmente dichiarativa; l'effetto del negozio, però, anche al fine di superare l'*impasse* dovuto alla generale natura dispositiva dei contratti, dovrebbe essere considerato quale obbligo di costituire un vincolo tra le parti volto a fissare “[...] una determinata intelligenza del rapporto [...]” ⁽¹⁰⁸⁾.

Un secondo filone ermeneutico ha tracciato un'ipotesi ricostruttiva diversa asserendo che l'effetto dichiarativo potrebbe essere inteso come volto a *regolare* la fattispecie preesistente secondo i dettami dell'art. 1321 c.c. ⁽¹⁰⁹⁾.

Si perverrebbe, sempre secondo questa ricostruzione, ad un negozio ad effetti obbligatori con il quale le parti dirimono l'incertezza obbligandosi a *regolare* il rapporto preesistente in un determinato modo.

Secondo una terza corrente ⁽¹¹⁰⁾ la funzione del negozio sarebbe soltanto dichiarativa e l'effetto di natura preclusiva, in ragione di ciò alle parti sarebbe interdetta la possibilità di interpretare diversamente la situazione giuridica accertata. A mo' di corollario di questa tesi è stato sostenuto, altresì, che l'effetto dichiarativo non discenderebbe dalla struttura del negozio ma della volontà preclusiva sviluppata dalle parti nel negozio.

Una quarta ricostruzione, radicata sia in dottrina ⁽¹¹¹⁾ che in una parte minoritaria della giurisprudenza ⁽¹¹²⁾, propende, invece, per la natura costitutiva *tout court*

⁽¹⁰⁷⁾R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., pag. 377.

⁽¹⁰⁸⁾Cfr, anche, L. BOZZI, *Il negozio di accertamento*, in *I Maestri italiani del diritto civile, Scritti in onore di Rosario Nicolò*, a cura di Lipari, Napoli, 2011, pag. 65, spec. pag. 71. Sul punto anche M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, pag. 39 e ss. Di contrario avviso: F. SANTORO PASSARELLI, *Negozio giuridico*, cit., pag. 172 per il quale la funzione dichiarativa è radicalmente inammissibile nell'ambito negoziale, in quanto il negozio è per sua natura costitutivo e non può limitarsi ad accertare, per tale ragione sarebbe consentito alle parti di rimuovere l'incertezza solo attraverso la costituzione di un nuovo rapporto.

⁽¹⁰⁹⁾Nello stesso senso L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., pag. 268.

⁽¹¹⁰⁾La tesi di A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pag. 205 è stata sicuramente impropriamente riportata in questo scritto, essendo la stessa talmente articolata da richiedere, probabilmente, un intero capitolo in ragione della sua complessità logica che, in concreto però, determina l'impossibilità, avendo preferito seguire altre vie, di esporne i tratti principali. Questa tesi, comunque, distingue i negozi giuridici in tre categorie: costitutivi, che comportano un mutamento dello stato giuridico oggetto del negozio; dichiarativi, che conservano detto stato giuridico e, infine, preclusivi che comportano l'assorbimento di ogni effetto precedente e la preclusione di ogni effetto successivo. Dello stesso avviso mi sembra anche L. ENNA, *La cessione dei contratti con clausola compromissoria*, Roma, 2013, pag. 121, secondo la quale “[...] il negozio di accertamento sarebbe assimilabile ad una presunzione assoluta e quindi la sua produzione in corso di causa avrebbe l'effetto di precludere al giudice ed alla controparte una soluzione diversa da quella raggiunta tramite il negozio di accertamento”. Sul punto si v. la critica formulata M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria*, cit., pag. 61 e, per la critica, pag. 246.

⁽¹¹¹⁾R. CORRADO, voce *Negozio di accertamento*, cit., pag. 200; F. SANTORO PASSARELLI, *Negozio giuridico*, cit., pag. 172; più di recente D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *www.judicium.it*, § 2.

⁽¹¹²⁾In questo senso anche Cass. 12 novembre 1981, n. 6001, secondo la quale “[...] il negozio di accertamento, a differenza dell'atto meramente ricognitivo [...] produce un'obbligazione nuova, vincolante per le parti [...]”, conforme Cass. 14 marzo 1977, n. 1031; di recente anche Tribunale di Como, 2 febbraio 2012 in tema di mediazione.

del negozio di accertamento ritenendo che lo stesso sarebbe volto a sostituire una situazione incerta con una certa.

A questo punto appare necessario svolgere qualche critica in relazione alle tesi appena riportate ⁽¹¹³⁾. In prima approssimazione, ogni tesi con cui si affermi la natura costitutiva/innovativa/dispositiva del negozio di accertamento è spesso influenzata dal dogma della costitutività, ovvero dalla percezione che nel nostro ordinamento il contratto debba, in ogni caso, costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale, tale costruzione, però, deve essere smentita proprio perché, come si è avuto modo di sostenere in precedenza ⁽¹¹⁴⁾, guardando alla generale ammissibilità del negozio di accertamento, il novero degli effetti del contratto non è limitato a quelli previsti dall'art. 1321 c.c. ma, invece, dalla clausola di apertura contenuta nell'art. 1322, comma 2, c.c. il quale, come noto, al fine di consentire l'accesso all'ordinamento di fattispecie contrattuali atipiche, richiede la sussistenza di un interesse meritevole di tutela il quale deve essere interpretato come "interesse lecito", ovvero non contrario alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume ai sensi dell'art. 1343 c.c. ⁽¹¹⁵⁾.

D'altronde, il negozio di accertamento "[...] non determina il trasferimento di beni o di diritti da un soggetto ad un altro, né costituisce la fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, in quanto rende solo definitiva la situazione connessa con il rapporto preesistente, la quale è di per sé idonea al conseguimento degli effetti definitivamente fissati dal negozio di accertamento [...]" ⁽¹¹⁶⁾.

Sul punto, allora, non sembra possibile affermare che un negozio che non sia volto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale possa essere espunto dall'ordinamento o, per altro verso, debba essere snaturato in ra-

⁽¹¹³⁾Si precisa che non si è potuto, per motivi di spazio, riportare compiutamente tutte le tesi in concreto sviluppate sia in dottrina che in giurisprudenza concernenti il negozio di accertamento esse, infatti, sono numerosissime, spesso caratterizzate da differenze minime o, in altri casi, operanti su livelli completamente diversi da quelli sin qui trattati. Sul punto, per altro verso, non si può non condividere l'opinione di M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 38 secondo il quale "[...] le tesi si sprecano, oscillando in un ventaglio assai ampio e variegato, non di rado assai fantasioso, per non dire astruso *tout court*".

⁽¹¹⁴⁾Si v. *supra* cap. I, § 1.2.

⁽¹¹⁵⁾A riguardo dell'art. 1322, comma 2, c.c. si v., per tutti, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pag. 406; l'indirizzo è assolutamente consolidato in giurisprudenza si v., ad esempio, Cass. 18 giugno 1992, n. 8454, in *Società*, 1992, 1661; Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390 in *Foro it.*, 1983, I, 2997; *contra* A. GUARNIERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, fasc. 2, pag. 276, che lo intende come interesse *socialmente* utile; davvero particolare sul punto Corte d'appello di Milano, 29 dicembre 1970, in *Foro pad.*, 1971, fasc. I, pag. 277 secondo la quale "[...] non è necessario che siano contrari a norme imperative, ordine pubblico o buon costume, bensì è sufficiente che non si prestino ad essere armonicamente integrati nella tavola di valori dell'ordinamento [...]".

⁽¹¹⁶⁾Cass., 23 marzo 1996, n. 2611 secondo la quale "[i]l negozio di accertamento, avendo la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni contestazione al riguardo, non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti e, pertanto, per la regolamentazione della situazione controversa (nella specie, sussistenza, o meno, della proprietà di beni immobili tra i coniugi), deve farsi capo, in ogni caso, alla fonte precettiva originaria, in quanto l'indicato negozio è volto soltanto ad eliminare le incertezze della situazione giuridica preesistente, presupponendo l'esistenza di un rapporto giuridico tra le parti, in mancanza del quale il negozio di accertamento difetta di causa ed è nullo". nello stesso senso Cass. 11 maggio 1967, n. 969.

gione di quello che appare, allo stato attuale, solo un dogma anche perché, come detto, l'ammissibilità di questo negozio è, oramai, assolutamente pacifica in giurisprudenza.

Ragionando sulla singole ipotesi prima indicate occorre specificare che:

a) la prima tesi si fonda sulla costruzione di un rapporto di carattere obbligatorio, Tizio e Caio si obbligano a cristallizzare la data situazione giuridica, ma sul punto entra in gioco l'adempimento/inadempimento di un'obbligazione e, pertanto, la vincolatività del negozio sarebbe subordinata ai comportamenti delle singole parti; la soluzione non appare convincente, altresì, perché la funzione stessa dell'accertamento è quella di rendere non ritrattabile, salvo in casi eccezionali, l'accertamento stesso ⁽¹¹⁷⁾;

b) la seconda e la quarta tesi possono essere trattate congiuntamente in quanto rientrano nel gruppo di quelle fondate sulla natura costitutiva dell'accertamento. Tali costruzioni, tuttavia, appaiono in concreto non accoglibili perché, una volta che si è ammesso l'accertamento dei fatti, si dovrebbe spiegare, altresì, come essi possano essere costituiti, regolati o estinti ⁽¹¹⁸⁾ cosa che, in concreto, non appare possibile;

c) la terza ricostruzione, a differenza delle altre appare in concreto molto più articolata, perché volta a costruire una teoria del negozio giuridico a sé stante più che a svolgere delle considerazioni sul negozio di accertamento, ma appare contestata da altra parte della dottrina ⁽¹¹⁹⁾ in ragione del fatto che anche l'effetto preclusivo è volto ad incidere sulla realtà accertata influenzandola e, come si è visto per le altre ricostruzioni, ciò non appare possibile.

⁽¹¹⁷⁾M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 43.

⁽¹¹⁸⁾Questa tranciante obiezione è mutuata da M. FORNACIARI, *op. ult. cit.*, pag. 44 il quale ne aggiunge, altresì, un'altra asserendo che, "[...] accolta l'impostazione in esame, da questa conseguirebbe che, intervenuto un accertamento, in un successivo giudizio, cognitivo come esecutivo, nel quale venisse in questione la situazione accertata, dovrebbe essere possibile agire direttamente sulla base dell'accertamento medesimo; [...]" allegando il negozio di accertamento "[...] quale fatto costitutivo della situazione azionata".

⁽¹¹⁹⁾M. FORNACIARI, *op. ult. cit.*, pag. 45.

In conclusione, a riguardo della sola natura, sembra possibile affermare che il negozio di accertamento ha natura dichiarativa ⁽¹²⁰⁾, esso infatti si limita a fissare una situazione preesistente incerta mediante la rimozione dell'incertezza stessa. Gli eventuali effetti costitutivi o traslativi discendono, pertanto, non dal negozio di accertamento ma dalla situazione accertata. In altre parole il negozio di accertamento si frappone, a mo' di catalizzatore, tra il rapporto sottostante e i suoi effetti. Il vero problema, però, è quello di specificare in cosa consistano questi effetti dichiarativi.

1.7.L'impostazione preferibile: precisazione sugli effetti

A questo punto appare possibile aggiungere qualche altra considerazione anche per cercare di specificare, per quanto possibile, i concetti appena espressi secondo i quali dal negozio di accertamento discendono effetti dichiarativi e retroattivi. Deve essere precisato, altresì, se e in che modo vengano colpiti gli eventuali diritti di terzi dipendenti da situazioni sostanziali accertate dalle parti nonché se il negozio di accertamento resista allo *jus superveniens*.

Quanto al primo argomento sembra possibile ritornare alla concezione privatistica del negozio di accertamento secondo la quale l'effetto principale del negozio è quello di obbligare le parti ad una determinata intelligenza del rapporto ⁽¹²¹⁾; tale ricostruzione, come si è detto in precedenza, sconta però la limitatezza del rapporto obbligatorio che, comunque, può essere messo in crisi dall'inadempimento. Ciò, però, non accade nel momento in cui si aggiunge un ulteriore fattore alla ricostruzione: il giudice.

Una parte della dottrina ⁽¹²²⁾, sul punto, specifica che, partendo dalla teoria generale del giudicato, è possibile rilevare come, di solito, l'accertamento privato

⁽¹²⁰⁾Sul punto si v. Cass. 24 agosto 2012, n. 14618, in *Giust. civ.*, 2012, f. 7-8, pag. 1046, così massimata: “[n]el negozio di accertamento, il quale persegue la funzione di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica preesistente, la nullità per mancanza di causa è ipotizzabile solo quando le parti, per errore o volutamente, abbiano accertato una situazione inesistente, oppure quando la situazione esisteva, ma era certa. Pertanto, con riguardo ad una scrittura privata avente ad oggetto il riconoscimento di una determinata intestazione di proprietà immobiliare, la mancanza di effetti traslativi, e la circostanza che il documento non contenga un'espressa indicazione dei rapporti che l'hanno preceduta, non sono ragioni di per sé sufficienti per affermare la nullità ed inoperatività della scrittura medesima, per difetto di causa, rendendosi necessaria un'indagine sui possibili suoi collegamenti con negozi precedenti intercorsi fra le stesse parti, al fine di stabilire se ricorra l'indicata funzione, e se, quindi, sia configurabile un negozio di accertamento rivolto a rendere definitiva e vincolante una precedente situazione incerta”. V. anche Tribunale di Roma, 8 febbraio 2012, in *Guid. dir. dossier*, 2012, f. 7, pag. 27 per cui “[i]l verbale di conciliazione giudiziale avente ad oggetto l'accertamento dell'intervenuta usucapione del diritto di proprietà non si risolve in uno degli accordi di cui all'art. 2643 c.c., perché non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo, ma assume al contrario il valore di un mero negozio di accertamento, con efficacia dichiarativa e retroattiva” nello stesso senso Cass. 30 marzo 2009, n. 7640; Cass., 12 marzo 2008, n. 6739; Tribunale di Roma, 22 luglio 2011, in *Guid. dir. dossier*, f. 7, pag. 39; Tribunale di Milano, 23 marzo 2010; Corte d'appello di Torino, 18 settembre 2009; Tribunale di Genova, 05 gennaio 2008; sul punto si v., altresì, Cass., 17 settembre 2004, n. 18737 sui rapporti tra transazione e negozio di accertamento, da un lato, e azione revocatoria ordinaria, dall'altro.

⁽¹²¹⁾R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., pag. 377. Sul punto cfr anche M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, pag. 39 e ss.

⁽¹²²⁾M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 52.

venga distinto dall'accertamento giurisdizionale in ragione della mera provenienza dello stesso. In altre parole si ritiene, comunemente, che se l'accertamento proviene dal giudice esso produce il vincolo di caratura più forte mentre, e si è coscienti di semplificare il discorso, allorquando esso provenga dai privati si tende a limitarlo.

Nel caso del negozio di accertamento, sempre seguendo questa ultima tesi ricostruttiva ⁽¹²³⁾, appare possibile intendere il vincolo come “vincolo per il giudice” di considerare cristallizzata la data situazione giuridica o fattuale.

A ciò consegue, altresì, la necessità di rilevare quanto sia, in concreto, intenso questo vincolo. All'uopo appare necessario affermare che, per quanto tale negozio possa vincolare il giudice, esso, comunque, rimane un negozio pertanto esso spiega il massimo vincolo immaginabile ⁽¹²⁴⁾, ovvero rende non ritrattabile tra le parti la situazione accertata, nonché limita il giudice in senso assoluto ma solo sin quando la pattuizione risponde ai principi fondamentali dell'ordinamento ovvero non si pone in contrasto con l'ordine pubblico, il buon costume e le norme imperative. In questo senso, allora, il negozio sarebbe censurabile solo in ragione delle patologie previste dall'ordinamento in ragione della natura negoziale dello strumento ⁽¹²⁵⁾.

A riguardo della retroattività essa non è affatto eccezionale nel nostro ordinamento si pensi all'uopo alla condizione ⁽¹²⁶⁾, all'acquisto a titolo originario per usucapione ⁽¹²⁷⁾, o al negozio risolutorio ⁽¹²⁸⁾ e, parimenti, non sembra poter essere esclusa in relazione al negozio di accertamento alla stregua di quanto avviene, in concreto, con il negozio di accertamento dell'avveramento della condizione risolutiva o sospensiva previsto dall'art. 2668 c.c. ⁽¹²⁹⁾.

Alla retroattività degli effetti del negozio di accertamento, tuttavia, si lega il rapporto con i terzi e, in questo caso, appare necessario guardare al limite del lodo rituale, come limite dell'accertamento negoziale, perché di certo le parti non possono oltrepassare quanto loro concesso nell'ambito della disponibilità dei diritti

⁽¹²³⁾M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 53.

⁽¹²⁴⁾Per M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 39 il vincolo in questione deve essere considerato quello che determina “[...] la fissazione definitiva ed assoluta, non più contestabile, con alcun mezzo ed in alcuna sede (in questo caso l'accertamento chiude il discorso una volta per tutte, non consentendo in alcun modo di rimettere in discussione questa certa ricostruzione)”. Tuttavia l'A. specifica che tale affermazione ha una mera portata teorica in quanto non esistono accertamenti per i quali non siano consentite valvole di sfogo che possono essere previste o ricavate dall'ordinamento; v. altresì (*ibidem*) pag. 64.

⁽¹²⁵⁾Contra G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia eventuali limiti all'autonomia privata*, cit., pag. 11.

⁽¹²⁶⁾E tanto è vero che ne è prescritta l'annotazione all'interno della nota di trascrizione ai sensi dell'art. 2569, comma 2, c.c.; sul punto si v. P. MAGGI, *La condizione, il termine e il modus*, in *Il contratto*, a cura di P. FAVA, Milano, 2012, pag. 1003.

⁽¹²⁷⁾Si v. *infra* cap. IV, §§ 4.9 e ss.

⁽¹²⁸⁾Sul punto, per tutti, si v. P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto Roppo*, a cura di M. COSTANZA, Milano, 2006, pag. 100.

⁽¹²⁹⁾Sulla retroattività dell'usucapione, in relazione alla mediazione, in giurisprudenza v., da ultimo, Tribunale di Roma, 8 febbraio 2012, in *Guid. dir. dossier*, 2012, f. 7, pag. 27.

ma, per converso, non dovrebbero ottenere meno di quanto loro consentito con altri strumenti aventi natura negoziale ⁽¹³⁰⁾.

Sul punto, brevemente, occorre richiamare quanto affermato da una parte della dottrina ⁽¹³¹⁾ a riguardo del lodo rituale, ovvero che “[...] la sentenza non ha maggior attendibilità del lodo o del negozio. Per chi non ha avuto modo di esercitare il suo diritto di difesa, non fa alcuna differenza che la decisione provenga da un giudice pubblico o da un giudice privato [...]”; “[...] come già affermava la dottrina francese centocinquanta anni fa, se la parte non può pregiudicare il terzo «*en contractant*», non può pregiudicarlo nemmeno «*en plaidant*»”.

Se allora questa equiparazione è possibile, ma sul punto si tornerà anche nell’ultimo capitolo di questo scritto, l’effetto verso i terzi sarà limitato dall’art. 1372 c.c. e, pertanto, il terzo non potrà essere pregiudicato non tanto dagli effetti del negozio di accertamento (che sono solo dichiarativi e vincolano le parti e il giudice) ma dagli effetti della situazione giuridica accertata perché solo dalla stessa discendono, eventualmente, quegli effetti che possono modificare, regolare o estinguere la situazione giuridica che coinvolge le parti ⁽¹³²⁾.

Da ultimo, giova guardare alla resistenza del negozio di accertamento allo *jus superveniens*. In precedenza, si è avuto modo di sottolineare come la transazione possa essere considerata una *species* rispetto al *genus* negozio di accertamento ⁽¹³³⁾. Se ciò è vero sembra possibile estendere alcune considerazioni effettuate a riguardo della transazione anche al negozio di accertamento proprio perché entrambi i negozi hanno, comunque, quale precipua funzione quella di evitare i conflitti giuridici.

⁽¹³⁰⁾Sulla natura dell’arbitrato rituale, si v. da ultimo Cass. Ss. Uu., ordinanza, 25 ottobre 2013, n. 24153, con la quale la S.C. ha mutato orientamento rispetto al passato, ritiene che “[...] una volta affermata in via generale la natura giurisdizionale dell’arbitrato rituale, quale conseguenza delle varie novelle susseguitesi, ed essenzialmente d.lgs. n. 40/2006, ciò va affermato anche per l’arbitrato estero, per la cui natura giurisdizionale militano - anzi - ulteriori elementi, con conseguente ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione” questa pronuncia si pone in netta antitesi rispetto a quanto precedentemente affermato dalle stesse Ss. Uu. per il precedente orientamento prima della riforma, cfr. Cass., Ss. Uu., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. Arb.*, 2000, fasc. 3, pag. 699, con nota di E. FAZZALARI, pag. 704; in *Riv. dir. proc.*, con nota di E.F. RICCI, *La natura dell’arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*, pag. 259; in *Giust. Civ.*, 2001, pag. 761, con nota di G. MONTELEONE, *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, pag. 764; in *Corr. giur.*, 2001, pag. 51, con commenti di G. RUFFINI e M. MARINELLI, e premessa critica di C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione?*, pag. 54.

⁽¹³¹⁾In relazione al lodo arbitrale v. F.P. LUISO, *Il lodo arbitrale e i terzi*, in *www.judicium.it*, § 6; Id, *Art. 824-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, § 5.

⁽¹³²⁾Allo stesso modo di come avviene in relazione all’accertamento della condizione sospensiva o risolutiva il cui effetto retroattivo non dipende dal negozio di accertamento ma dal negozio accertato che prevede la condizione risolutiva o sospensiva.

⁽¹³³⁾F. CARNELUTTI, *Note sull’accertamento negoziale*, cit., pag. 8 e M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell’accertamento giuridico*, Torino, 2002, pag. 311.

Una parte della dottrina ⁽¹³⁴⁾ estende al lodo rituale la resistenza allo *jus supervenies* propria della transazione ⁽¹³⁵⁾ e da ciò desume che non vi può ritenersi fondata sotto questo aspetto una distinzione tra lodo rituale e sentenza perché, avendo il primo fonte negoziale, parimenti non vi è differenza tra sentenza e contratto.

Ma, infine, se non vi è differenza tra gli effetti di sentenza, contratto e lodo rituale, non si vede per quale ragione tale differenza dovrebbe essere riscontrata a riguardo della resistenza del negozio di accertamento allo *jus superveniens*.

1.8. La trascrizione: cenni e rinvio

La trascrizione del negozio di accertamento, intesa in senso generale e non solo in relazione al negozio di accertamento dell'usucapione sul quale è "tornata" l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza a seguito del d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽¹³⁶⁾, non è una questione sconosciuta.

Sebbene, per natura, questa forma di negozio mal si attagli alla trascrizione, in ragione della dipendenza dei suoi effetti dalla situazione accertata, vi sono alcuni casi in cui si instaura un rapporto privilegiato tra il negozio di accertamento e la pubblicità immobiliare e, altri, in cui la pubblicità potrebbe essere utile dal punto di vista della completezza dei registri immobiliari più che, per altro verso, ai fini della dichiaratività di cui all'art. 2644 c.c.

Nella prima categoria rientra, ai sensi dell'art. 2668 c.c., il negozio di accertamento dell'avveramento della condizione risolutiva, la quale, in ragione della sua retroattività, determina la rimozione degli effetti traslativi del contratto sin dal momento della sua stipulazione ⁽¹³⁷⁾.

Nella seconda categoria rientrano, invece i negozi aventi ad oggetto acquisti a titolo originario di cui all'art. 2651 c.c. tra i quali c'è, come noto, l'usucapione. Sulla quest'ultima si tornerà nell'ultimo capitolo.

Tuttavia, il problema che si deve rilevare a riguardo dell'accesso ai pubblici registri di ulteriori negozi è costituito, da un lato, dalla tassatività degli effetti ⁽¹³⁸⁾ oggetto di trascrizione e, dall'altro lato, dalla costruzione di un sistema di pubbli-

⁽¹³⁴⁾E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, pag. 529, spec. pag. 533, nota 7; nonché F.P. LUISO, *Il lodo arbitrale e i terzi*, in *www.judicium.it*, § 6; Id., *Art. 824-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, § 5.

⁽¹³⁵⁾Cass. 17 gennaio 2001 n. 576; Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993 n. 728; Cass. 4 luglio 1992 n. 8174; Cass. 23 marzo 1991 n. 3270, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 1139; Cass. 10 giugno 1988 n. 3956, in *Arch. Loc.* 1989, 78.

⁽¹³⁶⁾Si v. *infra* cap. IV, §§ 3.8 e ss.

⁽¹³⁷⁾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* (Studio 176-2008/C), pag. 7. L'accertamento della nullità, tuttavia, è ben più discusso rispetto all'accertamento della condizione risolutiva ma, posto che la nullità di un negozio potrebbe essere (tranquillamente) accertata dagli arbitri rituali, per quale ragione non dovrebbe essere consentita? Sul punto si rinvia, per delle argomentazioni diverse da quest'ultima, a L. FERRI – P. ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, pag. 372.

⁽¹³⁸⁾Si v. *infra* cap. IV, 4.1.

cità basato su negozi dispositivi e non, come nel caso qui esaminato, dichiarativi⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁹⁾Si v. all'uopo l'art. 2463 c.c. nonché le ultime pronunzie della giurisprudenza antecedenti al d.l. 69/2013 in materia di mediazione. Tra le quali: Tribunale di Roma, 8 febbraio 2012; Tribunale di Como, 2 febbraio 2012; Tribunale di Catania, 1 marzo 2012; Tribunale di Palermo, 30 dicembre 2011.

CAPITOLO II

ARBITRATO IRRITUALE

Sommario: 2.1.Nozione di arbitrato irrituale. 2.2.L'arbitrato irrituale come mandato a transigere o ad accertare. 2.3.Arbitraggio e arbitrato irrituale. 2.4.Arbitrato rituale e irrituale: la *reductio ad unitatem*. 2.5.Arbitrato irrituale come giudizio e attività degli arbitri come prestazione d'opera intellettuale. 2.6.La riforma: l'art. 808-ter. 2.7.L'art. 808-ter: dalla atipicità alla tipicità? 2.8.Il ritorno dell'arbitraggio e del mandato. 2.9.La tesi unitaria. 2.10.La terza corrente. 2.11.Mandato a decidere. 2.12.Un altro arbitrato irrituale? 2.13.Natura ed efficacia del lodo: rinvio.

2.1.Nozione di arbitrato irrituale

L'arbitrato irrituale è un fenomeno peculiare che affonda le sue radici già nei primi lustri del 1900 ⁽¹⁴⁰⁾ quando venne riconosciuta dalla giurisprudenza la facoltà delle parti di ricorrere ad uno strumento di risoluzione delle controversie svincolato dalle regole che il codice di procedura sanciva per l'arbitrato rituale.

Questa modalità di arbitrato, introducendo una prima definizione dell'istituto, è una forma alternativa, e peculiare, di risoluzione delle controversie fondata sulla volontà dei privati i quali, mediante una convenzione di arbitrato, nelle sue declinazioni di clausola compromissoria o di compromesso, possono decidere di devolvere agli arbitri la risoluzione di una lite mediante un lodo sprovvisto degli effetti di cui all'art. 824-*bis* c.p.c. ⁽¹⁴¹⁾.

La nozione di arbitrato irrituale è, pertanto, fortemente influenzata dai suoi effetti sostanziali ⁽¹⁴²⁾, di fatti esso è stato definito, da una parte della dottrina, come l'accordo di due o più parti teso a demandare ad uno o più terzi la composizione di una lite mediante un negozio (*rectius*: un contratto) oppure, da un'altra parte della dottrina, come un procedimento privato, con struttura processuale, volto all'ottenimento di atto eteronomo, ovvero il lodo, prodotto dal terzo (l'arbitro) e avente effetti negoziali immediati tra le parti.

Le due diverse definizioni di arbitrato irrituale, una riferibile ai sostenitori della tesi unitaria dell'arbitrato e, l'altra, imputabile ad altra parte della dottrina che

⁽¹⁴⁰⁾Cassazione di Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, fasc. II, pag. 45, con nota di P. BONFANTE.

⁽¹⁴¹⁾Non è questo il luogo per effettuare un commento completo, anche di carattere storico sistematico, sull'arbitrato irrituale, tuttavia si segnala, per una ricostruzione storica dell'istituto: G. FERRI, *L'arbitrato libero nella stagione dei codici ottocenteschi. Un emblema della natura negoziale dell'istituto arbitrale?*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di C. PUNZI, Padova 2012, pag. 685.

⁽¹⁴²⁾La natura sostanziale dell'arbitrato irrituale appare pacifica si v. all'uopo: M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre Adr*, a cura di BUONFRATE A. e GIOVANNUCCI ORLANDI C., Torino, 2006, pag. 37; ID, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, *passim*; C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 3, 2005, pag. 989; E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, fasc. 3, pag. 951 e ss. M. CURTI, *L'arbitrato irrituale*, Torino, 2005, pag. 6 e ss; in giurisprudenza si v. Cass., 26 febbraio 2009, n. 4643, in *Guid. dir.*, 2009, f. 23, pag. 70; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, *Giust. civ.*, 2009, f. 6, pag. I, pag. 1405; Cass., 24 gennaio 2005, n. 1398, in *Giust. civ.*, 2005, f. 6, pag. I, pag. 1486; Corte d'appello di Milano, 11 novembre 2003, in *Riv. arb.*, 2005, fasc. 1, pag. 89, con nota di V. BERTOLDI, *Arbitrato, amichevole composizione e pronuncia secondo diritto*.

tende a divaricare il concetto di arbitrato privilegiando l'aggettivazione "irrituale" e desumendo la natura negoziale non solo del lodo ma, anche, della struttura stessa di questa forma di arbitrato, danno la misura del problema che ci si accinge ad affrontare.

Ad oggi, però, a seguito della riforma del 2006 ⁽¹⁴³⁾, l'arbitrato libero ha perso, in parte, il suo stesso connotato: l'assoluta atipicità. Ciò, in ragione dell'introduzione dell'art. 808 *ter* con il quale il legislatore ha regolato questa forma di arbitrato riconoscendone, di fatto, l'esistenza ⁽¹⁴⁴⁾.

La dottrina ⁽¹⁴⁵⁾ ha da lungo tempo messo in evidenza le problematiche concernenti la natura dell'arbitrato irrituale che possono essere riassunte, sinteticamente, nel rapporto tra decisione e potere di risolvere una controversia "[...] perché [questo ultimo], sia rinunciando al proprio diritto che conciliando o transigendo, non è ancora il potere di «decidere» una controversia. Risoluzione e decisione di una controversia differiscono proprio per questo, che l'una opera nel campo del diritto privato, l'altra nella sfera del processo".

Il pensiero appena riportato, imputabile ad una parte della dottrina ⁽¹⁴⁶⁾ meno recente, appare non solo interessante dal punto di vista storico giuridico perché inerente al rapporto tra negozio e processo, ma, come si vedrà, rappresenta il fondamento di tutte quelle argomentazioni che tendono a divaricare il rapporto tra arbitrato irrituale e rituale.

Questo studio guarderà al solo arbitrato libero generalmente inteso, ovvero quello derivante da una scelta contrattuale delle parti non implicante l'applicazione dei regolamenti delle camere di commercio o di istituzioni di arbitrato, sarà lasciato altresì fuori dalla presente indagine l'arbitrato del lavoro che, per oggetto, non sembra mostrare alcuna tangenza con la trascrizione.

Nel seguente capitolo si prenderà le mosse, pertanto, da un breve richiamo alle configurazioni sviluppate dalla dottrina, e accolte anche dalla giurisprudenza, prima della riforma per poi guardare al dettato normativo dell'art. 808-*ter* cercando di funzionalizzare l'analisi al successivo esame dei lodi arbitrali aventi ad oggetto i diritti reali per poi, infine, preparare il campo alla discussione concernente

⁽¹⁴³⁾La riforma nasce dalla Legge n. 80 del 2005 la quale delegava il governo a provvedere anche in materia di arbitrato irrituale; il successivo provvedimento del legislatore delegato perveniva il 2 febbraio 2006 con il decreto legislativo n. 40 il quale interveniva *tout court* sull'intera disciplina dell'arbitrato. In generale si rinvia a E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pag. 951 e ss.

⁽¹⁴⁴⁾La regolamentazione dell'arbitrato irrituale, conseguita all'art. 808 *ter* c.p.c., ha una portata assolutamente diversa rispetto ai precedenti richiami formulati dal legislatore alla figura dell'arbitrato libero. Sul punto G. ALPA, *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter c.p.c.*, in *Contratto e impresa*, 2011 fasc. 2, pagg. 320 - 338, spec. pag. 326, afferma che non è possibile affermare che il legislatore della riforma abbia di fatto trasformato l'arbitrato irrituale in un contratto tipico in quanto la definizione di tipicità discende da una disciplina puntuale del negozio cosa che, come si avrà modo di dire anche in seguito, non sembra desumibile dal solo art. 808 *ter* che, sebbene regoli alcuni aspetti fondamentali dell'arbitrato irrituale, lascia ampio spazio alla "fantasia" degli interpreti per quanto concerne una buona parte della disciplina.

⁽¹⁴⁵⁾Si veda sul punto G. SCHIEZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, pag. 155; SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti fra industriali senza le forme del giudizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, fasc. I, pag. 429.

⁽¹⁴⁶⁾G. SCHIEZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., pag. 155.

la possibilità o meno, stante l'attuale complesso normativo, di trascrivere il lodo arbitrale irrituale.

2.2.L'arbitrato irrituale come mandato a transigere o ad accertare

Il breve riferimento effettuato alla nozione di arbitrato irrituale non esprime tutta la criticità teorica di questo istituto del quale si è persino dubitato dell'esistenza prima dell'ultima riforma dell'arbitrato ⁽¹⁴⁷⁾.

La dottrina si è a lungo interrogata sulla natura dell'arbitrato irrituale e sulla sua struttura teorica, il punto che, e lo si è detto, non appare controverso è la riconducibilità dell'istituto all'interno del diritto sostanziale.

Un primo orientamento, imputabile ad una parte della dottrina ⁽¹⁴⁸⁾ e della giurisprudenza ⁽¹⁴⁹⁾, ritiene che l'arbitrato irrituale sia inquadrabile come un contratto di mandato in cui le parti demandano al terzo, l'arbitro, la predisposizione di un contratto di transazione.

In prima approssimazione, questa parte della dottrina guarda al rapporto intercorrente tra le parti e gli arbitri qualificandolo come mandato con rappresentanza di carattere congiuntivo con parti plurime ⁽¹⁵⁰⁾.

L'argomentazione a sostegno della tesi del mandato a transigere discende dall'inammissibilità del negozio di accertamento, infatti si sostiene che l'accertamento possa essere rimesso solo al giudice o all'arbitro nell'ambito dell'arbitrato rituale e che il sistema non consenta "[...] due accertamenti, l'uno da parte dell'arbitro rituale e l'altro da parte dell'arbitro irrituale e quindi [non è consentito] oltre all'accertamento da parte del vero arbitro anche un mandato a compiere un accertamento non giudiziale ma negoziale, per giunta di diritto [...]" ⁽¹⁵¹⁾.

A tale ricostruzione, tuttavia, è possibile muovere qualche critica.

In primo luogo, il negozio di accertamento è comunemente ammesso sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza e, pertanto, la negazione della sua esistenza non

⁽¹⁴⁷⁾D'altronde, e lo si dirà anche in seguito *infra* cap. II, § 2.5, nel momento in cui si è sancita, sia in dottrina che in giurisprudenza, la natura negoziale del lodo rituale, ontologicamente alternativo alla sentenza, si è "giustamente" pervenuti, a mo' di conseguenza, ad affermare che la distinzione tra l'arbitrato irrituale e quello rituale afferisca solo alla possibilità o meno di applicare l'art. 825 c.p.c..

⁽¹⁴⁸⁾In dottrina, di recente, M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, pag. 78; ID. *Arbitrato irrituale. Mandato a transigere e non ad accertare*, in *Foro padano*, 1988, fasc. I, pag. 406; ma v. anche: L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1958, pag. 946.

⁽¹⁴⁹⁾Cass. 9 luglio 1987, n. 5037; Cass. 8 febbraio 1985, n. 1028; Cass. 30 gennaio 1985, n. 574 ma, più di recente, Tribunale di Milano, 20 aprile 2000; interessante è inoltre Collegio arbitrale Collegio arbitrale Torino, 11 aprile 1995, in *Riv. arb.*, 1996, f. 1, pag. 123 con nota di A. BONSIGNORI, *Arbitrato irrituale e fallimento*.

⁽¹⁵⁰⁾M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO SAMMARTANO, 2009, Bologna, pag. 999.

⁽¹⁵¹⁾M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, pag. 78. Critico M. BIN, *Dialogo dei massimi sistemi, ovvero civilisti e processualisti di fronte all'arbitrato irrituale*, in *Cont. e imp.*, 1991, pag. 363, per il quale l'ipotesi di mandato a transigere sembra quasi sconosciuta nella pratica.

sembra fondata, in particolare ove desunta da una presunto, ma non comprovato, principio di esclusività dell'accertamento ⁽¹⁵²⁾.

In secondo luogo, ma ciò dipende dall'aver negato l'ammissibilità dell'accertamento privato, si è giocoforza obbligati a ricorrere alla figura della transazione salvo poi scontrarsi con il dato effettuale derivante dalla mancanza di reciproche concessioni nel lodo irrituale il quale postula, a livello di risultato, una manifesta incongruenza con la premessa teorica a monte ⁽¹⁵³⁾. A ciò si aggiunge, altresì, che le reciproche concessioni sono ritenute dalla giurisprudenza ⁽¹⁵⁴⁾ necessarie ai fini della validità stessa del negozio transattivo e, pertanto, se il lodo irrituale fosse una transazione sarebbe nullo in mancanza delle reciproche concessioni.

Un'altra parte della dottrina ⁽¹⁵⁵⁾, anche qui suffragata da una parte della giurisprudenza ⁽¹⁵⁶⁾, ammette, invece, che il mandato possa avere ad oggetto anche la predisposizione di un negozio di accertamento, riconoscendo che il medesimo è comunque consentito ⁽¹⁵⁷⁾. Tale idea si fonda su due argomentazioni: la prima derivante dalla sicura ammissibilità del negozio di accertamento e, la seconda, dalla difficoltà di incanalare l'arbitrato irrituale nella sola transazione in ragione dalla sporadica presenza nel lodo delle reciproche concessioni.

⁽¹⁵²⁾Per le argomentazioni addotte in favore dell'ammissibilità del negozio di accertamento si rinvia al capitolo che precede, in particolare cap. I, § 1.2. anche qui si torna a distinguere l'accertamento, inteso come fissazione della situazione sostanziale, in ragione della provenienza

⁽¹⁵³⁾Dello stesso avviso L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, pag. 201, il quale afferma altresì che "[...] la letteratura del negozio di accertamento e quella dell'arbitrato irrituale si sono sviluppate a compartimenti stagni: chi si è occupato di un tema difficilmente si è prodotto sull'altro, ciò ha per conseguenza che le opere sull'arbitrato appaiono irrimediabilmente datate quanto ai collegamenti con il negozio di accertamento".

⁽¹⁵⁴⁾Cass., 25 ottobre 2013, n. 24169; Cass., 23 ottobre 2013, n. 24024; Cass., 28 febbraio 2013, n. 5052 che specifica, tuttavia, che "[n]on è necessario [...] che dall'atto di transazione risultino le rispettive tesi contrapposte e le reciproche concessioni, ma è sufficiente che il complesso dei diritti abdicato dall'uno o dall'altro contraente si desuma anche per via di logica consequenzialità dal nuovo regolamento di interessi concordato in sostituzione di quello preesistente [...]"

⁽¹⁵⁵⁾G. TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni dell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, fasc. I, pag. 17; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pag. 97; RICCI E.F., *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, f. II, pag. 445; SECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Padova, 1953; F. CARNELUTTI, *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, pag. 202; G. LEVI, *L'arbitrato, obbligazioni e contratti*, V, Torino, 1985, in *Trattato di diritto privato diretto da P. RESCIGNO*, pag. 374; G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978, pag. 176; V. ANDRIOLI, *Arbitrato e arbitraggio nei trasferimenti coattivi*, in *Foro it.*, 1940, fasc. I, pag. 815; L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1931, pag. 160; S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931, pag. 160.

⁽¹⁵⁶⁾Cass., 31 ottobre 2013, n. 24552 che comunque fa riferimento al negozio di accertamento; Cass. 23 ottobre 1999, n. 10554; Cass. 12 gennaio 1984, n. 268; Cass. 6 giugno 1975, n. 2273; Cass. 23 giugno 1972, n. 2090; Cass. 3 ottobre 1970, n. 1788; Cass. 15 novembre 1969, n. 3726; Cass. 29 luglio 1965, n. 1827; Cass. 14 marzo 1963, n. 637; Cass. 19 ottobre 1963, n. 2784; Cass. 11 novembre 1961, n. 2623. Anche la giurisprudenza di merito ha aderito a questa tesi, precisamente: Tribunale di Parma 21 gennaio 1986; Tribunale di Torino 23 gennaio 1986, più di recente anche Tribunale di Paola 16 gennaio 2010, con nota di C. CORBI, *L'intramontabile fascino della c.d. «teoria unitaria» e l'ambiguità dell'arbitrato irrituale o libero*, in *Riv. arb.*, 2010, fasc.2, pag. 325. Nel senso della sola qualificazione come negozio di accertamento: Cass. 1 ottobre 1969, n. 3150.

⁽¹⁵⁷⁾Cfr. *supra* cap. I, § 1.2.

In questa prospettiva, tesa a qualificare il rapporto tra parti e arbitri come mandato, la scelta tra lodo/transazione o lodo/accertamento attiene alla volontà delle parti in ragione della richiesta concretamente formulata dalle parti agli arbitri attraverso la convenzione di arbitrato o la clausola compromissoria ⁽¹⁵⁸⁾; in ragione di ciò [i]l contenuto concreto del contratto frutto dell'attività dell'arbitro mandatario, [dipende] non dalla natura dell'arbitrato irrituale, ma dal contenuto del mandato. E quindi potrà essere un mandato a transigere, un mandato ad accertare, un mandato che comprenda sia una transazione che un accertamento e così via" ⁽¹⁵⁹⁾.

Anche in questo caso, ed indipendentemente dal contenuto di negozio di accertamento o di contratto di transazione del lodo, si ricadute in un'ipotesi di contratto *per relationem*, stipulato dagli arbitri, quali mandatari con rappresentanza, nell'interesse delle parti/mandanti ⁽¹⁶⁰⁾.

Sul punto è possibile ricordare come sia stata mossa qualche critica in relazione a questa configurazione proprio in ragione della costruzione in termini di rappresentanza ⁽¹⁶¹⁾. Se si affermava, infatti, che l'arbitrato libero è la somma di due mandati a transigere o a concludere un negozio di accertamento si giunge a dire, implicitamente, che il negozio formulato dagli arbitri ha efficacia immediata nelle sfere di diritti delle parti. E ciò non appare scorretto. L'incidenza diretta del lodo sui diritti delle parti è, infatti, pacifica ma, per altro verso, non lo è il mezzo che genera tale effetto ⁽¹⁶²⁾.

Prima dell'introduzione del codice civile del 1942 una parte della dottrina si era già occupata del problema della rappresentanza nell'ambito dell'arbitrato libe-

⁽¹⁵⁸⁾L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 199, l'autore rileva che dal punto di vista teorico l'arbitrato libero consegue alla ammissibilità del negozio di accertamento, *sic et simpliciter* ma, per altro verso, ricorda che l'arbitrato libero è stato riconosciuto prima del negozio di accertamento e, pertanto, l'ordine cronologico di ammissibilità, al meno nel nostro ordinamento, è inverso. Si v. all'uopo: Cassazione Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, fasc. III, par. II, pag. 45, con nota di P. BONFANTE.

⁽¹⁵⁹⁾Così M. CURTI, *L'arbitrato irrituale*, 2005, Torino, pag. 19 secondo il quale, inoltre, "[d]a un punto di vista sistematico [...] deve affermarsi che l'arbitrato irrituale sia null'altro che un contratto atipico, che, superato il vaglio della meritevolezza, è finalizzato alla risoluzione di una controversia, mediante la creazione di un nuovo assetto contrattuale, che si sostituisce alla *res litigiosa*". In questo caso sembra che l'argomentazione dica troppo. Di fatti, involontariamente, si ricade nello schema della novazione oggettiva. Qualsiasi controversia infatti si fonda su di un rapporto sottostante, sia esso visto in positivo che in negativo, e all'arbitro è demandata la "decisione" della sussistenza o insussistenza di tale rapporto. In altre parole l'arbitro risolve un'incertezza attraverso l'applicazione del diritto e si tratta di una funzione eteronoma. Se così è, e non potrebbe essere altrimenti, non si dovrebbe poter parlare di volontà delle parti di transigere, perché le parti, nel momento in cui si rivolgono all'arbitro, non intendono affatto concedere il seppur minimo spazio all'avversario, e l'uso di questo termine non è casuale, ma vogliono che l'arbitro si assuma la responsabilità e il "coraggio" di accertare la sussistenza o meno di un rapporto giuridico e dei conseguenziali effetti: le parti vogliono un giudizio, una ragione ed un torto.

⁽¹⁶⁰⁾M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato rituale*, cit., pag. 104 e ss.

⁽¹⁶¹⁾Sul punto G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, cit., pag. 258.

⁽¹⁶²⁾L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 209.

ro ⁽¹⁶³⁾ e, in particolare, aveva respinto le relative critiche vertenti sulla contrapposizione di interessi delle parti che andava a riverberarsi tanto sul collegio arbitrale, formato con lo stesso consenso delle parti, quanto sull'arbitro singolo.

Si era sostenuto, infatti, che le obiezioni cadevano se si considerava che la rappresentanza sarebbe stata conferita agli arbitri “per risolvere una controversia”, e, si affermava, non vi era dubbio che ciascuna delle parti avesse per suo conto il potere di risolvere una propria controversia, senza portarla innanzi ad un giudice ⁽¹⁶⁴⁾.

In altre parole, questa corrente dottrinale sosteneva, e tale pensiero rispecchia quello della dottrina attuale, che l'ampiezza del potere rappresentativo conferito agli arbitri non esorbitasse il potere delle parti stesse di comporre la propria lite ⁽¹⁶⁵⁾.

Se, infatti, appare vero che le parti possono comporre la propria lite anche in modo a sé non favorevole, allo stesso modo i mandatari possono predisporre un negozio che si attagli alle istanze di una delle parti senza con ciò violare le norme sul mandato; se la parte, inoltre, conferisce un dato potere al proprio rappresentante, consistente nell'addivenire ad un negozio risolutivo della controversia, anche contrario, pertanto, ai propri interessi, il mandato è adempiuto anche nel caso in cui l'interesse della parte sia stato effettivamente compresso, ciò perché il contratto ha ad oggetto la soluzione della controversia e non, per altro verso, il soddisfa-

⁽¹⁶³⁾A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, pag. 496, spec. 511, l'Autore però si discosta dalla costruzione del rapporto tra parti ed arbitri come mandato affermando che “[c]on ciò non si intende dire che la nomina degli arbitri sia un *contratto di mandato*, onde il vincolo tra le parti e l'arbitro, e quindi lo schema stesso dell'arbitrato, o sia valido come mandato o non sia (è infatti assai agevole l'osservazione che qui non ricorrono tutti gli estremi e tutte le regole del mandato civile o commerciale). Si intende bensì dire che, data l'esistenza e la validità del rapporto di arbitrato (o per legge pel principio generale della libertà delle convenzioni), questo rapporto assume l'aspetto di un mandato: si ha infatti un soggetto giuridico che conferisce ad un altro soggetto giuridico un determinato *incarico*” (i corsivi sono aggiunti dall'Autore).

⁽¹⁶⁴⁾G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, cit., pag. 258.

⁽¹⁶⁵⁾Il principio appare pacifico, d'altronde le parti possono ricorrere all'arbitrato solo in relazione ai diritti nella disponibilità delle stesse. Più complicato, invece, è l'ammissibilità di una decisione, ovvero la possibilità di costruire l'arbitrato, anche irrituale, come decisione e di farne ricadere il prodotto nella sfera negoziale.

cimento di un interesse a sé favorevole conseguente dall'esito della lite deciso dagli arbitri stessi ⁽¹⁶⁶⁾.

Con ciò si vuole sottolineare, inoltre, come non si deve guardare al risultato effettuale del lodo, ovvero al suo contenuto, per affermare la soddisfazione dell'interesse della parte ma, al contrario, è necessario guardare al lodo stesso come oggetto del contratto tra parte ed arbitro indipendentemente dalle sue conseguenze concrete.

Un orientamento dottrinale ⁽¹⁶⁷⁾, accogliendo, in parte, la tesi del mandato in relazione all'arbitro unico, sottolinea come tale struttura mal si attagli all'ipotesi di collegio arbitrale. Si afferma, infatti, come “[...] l'applicazione della teoria in esame comporterebbe [...] che l'arbitro nominato dalla controparte fosse rappresentante del litigante che ha nominato l'altro arbitro, e che quest'ultimo fosse anche rappresentante dell'altro controvertente. Infatti solo così tutti e tre giudici privati sarebbero [stati] rappresentati dalle parti in causa [...]”.

Questa critica, tuttavia, non sembra decisiva perché la nomina dell'arbitro non comporta, di per sé, la conclusione del contratto tra parte ed arbitro la quale consegue con la costituzione dell'intero collegio arbitrale, pertanto, entrambi gli arbitri sarebbero stati rappresentanti delle parti indipendentemente dalla provenienza della nomina ⁽¹⁶⁸⁾.

Tale costruzione, inoltre, comporterebbe, sempre secondo questa parte della dottrina ⁽¹⁶⁹⁾, l'applicazione, a mo' di conseguenza, dell'art. 1390 c.c. secondo il quale “[i]l contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante [...]” e ciò determinerebbe l'annullabilità del lodo per vizio volitivo del consenso del collegio arbitrale in caso di decisione a maggioranza.

In altre parole, il lodo sarebbe sempre annullabile in caso di arbitro dissenziente in quanto si verserebbe, comunque, in un'ipotesi di errore del “rappresentante”, inteso quale collegio, incidente sulla determinazione della volontà.

⁽¹⁶⁶⁾Nello stesso senso anche G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., pag. 49, anche se l'Autore propende per la tesi dell'arbitraggio applicato alla transazione. L'Autore sul punto così si esprime: “[o]ra, [...], non si può dubitare che proprio un rapporto di mandato si costituisce tra parti ed arbitratore e, più precisamente, un contratto di mandato collettivo col quale [l'arbitro] ripete i suoi poteri dalle parti collettivamente sicché la sua determinazione vincola questi ultimi”. In altre parole, quando ognuna delle parti nomina un arbitro effettua la designazione anche nel nome delle altre determinando che l'intero collegio arbitrale è investito da un potere conferito da tutte le parti.

Una parte della dottrina ha criticato questa impostazione affermando che l'attività del mandatario è un'attività di cooperazione esterna in quanto il mandatario deve compiere atti giuridici nei confronti di terzi, ossia fuori dallo schema tra mandante e mandatario. Sul punto si v. S. PUGLIATTI, *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, *Annali Ist. scienze giur. Univ. Messina*, 1929, pag. 14. Altra parte della dottrina (G. SCHIZZEROTTO, *ibidem*) sottolinea, tuttavia, come il rapporto tra mandante e mandatario possa svilupparsi solo all'interno del rapporto come previsto dall'art. 1735 c.c. estendendone l'ambito di applicazione. L'A., per altro verso, giustifica tale rilevanza interna del rapporto anche attraverso gli artt. 1322 e 1703 c.c. ammettendo, tuttavia, che l'estrinsecazione esterna del rapporto di mandato appare un presupposto dell'attività del mandatario che, tuttavia, non assurge alla natura di principio rigoroso ed immutabile.

⁽¹⁶⁷⁾L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 209.

⁽¹⁶⁸⁾S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008, pag. 25.

⁽¹⁶⁹⁾L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 210.

Anche questa critica, però, sembra superabile perché il collegio, per quanto abilitato a decidere a maggioranza, comunque funge da rappresentante di tutti le parti ⁽¹⁷⁰⁾ e, in ragione di questo presupposto, l'eventuale decisione a maggioranza postula la presenza di un *argomento* per sostenere, eventualmente, l'errore dell'intero collegio incidente sul vizio formativo della volontà, ma da ciò non deriva, per altro verso, l'inammissibilità di una decisione a maggioranza.

Inoltre, la decisione a maggioranza non postula una violazione del mandato; all'uopo, si pensi che già nell'abrogato codice di commercio *ex art.* 334 era prevista la possibilità che il mandato fosse eseguito dalla maggioranza dei mandatarî e, pertanto, in presenza di una volontà delle parti in tal senso non sembra che questa critica possa portare all'impraticabilità della ricostruzione dell'arbitrato irrituale come mandato.

In relazione all'ipotesi di arbitro unico è possibile, poi, scorgere un elemento di crisi del rapporto tra parti e arbitri ove disegnato come mandato con rappresentanza: la forma.

L'art. 1392 c.c. disciplina, sul punto, il principio di simmetria delle forme tra la procura e il contratto che il rappresentante è tenuto a concludere. Da ciò discendeva che, in tutte le controversie aventi quale oggetto, ad esempio, diritti reali, e pertanto rientranti nel disposto di cui all'art. 1350 c.c., per i quali è prescritta la forma scritta *ad substantiam*, sarebbe possibile rintracciare un difetto di rappresentanza degli arbitri di natura formale difficilmente superabile ove non fosse stato instaurato un rapporto contrattuale, tra parti e arbitro, con la medesima forma.

Tale questione, sebbene in relazione all'arbitraggio applicato alla transazione, è stata oggetto di un'analisi specifica da parte della dottrina ⁽¹⁷¹⁾, la quale ha escluso il problema della forma in relazione all'arbitraggio (ove non si configura un mandato con rappresentanza) ma che non sembra superabile in relazione alla tesi appena esposta e, pertanto, porta a dover escludere dal campo di operatività dell'arbitrato irrituale le controversie concernenti i contratti ricadenti del disposto di cui all'art. 1350 c.c. in tutti i casi in cui la convenzione di arbitrato non sia redatta con forma scritta *ad substantiam*.

In conclusione, per le argomentazioni critiche sin qui riportate e sviluppate, sembra che la riconduzione dell'arbitrato irrituale al mandato a transigere o ad accertare non sia fondata in quanto, e lo si è visto, nel momento in cui si approfondisce il discorso si assiste ad un vero e proprio scollamento tra la disciplina sostanziale e l'esperienza concreta dell'arbitrato irrituale.

⁽¹⁷⁰⁾Più precisamente, a mio avviso, si tratta di un mandato congiuntivo, stante la pluralità di mandatarî, *ex art.* 1716 c.c., e collettivo, stante la pluralità di mandanti, ai sensi dell'art. 1726 c.c..

⁽¹⁷¹⁾G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., pag. 167; l'autore, in relazione alla tesi dell'arbitraggio applicato alla transazione, afferma che tra le parti e gli arbitri sussiste un rapporto di mandato ma che, per altro verso, esso si presenta nella sua forma "senza" rappresentanza pertanto appare radicalmente inapplicabile, alla predetta tesi, il vincolo afferente alla forma della procura e discendente dal collegamento con l'atto che il "rappresentante" è tenuto a compiere.

2.3. Arbitraggio e arbitrato irrituale

L'arbitrato irrituale viene qualificato, secondo un'altra corrente interpretativa⁽¹⁷²⁾, come arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento. Secondo questa linea di pensiero, che è stata accolta anche da una parte della giurisprudenza⁽¹⁷³⁾, le parti, volendo stipulare una transazione o un negozio di accertamento, attribuiscono al terzo il compito di indicarne l'oggetto ai sensi dell'art. 1349 c.c..

Anche in questa ricostruzione si è in presenza di un negozio *per relationem* stante la *relatio* che viene effettuata al terzo (o ai terzi in caso di collegio) dalle parti.

Il fondamento di tale opinione risiede in una presunzione. Si ritiene, infatti, che le parti mediante la convenzione di arbitrato sottintendono l'impegno di accettare la futura soluzione predisposta dall'arbitro mostrando, implicitamente, l'intenzione di conciliare e, pertanto, la volontà di abbandonare, almeno in parte, le proprie reciproche pretese.

In questo modo, allora, le parti accettano il futuro contratto di transazione completato dal terzo arbitratore già al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato⁽¹⁷⁴⁾.

In altre parole, secondo questa tesi, la volontà di compromettere in arbitri una controversia implica la volontà di transigere la data controversia che da giuridica degrada in economica attribuendo all'arbitratore non il potere di stabilire quale delle pretese sia o meno fondata ma, solo, quello di determinare quanto ciascuna delle parti debba ottenere, applicando l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum*⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷²⁾E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, fasc. I, pag. 137; C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, fasc. II, pag. 166; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, pag. 269; ID, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, pag. 250; T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, fasc. I, pag. 338; L. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, III, Padova, 1994, pag. 338, spec. pag. 339, secondo il quale, però, "[...] le parti vogliono, dal collegio arbitrale o dal singolo arbitro, non una composizione della lite in via transattiva, ma un giudizio, di diritto o di equità, sulle loro ragioni o torti, che non differisca, per i criteri che ne concreteranno il contenuto, da quello che le nostre leggi processuali e di tutela dei diritti affidano ai giudici togati". Anche dopo la riforma BOVE M., *La giustizia privata*, 2009, Verona, pagg. 220 e ss.

⁽¹⁷³⁾Cass. 12 settembre 1994, n. 4794; Cass. 9 giugno 1983, n. 3956; Cass. 8 agosto 1990, n. 8010; Cass. 6 febbraio 1987, n. 1209; Cass. 22 giugno 1981, n. 4069; Cass. 21 febbraio 1980, n. 1239; Cass. 31 ottobre 1958, n. 3579; Cass. 28 giugno 1952, n. 1924.

⁽¹⁷⁴⁾In questo senso: E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato*, cit., pag. 132; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., pag. 22 nota 34, il quale sottolinea che la soluzione qui prospettata "[...] già si trova in nuce nello Scaduto ed in certa più antica dottrina (BORSELLI, *Compromessi irregolari e stragiudiziali*; COGLIOLO, *Arbitrato senza le forme rituali* [...]) la quale, facendo rientrare l'arbitrato improprio nella più ampia figura del mandato, voleva che per la validità o meno dell'istituto in discorso fosse indagata la volontà delle parti e riteneva fosse valido ove risultasse implicitamente od esplicitamente, nelle parti, l'«animus» di conciliare o transigere la controversia; non lo fosse, al contrario, ove dall'esame della convenzione risultasse che le parti non avevano la volontà di transigere o di conciliare, ma che si aspettavano dal terzo una decisione in cui si riconoscesse, in tutto od in parte, la pretesa dell'una o dell'altra".

⁽¹⁷⁵⁾Sul punto: R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pag. 61; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., pag. 24.

Da ciò, ovvero da questa presunzione, si giunge alla transazione quale contenitore della decisione dell'arbitratore in funzione dell'accordo delle parti sottintendente la volontà di porre rimedio alla controversia attraverso la reciproca compressione delle pretese.

Il passare dei lustri ha portato la presente tesi dottrinale a consolidarsi in modo sempre maggiore sino a divenire dominante tanto in dottrina che in giurisprudenza ⁽¹⁷⁶⁾ ma, da quanto è possibile constatare dagli scritti più recenti, sono terminati i richiami ai presupposti argomentativi che *erano* stati posti a fondamento della tesi stessa al momento della sua genesi, ovvero:

a - l'inammissibilità del negozio di accertamento;

b - l'esclusività dell'accertamento;

c - la presunzione di una volontà transattiva implicitamente manifestata all'atto della stipulazione del patto compromissorio.

In relazione al negozio di accertamento non sembra necessario ripercorrere, ancora una volta, gli orientamenti della giurisprudenza più recente come, d'altronde, non appare necessario muovere una critica approfondita al secondo pilastro di detta tesi, ovvero la c.d. esclusività dell'accertamento, in quanto la stessa è, in concreto, l'argomentazione tipica su cui si fonda la tesi, come detto smentita, della inammissibilità del negozio di accertamento ⁽¹⁷⁷⁾.

Nuova, rispetto a quanto si è sin qui detto, appare la questione concernente la sottesa volontà di transigere contenuta nella convenzione di arbitrato irrituale. Sul punto, tuttavia, appare chiaro che i sostenitori di questa tesi abbiano fatto ricorso, forse anche involontariamente, al meccanismo della *fiction* perché al tempo era in gioco la stessa esistenza dell'arbitrato irrituale ⁽¹⁷⁸⁾.

Una tale volontà di transigere, infatti, potrebbe essere presunta solo nel caso in cui le parti esprimessero, in concreto, almeno un germe di tale volontà al momento del confezionamento della convenzione di arbitrato perché essa, costituisce un limite bivalente, perché incide, allo stesso tempo, sia sull'opera degli arbitri che sugli effetti del lodo.

Nel caso in cui, ad esempio, gli arbitri rendessero un lodo secondo diritto accogliendo interamente la pretesa di una sola delle parti essi andrebbero a violare il sotteso rapporto di mandato lasciandolo, in parte o addirittura nella totalità, inadempito. Per altro verso, e qui la resistenza torsionale di questa tesi ad avviso di chi scrive giunge allo stremo, nel momento in cui gli arbitri decidessero senza ricorrere all'*aliquid datum aliquid retentum* il lodo sarebbe, irrimediabilmente, nullo.

⁽¹⁷⁶⁾Si rinvia alle note nn. 172 e 173.

⁽¹⁷⁷⁾Cfr. *supra* cap. I, §§ 1.2 e 1.7.

⁽¹⁷⁸⁾La nascita di questa tesi, infatti, è collocabile in un contesto storico in cui era ancora posta in discussione l'esistenza stessa dell'arbitrato irrituale.

Un'altra corrente ermeneutica ⁽¹⁷⁹⁾, rilevate quest'ultima difficoltà, ha cercato di ricostruire l'arbitrato irrituale ricorrendo non alla transazione ma al negozio di accertamento.

La relativa ricostruzione è imperniata sulla alterità dell'attività dell'arbitratore rispetto a quella dell'arbitro (e del giudice) in quanto la prima è connotata dalla costitutività mentre, e per converso, la seconda esplica una funzione di solo accertamento ⁽¹⁸⁰⁾.

Sebbene la tesi dell'arbitraggio applicato alla transazione e al negozio di accertamento riduce il novero delle problematiche rispetto a quelle derivanti dalla qualificazione dell'arbitrato quale mandato, quali quelle sulla rappresentanza riportate nel paragrafo precedente, questa tesi non può essere, parimenti, considerata condivisibile.

Anche per chi non ha alcuna intenzione di negare la natura privatistica dell'arbitrato in generale ⁽¹⁸¹⁾ è possibile rilevare le differenze tra arbitrato ed arbitraggio ⁽¹⁸²⁾, di fatti, mediante il secondo si investe un terzo del potere di determinare l'oggetto del contratto e questa attività non si pone quale strumento di risoluzione delle controversie in quanto, sebbene sia concretamente possibile applicare l'arbitraggio alla transazione o al negozio di accertamento, ciò non implica, affatto, che

⁽¹⁷⁹⁾Tale tesi è stata sostenuta da T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori. Gli arbitri liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, fasc. IV, par. I, pag. 308, il quale si poneva il problema, di cui si parlerà anche in seguito, dell'applicazione dell'*aliquid datum aliquid retentum* affermando che "[...] nel caso concreto, di fronte ad una controversia risolta con un arbitrato libero, basterà che una delle parte opponga la mancanza dell'*aliquid datum atque retentum*, perché il giudice, onde giudicare della validità dell'arbitrato libero, debba riesaminare, almeno parzialmente, la controversia [...]"; ma *contra*, con pluralità di argomentazioni, S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931, pag. 176; F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e l'accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, fasc. 1, pag. 1.

⁽¹⁸⁰⁾T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, cit., pag. 312, l'autore precisa, altresì, che "[q]uanti tengono fermo al concetto tradizionale della sentenza, potranno appunto formulare la distinzione tra arbitri ed arbitratori, contrapponendo attività d'accertamento ed attività costitutiva; quanti invece seguono il Carnelutti nel ritenere come la sentenza si caratterizzi perché importa la risoluzione di una lite, fanno capo alla contrapposizione tra controversia economica e controversia giuridica".

⁽¹⁸¹⁾Natura messa in crisi, nuovamente, dalle Sezioni Unite, 25 ottobre 2013, n. 24153 v. nota n. 130.

⁽¹⁸²⁾Sul punto v. E. FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 1993, pag. 583; V. ANDRIOLI, *Arbitrato e arbitraggio nei trasferimenti coattivi*, cit., pag. 815.

si dia luogo ad un arbitrato irrituale perché non si versa, come affermato da una parte della dottrina ⁽¹⁸³⁾, in un'ipotesi di lite ma di mero conflitto economico.

Dal punto di vista oggettivo, per altro verso, le parti con l'arbitraggio forniscono all'arbitratore l'indicazione del contratto attraverso il quale vogliono comporre il conflitto o risolvere l'incertezza mentre ciò non avviene nel sistema "arbitrato"; tale attività, in concreto, non sembra sovrapponibile a quella compiuta, attraverso il contraddittorio, dagli arbitri per il confezionamento del lodo ⁽¹⁸⁴⁾.

Ciò, per altro verso, non avviene nemmeno nel caso in cui le parti ricorrono al c.d. "biancosegno" rimettendo la disciplina del negozio interamente all'arbitro o al collegio arbitrale. In tal caso, infatti, le parti non manifestano alcuna volontà in relazione al contenuto concreto dell'accordo sviluppato dall'arbitro ma, anzi, lo ignorano e, proprio tale ignoranza, postula l'intenzione di assumere effetti estranei alla propria volontà che possono discendere solo da una decisione eteronoma della lite. Per altro verso, nel caso di specie, i poteri dell'arbitratore esorbitano quelli previsti dall'art. 1349.

La differenza non è, inoltre, solo di carattere oggettivo ma, anche ed in modo preponderante, di natura soggettiva, e attiene al piano della volontà. Mentre nella

⁽¹⁸³⁾E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, pag. 27. *Contra* sul punto L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pagg. 204-205, il quale ritiene che "[l]'elemento che discriminerebbe l'arbitrato libero rispetto all'arbitramento, e che renderebbe improponibile l'assoggettamento del primo allo schema del secondo, sarebbe dunque la situazione di lite in atto o in potenza contrapposta ad una situazione di mero conflitto economico". Questa conclusione secondo questo Autore "[...] è del tutto arbitraria ed inspiegabile da un punto di vista tecnico e giuridico [...]" in quanto "[...] occorre semplicemente valutare come si ponga l'elemento «oggetto del contratto» negli accordi di transazione e di accertamento" il quale sarebbe rinvenibile, per la transazione, nelle reciproche concessioni e, nell'accertamento, nella rimozione dell'incertezza. Sempre L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 206 afferma che "[u]n altro dato, [secondo la dottrina], che impedirebbe di applicare l'art. 1349 alla transazione ed al negozio di accertamento, viene indicato nel fatto che l'arbitratore viene chiamato ad integrare un contratto che non è ancora perfetto; mentre nell'ipotesi di arbitrato libero il terzo avrebbe il compito di individuare il contenuto di una transazione o di un accertamento, che hanno la caratteristica di intervenire in merito al rapporto preesistente già completo.

E' palese come questa mera descrizione della presenza o meno del rapporto si limiti semplicemente a rilevare come si configuri l'art. 1349 [...] ma da ciò "[...] certamente non consegue l'inapplicabilità dell'art. 1349 al negozio di accertamento ed alla transazione".

A questa conclusione non sembra potersi obiettare nulla salvo il fatto che l'argomentazione dimostra che è possibile applicare al negozio di accertamento e alla transazione l'art. 1349 ma ciò non postula, per converso, che l'arbitrato irrituale sia un arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento.

⁽¹⁸⁴⁾E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., pag. 28. Sull'arbitraggio si rimanda a G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, pag. 92 il quale ritiene la determinazione del terzo alla stregua di un mero fatto materiale. Di contrario avviso è altra parte della dottrina, M. CURTI, *L'arbitrato irrituale*, cit., pag. 89, per il quale si tratta di un vero e proprio negozio giuridico (tesi questa che appare prevalente in dottrina ed in giurisprudenza: Cass. 23 agosto 1972, n. 2707; Cass. 13 dicembre 1974, n. 4253 ma vi è anche chi ritiene che si tratti di un atto giuridico collegato al contratto sul punto v. Cass. 29 gennaio 1996, n. 655, in *Riv. arb.*, 1996, fasc. 2, pag. 289 con nota di F.P. LUISO, *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*. Quest'ultima pronuncia afferma che "[...] in tema di arbitrato libero o contrattuale, il giudice di merito, ove si denunci l'inesistenza della decisione arbitrale ai fini della proponibilità dell'azione dinanzi al giudice ordinario, per la mancanza dei "requisiti" necessari perché il responso degli arbitri possa qualificarsi come "decisione", dovrà vagliare anzitutto se le parti hanno stabilito espressamente e direttamente detti requisiti o ne abbiano rimesso la determinazione agli arbitri".

transazione e nel negozio di accertamento le parti addiventano alla *relatio* in ragione della loro incompetenza tecnica o giuridica, e si rinviene una volontà di attuare delle reciproche concessioni, nella transazione, o di risolvere l'incertezza, nel negozio di accertamento, in ragione di una scelta del negozio da integrare che viene effettuata a monte dalle stesse, la manifestazione volitiva attuata mediante la convenzione di arbitrato si fonda su di un interesse assolutamente diverso.

In questo ultimo caso, infatti, le parti non concludono un negozio di accertamento perché, ognuna di esse, in una situazione ideale, guarda alla controversia attraverso una *specula* a sé favorevole mentre, nel negozio di accertamento una delle parti intende, a livello genetico, esplicitare una volontà contraria ai propri interessi cosa che, nell'ambito dell'arbitrato, sembra lontana dalla realtà ⁽¹⁸⁵⁾. Questo aspetto, che può apparire meramente descrittivo, determina, invece, una profonda disarmonia tra l'*animus* della parte del negozio di accertamento rispetto a quello della parte dell'arbitrato con effetti negoziali.

In altre parole, attraverso la scelta del negozio di accertamento una delle parti, ove volesse rimettere all'arbitratore la determinazione dell'oggetto del contratto, sarebbe obbligata, già all'atto della stipulazione del negozio, a riconoscere o ad affermare la rilevanza di un interesse contrario al proprio.

La differenza ontologica, poi, è ancora più rilevante in relazione alla transazione in quanto le reciproche concessioni, che lo si ripete sono un elemento necessario del contratto ⁽¹⁸⁶⁾, possono essere ritenute estranee all'arbitrato dove è ben possibile che il lodo sia, almeno in una prospettiva ideale, totalmente contrario all'interesse di una delle parti; in ragione di ciò l'arbitratore del negozio di transazione, che non può essere considerato un arbitrato libero, è tenuto ad applicare l'*aliquid datum, aliquid retentum* al quale non deve attenersi l'arbitro ⁽¹⁸⁷⁾, salvo che ciò non sia in concreto richiesto dalle parti ⁽¹⁸⁸⁾.

Alla asserita necessità delle reciproche concessioni si può obiettare, tuttavia, che le stesse devono essere valutate solo in una prospettiva ideale, ovvero al mo-

⁽¹⁸⁵⁾Le parti, infatti, tendono a conseguire, quali protagonisti di un conflitto, un giudizio decisorio sullo stesso, Cass. 30 giugno 2005, n. 13954.

⁽¹⁸⁶⁾Tale elemento è essenziale e corrisponde alla reciproca parziale rinuncia dei diritti incerti. Essa deve essere valutata in relazione alla situazione concreta affermata o presupposta al momento della conclusione del contratto e non, viceversa, nel momento successivo ed effettuale derivante dall'analisi obiettiva della legge sul punto si rinvia a Cass. 11 giugno 2003, n. 9348; Cass. 15 marzo 1991, n. 2788; e in dottrina a DEL PRATO, voce *Transazione*, in *Enc. del Dir.*, 1992, pag. 823.

⁽¹⁸⁷⁾Nello stesso senso Cass. 13 marzo 1998, n. 2741; Cass. 12 settembre 1974, n. 4794. Sulla distinzione tra arbitraggio e arbitrato si v. Cass. 19 aprile 2002, n. 5707. Sul punto si pensi, altresì, che se due parti intendono sottoporre ad un arbitratore la determinazione dell'oggetto di una transazione mi pare alquanto complesso trovare un'argomentazione per la quale tale attività negoziale possa essere riconducibile all'arbitrato irrituale anche solo a livello lessicale; nello stesso senso in dottrina già T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, cit., pag. 311.

⁽¹⁸⁸⁾*Contra* G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., pagg. 26-27 secondo il quale l'arbitrato libero non può prescindere da un intento conciliativo tale da comporre la lite mediante delle reciproche concessioni anche se ottenute dalla parte di fatto soccombente fuori dallo schema del rapporto controverso e sottoposto all'attività degli arbitri irrituali. L'Autore, infatti, ritiene che nel caso in cui gli arbitri irrituali giungessero a decidere la controversia la decisione sarebbe inesistente, in quanto al di fuori del ricorso all'autorità giudiziaria, una tale soluzione sarebbe consentita solo nei limiti dell'arbitrato rituale con l'osservanza delle disposizioni del codice di rito.

mento della conclusione del contratto, ma che esse non devono concretamente sussistere nell'esame effettuato *ex post* sul contenuto della transazione ⁽¹⁸⁹⁾.

La giurisprudenza, sul punto, reputa sussistenti, infatti, le reciproche concessioni purché esse siano ritenute tali dalle parti al momento della conclusione del contratto e non perché lo siano in concreto dal punto di vista giuridico e ciò spiega la rilevanza che il legislatore accorda alla transazione come strumento di risoluzione delle controversie (o di pacificazione sociale). Con ciò, per altro verso, si spiega la non impugnabilità della transazione per errore di diritto ai sensi dell'art. 1969 c.c. che trancia ogni possibilità di doglianza concernente la rilevanza giuridica delle reciproche concessioni.

Ma, in tale contesto, sembra diversa la situazione esaminata sia a monte che a valle. Perché, mentre nella transazione la considerazione circa la compressione dei reciproci interessi viene effettuata a valle, nel caso dell'arbitrato libero, come appena delineato, questa scelta deve essere effettuata a monte o, e non sembra un grande risultato, deve essere addirittura presunta.

Questo aspetto volitivo sembra estraneo all'arbitrato, sia esso rituale che irrituale, pertanto non si può giustificare un eventuale lodo implicante il travolgimento globale delle pretese di una delle parti sulla base dell'asserzione che l'*aliquid datum aliquid retentum* non è imprescindibile, perché esso non lo è solo dal punto di vista giuridico (a valle) e non dal punto di vista concreto delle parti (a monte).

Ragionando al contrario si dovrebbe asserire, e come si è visto è stato sostenuto, che la parte, mediante la stipulazione della convenzione di arbitrato, e pertanto in un contesto temporale distante anni luce dalla deflagrazione della lite nell'ipotesi di clausola compromissoria, abbia già abdicato ad una parte delle proprie pretese per attuare le c.d. reciproche concessioni.

In conclusione, l'essenzialità della presenza di un seppur minimo germe di concessione sembra necessario per non incorrere nella nullità assoluta del contratto ⁽¹⁹⁰⁾.

In ragione di quanto detto, non sembra possibile aderire alla tesi dell'arbitrato libero inteso come arbitraggio applicato al contratto di transazione o al negozio di accertamento ⁽¹⁹¹⁾.

2.4. *Arbitrato rituale e irrituale: la reductio ad unitatem*

Secondo un'altra ricostruzione l'arbitrato irrituale è un processo di natura privata in quanto l'arbitro è “ [...] investito dalle parti del dovere di decidere la controversia e di dettare, con propria volizione, l'assetto sostantivo che la risolva; tale assetto è sul piano privatistico, vincolante per le parti [...]” ⁽¹⁹²⁾.

⁽¹⁸⁹⁾Di tale assunto è portatrice Cass. 4 settembre 1990 n. 9114 secondo la quale è estranea al concetto di transazione ogni valutazione di carattere equitativo circa l'abdicazione delle reciproche pretese.

⁽¹⁹⁰⁾La transazione, infatti, in mancanza delle reciproche concessioni è affetta da nullità assoluta, sul punto si v. Cass. 26 ottobre 1970, n. 2154 si v. la note nn. 52, 154 e 186.

⁽¹⁹¹⁾Nello stesso senso B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2007, fasc. I, pag. 25, spec. pag. 27 nota 8; cfr. *infra* cap. II, §§ 3.8 e 3.9.

⁽¹⁹²⁾E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., pag. 123.

In tale prospettiva, pertanto, la distinzione con l'arbitrato rituale è rinvenibile sul piano della omologazione, inammissibile per il lodo irrituale, e sul piano dell'impugnazione del lodo libero, il quale non può incanalato nel regime previsto dall'art. 829 c.p.c. ⁽¹⁹³⁾.

In altre parole, l'arbitrato irrituale è ritenuto, pertanto, un giudizio che si conforma come un accertamento del diritto sottoposto agli arbitri dalle parti ⁽¹⁹⁴⁾.

Ciò, tuttavia, non postula, affatto, un mutamento della natura del lodo il quale rimane un negozio complesso, atipico e non riconducibile perfettamente alla transazione, all'arbitraggio o al negozio di accertamento, dai quali rimane distinto in ragione della sua struttura eteronoma.

In questo modo, tuttavia, si riduce il *discrimen* tra arbitrato rituale e irrituale in quanto la decisione dell'arbitro fagocita “[...] l'accordo con cui le parti gli hanno conferito il relativo potere” ⁽¹⁹⁵⁾ venendo meno l'autonomia del negozio rispetto all'attività del terzo.

Sul piano delle conseguenze, l'avvicinamento tra le due figure comportava, nel conteso normativo antecedente all'ultima riforma, l'applicabilità degli artt. 806 - 814 mentre rimaneva qualche dubbio circa l'art. 815 in tema di ricusazione, anche in ragione della discussa natura del relativo procedimento, ma era indubbia l'applicabilità del principio del contraddittorio, dell'istruzione probatoria, del termine della decisione e dell'obbligo di motivazione ⁽¹⁹⁶⁾.

In questo senso si erano poste anche le Sezioni Unite ⁽¹⁹⁷⁾ la quali, sancendo l'ontologica alternatività dell'arbitrato rituale rispetto al processo, in ragione della natura negoziale del primo, hanno determinato una compressione della distinzione sul piano della natura tra le due forme di arbitrato.

⁽¹⁹³⁾Nonché in relazione alle disposizioni afferenti alla correzione del lodo e all'efficacia dello stesso.

⁽¹⁹⁴⁾Sul punto v., anche, L. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, III, Padova, 1994, pag. 338, spec. pag. 339, secondo il quale, però, “[...] le parti vogliono, dal collegio arbitrale o dal singolo arbitro, non una composizione della lite in via transattiva, ma un giudizio, di diritto o di equità, sulle loro ragioni o torti, che non differisca, per i criteri che ne concreteranno il contenuto, da quello che le nostre leggi processuali e di tutela dei diritti affidano ai giudici togati”

⁽¹⁹⁵⁾G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 8.

⁽¹⁹⁶⁾Sul punto si v. T. CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pag. 629; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pag. 389; F. TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme procesuali*, in *Riv. arb.*, 1991, pag. 743; V. VIGORITI, *Quale contraddittorio per l'arbitrato libero?*, in *Riv. arb.*, 1991, pag. 559.

⁽¹⁹⁷⁾Sul punto cfr. Cass., Ss. Uu., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. Arb.*, 2000, fasc. 3, pag. 699, con nota di E. FAZZALARI, pag. 704; in *Riv. dir. proc.*, con nota di E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*, pag. 259; in *Giust. Civ.*, 2001, pag. 761, con nota di G. MONTELEONE, *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, pag. 764; in *Corr. giur.*, 2001, pag. 51, con commenti di G. RUFFINI e M. MARINELLI, e premessa critica di C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione?*, pag. 54.

2.5. *Arbitrato irrituale come giudizio e attività degli arbitri come prestazione d'opera intellettuale*

Una parte della dottrina ⁽¹⁹⁸⁾, aderendo alla c.d. tesi unitaria, ha provato ad effettuare una diversa ricostruzione del rapporto tra arbitri e parti nell'ambito dell'arbitrato irrituale partendo dal presupposto che l'arbitrato libero, sebbene diverso dall'arbitrato rituale, fosse sempre espressione di un'attività di giudizio ⁽¹⁹⁹⁾ non riconducibile al mandato o all'arbitraggio.

In ragione di questa premessa è stato sostenuto che l'attività svolta dagli arbitri sia riconducibile ad un'operazione intellettuale qualificabile, ex art. 2230 c.c., come prestazione d'opera professionale ⁽²⁰⁰⁾.

Da questa prospettiva, allora, gli arbitri non emettono una dichiarazione di volontà o un atto giuridico destinati a produrre effetti nelle sfere sostanziali delle parti, essendo tale *dictum* un mero fatto giuridico a cui le parti attribuiscono effetti in ragione della manifestazione di volontà effettuata tramite la clausola compromissoria o il compromesso.

Questa parte della dottrina, per altro verso, ritiene che, attribuendo la natura di mero fatto alla decisione degli arbitri liberi, si perverrebbe all'esclusione della natura di negozio di accertamento del lodo irrituale in quanto questo ultimo negozio non poteva avere ad oggetto meri fatti ⁽²⁰¹⁾.

2.6. *La riforma: l'art. 808-ter*

Prima di guardare alla nuova disposizione appare necessario prendere posizione sulle nature dell'arbitrato irrituale (in generale) e del lodo che da esso scaturisce di modo da poter valutare quanto tale impostazione subisca il peso, o meno, della volontà del legislatore di disciplinare uno strumento non codificato.

Sembra che allo stato dei fatti si debba preferire quella impostazione volta a ricondurre tutti gli arbitrati nel medesimo *genus* senza però confondere la natura comunque privatistica dell'arbitrato irrituale, e dei suoi effetti, con la sua struttura determinando costrutti che, sebbene affascinanti, illuminano solo particolari ipotesi e non addivengono alla generalità necessaria per poter ricomprendere tutti gli effetti del lodo irrituale.

La configurazione dell'attività degli arbitri liberi come prestazione intellettuale rientrando nello schema dell'art. 2230 c.c. o come mandato a decidere (nel quale non il problema della rappresentanza non si verifica), non sembra contestabile perché appare aderente al rapporto tra parti ed arbitri mentre non appare altrettanto condivisibile la conseguenza a cui tale interpretazione giunge asserendo che il

⁽¹⁹⁸⁾F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, Milano, 2002, pag. 110.

⁽¹⁹⁹⁾Anche se la tesi del giudizio appare isolata in giurisprudenza essa è stata sostenuta da Cass. Ss. Uu. 18 settembre 1978, n. 4167; Cass. 23 settembre 1964, n. 2604. In dottrina si v. PUNZI C., *La riforma dell'arbitrato (osservazioni a margine della l. 9 feb. 1983, n. 28)*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, fasc. I, pag. 78.

⁽²⁰⁰⁾*Contra* a seguito della riforma del 2006, ma in modo dubitativo, G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 16.

⁽²⁰¹⁾*Contra* L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 220; sul punto cfr. le critiche espresse in precedenza *supra*: cap I, § 1.5.

risultato dell'attività degli arbitri costituisca un mero fatto in quanto, e lo si ripeterà anche in seguito, esso appare come un atto ⁽²⁰²⁾.

In altre parole, lo strumento adottato dalle parti è quello di recepire, con effetti immediati nelle proprie sfere di diritti, una *decisione* espressa da uno o più arbitri tanto nell'arbitrato rituale che in quello irrituale.

L'incidenza del negozio (o forse sarebbe meglio chiamarlo giudizio negoziale) si esplica nella vincolatività del lodo nei confronti delle parti in forza di un potere più ampio sia di quello del mandatario che di quello dell'arbitratore.

Dal punto di vista volitivo le parti, infatti, non pretendono dagli arbitri una qualsivoglia soluzione, come avviene nell'ambito della transazione dove le reciproche concessioni sterilizzano le contrastanti pretese, ma una soluzione della lite "giusta" assumendosi la responsabilità del torto e delle sue conseguenze.

Se questi sono i presupposti e gli obiettivi posti per l'arbitrato irrituale sembra chiaro come lo schema del mandato a stipulare un contratto di transazione o un negozio di accertamento, più volte richiamato in questo scritto, si riveli insoddisfacente proprio perché l'interesse di uno dei mandanti sarà potenzialmente compresso dagli effetti del lodo e, allo stesso modo, la soluzione dell'arbitraggio rappresenti un *minus* perché si inserisce in una volontà già palesata delle parti di concludere una transazione o un negozio di accertamento cosa che non avviene nell'arbitrato irrituale ove la decisione sul contenitore ed il contenuto (e pertanto sugli effetti del negozio) è di pertinenza, esclusiva, degli arbitri.

La struttura dell'arbitrato irrituale è, pertanto, eteronoma, ovvero imposta alle parti che privatamente ne hanno già accettato le conseguenze attraverso la scelta operata mediante la convenzione di arbitrato. Asserire il contrario vuol dire imputare alle parti una volontà diversa da quella rappresentata e ciò non pare un risultato a cui aderire perché si ricade, come si è detto, nello schema della *fictio*.

Le parti, infatti, devolvono la soluzione della lite agli arbitri i quali sono tenuti a rendere il lodo e a risolvere la lite ma senza alcun vincolo verso l'una o l'altra parte. La conclusione di una transazione o di un negozio di accertamento, infatti, regola i rapporti tra le parti in modo diverso rispetto a quanto avviene con il lodo perché presuppone che le parti abbiano già effettuato una scelta.

In ragione di ciò, si può concludere che il lodo contiene un accertamento, il quale potrebbe essere anche assodato dalle sole parti senza la partecipazione del terzo (proprio mediante il negozio di accertamento), ma può contenere, altresì, qualcosa in più ovvero un effetto costitutivo acclarato dagli arbitri e volto ad incidere sulla situazione di lite preesistente regolando, modificando o estinguendo le relative situazioni giuridiche patrimoniali ma, ed è qui che sta la distinzione con la transazione, senza reciproche concessioni.

Proprio per questo motivo non si può credere che vi sia un'identità tra negozio di accertamento e lodo irrituale perché il contenuto del primo può essere più am-

⁽²⁰²⁾Sul punto prima della riforma del 1994 già L. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, cit. pag. 338, spec. pag. 339.

pio del contenuto del secondo, ovvero può avere un effetto dichiarativo sommato ad un effetto costitutivo ⁽²⁰³⁾.

L'effetto costitutivo, per altro verso, non appare elemento necessario per il lodo irrituale proprio perché lo stesso può avere mera efficacia dichiarativa. Di conseguenza la pretesa identità tra il lodo irrituale e il negozio di accertamento è solo eventuale.

2.7.L'art. 808-ter: dalla atipicità alla tipicità?

L'art. 808-ter c.p.c., introdotto con il Decreto legislativo n. 40 del 2006, derivante dalla Legge di delega n. 80 del 2005, risolve alcune delle problematiche interpretative scaturite in vigenza della precedente disciplina ma lascia aperte, ancora una volta, numerose questioni e ne pone di nuove ⁽²⁰⁴⁾. In particolare, sebbene nessuno in dottrina si discosti dal definire l'effetto del lodo come contrattuale appare quantomai vario il panorama delle argomentazioni sostenute per rilevare "come", ovvero attraverso quale procedimento, tale lodo sia ottenuto.

La questione, che potrebbe sembrare di scarsa importanza, non sembra esserlo perché da essa dipendono: l'eventuale impugnabilità del lodo fuori dallo schema dell'art. 808-ter c.p.c. nonché gli effetti del medesimo che, intrinsecamente, sono correlati alla natura del procedimento volitivo o decisorio che se ne pone a fondamento.

Più in generale, in dottrina è stata sottolineata l'innovatività della disposizione anche perché "[...] provvista di intenti fortemente correttivi di quella commedia degli equivoci che è stata l'ambigua esperienza italiana [...]" dell'arbitrato irrituale ⁽²⁰⁵⁾.

Si pensi, all'uopo, come la disposizione: permetta di distinguere, senza soverchie difficoltà ermeneutiche, le convenzioni di arbitrato dubbie in relazione alla selezione tra arbitrato rituale e irrituale ⁽²⁰⁶⁾; imponga il *favor* per l'arbitrato rituale in luogo di quel tralaticio orientamento della giurisprudenza che accordava la pre-

⁽²⁰³⁾Contra: L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 221.

⁽²⁰⁴⁾G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 13.

⁽²⁰⁵⁾L'inciso è tratto da B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 25; sull'arbitrato irrituale dopo la riforma: M. GIORGETTI, *Profili espansivi nell'impugnazione del lodo libero*, in *Sull'arbitrato studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO, Napoli, 2010, pag. 409; BOVE M., *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it; M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati*, Torino, 2006, pag. 36.

⁽²⁰⁶⁾Sul punto si rinvia a F. DANOVI, *Arbitrato rituale e irrituale: la qualificazione è finalmente più chiara (nella perdurante indeterminatezza dei confini)*, in *Sull'arbitrato studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO, Napoli, 2010, pag. 323; in giurisprudenza si v. Cass., 01 aprile 2011, n. 7574, in *Giustizia Civile* 2012, 6, I, 1569; Cass. 09 gennaio 2008, n. 178, in *Foro it.* 2009, 9, I, 2501; Cass., 20 luglio 2006, n. 16718; Cass., 8 settembre 2004 n. 18049.

ferenza, in caso di dubbio, all'arbitrato irrituale ⁽²⁰⁷⁾; delinei i motivi di impugna-

⁽²⁰⁷⁾Prima della riforma la giurisprudenza dominante Cass. 24 gennaio 2005, n. 1398; Cass. 17 gennaio 2001, n.562; Cass. 28 giugno 2000, n. 8788; Cass. 22 febbraio 1999, n. 1476; Cass. 22 dicembre 1993, n. 12703; Cass. 20 marzo 1990, n. 2315, in *Riv. Arb.*, con nota critica di E. FAZZALARI era solita attribuire un canone di preferenza all'arbitrato irrituale in ragione della eccezionalità della deroga alla competenza del giudice togato attuabile mediante il deferimento agli arbitri del potere di decidere la lite. Questa argomentazione, di fatto, si poggiava sulla "minore" portata derogatoria dell'arbitrato irrituale rispetto a quello rituale perché il primo, essendo dotato di un'efficacia solo negoziale, non determinava per le parti l'abdicazione della competenza del giudice naturale. Di contrario avviso era la dottrina dominante ma, anche, altra parte della giurisprudenza sul punto v. Cass. 1 febbraio 1999, n. 833, in *Riv. Arb.*, 1999, f. 2, pag. 253 con nota di E. FAZZALARI il quale nel commento rileva che la pronunzia mette in crisi, quale criterio discrezionale, "[...] il sussidiario *favor* per l'irritualità, che viene tralaticciamente ripetuto dalla giurisprudenza in vista della minore incisività derogatoria al potere giurisdizionale dell'autorità statale, e che tra l'altro non sembra, a questo punto della evoluzione dogmatica e normativa, meritevole di essere sopravvalutato [...]" L'Autore nel commento sottolinea come, a mo' di *obiter*, la Corte si premuri di superare l'orientamento giurisprudenziale precedente senza rilevarne il fondamento che appare, invece, rintracciabile nelle maggiori garanzie conferite dall'arbitrato rituale rispetto all'irrituale. In senso adesivo si v. Cass. 2 luglio 2007, n. 14972; ma sul punto v. nello specifico Cass., 10 novembre 2006 n. 24059, che riprende proprio le argomentazioni dell'A. prima citato, secondo la quale la regola del *favor* per l'arbitrato irrituale "[...] benché tralaticciamente ripetuta dalla giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, Cass., Sez. 1^a, 13 aprile 2001, n. 5527, cit., in motivazione), non ha mancato di registrare prese di distanza (v., *obiter*, Cass., Sez. 1^a, 1 febbraio 1999, n. 833, cit.), sull'implicito rilievo che quello rituale è un arbitrato che offre maggiori garanzie ai contendenti (dalla efficacia esecutiva del lodo alla previsione di una specifica e pregnante impugnativa, con la possibilità per il giudice di concedere la sospensiva), sicché potrebbe apparire maggiormente conforme al loro interesse obiettivizzato ritenere che, in caso di dubbio, si verta in un caso di arbitrato rituale, anziché di arbitrato irrituale". Nella giurisprudenza di merito v. Tribunale di Modena, 19 marzo 2007. Il legislatore con il nuovo art. 808-ter, sembra aver posto fine alla questione, aderendo di fatto all'orientamento più recente espresso in giurisprudenza, prevedendo che le parti, affinché la controversia sia decisa mediante determinazione contrattuale, debbano, con disposizione espressa per iscritto, derogare a quanto disposto dall'art. 824-bis. La formulazione della norma è stata tuttavia criticata da una parte della dottrina in quanto sembra richiedere una formula sacramentale al fine di selezionare la forma irrituale di arbitrato. Sul punto v. G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 7, di contrario avviso è SASSANI B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 26, nota n. 6, il quale dà un'interpretazione meno radicale al disposto del primo comma dell'art. 808-ter affermando che la norma non pretende una formula sacramentale ma solo la chiara affermazione della forma di arbitrato irrituale in mancanza della quale la convenzione di arbitrato dovrà essere interpretata come volta a selezionare l'arbitrato rituale. Sul punto concorda BOVE M., *La giustizia privata*, 2009, Verona, pag. 220 nota n. 4 sottolinea che "[...] i litiganti dovranno utilizzare [la formula] per rendere palese, e quindi non dubitabile, la loro scelta a favore dell'arbitrato irrituale [...]" in quanto "[...] difficilmente ci si potrà accontentare di dell'uso di espressioni generiche". Nello stesso senso anche F.P. LUISO - B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, pag. 262; G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007 fasc. 4, pag. 558.

zione del lodo e fissi, una volta per tutte, il principio del contraddittorio ⁽²⁰⁸⁾ quale principio cardine di ogni tipo di arbitrato.

La discussione concernente la natura dell'arbitrato irrituale non pare essersi sopita, però, anche a seguito della introduzione dell'art. 808-ter c.p.c.. In dottrina sono state espresse tre diverse ricostruzioni concernenti la struttura dell'arbitrato la cui identificazione è imprescindibile per determinare il contenuto del negozio lodo e, alla fine di questo studio, la sua trascrivibilità ⁽²⁰⁹⁾ perché, come si vedrà, vi è una certa differenza tra un lodo che è *un negozio* ed un lodo che ha *gli effetti del negozio*.

⁽²⁰⁸⁾ Si v. sul punto in giurisprudenza Cass. 24 febbraio 2005, n. 1398, in *Riv. arb.*, 2006 fasc. 4, pag. 697 con nota di E. BERNINI, *Principio del contraddittorio e arbitrato irrituale*; questa ultima pronunzia, infatti, affermava che “[...] nell'arbitrato irrituale, traducendosi questo in una regolamentazione negoziale della contesa, in esecuzione di mandato ricevuto, gli arbitri non sono tenuti a prefissare termini alle parti nemmeno per quanto attiene al potere di presentare documenti e memorie ed esporre le loro repliche, essendo sufficiente che le parti stesse abbiano avuto comunque - in qualsiasi tempo e modo prima della pronuncia arbitrale - la possibilità di esplicitare la loro attività assertiva e deduttiva [...]” conformi Cass., 9 marzo 2001, n. 3463; Cass. 18 settembre 2001, n. 11678, secondo la quale nell'arbitrato irrituale la violazione del contraddittorio non si pone come vizio del procedimento, ma come violazione del contratto di mandato e può rilevare soltanto ai fini dell'impugnazione ai sensi dell'art. 1429 c.c., ossia come errore degli stessi arbitri, con la conseguenza che la sua deduzione comporta un'indagine sull'effettivo contenuto del mandato stesso ed apprezzamenti riservati al giudice di merito e non censurabili in Cassazione se correttamente e logicamente motivati; v. altresì P. CASCELLI, *Arbitrato irrituale e principio del contraddittorio*, in *Il Foro padano*, 2008 fasc. 3-4, pt. 2, pag. 133; nello stesso senso della giurisprudenza della S.C. v. A. LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pag. 1201; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il contraddittorio negli arbitrati rituali e irrituali*, in *Foro. pad.*, 1993, fasc. 1, pag. 48.

⁽²⁰⁹⁾ Dubbia, in ragione della questione sulla applicabilità del codice di rito all'arbitrato irrituale, è anche la forma della convenzione di arbitrato volta a scegliere questa forma di arbitrato. Mentre, infatti, una parte della dottrina ritiene necessaria solo la forma *ad probationem*, e ciò in ragione della paventata inapplicabilità della disciplina dettata dagli art. 807, di questo avviso è M. BOVE, sub art. 808 ter, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, pag. 80; e a ben vedere tale tesi poteva considerarsi prevalente in giurisprudenza prima della riforma, (si v. Cass. 22 maggio 2007, n. 11876; in dottrina già M. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e abitraggio*, Milano, 1967, pag. 122) proprio in ragione della inapplicabilità della disciplina codicistica all'arbitrato irrituale essendo, per altro verso, sempre ritenuto prevalente il principio della libertà delle forme in assenza di una chiara espressione del legislatore volta ad asserire il contrario. Tale consolidato orientamento, tuttavia, oggi merita di essere rivisto, anche in ragione delle palesi contraddizioni a cui era giunto sul piano delle conseguenze, che avevano portato la giurisprudenza (in questo senso v. Tribunale di Milano, 29 dicembre 2010, in *Diritto marittimo* 2012, 2, 552) ad escludere l'applicabilità degli artt. 1341 e 1342 alla convenzione per arbitrato irrituale. Sebbene questo ultimo orientamento non dipenda, solo, da quello sulla forma della convenzione ma, anche e forse in modo preponderante, dalla tralaticia argomentazione per cui la deroga implicata dall'arbitrato irrituale sarebbe meno invasiva per i diritti delle parti di quella volta alla rinunzia alla giurisdizione, esso rimane sostanzialmente non condivisibile. Sul punto si tornerà in seguito al paragrafo n. 11; v. nel senso della vessatorietà però Cass., 12 settembre 2011, n. 18679, in *Giustizia Civile* Massimario 2011, 10, 1392. secondo la quale “[l]a clausola compromissoria per arbitrato irrituale, anche quando la forma scritta sia richiesta soltanto ad probationem, necessita comunque di un'espressa approvazione da parte dei contraenti; ne consegue che tale clausola, se predisposta e sottoscritta, in relazione ad un contratto di compravendita, dal solo mediatore, in forma generica ed indeterminata e senza la previsione di garanzia secondo cui le parti hanno comunque la facoltà di opporvisi (cd. clausola di salvaguardia), deve ritenersi non legittimamente stipulata”. Sul punto v., altresì, Coll. arb., Milano, 2 settembre 2009, in *Riv. arb.*, 2009, fasc. 2, con nota di E. OCCHIPINTI, *La giurisprudenza arbitrale esclude la vessatorietà della clausola di arbitrato rituale*.

2.8. Il ritorno dell'arbitraggio e del mandato

Secondo una prima ricostruzione avanzata in dottrina la struttura dell'arbitrato irrituale sarebbe esclusivamente negoziale senza che sia possibile applicare al medesimo l'intero titolo ottavo del codice di procedura ⁽²¹⁰⁾.

Questa impostazione, per la quale l'arbitrato irrituale sarebbe un contratto tipico ⁽²¹¹⁾ disciplinato eccezionalmente dal codice di procedura, guarda con favore all'impostazione strutturale costruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza prima della riforma ²¹².

Si continua, pertanto, a ricondurre l'arbitrato *de quo* nello schema del mandato a transigere o ad accertare oppure all'arbitraggio applicato alla transazione e al negozio di accertamento.

Secondo questa tesi l'arbitrato irrituale è una sorta di *bucco nero* ⁽²¹³⁾ in cui le parti sono legittimate a riversare le "loro" regole senza doversi affidare a quelle del codice di rito; tale opinione, pertanto, ricorda da vicino l'impostazione maggioritaria antecedente alla riforma ⁽²¹⁴⁾ per cui l'arbitrato irrituale doveva soggiacere solo alle norme di diritto sostanziale regolanti il mandato, l'arbitraggio, la transazione e il negozio di accertamento. In sostanza, si tratta di una visione che consente una maggiore flessibilità dell'arbitrato proprio perché slegato dai vincoli codicistici.

⁽²¹⁰⁾P. CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato a contratto tipico, sviluppo della figura e ipotesi interpretative della nuova disciplina*, in *Contr. impr.*, 2007, fasc. 3, pag. 827; M. BOVE, Art. 808-ter, in Aa.V.v., *Riforma del diritto arbitrale (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2007, pag. 1149; M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di A. BUONFRATE e C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006, pag. 41; G. RAMPAZZI, *Sub art. 808-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. CARPI e M. TARUFFO, Padova, 2006, pag. 2172 il quale pone l'accento sull'uso da parte del legislatore della espressione "determinazione" che accomuna l'art. 808-ter proprio all'art. 1349 c.c., allo stesso modo segnalano l'uso del predetto termine M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 219 e C. CONSOLO, *Le impugnazioni nelle sentenze e nei lodi*, Padova, 2012, pag. 572; tale argomentazione non sembra del tutto condivisibile anche perché lo stesso articolo adotta il termine pronuncia in relazione al vizio importante l'annullabilità del lodo di cui al comma 2 ("[...] o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti [...]"); M. RUBINO SAMMARTANO, *Nozione di arbitrato irrituale o improprio*, in *Arbitrato, ADR conciliazione*, cit., pag. 999, l'A. infatti afferma che "[...] una netta distinzione tra arbitrato processuale (rituale), (incaricato di decidere) e mandatarî (incaricati di provvedere sul piano negoziale) debba essere rigorosamente mantenuta per imprescindibili esigenze sistematiche [...]" l'Autore, infine, non addividendo ad una scelta tra la natura di transazione e quella di composizione amichevole, ritenendole entrambe troppo anguste, adotta una soluzione dal medesimo definita "soft" finendo con il parlare di mandato congiunto a comporre. Non si occupa precisamente della struttura ma richiama, in relazione alle impugnazioni, l'art. 1349 c.c. F. MAUCERI, *Brevi note in tema di arbitrato irrituale fra processo e contratto*, in *Gius. civ.*, 2011 fasc. 10, pt. 2, pag. 506.

⁽²¹¹⁾In relazione alla tipicità P. CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato*, cit., pag. 831; *contra* (e si condivide tale opinione): G. ALPA, *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica*, cit., pag. 326.

⁽²¹²⁾Cfr. *supra* 2.2 e 2.3.

⁽²¹³⁾L'espressione è mutuata da: V. SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale*, nota a *Tribunale di Venezia 10 aprile 2008 e Collegio Arbitrale di Venezia 19 febbraio 2008*, in *I Contratti*, 2008, fasc. 10, pag. 375.

⁽²¹⁴⁾Così P. CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato*, cit., pag. 822.

Andando più nello specifico, si sostiene ⁽²¹⁵⁾ che l'art. 808-ter deve essere letto come il riconoscimento dell'arbitrato irrituale come figura "contrapposta" a quella rituale in ragione di quanto contenuto nella legge 14 maggio 2005, n. 80, nella quale si afferma che "[...] le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via d'azione e di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare [...]" ⁽²¹⁶⁾.

La legge di delega, pertanto, viene interpretata nel senso di non riconoscere ⁽²¹⁷⁾ "[...] l'unicità, strutturale e funzionale, del fenomeno arbitrale, ossia non si voleva affermare che le regole dettate dal codice di procedura civile debbano tendenzialmente essere applicate anche all'arbitrato irrituale [...]" ⁽²¹⁸⁾.

E, di conseguenza, seguendo questa ottica "[...] ravvisandosi nell'arbitrato irrituale un fenomeno di cooperazione tra le parti ed un terzo (l'arbitro) nella formazione di un regolamento negoziale, esso non può che essere riportato, strutturalmente, alla figura dell'arbitraggio, riconosciuta in termini generali dall'art. 1349 c.c." ⁽²¹⁹⁾.

Partendo da questo angolo prospettico, la non cristallina formulazione dell'art. 808-ter c.p.c., nella parte in cui afferma, al primo comma, che "[a]ltrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo" e, all'ultimo comma, che "[a]l lodo contrattuale non si applica l'art. 825", viene intesa come un'esclusione, totale, dell'applicabilità delle norme del codice di rito ⁽²²⁰⁾.

Di certo, però, la norma pone, in ragione della sua formulazione, il problema di capire il motivo per il quale il legislatore abbia scelto, da un lato, di escludere l'intero titolo ottavo per poi, dall'altro lato, ricordare che l'art. 825 comunque non si applica rendendo proprio questa ultima previsione pleonastica ⁽²²¹⁾.

Il filone ermeneutico qui in esame risponde con dovizia di argomentazioni affermando che occorre fare ricorso alla legge di delega anche in questo caso, ove le

⁽²¹⁵⁾M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 217; più cauto sul punto M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 39, il quale ritiene "per certi versi non chiara" la direttiva ivi contenuta.

⁽²¹⁶⁾Sulla delega v. E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pag. 951 e ss.

⁽²¹⁷⁾In palese contrapposizione, secondo questa ricostruzione, con quanto sostenuto dalle Sezioni Unite della Cass. Ss. UU., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. Arb.*, 2000, fasc. 3, pag. 699, con nota di E. FAZZALARI, pag. 704.

⁽²¹⁸⁾M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 218.

⁽²¹⁹⁾M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pagg. 219 - 220.

⁽²²⁰⁾M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 223; P. CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato*, cit., pag. 828.

⁽²²¹⁾In senso contrario M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 40 il quale sottolinea come il richiamo formulato alla inapplicabilità dell'art. 825 c.p.c. di fatto palesi la volontà del legislatore di non escludere l'applicazione di almeno una parte delle norme destinate all'arbitrato rituale, tra cui quelle che ne disciplinano il procedimento le quali, in ragione dell'identità di *ratio*, "[...] potrebbero essere ritenute applicabili - in via estensiva o analogica - anche al «lodo contrattuale» [...]". L'Autore, aggiunge, che, pertanto, sarebbero applicabili, ad esempio, le disposizioni in tema di nomina e sostituzione degli arbitri e argomenta tale affermazione ricordando come la stessa giurisprudenza abbia in più occasioni mutuato le disposizioni del codice di procedura per applicarle all'arbitrato irrituale (come ad esempio gli artt. 810 e 811. Cfr. *supra* cap. II, §§ 2.9 e 2.10).

due tipologie di arbitrato sono nettamente concepite come due ipotesi distinte in quanto l'arbitrato irrituale rimane nell'ambito negoziale mentre, e per altro verso, quello rituale permane un fenomeno di carattere giurisdizionale ⁽²²²⁾, in tal modo si spiegherebbe, pertanto, la divaricazione normativa (e non solo concettuale) tra le due figure.

Ciò che non convince di questa tesi, tuttavia, è proprio la implicita abrogazione dell'ultimo inciso dell'art. 808-ter che ne discende, ma su questo punto si tornerà in seguito.

Le conseguenze a livello applicativo dell'eventuale adozione di questa tesi sono molteplici.

La prima, come già precedentemente accennato, è quella di ricorrere, ancora una volta, alla riconduzione della struttura dell'arbitrato irrituale a quella dell'arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento, un ritorno giustificato dalla dottrina attraverso una prima argomentazione di carattere storico, perché, opinando in senso contrario, si dice, si finirebbe per dimenticare "[...] come l'arbitro sia stato visto nelle varie epoche storiche e nei diversi contesti normativi ora come sostituto del processo e quindi della giurisdizione ora come fenomeno contrattuale, rifacendosi essenzialmente alla transazione [...]" e perché, in secondo luogo, "[...] si dimentica che proprio l'arbitraggio quale istituto di diritto sostanziale, ha permesso di dare un saldo riconoscimento giuridico all'arbitrato irrituale nell'ambito del nostro ordinamento"⁽²²³⁾.

Questa parte della dottrina, per altro verso, aggiunge una seconda argomentazione volta a sostenere la ricostruzione dell'arbitrato irrituale come arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento. Si afferma, infatti, che le parti, attraverso la convenzione di arbitrato irrituale, pongono in essere un contratto che già dispone della situazione sostanziale controversa e, pertanto, nasce l'esigenza di utilizzare lo strumento dell'arbitraggio ⁽²²⁴⁾.

⁽²²²⁾M. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit.; ID, *La giustizia privata*, cit., pag. 225; ONSOLO C., *Le impugnazioni nelle sentenze e nei lodi*, cit., pag. 572; G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 14; l'A. tuttavia perviene a tale conclusione in ragione del contenuto dell'art. 808-ter, primo comma ultimo inciso, ma sottolinea come a suo avviso tale conclusione sembri incoerente in relazione a quelle che erano le intenzioni del legislatore volta ad affermare la natura unitaria dell'arbitrato; sul punto v., anche, P. CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato*, cit., pag. 827, secondo il quale "[...] si può dubitare, prescindendo da qualche ambiguità del dato normativo [...], e tenendo conto anche degli aspetti interpretativi correlati alla lettura della legge di delega, della netta distinzione fra arbitrato rituale e libero come espressione, il primo, di un potere giurisdizionale esercitato da privati [...], il secondo di una manifestazione dell'autonomia della parti che dà luogo a un fenomeno negoziale".

⁽²²³⁾M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 221.

⁽²²⁴⁾Tale impostazione è già stata qui criticata nel presente capitolo al cap. II, § 2.3

Ciò appare dovuto, e qui sta la novità, alla impossibilità di giustificare l'efficacia impediente della convenzione di arbitrato tramite il difetto di interesse ad agire o la temporanea improponibilità della domanda ⁽²²⁵⁾.

La seconda afferma, invece, alle norme applicabili perché, e se ne è fatto un breve accenno, nel momento in cui si escludono le disposizioni del codice di procedura, come ritiene altresì la giurisprudenza di legittimità ⁽²²⁶⁾, diviene necessario, stante l'asserita incompletezza della regolamentazione contenuta nell'art. 808-ter, ricorrere al codice civile ⁽²²⁷⁾.

E, allora, da ciò discende, ad esempio, la impossibilità di applicare l'art. 809 in presenza di eventuali problematiche nella nomina degli arbitri ⁽²²⁸⁾, per le quali si dovrà ricorrere all'art. 1472 c. 2.

Appare, altresì, impossibile applicare all'arbitrato irrituale le disposizioni volte a tutelarne l'imparzialità dell'arbitro in quanto, presupposta la radicale inapplicabilità dell'art. 815, l'arbitro sarebbe "[...] sempre legittimato [...] a rendere il lodo salvo nel caso di incapacità legale di agire", pertanto in tali casi troveranno applicazione gli artt. 1723 e 1726 in tema di mandato ⁽²²⁹⁾; nonché gli artt. 813-bis, 813-ter e 814 c.p.c. che afferiscono ai diritti e agli obblighi dei soli arbitri rituali, in quanto il rapporto tra parti e arbitri nell'arbitrato irrituale permane disciplinato

⁽²²⁵⁾M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 231 secondo l'Autore, infatti, si ha carenza di legittimazione ad agire solo quando l'interessato non ha bisogno del processo per perseguire il suo interesse, in quanto ha a sua disposizione uno strumento negoziale autonomo mentre in relazione alla temporanea improponibilità della domanda ritiene che essa non comporti un motivo impediente ma che, al massimo, possa legittimare una pretesa risarcitoria avverso la parte che abbia scelto di chiedere giustizia al giudice statale. Nello stesso senso P. CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato*, cit., pag. 827 il quale sottolinea che si può "[...] sostenere in maniera condivisibile che non si tratti di una rinuncia all'azione, bensì di una vera e propria eccezione di merito, fondata sulla circostanza che sin dalla clausola compromissoria le parti hanno stipulato un contratto che ha oggetto la definizione della lite, che incide sul diritto sostanziale, in quanto vi è ora un nuovo contratto, il cui contenuto deve essere determinato dal terzo".

⁽²²⁶⁾Cass. 17 gennaio 2013, n. 1158, per un esame sommario della stessa si v. *infra* cap. II, §§ 2.9 e 2.10.

⁽²²⁷⁾*Contra*: M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 40.

⁽²²⁸⁾G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 14.: l'Autore afferma altresì che "[...] il fatto che l'art. 808 ter parli sempre di arbitri al plurale e l'impossibilità di richiamare per le dette ragioni l'art. 809, comma primo, (secondo il quale «gli arbitri possono essere uno o più, purché in numero dispari») rende dubbio che sia consentito un arbitrato libero con un solo arbitro". *Contra*: P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1182. Sebbene si condividano le perplessità dell'Autore a riguardo della disposizione non si crede possibile condividere questa interpretazione la quale incide, fortemente, sulla libertà delle parti nella selezione dell'arbitrato irrituale come sistema di risoluzione delle controversie e, per altro verso, perché rende la norma completamente irrazionale stante la sicura ammissibilità, prima della riforma, di un arbitrato con arbitro unico. In altre parole, ove il legislatore avesse voluto raggiungere tale risultato avrebbe dovuto esprimere tale concetto in modo più chiaro per questo si dubita (ma in fondo solo si spera) che una tale interpretazione venga condivisa anche se, e qui c'è il rammarico, appare coerente rispetto alla lettera della norma.

⁽²²⁹⁾Nello stesso senso M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 219 il quale sottolinea come "[...] il valore della terzietà non gode di una garanzia diretta. Non in via preventiva. Ma neanche in via successiva, perché, essendo al più il lodo impugnabile per violazione del principio del contraddittorio, evidentemente la mancanza di terzietà dell'arbitro rileva solo se essa in concreto ha causato un'alterazione del principio di uguaglianza tra le parti". Il fatto che l'arbitro incapace di agire non possa rendere il lodo, per altro verso, appare alquanto pleonastica. Sul punto, prima della riforma, Cass. 9 marzo 2001, n. 3463; Cass. 29 maggio 2000, n. 7045.

dalle norme sul mandato ⁽²³⁰⁾. In ragione di questa impostazione, non trovano applicazione anche le norme sulla convenzione di arbitrato, sia nella forma di clausola compromissoria che di compromesso, e la forma utile per la validità della convenzione appare quella *ad probationem* e non quella *ad substantiam* ⁽²³¹⁾.

Per quanto concerne il termine entro cui deve essere reso il lodo, non potendosi applicare le disposizioni del codice di procedura, si ritiene necessario ricorrere alla disciplina del mandato, ovvero all'art. 1722, comma 1, n. 1 ⁽²³²⁾.

La terza incide, invece, sull'effetto della convenzione di arbitrato perché l'art. 808-ter non prende in esame l'ipotesi in cui una delle parti proponga domanda giudiziale prima dello svolgimento dell'arbitrato irrituale, come già evidenziato in precedenza, e perché non può trovare applicazione, nella logica di questa ricostruzione, l'art. 819-ter c.p.c. il quale disegna il rapporto tra arbitro (rituale) e giudice secondo lo schema della competenza ⁽²³³⁾.

Per quanto concerne l'impugnazione del lodo irrituale, invece, la maggior parte degli autori sembra ritenere di carattere tassativo l'elenco contenuto nell'art. 808-ter senza che sia ammissibile impugnare il lodo attraverso le previsioni contenute

⁽²³⁰⁾M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 239 il quale ricorda, in nota, come la giurisprudenza prima della riforma fosse divisa circa l'applicabilità all'arbitrato irrituale del procedimento di liquidazione delle spese e degli onorari degli arbitri previsto dall'art. 814 c.p.c. e richiama le seguenti pronunzie: in senso contrario Cass. 31 marzo 2006, n. 7623; in senso favorevole Cass. 3 settembre 2004, n. 17808 e Cass. 8 agosto 2003, n. 11963, in *Giur. it.*, 2004, pag. 1375.

⁽²³¹⁾Sul punto M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., pag. 236.

⁽²³²⁾In relazione alle norme applicabili prima della riforma: G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L.n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006)*, a cura di E. FAZZALARI, Milano, 2006, pag. 7, spec. pag. 10.

⁽²³³⁾In relazione a questa ultima disposizione è intervenuta la Corte costituzionale con la pronunzia del 19 luglio 2013, n. 223 secondo la quale “[è] costituzionalmente illegittimo l'art. 819 ter comma 2 c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c. Infatti, se il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse. Una di queste misure è sicuramente quella diretta a conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta davanti al giudice o all'arbitro incompetenti, la cui necessità ai sensi dell'art. 24 cost. sembra porsi alla stessa maniera, tanto se la parte abbia errato nello scegliere tra g.o. e giudice speciale, quanto se essa abbia sbagliato nello scegliere tra giudice e arbitro. Ed invece la norma censurata, non consentendo l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c., impedisce che la causa possa proseguire davanti all'arbitro o al giudice competenti e, conseguentemente, preclude la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda”.

nell'art. 1349 c.c. se non per quanto concerne le patologie causative della nullità ai sensi dell'art. 1418 (contrarietà a norme imperative ed ordine pubblico) ⁽²³⁴⁾.

2.9. La tesi unitaria

Una seconda via interpretativa, circa la struttura dell'arbitrato irrituale, è stata tracciata dalla dottrina ⁽²³⁵⁾ e si inserisce nello schema della c.d. tesi unitaria sulla quale, già in precedenza, si è avuto modo di esprimere qualche considerazione ⁽²³⁶⁾. Qui, tuttavia, occorre ripercorrere l'iter argomentativo adottato il quale, inevitabilmente, involge un nuovo esame, ma effettuato da una prospettiva diversa, sia dell'art. 808-ter che della legge di delega.

A riguardo di questa ultima si afferma che sia stata attuata ⁽²³⁷⁾ attraverso l'art. 808-ter, infatti si pone l'accento sulla parte della delega in cui il legislatore dice che "[...] le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio *comunque denominato*, salva la diversa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale [...]" ⁽²³⁸⁾.

⁽²³⁴⁾C. CONSOLO, *Le impugnazioni nelle sentenze e nei lodi*, Padova, 2012, pag. 574 che richiama G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., spec. pag. 10. Il primo Autore afferma, infatti, che l'art. 1349 c.c. "[...] si basa sulla premessa che la determinazione del terzo non è autonoma, mentre l'art. 808-ter attribuisce alla determinazione del terzo una qualche autonomia, nella misura in cui dà rilievo a vizi del procedimento in sé e per sé considerati, a prescindere dal fatto che rifluiscano in un errore sulla determinazione [...]" ; tale costruzione, in particolare nella visione dei sostenitori della tesi dell'arbitraggio applicato alla transazione, secondo il modestissimo avviso di chi scrive, appare incongruente. Se si afferma, infatti, che l'arbitrato irrituale è un arbitraggio (anche facendo leva sull'argomento letterale dovuto all'uso del termine determinazione) la previsione da parte del legislatore, per coerenza, non può essere considerata esaustiva perché l'arbitrato irrituale è, come detto, un arbitraggio e, pertanto, non essendo presente un'esclusione specifica dei relativi motivi di impugnazione degli altri motivi riconducibili alla norma sostanziale non si vede come essi possano essere esclusi in base ad una considerazione che, al contrario, sembra far propendere l'ago della bilancia proprio verso le interpretazioni più processuali, che ci si accinge a richiamare, dove viene esaltata l'autonomia stessa dell'arbitro irrituale rispetto all'arbitratore che qui, invece, influisce in via eccezionale solo per limitare i motivi di impugnazione del lodo irrituale. Per la tassatività dei motivi di impugnazione dell'arbitrato irrituale v. anche M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 41 il quale, comunque, parla di vicinanza con l'art. 1349 c.c. e non di identità. D'altronde questo ultimo autore, a ben vedere, si dissocia in relazione a gran parte delle argomentazioni qui riportate in quanto, l'unico tratto comune con la presente tesi, è quello della riconduzione dell'arbitrato irrituale, a livello di somiglianza, all'arbitraggio.

⁽²³⁵⁾B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007 fasc. 1, pag. 25; G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato*, cit., pag. 555; F. GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contr. e imp.*, 2006, pag. 301; V. BERTOLDI, *art. 808 ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO C., 2010, Milano, pag. 1624; C. PUNZI, *Il processo civile, Sistema e problematiche*, III, Torino, 2010, pag. 278; ritiene che il lodo irrituale non sia una transazione ma ne abbia l'efficacia: P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pag. 1159; dubbia è la posizione di G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 13 il quale afferma che "[...] si dà espresso riconoscimento al «procedimento arbitrale» come fase preordinata alla formazione del lodo che ne scandisce l'autonomia. Per queste vie se per il passato è stato possibile dire che il lodo rituale era una fonte *eteronoma* che regolava i comportamenti delle parti, mentre il lodo libero concorreva a dare corpo alla fonte *autonoma* del regolamento di interessi in conflitto, oggi sembra che anche l'arbitrato libero si ponga come fonte *eteronoma* [...]" .

⁽²³⁶⁾Cfr. *supra* cap. II, § 2.4.

⁽²³⁷⁾A riguardo questa parte della dottrina richiama, esattamente, la stessa parte della delega già richiamata nel paragrafo precedente.

⁽²³⁸⁾Il corsivo è aggiunto e ripreso da G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato*, cit., pag. 555

In altre parole, sarebbe lasciata alle parti solo la facoltà di decidere se ottenere una pronunzia munita degli effetti dell'art. 824-*bis* (e di conseguenza suscettibile di passare attraverso l'art. 825) oppure di scegliere una "decisione" avente effetti contrattuali.

Secondo tale costruzione, allora, diviene anche giustificabile il contenuto dell'art. 808-*ter* ove afferma, nel primo comma, che non si applicano le disposizioni del titolo ottavo e poi conclude, all'ultimo comma, che comunque non si applica l'art. 825, ciò perché tale costruzione viene intesa come volta a palesare il fatto che all'arbitrato rituale le norme del codice di procedura debbono essere applicate in ogni caso mentre, e per altro verso, a quello irrituale l'applicazione rimane facoltativa di modo che sia lasciato all'interprete il compito di individuarle ⁽²³⁹⁾. L'art. 825, invece, viene escluso in quanto è radicalmente inapplicabile all'arbitrato irrituale il quale non produce un lodo avente gli effetti di sentenza ai sensi dell'art. 824-*bis*.

Il punto che, per altro, distingue questa tesi dalle altre è quello per cui *questo* arbitrato irrituale non è *quello* costruito dalla prassi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza prima della riforma ⁽²⁴⁰⁾ ma è un altro arbitrato, per il quale si è stato adottato l'aggettivo irrituale, ma che non risponde, né nella struttura né negli effetti, a nessuna delle costruzioni avanzate prima della riforma tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza.

In ragione di ciò, allora, ogni discorso circa l'arbitrato irrituale dovrebbe essere impostato senza guardare all'aggettivo il quale, per evidenti ragioni, appare, per i sostenitori di questa tesi, fuorviante.

Tornando alle argomentazioni a supporto di questo orientamento è possibile ricordare le seguenti.

In primo luogo, si afferma ⁽²⁴¹⁾ che questa forma di arbitrato viene *procedimentalizzata* in quanto il legislatore adotta il termine "definizione" in relazione alla controversia ⁽²⁴²⁾ ma, inoltre, utilizza anche pronuncia, conclusioni, eccezione, procedimento e contraddittorio le quali portano a considerare l'atto con cui si conclude l'arbitrato come non riconducibile alla volontà delle parti.

⁽²³⁹⁾B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 31.

⁽²⁴⁰⁾Nello stesso senso, mi sembra, B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità*, cit., pag. 28 ove afferma che "[l]'arbitrato [irrituale] viene così processualizzato e gli aggettivi «irrituale» e «libero» perdono il carattere connotativo fin qui posseduto per assumere un valore puramente denotativo (di mera etichetta, per intenderci) [...]" e inoltre, a pag. 25, ove afferma, che "[p]ur conservando il nome di «arbitrato irrituale» l'istituto disciplinato dal nuovo art. 808-*ter* c.p.c. non può essere inquadrato con gli strumenti forniti all'interprete dalla passata esperienza dell'arbitrato libero".

⁽²⁴¹⁾B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità*, cit., pag. 28.

⁽²⁴²⁾Quale mera opinione personale, e come, tuttavia, si è espresso in precedenza, sebbene il termine "definizione" spinga l'interprete ad immaginare una forma processuale l'altro "termine adottato dal legislatore, ovvero "determinazione", spinge, parimenti, ad una associazione mentale con l'arbitraggio, tuttavia nella struttura dell'articolo appare evidente il predominio di termini che richiamano il processo in luogo dell'arbitraggio.

Si ritiene, in secondo luogo, che la disciplina delle impugnazioni si discosti dalle patologie che, solitamente, affliggono il contratto mentre sembra edificata in modo quasi speculare a quella dell'arbitrato rituale ⁽²⁴³⁾.

All'uopo, si pensi ⁽²⁴⁴⁾: all'invalidità della convenzione di arbitrato, la quale, fatta eccezione per il caso disciplinato dall'art. 817 c.p.c., risulta riportata specularmente al n. 1 dell'art. 829 c.p.c.; all'ultra petizione, che ricorda da vicino il n. 4 dell'art. 829 c.p.c. e, infine, all'applicazione del principio del contraddittorio, ove si versa in un'ipotesi di identità assoluta tra l'art. 808-ter, comma 1, n. 5 e l'art. 829, comma 1, n. 9.

A ciò occorre aggiungere che questa parte della dottrina esamina il rapporto tra parti ed arbitri in modo diverso rispetto alla tesi "contrattualistica" in quanto si afferma che l'atto (ovvero il lodo) "[...] non rileva quindi come atto produttivo di effetti giuridici conformi alla volontà manifestata da chi lo compie (terzo), bensì quale atto conforme allo scopo istituzionalmente affidatogli (*munus*), alla sua funzione obiettiva di definire la controversia su posizioni giuridiche sostanziali tramite un giudizio ricognitivo delle ragioni delle parti [...]" ⁽²⁴⁵⁾.

A riguardo, infine, dei motivi di impugnazione, nello schema ermeneutico tracciato da questa parte della dottrina, essi devono essere considerati tassativi senza però dimenticare l'impossibilità di escludere la violazione dell'ordine pubblico quale possibile patologia del lodo irrituale ⁽²⁴⁶⁾; rimangono escluse, per altro verso, tutte le eventuali cause di annullabilità concernenti i vizi del consenso (errore, violenza e dolo) espresso dagli arbitri e, parimenti, quelle afferenti al contratto di mandato in generale e all'arbitraggio.

Da ultimo, ed è forse l'elemento più importante da considerare negli sviluppi di questa tesi ricostruttiva, occorre verificare, data la presente impostazione, quali siano le norme applicabili "anche" all'arbitrato irrituale contenute nel titolo ottavo. Ovvero quali precetti possano varcare la soglia che separa l'arbitrato rituale da quello irrituale ⁽²⁴⁷⁾.

Procedendo con ordine, il primo gruppo di articoli soggetti a questo esame di "applicabilità" appaiono quelli concernenti la forma della convenzione di arbitrato, intesa in ambo le forme di clausola compromissoria e di compromesso. Secondo questa ricostruzione ⁽²⁴⁸⁾ i precetti contenuti negli artt. 807, 808 e 808-bis trovano sempre applicazione, indipendentemente dalla selezione della modalità irri-

⁽²⁴³⁾B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 28.

⁽²⁴⁴⁾B. SASSANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁴⁵⁾B. SASSANI, *op. cit.*, pag. 31.

⁽²⁴⁶⁾B. SASSANI, *op. cit.*, pag. 33.

⁽²⁴⁷⁾B. SASSANI, *op. cit.*, pag. 37 il quale distingue le norme del titolo ottavo in tre categorie: norme sicuramente applicabili, norme di dubbia applicazione e norme inapplicabili. Afferiscono a quest'ultima categoria, e sul punto si crede di poter condividere pienamente tale opinione come d'altronde la medesima è condivisa da tutta la dottrina, gli artt. 824-bis e 825, perché direttamente esclusi dal legislatore, gli artt. 827 - 831 in tema di impugnazione e revocazione di terzo nonché l'art. 819, comma 2, afferente alla decisione con efficacia di giudicato delle questioni pregiudiziali e l'art. 819-bis in tema di sospensione obbligatoria e gli artt. 839 e 840.

⁽²⁴⁸⁾G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato*, cit., pag. 564; P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pag. 1159; B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 37.

tuale in luogo di quella rituale. In ragione di ciò, il patto compromissorio, generalmente inteso, dovrebbe sempre rivestire la forma scritta *ad substantiam*.

La Corte di cassazione ⁽²⁴⁹⁾ ha confermato, sebbene aderendo alla tesi per cui non trovano applicazione le norme del titolo ottavo all'arbitrato irrituale, l'applicabilità a quest'ultimo delle disposizioni di cui agli artt. 806, 807, 808, in quanto l'art. 808-ter, secondo la Corte, non può che essere riferito solo alle norme che lo seguono e non a quelle che lo precedono. Deve esclusa, sempre secondo la Corte, l'applicabilità dell'art. 808-bis, "[...] perché esso si riferisce alle convenzioni inerenti uno o più rapporti non contrattuali e, dunque, a materia che, essendo l'arbitrato irrituale un contratto e dando luogo a "determinazione contrattuale" conseguente, è da ritenere non deducibile con esso".

Sembra, tuttavia, che questa argomentazione possa essere, agilmente, superata visto che il fatto che una lite non contrattuale possa essere risolta con un negozio (o con un lodo con effetti negoziali), sempre che essa rientri nella materia dei diritti disponibili, appare, assolutamente, pacifica.

Allo stesso modo, e lo si era già accennato in precedenza, divengono altresì applicabili le norme concernenti la nomina degli arbitri (artt. 809 ss.) ma appare, anche in questo contesto, alquanto dubbia l'applicabilità dell'art. 815, ovvero della riconsiliazione ⁽²⁵⁰⁾.

A riguardo, invece, del gruppo di norme comprese tra gli artt. 816 e 816-septies, secondo una parte della dottrina ⁽²⁵¹⁾, sono sicuramente applicabili gli artt. 816, 816-bis, 816-ter e 816-septies mentre ricadono nel "limbo" delle norme di

⁽²⁴⁹⁾Così Cass. 17 gennaio 2013, n. 1158 la quale afferma che, sebbene come detto sia contraria alla tesi prospettata nel presente paragrafo, afferma che "[r]iguardo al dubbio che resterebbe esclusa l'applicazione degli artt. 806, 807 e 808 c.p.c., si deve rilevare che è facilmente superabile osservando innanzitutto che la stessa collocazione di tali norme prima dell'art. 808 ter c.p.c., consente di escluderle da quelle che secondo la lettura di questa norma si condivide non trovano applicazione in presenza di arbitrato irrituale pattuito espressamente, nel senso che essa determina, secondo il criterio di esegesi sistematica che l'inciso "altrimenti, etc." letto a contrario, quando allude alle "disposizioni del presente titolo" si riferisca solo a quelle successive allo stesso art. 808 ter. D'altro canto, lo stesso art. 808 ter, esigendo, oltre alla pattuizione espressa dell'arbitrato la forma scritta, si iscrive nell'ambito della regola di cui all'art. 807".

⁽²⁵⁰⁾Per l'applicabilità degli artt. 809 e ss. si v. B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 37 il quale comprende anche l'art. 815 nel gruppo delle norme applicabili; *contra* G. VERDE G., *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 14; V. BERTOLDI, *art. 808 ter*, cit., pag. 1641; C. CECHELLA, sub. artt. 809-813, in Aa.Vv., a cura di S. MENCHINI, 2009, Padova, par. 2. Sulla riconsiliazione si v., in particolare, P. ORTOLANI, *Riconsiliazione dell'arbitro irrituale tra garanzie processuali e buona fede contrattuale*, in *Riv. arb.*, 2011, fasc. 3, pagg. 483 - 490.

⁽²⁵¹⁾B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 37.

dubbia applicazione l'art. 816-*quater*, comma 3 ⁽²⁵²⁾, l'art. 816-*quinquies*, comma 2 e 3 ⁽²⁵³⁾ e l'art. 816-*sexies* ⁽²⁵⁴⁾.

Nessun dubbio, invece, sorge in relazione all'applicazione degli artt. 817, afferente all'eccezione di incompetenza formulata innanzi all'arbitro ⁽²⁵⁵⁾, 817-*bis* e 818 mentre sembra doversi escludere l'applicabilità dell'art. 819, comma 2, in ragione della "[...] inidoneità del lodo irrituale al giudicato sostanziale [...]" ⁽²⁵⁶⁾, mentre appare, infine, applicabile l'art. 819-*ter* secondo l'argomentazione per cui la nozione di competenza adottata dal legislatore è "[...] sufficientemente ampia ed atecnica da potersi riferire senza soverchie difficoltà a qualsiasi rapporto giudice arbitri [...]" ⁽²⁵⁷⁾.

A riguardo di questa ultima disposizione, però, appare contraria l'opinione della giurisprudenza di legittimità ⁽²⁵⁸⁾, secondo la quale, ritenendo generalmente inapplicabile all'arbitrato irrituale le disposizioni del titolo ottavo, fatta eccezione per gli artt. 806-808, ritiene che, parimenti, deve essere esclusa l'applicabilità dell'art. 819-*ter* e che, pertanto, "[...] la decisione dell'a.g.o. affermativa o negativa della esistenza e/o validità di un arbitrato irrituale e che, dunque, nel primo caso non pronuncia sulla controversia dichiarando che deve avere luogo l'arbitrato irri-

⁽²⁵²⁾B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 38; nel senso della applicabilità J. POLINARI, art. 816 *quater*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, 2010, Milano, pag. 1853; G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato*, cit., pag. 562 secondo la quale "[...] è senz'altro da escludersi che una determinazione dell'assetto di interessi diversa dall'accertamento giurisdizionale possa produrre effetti (eventualmente anche riflessi) *ultra partes*, in pregiudizio dei terzi titolari di diritti autonomi (seppure connessi con quello dedotto in giudizio) o dei litisconsorti necessari pretermessi", anche in ragione di ciò, l'Autrice ritiene non applicabile il comma 3 proprio perché il lodo eventualmente reso *inter partes* avente efficacia contrattuale è inidoneo a sortire qualsivoglia effetto sulla posizione sostanziale del terzo. Ma sul punto v. *infra* cap. IV, § 4.9.

⁽²⁵³⁾Dubbia ne è l'applicabilità per B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 37; TOTA G., *Appunti sul nuovo arbitrato*, cit., pag. 562, invece ne esclude l'operatività, e lo stesso discorso vale per l'art. 816-*sexies*, in quanto le disposizioni "[...] postulano la vincolatività diretta o riflessa - ex art. 2909 c.c. e 404 c.p.c. - della decisione arbitrale anche nei confronti di talune categorie di terzi [...] laddove il regime del lodo libero presenta maggiori assonanze con quello delineato dall'art. 1372 c.c. [...]" Favorevole all'applicazione della norma all'arbitrato irrituale è BERTOLDI, *Osservazioni a margine del nuovo art. 808 ter c.p.c.*, in *Studi in onore di PUNZI C.*, 2008, pag. 307.

⁽²⁵⁴⁾Ne è radicalmente esclusa l'applicabilità da G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato*, cit., pag. 562.

⁽²⁵⁵⁾B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 37.

⁽²⁵⁶⁾G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato*, cit., pag. 563.

⁽²⁵⁷⁾G. TOTA, *op. loc. ult. cit.*; Secondo B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 38, "[...] sembra difficilmente applicabile, in concreto, la parte del comma 1 relativa all'impugnabilità con regolamento di competenza della pronuncia del giudice che afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato. In realtà si tratta più di una prognosi fattuale che di una profonda convenzione di chi scrive, nulla opponendosi in linea logico-sistematica alla conclusione opposta [...]"

⁽²⁵⁸⁾Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158, la S.C. non si discosta da un orientamento che poteva dirsi assolutamente consolidato prima della riforma del 2006, sul punto v. Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158; Cass., 5 dicembre 2012, n. 21869; Cass. 29 marzo 2012 n. 5105, *Rivista dell'Arbitrato* 2012, fasc. 3, pag. 565 con nota di E. OCCHIPINTI, *Ancora sul principio dell'esclusione dell'autonomia della clausola di arbitrato irrituale*; Cass. 04 marzo 2011, n. 5265, in *Giustizia Civile* 2013, 7-8, I, 1556; nello stesso senso, ma nella giurisprudenza di merito e dopo la riforma Tribunale di Bari 16 aprile 2012; Tribunale Nocera Inferiore, 24 gennaio 2013.

tuale e nel secondo dichiara invece che la decisione dell'a.g.o. può invece avere luogo, non è suscettibile di impugnazione con il regolamento di competenza [...]”.

Traslando l'attenzione sugli artt. 820, 821, 822, 823, 824, 826 e 832, posta la sicura esclusione per volontà legislativa degli artt. 824-*bis* e 825, è possibile rilevare come in questa corrente dottrina sia sostanzialmente condivisa l'opinione per cui tali disposizioni siano applicabili all'arbitrato irrituale ⁽²⁵⁹⁾.

Di contrario avviso è, tuttavia, la Corte di cassazione la quale, con la pronuncia del 17 gennaio 2013, n. 1158, ed a seguito di un'istanza di regolamento di competenza, ha avuto modo di soffermarsi su alcune delle questioni qui prospettate.

Sul punto, la Corte, ritenendo comunque applicabili anche all'arbitrato irrituale le disposizioni concernenti la convenzione di arbitrato, ritiene che vi potrebbero essere alcuni indizi, tra cui il richiamo all'art. 825 e l'art. 818, per ritenere applicabili all'arbitrato irrituale tutte le disposizioni del titolo ottavo ⁽²⁶⁰⁾ ma che essi non siano decisivi.

La giurisprudenza di legittimità, pertanto, afferma che, “[...] con riferimento all'esclusione dell'applicabilità dell'art. 818 c.p.c., [...] desumere da essa che arbitri irrituali potrebbero concedere provvedimenti cautelari è un fuor d'opera, perché, dovendo essi porre capo ad una determinazione contrattuale e, quindi, ad un negozio, per definizione non possono dare provvedimenti cautelari, che sono esercizio di giurisdizione e strumentali alla giurisdizione piena [...]” e che il richiamo all'art. 825 “[...] è spiegabile con la considerazione che, prevedendo il primo comma della norma che l'arbitrato irrituale pattuito espressamente per iscritto comporta deroga all'art. 824 *bis* nel senso che la controversia si intenda definita dagli arbitri mediante "determinazione contrattuale", l'esclusione dell'applicabilità di esso sotto tale profilo avrebbe potuto suggerire che comunque a detto arbitrato trovasse applicazione proprio l'art. 825.

Ciò, per effetto dell'eccettuazione di detta applicazione, espressa dallo stesso art. 824 *bis* con il "salvo quanto disposto dall'art. 825". Si vuol dire cioè che, riferendosi la previsione di deroga dell'applicazione dell'art. 824 *bis* solo all'efficacia di sentenza del lodo, sarebbe potuto sorgere il dubbio che l'art. 825, in deroga all'inapplicabilità delle disposizioni successive all'art. 808 *ter*, restasse applicabile per non essere stata riferita la deroga a quel “salvo quanto, etc.”[...].”.

⁽²⁵⁹⁾Così B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pagg. 37 e 38, ove l'autore però sottolinea che il mancato rispetto dell'art. 822 non comporta l'invalidità del lodo salvo che le parti non abbiano espressamente previsto quale condizione di validità dello stesso. Sull'ammissibilità di tali disposizioni anche G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato*, cit., pag. 563; *contra* Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158.

⁽²⁶⁰⁾E precisamente si tratterebbe del riferimento all'art. 825 c.p.c. contenuto nell'art. 808-*ter* come poc'anzi ricordato, e alla previsione contenuta nell'art. 818 che, una volta resa inapplicabile, consentirebbe agli arbitri di provvedere alla tutela cautelare.

2.10. *La terza corrente*

Nell'orbita della tesi unitaria si pongono degli autori ⁽²⁶¹⁾ che, sebbene partano dallo stesso presupposto, quello della struttura processuale dell'arbitrato irrituale, e concludano con il riconoscimento dell'effetto negoziale del lodo, manifestano un palese dissenso in relazione all'applicabilità diretta all'arbitrato irrituale delle disposizioni contenute nel titolo ottavo, come, d'altronde, affermato anche dalla Corte di cassazione ⁽²⁶²⁾.

Di fatti, questa parte della dottrina pone l'accento sulla struttura processuale dell'arbitrato irrituale asserendo che si rilevano tutti i connotati tipici del processo stesso che porta, però, ad una sostanziale sovrapposizione del modello rituale a quello irrituale salvo che per il dato effettuale del lodo ⁽²⁶³⁾ ma elevano l'effetto dell'avverbio utilizzato dal legislatore in relazione al titolo ottavo: "altrimenti".

Da ciò si determina la necessità di rispondere ad un interrogativo più alto, ovvero quale senso abbia la radicale contrapposizione tra i due tipi di arbitrato discendente dalla scelta di rendere inapplicabili all'arbitrato irrituale le disposizioni del titolo ottavo del codice di procedura ⁽²⁶⁴⁾.

Domanda alla quale, però, non può essere data risposta se non entrando nella mente del legislatore, ma è possibile, come fa questa parte della dottrina, dare una chiave di lettura diversa basata sulla sostanziale contrapposizione tra modello rituale e irrituale dovuta alla formulazione della norma cardine tesa a *procedimentalizzare* l'arbitrato libero senza permettere il ricorso al complesso normativo dell'arbitrato rituale, ove ciò non sia esplicitamente richiesto dalle parti ⁽²⁶⁵⁾.

A ciò si aggiunge, per altro verso, che l'arbitrato rituale, a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite 25 ottobre 2013, n. 24153, è stato, nuovamente, richiamato nella giurisdizione; sembra necessario, pertanto rivalutare i rapporti tra arbitrato rituale e irrituale nonché, per altro verso, le tangenze tra le relative discipline che, in questi termini, diventano ancor più difficili da argomentare ⁽²⁶⁶⁾.

Nel sostenere questa tesi, ovviamente, si incede verso il disconoscimento dei fondamenti ermeneutici della tesi unitaria afferenti al dato letterale contenuto nell'art. 808-ter. Si afferma, infatti, che la linea interpretativa costruita nell'ambito

⁽²⁶¹⁾Si tratta, in particolare, di P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1159 e G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 7.

⁽²⁶²⁾Si v. il paragrafo precedente per le argomentazioni contenute in Cass. 17 gennaio 2013, n. 1158.

⁽²⁶³⁾Così P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1164 il quale nella nota n. 16 esprime il suo dissenso rispetto alla tesi dell'arbitraggio applicato al contratto di transazione.

⁽²⁶⁴⁾G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 13 l'Autore si pone, nella specie, una serie di interrogativi che qui si riportano per la loro importanza: "[s]e l'arbitrato libero è diverso dall'arbitrato rituale, che senso ha dire che le parti dispongono che il lodo libero ha efficacia contrattuale in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis [...] non era sufficiente stabilire semplicemente che le parti possono accordarsi per una definizione della lite che affidano al terzo? E se, al contrario, si è voluta affermare la comune natura dei due arbitrati, che senso ha prevedere perentoriamente che (le disposizioni del presente titolo) si applicano soltanto all'arbitrato rituale? [...]".

⁽²⁶⁵⁾Per la inapplicabilità del titolo ottavo all'arbitrato irrituale oltre P. BIAVATI, *op cit.*, *passim* e M. BOVE, *op cit.*, *passim*, il quale però sostiene la tesi dell'arbitraggio applicato alla transazione ma anche G. VERDE, *Arbitrato irrituale cit.*, pag. 14; G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, pag. 425.

⁽²⁶⁶⁾Cfr. cap. I, 1.7, nt. 130.

della tesi unitaria finisce con il determinare una notevole “manipolazione” ⁽²⁶⁷⁾ della norma perché questa, sia essa intesa in senso negativo o in senso positivo, determina la necessità di compiere una scelta tra l’applicabilità o l’inapplicabilità del titolo ottavo senza consentire che venga effettuata una selezione caso per caso.

In altre parole, e qui l’avviso è di carattere personale, l’art. 808-ter nel revocare l’applicabilità del titolo ottavo in generale, rimette alle parti la facoltà di scegliere le regole del procedimento, come d’altronde testimoniato dal n. 4, comma 2, dell’articolo in commento ⁽²⁶⁸⁾, che siano di loro gradimento per regolare il loro rapporto. Si tratta, in sostanza, di una diversificazione delle norme applicabili dovuta alla “disponibilità” o “indisponibilità” delle stesse, senza tacere che, tuttavia, una parte delle norme contenute nel titolo ottavo possono essere “utilizzate” (dalla giurisprudenza e dalla dottrina) al fine di risolvere eventuali situazioni di crisi del procedimento arbitrale libero senza che il medesimo giunga ad essere un omologo claudicante (a livello di effetti) dell’arbitrato rituale. Se ci si incammina su questa strada interpretativa, inoltre, si giunge ad affermare che l’esclusione dell’art. 825 rende, di fatto, indisponibile l’applicazione della norma per le parti che, a monte, abbiano scelto l’arbitrato irrituale.

In questo modo si rende onore, pertanto, al tenore letterale della disposizione dicendo che, da un lato, le norme del rituale in generale non si applicano ma, per altro verso, sottintendendo che esse possono essere selezionate dalle parti; tale potere, inoltre, appare radicalmente escluso tanto per l’art. 825 quanto per l’art. 824-bis e, implicitamente, per le norme concernenti l’impugnazione del lodo rituale, la cui inapplicabilità sembra, a ragione, indiscussa.

Le norme del titolo ottavo, però, possono essere distinte in due macro categorie: da un lato, quelle che disciplinano il rapporto tra arbitrato e processo, le quali appaiono, secondo questa linea ermeneutica, radicalmente inapplicabili in quanto il richiamo sembra coerente solo quando l’arbitrato produce un lodo avente effetti di sentenza e, dall’altro lato, le norme volte a regolare il procedimento, per le quali può essere effettuato un discorso diverso ⁽²⁶⁹⁾.

Il problema principale, tuttavia, appare quello di delimitare quali siano le norme richiamabili dalle parti, ovvero per cui sussiste una disponibilità completa e, per altro verso, quali siano quelle, come gli artt. 824-bis e 825 c.p.c. (richiamati espressamente dal legislatore), per cui non sia *disponibile* un trapianto nel corpo dell’arbitrato irrituale.

L’esclusione degli artt. 827, 828, 829 e 830 c.p.c. appare quantomeno chiara, anche perché il dettato contenuto nell’art. 808-ter in tema di impugnazione del lodo irrituale appare autosufficiente salvo per quanto concerne la violazione di

⁽²⁶⁷⁾Così P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1169, precisamente nota n. 26.

⁽²⁶⁸⁾Che rimette alle parti anche la determinazione della patologia derivante dalla mancata applicazione delle norme selezionate.

⁽²⁶⁹⁾Così P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1169, il quale aggiunge che l’applicazione di dette norme si pone sulla scorta della fungibilità tra processo e arbitrato come, d’altronde, affermato dalla Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, con nota di R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, pag. 2883.

norme imperative o la contrarietà all'ordine pubblico con la precisazione che, mentre le patologia derivante dalla violazione dei numeri da 1 a 5 dell'art. 808-ter comporta l'annullabilità, e la conseguente azionabilità nel termine quinquennale, quella derivante dalla violazione dell'ordine pubblico (inteso nella caratura domestica) e delle norme imperative comporta la nullità del lodo e, di conseguenza, l'azionabilità in ogni tempo.

Anche l'impostazione ermeneutica qui tracciata comporta, ovviamente, delle conseguenze.

In primo luogo, si pone il problema della inapplicabilità degli artt. 806 - 808-bis c.p.c.. Come si è avuto modo di sottolineare ⁽²⁷⁰⁾ anche la dottrina che tende a ricondurre l'arbitrato irrituale nell'alveo dell'arbitraggio esclude l'applicazione di dette disposizioni, però arriva alla conclusione che la forma della convezione di arbitrato possa rivestire, ai fini della sua validità, anche la sola forma *ad probationem*; sembra preferibile, invece, pervenire ad una conclusione diversa argomentando attraverso il contenuto dell'art. 808-ter il quale, nel richiedere che sia espressa in modo chiaro la volontà delle parti di escludere gli effetti derivanti dall'art. 824-bis c.p.c. implicitamente richiede la forma scritta *ad substantiam* ⁽²⁷¹⁾; il ragionamento è il seguente: se per ottenere un lodo con gli effetti di sentenza, che appare la forma di arbitrato preferita dal legislatore, per escludere detti effetti la manifestazione di volontà delle parti deve essere rivestita dalla stessa forma secondo il principio di simmetria.

La Corte di cassazione ⁽²⁷²⁾, come già precedentemente accennato, sembra essere dello stesso avviso sebbene adoperi un'argomentazione diversa secondo la quale l'art. 808-ter, nella parte in cui esclude l'applicabilità all'arbitrato irrituale delle disposizioni contenute nel titolo ottavo, dovrebbe essere inteso nel senso di escludere solo le disposizioni che siano collocate successivamente all'interno del codice di procedura.

Più articolato, sembra, invece, il ragionamento concernente l'art. 808-bis. La parte della dottrina che ha esposto la tesi alla quale si è ritenuto di aderire afferma che l'arbitrato irrituale, in ragione della inapplicabilità delle disposizioni del codice di rito, comporta che la decisione dei giudici di natura negoziale può afferire, esclusivamente, ai soli negozi ⁽²⁷³⁾.

Forse sembra possibile una lettura diversa. La natura non negoziale della controversia, si pensi ad esempio agli acquisti a titolo originario di diritti reali, i quali prescindono dalla fonte negoziale, possono tuttavia essere composti attraverso una transazione o un negozio di accertamento.

⁽²⁷⁰⁾Cfr. § 2.7 nel presente capitolo.

⁽²⁷¹⁾Sul punto v. P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1170 secondo il quale (pag. 1171) "[...] la relativa clausola contrattuale ve certamente approvata secondo le regole dell'art. 1341 c.c. e, nei rapporti tra professionisti e consumatori, si deve ritenere vessatoria ai sensi degli artt. 35 e 36 del codice del consumo, con tutte le conseguenze che ne seguono".

⁽²⁷²⁾Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158.

⁽²⁷³⁾Sul punto P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1176 il quale ritiene che, a suo avviso, "[...] danno luogo a nullità radicale del lodo irrituale la pronunzia su materia non contrattuale e quindi non compromettibile [...]". *Contra*, però, Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158 sul punto si rinvia alle argomentazioni formulate nel paragrafo precedente.

In altre parole, non sembra che dal tenore dell'art. 808-ter si possa desumere una simmetria tra fonte della lite ed effetto del lodo tale da determinare l'esclusione, in generale, delle materie di fonte non negoziale e, per altro verso, ove il legislatore avesse voluto sortire tale effetto avrebbe dovuto, perlomeno, essere più chiaro perché una tale conseguenza determina un'ulteriore compressione della utilità concreta dell'arbitrato irrituale già pesantemente minata dalla riforma. In ragione di ciò, sembra possibile concludere, a riguardo, che il parametro per sancire l'arbitrabilità di una lite permanga quello della disponibilità del diritto; massimando il concetto: se le parti possono disporre del diritto con un negozio possono altresì ricorrere all'arbitrato irrituale - d'altronde, non si riesce a rintracciare una *ratio* sottesa a tale divieto ⁽²⁷⁴⁾ - e possono, parimenti, predisporre un negozio volto a regolare le proprie controversie anche quanto le stesse non siano ancora scaturite.

In secondo luogo, appare radicale l'inapplicabilità diretta delle disposizioni concernenti la nomina degli arbitri, dalla quale sorge, allora, il problema dell'imparzialità dell'arbitro o degli arbitri, in quanto l'art. 808-ter richiama solo l'art. 812, e non sembra esserci spazio per fare ricorso alla ricusazione ⁽²⁷⁵⁾.

Se queste norme, però, sono inapplicabili in via diretta occorre tuttavia sondare se tali disposizioni possano essere richiamate dalle parti o imposte agli arbitri. Non sorgono particolari dubbi in relazione agli artt. 809 - 813-bis ⁽²⁷⁶⁾ mentre, per altro verso, l'art. 813-ter sembra sì poter trovare applicazione all'arbitrato irrituale ma con una argomentazione specifica in quanto, una volta che si afferma la natura di giudizio all'attività degli arbitri, diviene difficile ritenere che la responsabilità degli stessi differisca da quella degli arbitri rituali ⁽²⁷⁷⁾, in relazione a tale norma, pertanto, non sarebbe necessaria nemmeno la selezione ad opera delle parti.

In terzo luogo, appare inapplicabile, invece, l'art. 814 c.p.c. in quanto il relativo procedimento non sembra avere natura disponibile (in altre parole gli arbitri irrituali dovranno ricorrere agli strumenti ordinari per ottenere i compensi) e la

⁽²⁷⁴⁾La medesima affermazione si trova in M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, pag. 336.

⁽²⁷⁵⁾G. VERDE G., *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 14.

⁽²⁷⁶⁾Sottolinea P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1182 che non appare più accettabile nel nuovo sistema tracciato dalla riforma l'estensione anche all'arbitrato libero dell'art. 810 comma 2, in ragione di ciò, secondo l'Autore occorre ricorrere a quanto previsto dall'art. 1473 comma 2.

⁽²⁷⁷⁾La responsabilità dell'arbitro ai sensi dell'art. 813-ter, comma 1, n. 2, potrebbe solo essere invocata quando siano stati richiamati gli art. 820 o 826 dalle parti all'atto della stipulazione della convenzione di arbitrato a pena di annullabilità del lodo; *contra*: P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1183 il quale riconduce alla natura di mandato il rapporto tra parti ed arbitri. Sulla responsabilità degli arbitri in generale v. F. AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L.n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006)*, a cura di E. FAZZALARI, Milano, 2006, pag. 85.

norma appare di carattere speciale e volta a regolare i rapporti patrimoniali tra parti ed arbitri all'interno dell'arbitrato rituale ⁽²⁷⁸⁾.

In quarto luogo, l'art. 816-*bis* sembra, altresì, applicabile in via diretta, ovvero senza indicazione formulata dalla parti, in quanto verte sullo svolgimento del procedimento e ricalca la configurazione adottata dall'art. 808-*ter*, comma 2, n. 4. Allo stesso modo sembra applicabile, senza manifesto richiamo, ma per motivi di attrazione, l'art. 816 in tema di sede dell'arbitrato.

Diversa appare la questione in relazione, invece, all'istruzione probatoria in quanto, sebbene sia indiscutibile la facoltà degli arbitri, ad esempio, di sentire dei testimoni, secondo una parte della dottrina ⁽²⁷⁹⁾ non appare possibile "[...] richiedere al presidente del tribunale di ordinare la comparizione del teste che non voglia spontaneamente presentarsi" mentre la giurisprudenza di merito afferma il contrario aderendo alla tesi unitaria ⁽²⁸⁰⁾.

A riguardo degli interventi, in quinto luogo, appare difficile ritenere che si applichino le norme del codice di procedura salvo che non siano espressamente richiamate dalle parti e che, in concreto, le stesse non dismettano il principio dell'unanimità che appare necessario ogni qual volta si tendono ad estendere gli effetti di un contratto ai terzi, come ad esempio nelle società di persone.

In sesto luogo, una volta condivisa la natura processuale del procedimento si determina, a mo' di conseguenza, che la scelta dell'arbitrato irrituale comporta, comunque, una rinuncia alla tutela giurisdizionale e, pertanto, l'eccezione appare di rito, "[...] non rilevabile d'ufficio, che comporta la reiezione della domanda senza esame del merito [...]" ⁽²⁸¹⁾.

Infine, a riguardo dei motivi di impugnazione, si ritiene che l'errore di fatto possa rientrare nel contesto dell'arbitrato irrituale solo ove richiamato dalle parti attraverso la previsione del n. 4 dell'art. 808-*ter* comma 2, tuttavia, per una parte della dottrina ⁽²⁸²⁾, l'impugnazione dell'errore di fatto può rappresentare una regola implicita in quanto le parti "[...] non possono prescindere da una corretta decisione della controversia, quanto meno sotto il profilo di un'esatta percezione delle

⁽²⁷⁸⁾Così anche P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1183; la questione è, comunque, molto discussa in giurisprudenza, si v. Cass. 10 ottobre 2013, n. 23086 secondo la quale "[l']ordinanza emessa dal presidente del tribunale, con la quale vengono determinati, in difetto di preventiva quantificazione contrattuale, le spese e l'onorario degli arbitri irrituali è insuscettibile di impugnazione con ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost. dal momento che la decisione che conclude il procedimento è sfornita pure dell'attitudine a divenire "sentenza" ed il compenso dovuto agli arbitri irrituali si connota come debito "ex mandato", per l'adempimento del quale è attivabile un ordinario giudizio di cognizione". Per l'arbitrato rituale, ma in relazione ad una fattispecie anteriore alla riforma del 2006, si v. Cass. 3 luglio 2009, n. 15586, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2009, fasc. 4, pag. 687, con nota di R. TISCINI, *Nuovi voli pindarici della giurisprudenza di legittimità per porre un argine all'accesso: è insindacabile il provvedimento di liquidazione del compenso degli arbitri emesso dal Presidente del tribunale ai sensi dell'art. 814 c.p.c.*

⁽²⁷⁹⁾P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1185.

⁽²⁸⁰⁾In questo senso Tribunale di Venezia, decreto del Presidente, 10 aprile 2008, in *I Contr.*, fasc. 10, 2008, pag. 869 il quale sembra aderire alla tesi unitaria ordinando ai testi di comparire innanzi agli arbitri.

⁽²⁸¹⁾P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1166, spec. nota n. 18.

⁽²⁸²⁾P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1174.

circostanze [...]” e che, pertanto, sia consentita l’impugnazione del lodo irrituale tanto in relazione all’errore di fatto che all’ipotesi di dolo degli arbitri.

Seguendo tale impostazione, allora, anche l’errore di diritto deve essere valutato dal giudice dell’impugnazione in quanto “[...] la determinazione dell’assetto di interessi fra le parti non può prescindere dal più sostanziale dei requisiti di giudizio: vale a dire, la decisione giusta [...]” (283).

A riguardo delle ipotesi di nullità del lodo, invece, non appare possibile discostarsi da quanto precedentemente detto in relazione alla tesi unitaria, ovvero che tale patologia possa scaturire solo dalla violazione di norme inderogabili o dell’ordine pubblico (inteso nella sua accezione domestica) (284).

2.11. *Mandato a decidere.*

Il rapporto tra le parti e l’arbitro, secondo questa ultima ricostruzione, torna ad essere regolato dalle norme sul mandato, avente ad oggetto il lodo e il rispetto delle regole del procedimento eventualmente dettate dalle parti (285) rimanendo inapplicabili le disposizioni concernenti la forma del patto compromissorio (286).

A questo punto si tratterebbe, pertanto, di un mandato a “decidere” una controversia e, quindi, non si ricadrebbe né nello schema della transazione né in quello del negozio di accertamento.

Questa ricostruzione del rapporto tra parti e arbitri, tuttavia, appare convincente, come si è avuto modo di esplicitare in precedenza (287), anche perché l’attività a cui l’arbitro è preposto, ovvero non già quella di risolvere la lite, ma quella di pervenire ad una decisione attraverso un lodo si pone in senso opposto rispetto al dato effettuale derivante dalla transazione o dal negozio di accertamento i quali, invece, appianano la lite tra le parti attraverso una manifestazione di volontà che gli arbitri non effettuano.

A questo punto, pertanto, sembra possibile, comunque, affermare il rapporto parti arbitri rimane influenzato anche da disciplina della prestazione d’opera professionale (288) perché il lodo, ove posto in una concezione unitaria dell’arbitrato, non muta struttura ma muta i suoi effetti nell’alterità impostata dal legislatore tra la forma in commento e quella scaturente dall’art. 824-*bis* incidente solo sul dato effettuale.

(283) P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1175.

(284) Cfr. *supra* cap. II, 2.9.

(285) P. BIAVATI, *op. loc. ult. cit.*; G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 16.

(286) Come sottolinea P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1170 la norma conferma l’esigenza che la selezione dell’arbitrato irrituale comporta comunque l’espressione in forma *ad substantiam* della formula ivi contenuta comportante l’esclusione dell’art. 824-*bis* dal regime operativo dell’arbitrato selezionato, sembra allora possibile far discendere la simmetria tra le forme delle convenzioni di arbitrato rituali e irrituali da questo aspetto, senza dover richiamare le disposizioni dell’arbitrato rituale.

(287) Cfr. *supra* cap. III, § 2.2.

(288) F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., pag. 110; in senso dubitativo G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., pag. 16. Già critico sulla configurazione del rapporto tra parti e arbitri come mandato A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, cit., pag. 511.

“La disciplina generale applicabile è pertanto, oltre quella del contratto, quella del contratto di mandato, ai sensi degli artt. 1703 ss, che, per il carattere intellettuale e professionale della prestazione richiesta all’arbitro, può integrarsi con le disposizioni sulla prestazione d’opera intellettuale, artt. 2230 e ss” ⁽²⁸⁹⁾.

2.12. *Un altro arbitrato irrituale?*

Se le considerazioni effettuate nel paragrafo precedente hanno un peso, constatata la necessità di pervenire ad una identificazione delle forme di arbitrato almeno dal punto di vista strutturale, ci si può rivolgere una domanda ancora più spinosa ovvero se può coesistere nel nostro ordinamento uno strumento che rappresenti un sistema di risoluzione delle controversie negoziale, che non sia connotato da una struttura processuale quale è stato, qualche lustro fa, l’arbitrato irrituale.

L’attenzione riposta sulla struttura dell’arbitrato irrituale poc’anzi effettuata determina, a mo’ di conseguenza immediata, la possibilità di osservare come il nuovo arbitrato irrituale si discosti, ampiamente, dalla struttura ad esso attribuita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, prima della riforma.

D’altronde, il legislatore non sembra essersi posto, fino in fondo, problemi di “natura”; ma, una volta scelta l’una o l’altra ricostruzione, dall’esame letterale della nuova disposizione ⁽²⁹⁰⁾, è apparsa preferibile quella impostazione teorica secondo la quale l’effetto principale dell’art. 808-ter sia quello di legittimare una fattispecie nuova, la quale si pone in netto contrasto, già per il fatto di essere contenuta nel codice di procedura, rispetto a quella precedente alla riforma.

In ragione di ciò, sembra possibile affermare che sullo sfondo rimangano quelle costruzioni dell’arbitrato irrituale che, allo stato attuale delle norme processuali, non sembrano potere essere ricondotte nello spettro operativo dell’art. 808-ter ⁽²⁹¹⁾ e che, sebbene non specificamente disciplinate, appaiono ancora lecite ed ammissibili in quanto derivanti dalla addizione di strumenti tipizzati quali, solo a titolo d’esempio, l’arbitraggio e la transazione. Ciò, per altro verso, non postula nemmeno la necessità, per sancire l’ammissibilità di questi strumenti, di ricorrere all’ampia clausola di apertura posta dall’art. 1322 c.c.

Sopravvive, altresì, e una parte della dottrina sottolinea tale conseguenza ⁽²⁹²⁾ della riforma, anche il c.d. biancosegno, ovvero quella modalità di risoluzione delle controversie basata sulla sottoscrizione di foglio in bianco con la finalità di ri-

⁽²⁸⁹⁾Così C. CECHELLA, sub artt. 809 - 813, in *La nuova disciplina dell’arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, pag. 123, al quale si rinvia per ulteriori note bibliografiche.

⁽²⁹⁰⁾Come si è avuto già modo di riportare in nota di contrario avviso appare altra parte della dottrina secondo la quale il dato testuale dell’art. 808 ter sembra tendere verso la natura di arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento.

⁽²⁹¹⁾Secondo P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808 ter c.p.c.*, cit., pag. 1162, “[a] stretto rigore, non si potrebbe neppure parlare dopo la novella del 2006, di arbitrato irrituale, ma si dovrebbe utilizzare l’espressione arbitrato contrattuale [...]”. A pag. 1166 l’Autore afferma altresì, che “[d]el resto, a quelle parti a cui questo schema dovesse comunque troppo cogente, non può essere preclusa la via, in forza dell’art. 1321 c.c., di rifondare un arbitrato totalmente libero e contrattuale, capace di muoversi in un circuito parallelo a quello della giustizia privata riconosciuta dallo stato” nonché Corte di appello di Milano, 4 marzo 1980.

⁽²⁹²⁾B. SASSANI, *L’arbitrato a modalità irrituale*, cit., pag. 40.

mettere il riempimento del documento ad uno o più terzi la quale, inevitabilmente, deve essere tenuta ben distinta dall'attuale arbitrato irrituale ma che appare, dal punto di vista teorico, assolutamente legittima.

In ragione di ciò la questione, in conclusione, è di tipo lessicale; ovvero verte sulla possibilità di chiamare o meno tali forme di adr arbitrati irrituali. Ove si consideri che l'arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento e il biancosegno, ovvero lo strumento adottato un tempo per legittimare l'arbitrato irrituale stesso e la fattispecie concreta all'epoca più rilevante in termini di uso, siano senza dubbio sopravvissuti alla riforma e all'introduzione di una norma *ad hoc* per l'arbitrato irrituale, non si può che ridurre la questione sull'esistenza di un ulteriore arbitrato libero in un problema di aggettivazioni escludendo che gli strumenti più remoti possano essere ricondotti sotto lo stesso tetto dell'attuale arbitrato irrituale che, come si è avuto modo di sottolineare, appare radicalmente diverso.

Di conseguenza, sebbene si difetti della fantasia necessaria per trovare nuovi appellativi, sembra possibile asserire che il "vecchio" arbitrato irrituale sia ancora vivo ma non risponda più al nome di arbitrato irrituale.

2.13. *Trascrizione del lodo: rinvio*

Il temi della efficacia del lodo irrituale sarà ulteriormente precisato nel capitolo conclusivo di questo studio di modo da permettere un più chiaro raffronto tra le fattispecie esaminate nei diversi capitoli e la pubblicità immobiliare.

Tuttavia, sembra che la discussione concernente la forma del lodo non possa che conseguire a quanto sin qui scritto perché, una volta che il rapporto tra parti e arbitri si affranca dalla disciplina del mandato a stipulare, attribuendo al lodo la natura di decisione, si ricade, giocoforza, nello schema della decisione eteronoma che, in quanto tale, non sembra rappresentare una manifestazione di volontà e, perciò, sembra prescindere dalla simmetria delle forme prevista in tema di rappresentanza.

CAPITOLO III

MEDIAZIONE

Sommario. 3.1.Introduzione, il quadro normativo (e costituzionale) della mediazione. 3.2.Il doppio ambito di applicazione oggettivo. 3.3.La materia dei diritti reali e il caso, particolare, dell'usucapione. 3.4.I modelli di *mediation* scelti dal legislatore 3.5.La proposta del mediatore e il suo contenuto. 3.6.La mediazione facilitativa: l'accordo e la proposta informale. 3.7.Il verbale. 3.8.Le sottoscrizioni e l'autentica del mediatore. 3.9.L'esecutività: cenni sul nuovo comma 1 dell'art. 12 d.lgs. 28/2010. 3.10.Tornando al contenuto: penali o *astreintes*?

3.1.Introduzione, il quadro normativo (e costituzionale) della mediazione

Nel lessico giuridico degli ultimi anni il termine mediazione ⁽²⁹³⁾ ha assunto una nuova accezione a cui il ceto forense non era abituato ⁽²⁹⁴⁾, in particolare, prima con la legge 18 giugno 2009, n. 69 e, poi, con il successivo decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 ⁽²⁹⁵⁾, il legislatore domestico ha disciplinato un nuovo

⁽²⁹³⁾La mediazione nel diritto sostanziale è disciplinata dagli artt. 1754 e ss. ed è, ovviamente, ben diversa da quella qui di interesse; sulla mediazione civile in generale si v. M. STOLFI, *Della mediazione*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, libro IV, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1953.

⁽²⁹⁴⁾In realtà la *mediation* è un istituto risalente agli anni 70, v. G. DE PALO - G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie - ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano 1999.

⁽²⁹⁵⁾Sulla mediazione di cui al d.lgs. 28/2010 si v.: AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. BESSO, Torino, 2010; R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pag. 575; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, ed. II, Padova, 2012; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. BOVE, Padova, 2011; AA. VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di B. SASSANI e F. SANTAGADA, ed. II, Roma, 2011; A.A. V.V., *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. TISCINI, Milano, 2012; A.A. V.V., *La nuova disciplina delle mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, Milano, 2010; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; V. AMENDOLAGINE, *Alcuni aspetti della mediazione "vista da vicino", tra utopia legislativa e prassi quotidiana*, in www.judicium.it; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in www.judicium.it; R. CATERINA, *Natura e disciplina dell'accordo raggiunto dalle parti in sede di mediazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012 fasc. 1, pag. 234; D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in www.judicium.it; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; P. GIANNITI R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Torino, 2012; F.P. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in www.judicium.it; J. NIEVA-FENOL, *Mediazione: un'alternativa ragionevole al processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2013, pag. 1327; SCARSELLI G., *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it; R. TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in www.judicium.it; R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it; R. CAPONI *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, f. I, pag. 89; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, f. 3, p. 653; C. CONSOLO, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto tra Repubblica Italiana e art. 6 del Cedu*, in *Corriere Giuridico*, fasc. 1, 2010, pag. 431; F. SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012; L. ZANUTTIGH, *Mediazione e processo civile*, in *Contratti*, 2011, pag. 205. Dopo il d.l. 69/2013 si v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, ed. VII, Milano, 2013.

procedimento di Adr, con natura obbligatoria in talune materie ⁽²⁹⁶⁾, volto a definire la lite tra le parti attraverso l'opera di un terzo: il mediatore.

La mediazione qui d'interesse sorge, pertanto, con il d.lgs. 28/2010, quale attuazione dell'art. 60 della l. 69/2009, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali ⁽²⁹⁷⁾ con la quale il legislatore delegante ha risposto alla direttiva comunitaria 2008 (52) CE del 21 maggio 2008 con delle previsioni in qualche caso "dissonanti" ⁽²⁹⁸⁾.

La *ratio* della direttiva, come sottolineato da una parte della dottrina, è rintracciabile nella volontà di introdurre un sistema volto ad evitare, più che a favorire, l'uso della giurisdizione statale pervenendo alla risoluzione delle controversie attraverso strumenti negoziali ⁽²⁹⁹⁾ in una prospettiva transnazionale ⁽³⁰⁰⁾. Un altro scopo sotteso è, invece, quello di "[...] fornire una disciplina quadro agli Stati membri che ad essa possono attingere per la promozione dell'istituto a livello nazionale [...]" ⁽³⁰¹⁾.

La delega è stata in seguito tradotta nel predetto d.lgs. n. 28/2010 il quale disciplinava, e disciplina tuttora, tre diverse forme di mediazione di cui, la prima, di

⁽²⁹⁶⁾Si v. *infra* nel presente capitolo §§ 3.2 e 3.3.

⁽²⁹⁷⁾In dottrina, in relazione alla legge di delega: F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, fasc. 5, pag. 1257 e ss.; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, fasc. 5, pag. 845 e ss.; I. LOMBARDINI, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, fasc. 1, pag. 8 e ss.; F. CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione*, in *I Contratti*, fasc. 1, 2010.

⁽²⁹⁸⁾V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, fasc. 1, pag. 2, il quale ritiene che a rigore la traduzione del termine *mediation* in mediazione non è esatta perché il termine è utilizzato nel nostro ordinamento in relazione ad un altro istituto ma, per altro verso, afferma che era praticamente impossibile operare diversamente in quanto la trasposizione letterale del termine è entrata ormai nell'uso comune. L'A., inoltre, sottolinea come i due termini vengano sovente usati come sinonimi e che, inoltre, non vi sia una distinzione tra "conciliazione" e "mediazione" per il solo fatto che nella seconda si verifica l'intervento di un terzo che sottopone alle parti delle proposte al fine di risolvere la lite anche perché, nel nostro ordinamento, l'art. 696-bis c.p.c. definisce conciliazione un'attività sovrapponibile a quella del mediatore in discorso. Uno degli elementi della normativa domestica ove non è riscontrabile una simmetria con la direttiva è quello della "proposta" formulabile dal mediatore all'esito del procedimento di conciliazione, su cui si tornerà in seguito. A riguardo della mediazione nella prospettiva comunitaria si v. anche E.M. APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Cont. e imp.*, 2009, fasc. 1, pag. 59; segnala un effetto paradossale dell'uso del termine "mediazione" per questo procedimento C. VACCÀ, *sub Art. 2 - Controversie oggetto di mediazione*, in *La nuova disciplina delle mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, Milano, 2010, pag. 16, ove rileva che l'art. 16 del Codice deontologico forense vieta all'avvocato di esercitare l'attività di mediatore che, ovviamente, si riferisce alla mediazione disciplinata dal codice civile.

⁽²⁹⁹⁾V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation*, cit., pag. 2.

⁽³⁰⁰⁾Così recita il considerato n. 10 della direttiva 2008 (52) CE: "[l]a presente direttiva dovrebbe applicarsi ai procedimenti in cui due o più parti di una controversia transfrontaliera tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con l'assistenza di un mediatore. Essa dovrebbe applicarsi in materia civile e commerciale, ma non ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Tali diritti e obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia e del lavoro".

⁽³⁰¹⁾V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation*, cit., pag. 8 il quale, all'uopo, indica il considerato n. 8 della direttiva 2008 (52) CE.

carattere obbligatorio, discendente dalla previsione di cui all'art. 5 comma 1 (ora comma 1-bis) del decreto citato; la seconda, derivante dall'art. 2 d.lgs. citato ⁽³⁰²⁾, di carattere facoltativo, in cui si consente il ricorso alla mediazione per qualsiasi controversia concernente diritti disponibili e, la terza, “*ope iudicis*” derivante dall'invito (non rifiutabile) formulato dal giudice ⁽³⁰³⁾ di procedere alla mediazione.

L'obbligatorietà della mediazione, tuttavia, non era stata menzionata dal legislatore delegante mentre risultava, ma non in senso precettivo, nella direttiva comunitaria, perché lasciata alla discrezionalità del singolo stato membro ⁽³⁰⁴⁾.

Il legislatore delegato con l'art. 5, comma 1, d.lgs. citato disponeva ⁽³⁰⁵⁾ che l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione rappresentasse una con-

⁽³⁰²⁾In relazione all'art. 2 d.lgs. citato v. C. VACCÀ, *sub Art. 2 - Controversie oggetto di mediazione*, in *La nuova disciplina delle mediazione delle controversie civili e commerciali*, cit., pag.35, il quale si occupa del rapporto tra la mediazione qui in commento e le altre procedure di Adr; P. LICCI, *Ambito di applicazione del D.LGS. N. 28/2010. Abrogazioni e rapporti con le altre procedure di conciliazione*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 22 e spec. pag. 27.

⁽³⁰³⁾Ci si riferisce, in particolare, all'art. 5, comma 1, d.lgs. citato prima del d.l. 69/2013 a seguito del quale è rimasta invariata la rilevazione anche *ex officio*, ma comunque non oltre la prima udienza, della improcedibilità della domanda e conseguente fissazione di un termine dopo la scadenza del termine della mediazione (ora di tre mesi) e all'art. 5, comma 5, nel quale, invece, è stata rimessa al giudice di secondo grado la facoltà di “obbligare” le parti a tentare la via della mediazione quando, nella formulazione precedente, era possibile solo formulare un invito alle parti.

⁽³⁰⁴⁾Come detto, la direttiva comunitaria 2008 (52) CE si rivolge alle controversie aventi carattere transnazionale e l'art. 5, comma 2, recita “[I]a presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”. Sottolinea tale aspetto anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 272/2012 ove afferma che “[...] dai richiamati atti dell'Unione europea non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione. Fermo il favor dimostrato verso detto istituto, in quanto ritenuto idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell'Unione disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato («può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro», ai sensi dell'art. 3, lettera a, della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008), ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio (art. 5, comma 2, della direttiva citata) [...]”. In dottrina si v. C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, fasc. 3, pag. 863; G. SPINA, *Le questioni interpretative sottoposte dall'Italia alla Corte di giustizia UE in materia di mediazione civile (gennaio-settembre 2011)*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2012 fasc. 3-4, pag. 643; M. BARIZZA, *La Direttiva 2008/52/CE: i criteri guida della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, 2012 fasc. 3, pag. 263; E. CAPOBIANCO, *Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell'ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive. Parte prima*, in *Vita notarile*, 2011 fasc. 3, pt. 1, pag. 1429; E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, in www.judicium.it; A. FRIGNANI, *Il d.lgs. n. 28 (sulla mediazione) nel quadro della normativa dell'Unione europea*, in *Dir. ed eco. ass.*, 2011 fasc. 3, pag. 977; M. MICELI, *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52/CE*, in *Europa e diritto privato*, 2009 fasc. 3, pag. 855; P. PIRODDI, *Due anni per disegnare la conciliazione stragiudiziale*, in *Guida al Diritto - Dossier*, 2009 fasc. 6, pag. 101.

⁽³⁰⁵⁾La norma, almeno per quanto concerne l'obbligatorietà della mediazione, non ha subito modifiche incisive, si v. *infra*, nel presente capitolo, § 3.2.

dizione di procedibilità della domanda solo in relazione ad una serie di controversie rappresentanti un blocco ben poco omogeneo ⁽³⁰⁶⁾.

L'obbligatorietà della mediazione non oltrepassava, tuttavia, il vaglio della Corte costituzionale ⁽³⁰⁷⁾ che, con la sentenza 6 dicembre 2012, n. 272 ⁽³⁰⁸⁾, sanciva l'incostituzionalità del predetto art. 5, comma 1, d.lgs. citato, ritenendo che "[...] la detta legge delega, tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione [...]" e affermando, altresì, che "[i]l denunciato eccesso di delega, dunque, sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010 [...]" e, inoltre, che [t]ale vizio non potrebbe essere superato considerando la norma introdotta dal legislatore delegato come un coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal dele-

⁽³⁰⁶⁾In relazione all'art. 5, prima della pronuncia della Corte costituzionale, si v. M.M. ANDREONI - G. BATTAGLIA - S. GIAVARRINI - S. ROMANO, *art. 5 - Procedibilità e rapporti con il processo*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, cit., pag. 79 e ss, che rilevano la *ratio* della obbligatorietà della mediazione in relazione alle materie di cui all'art. 5 d.lgs. citato in quanto ha presunto che le controversie vertenti su tali materie siano particolarmente "[...] lunghe e litigiose [...]" (pag. 85); nonché L. RISTORI, *Art. 5 Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, pag. 77; a riguardo si v. altresì *infra* nel presente capitolo § 3.2 e 3.3.

⁽³⁰⁷⁾La questione di costituzionalità è stata sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con ordinanza del 12 aprile 2011, in riferimento agli articoli 24 e 77 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e dell'articolo 16, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; Tar Lazio, Roma, sez. I, ord. 12 aprile 2011, n. 3202, con note di D. PONTE, *Il Tar Lazio rimanda alla Corte costituzionale il regolamento sulla «giustizia alternativa»*, in *Guid. dir.*, 2011, n. 17, pag. 15; N. SOLDATI, *Al vaglio l'obbligo del «previo esperimento»*, in *Guid. dir.*, 2011, n. 17, pag. 29; I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio*, in *Giur. merito*, 2011, pag. 1926; G. FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità e le altre forme di mediazione*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. TISCINI, cit., pag. 66, la quale segnala, altresì, l'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, circa l'interpretazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 28/2010. Sul punto anche l'ordinanza del Giudice di Pace di Mercato San Severino del 21 settembre 2011.

⁽³⁰⁸⁾Corte cost. 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272, in *Rivista dell'arbitrato*, 2013, fasc. 1, pag. 67, con nota critica di R. TISCINI, *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*, pag. 105; sulla legittimità costituzionale dell'obbligatorietà della mediazione si v., prima della pronuncia della Corte cost. che ha dichiarato incostituzionale, principalmente, l'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *www.judicium.it*. La direttiva 2008 (52) CE, inoltre, lasciava liberi gli stati di "[...] rende[re] il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario". Sulla sentenza della Corte costituzionale si v., altresì, C. GAMBA, *La Corte costituzionale e la mediazione: un giudice "indifferente al conflitto" o una Corte che tace?*, in *N. Giur. Civ. Comm.*, 2013, fasc. 6 pag. 350; R. ROMBOLI, *Sull'illegittimità costituzionale del carattere obbligatorio della mediazione*, *Nota a ordinanza della Corte costituzionale 23 ottobre 2012, 6 dicembre 2012*, in *Foro it.* 2013, fasc. 4 pag. 1107; G. FINOCCHIARO, *Osservazioni minime a margine della dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. "mediazione obbligatoria"*, *Osservazione a Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Gius. civ.*, 2013 fasc. 1, pt. 1, pag. 23.

gante, perché – come sopra messo in rilievo – in realtà con il censurato art. 5, comma 1, si è posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri della delega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata”.

La Corte costituzionale, quindi, dichiarava “[...] l’illegittimità costituzionale dell’art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. [...]” sottolineando, altresì, che la declaratoria dovesse essere “[...] estesa all’intero comma 1, perché gli ultimi tre periodi sono strettamente collegati a quelli precedenti (oggetto delle censure), sicché resterebbero privi di significato a seguito della caducazione di questi” ⁽³⁰⁹⁾.

In altre parole, la Corte costituzionale dichiarava l’illegittimità costituzionale per eccesso di delega delle disposizioni inerenti alla mediazione obbligatoria senza, però, occuparsi della fondatezza delle ulteriori censure formulate nelle molteplici ordinanze di rimessione ⁽³¹⁰⁾, lasciando impregiudicata la possibilità di reintrodurre delle ipotesi di mediazione obbligatoria ⁽³¹¹⁾.

Con il decreto legge 21 giugno del 2013, n. 69, convertito con la legge 9 agosto 2013, n. 98, il legislatore domestico è intervenuto sul d.lgs. n. 28/2010 ripristinando, da un lato, l’obbligatorietà della mediazione e rimodulando, dall’altro lato, alcuni elementi della relativa disciplina ⁽³¹²⁾.

Allo stato attuale, pertanto, gli avvocati sono mediatori di diritto ⁽³¹³⁾, ma debbono possedere un’adeguata preparazione in relazione alla mediazione e comun-

⁽³⁰⁹⁾A cascata la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali: l’art. 4, c. 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo concernente il dovere di informativa posto a carico dell’avvocato, e al sesto periodo, limitatamente alla frase «se non provvede ai sensi dell’articolo 5, comma 1»; l’art. 5, c. 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; l’art. 5, c. 4, limitatamente alle parole «I commi 1 e»; l’art. 5, c. 5, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; l’art. 6, c. 2, limitatamente alla frase «e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell’articolo cinque»; l’art. 7, limitatamente alla frase «e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell’art. 5, comma 1»; lo stesso articolo 7 nella parte in cui usa il verbo «computano» anziché «computa»; l’art. 8, c. 5; l’art. 11, c. 1, limitatamente al periodo «Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all’art. 13»; l’intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo «resta ferma l’applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile»; l’art. 17, comma 4, lettera d); n) dell’art. 17, comma 5; l’art. 24.

⁽³¹⁰⁾Per l’analisi delle ulteriori ordinanze di rimessione si rinvia alla pronuncia della Corte costituzionale prima citata nonché, in dottrina, prima della sentenza, si v. G. FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità e le altre forme di mediazione*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. TISCINI, cit., pag. 66.

⁽³¹¹⁾In questo senso: G. FINOCCHIARO, *Osservazioni minime a margine della declaratoria*, cit., pag. 26; d’altronde la Corte, per altro verso, specifica come il caso della mediazione sia completamente diverso da quello concernente la conciliazione in materia giuslavoristica sulla quale la censura dell’eccesso di delega non era stata ritenuta sussistente. Si v. Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Giust. civ.*, 2000, pag. 2499, con nota di BRIGUGLIO A., *Un’occasione per la pronuncia di una sentenza interpretativa di rigetto da parte della Consulta?*.

⁽³¹²⁾Art. 16, c. 4-bis d.lgs. 28/2010 come modificato da d.l. 69/2013.

⁽³¹³⁾Art. 5, c. 1, d.lgs. 28/2010 come modificato da d.l. 69/2013.

que devono informare il cliente circa la mediazione ⁽³¹⁴⁾, l'assistenza legale diviene obbligatoria ⁽³¹⁵⁾, la durata del procedimento scende da quattro mesi a tre mesi ⁽³¹⁶⁾, i costi di mediazione vengono ulteriormente ridotti ⁽³¹⁷⁾, la sottoscrizione da parte degli avvocati dell'accordo diviene obbligatoria e ne determina la natura di titolo esecutivo ⁽³¹⁸⁾; peculiare, invece, appare la modifica effettuata all'art. 5 dove, al comma 1 (ovvero il comma 1-*bis*) viene ripristinata l'obbligatorietà della mediazione e il legislatore aggiunge un termine di efficacia alla norma di quattro anni ⁽³¹⁹⁾ mentre, al comma 2, viene previsto che anche il giudice di appello possa "obbligare", e non solo "invitare", le parti ad esperire un tentativo di mediazione ⁽³²⁰⁾.

La modifica più rilevante, almeno per le finalità di questo studio, appare certamente quella introdotta fuori dal d.lgs. citato ma, direttamente, nel codice civile; ci si riferisce all'introduzione del nuovo n. 12-*bis* all'art. 2643 c.c. il quale dispone che sono soggetti a trascrizione "[...] gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

Le modifiche apportate a seguito della pronunzia della Corte costituzionale non risolvono, tuttavia, tutti i problemi della mediazione, e, in particolare, rimane fo-

⁽³¹⁴⁾Art. 4, c. 3, d.lgs. 28/2010 come modificato da d.l. 69/2013; in relazione a tale disposizione si tratta più che altro di una riproposizione della medesima norma operante prima dell'intervento della Corte costituzionale.

⁽³¹⁵⁾Art. 5 c. 1, d.lgs. 28/2010 come modificato da d.l. 69/2013; accogliendo così le opinioni espresse da una parte della dottrina, si v. V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation* cit., pag. 4, il quale già criticava la sola proposta di escludere l'obbligatorietà dell'assistenza legale sulla base di una presunta riduzione, conseguente, dei costi. Si v. altresì N. SOLDATI, *Al vaglio l'obbligo*, cit., pag. 34.

⁽³¹⁶⁾Art. 6, c. 1, d.lgs. 28/2010, come modificato da d.l. 69/2013.

⁽³¹⁷⁾Si v., all'uopo, l'art. 17 c. 5-*bis* e c. 5-*ter*, questo ultimo azzerava le spese di mediazione quando venga rilevato l'esito negativo della stessa al primo incontro.

⁽³¹⁸⁾Art. 12, d.lgs. 28/2010, come modificato da d.l. 69/2013, norma, questa, che pone qualche problema di raccordo posto che, in sostanza, richiederebbe l'apposizione della formula esecutiva direttamente all'accordo e perché delega agli avvocati il controllo della non contrarietà all'ordine pubblico e alle norme imperative; a riguardo si v. *infra*, nel presente capitolo, §

⁽³¹⁹⁾A riguardo del termine di "prova" di quattro anni per la mediazione appare possibile sottolineare come in dottrina sia stata più volte rimarcata la scarsa utilità della predisposizione di sistemi di ADR obbligatori in quanto essi non sortiscono l'effetto sperato concernente la riduzione del numero delle liti, per tali considerazioni si v. G. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in *www.judicium.it*, § 2, ivi ulteriori riferimenti.

⁽³²⁰⁾Il legislatore ha disposto un'ulteriore modifica, quella concernente la definizione di mediazione contenuta nell'art. 1, mentre, infatti, la disposizione precedente affermava che per mediazione si intende "[...] l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta nella risoluzione della stessa" il nuovo testo, a seguito del d.l. 69/2013, prevede che la mediazione sia "[...] l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa" sottolineando, mediante l'"anche", la natura meramente eventuale della proposta.

Il legislatore, inoltre, è intervenuto anche sulle materie soggette a mediazione obbligatoria (art. 5, c. 1) precisando che rientrano nell'ambito della mediazione non solo le controversie in materia di risarcimento dei danni da *malpractice* medica ma anche, più in generale, quelle concernenti la materia sanitaria.

riera di qualche dubbio la legittimità della obbligatorietà della mediazione in relazione all'art. 24 Cost. come d'altronde, prima della pronunzia, sottolineato dal Tar del Lazio nella ordinanza di rimessione (³²¹).

Così tracciato il quadro normativo e costituzionale di questa forma di *mediation*, sembra necessario sviluppare i discorsi seguenti prendendo le mosse dall'esame delle materie oggetto di mediazione, delimitando, pertanto, l'ambito di applicazione oggettivo della stessa (nella sue forme: volontaria, obbligatoria e *ope iudicis*), al fine di indicare le liti aventi ad oggetto diritti trascrivibili, in seguito si procederà ad analizzare la struttura della mediazione (facilitativa, aggiudicativa e valutativa) e i suoi esiti esaminando il verbale e l'accordo (anche sotto il profilo del contenuto prendendo in considerazione il problema delle *astrenites*) nonché la natura di titolo esecutivo *ex lege* di quest'ultimo, in presenza di ben determinate circostanze.

Le questioni concernenti la trascrizione, invece, saranno esaminate nell'ultimo capitolo ove saranno affrontati alcuni problemi connessi quali, solo a mero titolo di esempio, quelli afferenti alla figura del notaio-mediatore, alla natura di negozio di accertamento dell'accordo "amichevole" e, ancora, all'interpretazione del riferimento formulato dal legislatore ai soli negozi di cui all'art. 2643 c.c..

3.2. *Il doppio ambito di applicazione oggettivo*

L'ambito di applicazione, pertanto, deve essere delineato, da un lato, per la mediazione facoltativa (art. 2 d.lgs. citato) e, dall'altro, per la mediazione obbligatoria (art. 5 d.lgs. citato).

L'attuale ambito di applicazione della mediazione volontaria di cui al d.lgs. n. 28/2010 non è stato modificato dall'intervento della Corte costituzionale la quale, come si è detto (³²²), ha inciso su altre disposizioni mentre, con il successivo d.l. n. 69/2013, è stato introdotto il nuovo comma 1-*bis* nell'art. 5, d.lgs. citato, com-

(³²¹)Sul punto si veda l'ordinanza del Tar Lazio 12 aprile 2010 cit. e la sentenza della Corte cost. n. 272/2013 la quale si limita a censurare l'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 solo sotto il profilo della delega e non della rispondenza del dettato normativo all'art. 24 Cost.. Sul punto si rinvia a N. SOLDATI, *Al vaglio l'obbligo*, cit., pag. 32. e v., *contra*, R. TISCINI, *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria*, cit., pag. 107. A riguardo, tuttavia, potrebbero avere tutto un altro peso le argomentazioni derivanti dalla sentenza della Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Mass. giur. lav.*, 2000, pag. 1098, con nota di R. TISCINI, *Legittimità del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*.

(³²²)Si v. *supra* nel presente capitolo § 3.1.

portante una compressione delle materie soggette alla mediazione obbligatoria ⁽³²³⁾.

A riguardo dell'ambito di applicazione soggettivo della mediazione l'art. 2 del d.lgs. citato contiene una disposizione simmetrica a quella contenuta nell'art. 24 Cost., lasciando aperta la strada della mediazione a "chiunque" ⁽³²⁴⁾.

Senza dubbio più interessante appare l'ambito di applicazione oggettivo, anche perché il legislatore ha fatto ricorso al mai desueto criterio della disponibilità dei diritti controversi ⁽³²⁵⁾ attualmente operante in relazione alla transazione, ex art. 1966 c.c. ⁽³²⁶⁾, e all'arbitrato, tanto nella forma rituale che in quella irrituale, nonché, e per altro verso, all'intera disciplina contrattuale come limite alla potestà regolamentare delle parti.

Il concetto di disponibilità del diritto si lega, da un lato, con la capacità delle parti di poter regolare un proprio rapporto mediante un negozio privato e, dall'altro lato, con l'impianto normativo di riferimento per quel dato negozio. All'uopo, si suole impostare il confine della disponibilità del diritto in relazione alle norme

⁽³²³⁾Ci si riferisce in particolare alla eliminazione dal novero delle materie sottoposte a mediazione obbligatoria delle controversie concernenti la responsabilità civile in relazione ai sinistri stradali prima riportata nell'art. 5 c. 1 d.lgs. citato. Nella relazione illustrativa al d.l. 69/2013 "[...] si rileva che l'esclusione dall'area di operatività della condizione di procedibilità per le controversie di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti trova la sua giustificazione nelle considerazioni per cui:

a) operano sul punto gli impulsi alla composizione stragiudiziale di cui agli articoli 148 e 149 del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209;

b) i dati statistici mostrano che tra il 21 marzo 2011 e il 30 giugno 2012 le citate controversie – a fronte della ricordata percentuale generale del 46,4 per cento di raggiungimento dell'accordo nei casi di aderente (alla domanda di mediazione) comparso – registrano una percentuale specifica del 96,2 per cento di aderente non comparso: ne consegue che, per le dinamiche innescate dalla decisiva presenza dell'ente assicurativo, la funzionalità settoriale della mediazione è particolarmente bassa;

c) si tratta di fattispecie rispetto ai quali non può svolgersi la relevantissima funzione di ricostruzione del rapporto tra le parti, neppure in senso largo come per l'altra fattispecie di risarcimento extracontrattuale della diffamazione a mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità, spesso, quest'ultima, riconducibile a un concetto ampio ma non astratto di interrelazioni sociali non istantanee".

⁽³²⁴⁾Sul punto si v. P. LICCI, *Ambito di applicazione del D.LGS. N. 28/2010*, cit., pag. 25, che sottolinea come l'eventuale previsione regolamentare contraria prevista da un organismo di mediazione minerebbe l'iscrizione dello stesso nel relativo registro; C. VACCÀ, *sub Art. 2 - Controversie oggetto di mediazione*, in *La nuova disciplina delle mediazioni delle controversie civili e commerciali*, cit., pag.35; A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, *art. 2 - Controversie oggetto di mediazione*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., pag. 21 e ss.

⁽³²⁵⁾La scelta sembra del tutto coerente per due ordini di ragioni. Da un lato, perché, per quanto la disponibilità del diritto sia una linea di confine davvero sottile nell'ambito di alcune materie (si pensi all'uopo alla delibera di approvazione del bilancio e a quella di aumento di capitale e alle relative impugnazioni), rappresenta un criterio discrezionale ormai ampiamente approfondito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza con cui gli operatori del settore sono abituati a confrontarsi. Dall'altro lato, perché si tiene fede al contenuto della direttiva 2008 (52) CE la quale (considerata n. 10) afferma che "[e]ssa dovrebbe applicarsi in materia civile e commerciale, ma non ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Tali diritti e obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia e del lavoro".

⁽³²⁶⁾Su cui si v., in generale, F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975.

imperative, all'ordine pubblico, al buon costume nonché a giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. ⁽³²⁷⁾).

Fronte a sé stante è, invece, quello rappresentato dalle norme inderogabili le quali, in concreto, implicano l'applicazione di una regola di diritto, in un particolare ambito, al fine di tutelare interessi considerati superiori per la collettività ove tali interessi potrebbero essere scalfiti, se non compromessi, in ragione di uno squilibrio negoziale nei rapporti tra le parti ⁽³²⁸⁾. L'inderogabilità, pertanto, deve essere distinta dalla disponibilità del diritto che attiene, invece, alla facoltà delle parti di agire (negozialmente) sul dato diritto. In altre parole, la inderogabilità traccia una strada vincolata alla parte nella disposizione del proprio diritto mentre l'indisponibilità preclude l'accesso alla medesima strada.

Una parte della dottrina ⁽³²⁹⁾, inoltre, fraziona i possibili comportamenti del mediatore in relazione alla fattispecie concreta e alla soluzione applicabile affermando che, allorché la lite debba essere risolta con un negozio che si mantenga nei confini della lite stessa, e nello spettro applicativo della norma inderogabile, il mediatore sarà tenuto a rispettare la relativa norma (e ad applicarla) mentre, e per converso, allorché l'accordo conciliativo attenga ad un piano negozialmente separato da quello su cui verte la lite, la norma inderogabile potrà non trovare applicazione perché la soluzione non "[...] ha nulla a che vedere con la decisione giusta [...]".

⁽³²⁷⁾L'art. 2, per altro verso, richiama tanto la materia civile che quella commerciale cosa che, nel nostro ordinamento, potrebbe apparire priva di senso stante l'unitarietà della disciplina contenuta per entrambe le materie nel codice civile, tuttavia tale precisazione è il "[...] riflesso della omologa distinzione contenuta nella direttiva comunitaria [...], operante nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale" come sottolinea R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 20, la quale afferma, altresì, che "[i]n altri termini, la distinzione per materie non tanto è utile per definire l'ambito di applicazione della nuova mediazione (a cui, soprattutto quando facoltativa, il legislatore ha voluto riconoscere la più ampia estensione), quanto per assicurare la migliore gestione del conflitto ed un approccio più costruttivo del mediatore nella ricerca dei reali interessi". Secondo C. VACCA, *Art. 2*, cit., pag. 36, invece, "[l]a bipartizione fra le sfere civile e commerciale potrebbe trovare significato distinguendo fra le liti che hanno origine da un contratto, e quelle correlate, invece, a rapporti di natura contrattuale, quali i rapporti patrimoniali tra coniugi da definire in sede di separazione personale o di cessazione degli effetti civili del matrimonio: trattandosi, infatti, di diritti disponibili un accordo ben può essere raggiunto con l'ausilio di un mediatore". Questa ultima interpretazione non appare condivisibile sotto due profili. Il primo concerne, in concreto, l'esempio formulato ove si tenta di insinuare la mediazione in discorso nell'ambito degli accordi di separazione tra coniugi, i quali hanno una disciplina particolarissima, anche in ragione della loro causa (tra donazione, compravendita e *datio in solutum*) e dotati di una tipicità propria oltre che di una disciplina assolutamente peculiare (sul punto si v., e ivi ampi riferimenti, G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996) e rientrano, al massimo, nell'ambito della materia civile come, d'altronde, ogni contratto tipico ed atipico e, il secondo, concernente la ripartizione che, invece di avere una portata precettiva propria, sembra dovuta, come accennato precedentemente, ad un trasposizione del precetto comunitario nel diritto domestico e che, per converso, espande, e non comprime, il campo di applicazione oggettivo della mediazione.

⁽³²⁸⁾R. TISCINI, *La mediazione*, cit., pag. 22 sottolinea che "[t]erreno di elezione della normativa inderogabile è la materia del diritto del lavoro caratterizzata dal forte squilibrio sul piano sostanziale tra lavoratore e datore di lavoro", materia comunque esclusa dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 28/2010. Sul punto, e nello stesso senso, anche P. LICCI, *Ambito di applicazione del D.LGS. N. 28/2010*, cit., pag. 31.

⁽³²⁹⁾R. TISCINI, *La mediazione*, cit., pag. 23.

Diverso è il piano della “imperatività” delle norme che, invece, rimane un punto fermo del sistema non vulnerabile da parte del mediatore bensì sanzionabile (con la nullità) in tutte le ipotesi in cui l’accordo concluso si trovi in contrasto. Limite invalicabile, questo ultimo, sancito in modo più che chiaro dagli artt. 12⁽³³⁰⁾ e 14 del d.lgs. citato⁽³³¹⁾. Tuttavia l’imperatività della norma non incide sul piano della disponibilità dei diritti in quanto si verte in una ipotesi di norma di applicazione necessaria, ovvero il mediatore, in ogni caso, sarà tenuto ad applicarla ma non a rifiutare alle parti l’accesso alla mediazione.

In relazione alle liti transfrontaliere, alle quali comunque si applica la mediazione in commento in ragione della direttiva 2008 (52) CE, dovrebbe trovare applicazione il limite dell’ordine pubblico internazionale e non quello dell’ordine pubblico domestico. La relativa indicazione sarebbe stata quantomeno opportuna⁽³³²⁾.

Spostando l’attenzione sulla mediazione obbligatoria, le materie ad essa soggette rappresentano un cerchio di diametro inferiore contenuto in quello più ampio costituito dai diritti disponibili di cui all’art. 2 del d.lgs. citato⁽³³³⁾.

Come si è già avuto modo di anticipare, il novero delle materie sottoposte alla condizione di procedibilità della domanda di cui all’articolo in commento è stato

⁽³³⁰⁾Va rilevato, inoltre, che l’art. 12 è stato innovato con il d.l. n. 69/2013 il quale non prevede più che il controllo circa il rispetto dell’ordine pubblico e delle norme imperative sia rimesso al presidente del tribunale ma che lo stesso sia sottoposto al mero controllo di tutti gli avvocati delle parti, ove presenti. In caso contrario, ovvero quando il controllo non venga effettuato dagli avvocati o questi non rilascino la relativa dichiarazione, il controllo tornerà di competenza del presidente del tribunale in sede di omologa.

⁽³³¹⁾In relazione alla responsabilità del mediatore, non suscettibile di essere trattata in questa sede si rinvia, ed ivi ulteriori riferimenti, a N.G. ROCCO DI TORREPADULA - S. ROMANO - S. RUBIU, *Art. 14 - obblighi del mediatore*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., pag. 262 e ss; R. TISCINI, *La mediazione*, cit., pag. 47.

⁽³³²⁾Sull’ordine pubblico internazionale si v., in generale, ed ivi maggiori riferimenti bibliografici N. PALAIA, *L’ordine pubblico «internazionale»*, Padova, 1974. Come noto, l’ordine pubblico internazionale costituisce un cerchio concentrico di raggio ridotto rispetto a quello tracciato per delimitare l’ordine pubblico domestico. Sul punto, si ritiene che l’ordine pubblico internazionale sia costituito dai principi “irrinunciabili” di un ordinamento tali perché, ad esempio, contenuti in precetti costituzionali.

⁽³³³⁾Sul punto si v., inoltre, G. FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità e le altre forme di mediazione*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. TISCINI, cit., pag. 70, la quale ricorda come, in un primo momento, il legislatore avesse deciso, prima di promanare il d.lgs. in commento, di estendere la condizione di procedibilità anche all’arbitrato. La qual cosa, sottolinea l’Autrice, e sul punto se ne condivide l’opinione anche perché suffragata dal testo della direttiva comunitaria 2008 (52) CE, risultava in palese contrasto con lo spettro d’azione della mediazione impostato con il considerata n. 11 della citata direttiva, la quale, in modo “piuttosto” chiaro, sanciva la necessità di non creare un’interferenza tra la mediazione e gli altri strumenti di Adr e, precisamente, con l’arbitrato. L’A. precisa, inoltre, che “[...] è possibile che la mediazione diventi un passaggio obbligatorio preventivo in un giudizio arbitrale solo quando le parti, in virtù di quanto disposto dall’art. 5, comma 5, del d.lgs. 28/2010, abbiano espresso concorde volontà in tal senso”. Si tratta, in particolare, della c.d. mediazione “volontaria” in ragione della quale l’obbligatorietà della mediazione discende dal patto concluso, prima della lite, tra le parti. Secondo M.M. ANDREONI - G. BATTAGLIA - S. GIVARRINI - S. ROMANO, *art. 5 - Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., pag. 85 sarebbe possibile, argomentando dall’art. 808-bis, risolvere con la mediazione anche i conflitti non contrattuali pervenendo ad una sorta di convenzione di mediazione nella quale le parti si obbligano a procedere al tentativo prima di rivolgersi al giudice (e a questo punto anche all’arbitro).

modificato dal d.l. 69/2013 il quale ha espunto le controversie concernenti il “[...] risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti [...]” mentre ha aggiunto, altresì, alla responsabilità medica anche quella sanitaria nel nuovo comma 1-*bis* dell’art. 5 ⁽³³⁴⁾.

La selezione da parte del legislatore di un gruppo di materie eterogeneo rappresenta, come sostiene una parte della dottrina ⁽³³⁵⁾, una scelta di politica legislativa altamente discrezionale e, in realtà, non sindacabile.

La Relazione illustrativa al d.lgs. citato indica come *ratio* principale dell’art. 5, e della obbligatorietà della mediazione, la volontà di ottenere una deflazione del contenzioso civile ma, sul punto, è possibile ricordare come alcuni autori ⁽³³⁶⁾ sottolineino che indicare la mediazione come uno dei rimedi “[...] all’irragionevole durata del processo rischia di essere un criterio parziale se non del tutto errato. Parziale perché non è questo l’unico scopo del modello conciliativo; errato perché per garantire il miglior risultato al procedimento conciliativo sarebbe preferibile avere quale alternativa una giurisdizione funzionante” ⁽³³⁷⁾.

Per altro verso, nella Relazione illustrativa è possibile rinvenire i motivi che hanno condotto il legislatore a scegliere le materie di cui al nuovo art. 5, comma 1-*bis* d.lgs. citato. Il legislatore, sul punto, distingue in diversi gruppi le materie in ragione delle sottostanti *ratio* che li accomunano.

Il primo gruppo appare accomunato, secondo il legislatore, dall’elemento soggettivo dato dalla sopravvivenza del rapporto alla controversia ed, eventualmente, anche all’esito del procedimento giurisdizionale, in tale categoria ricadono le liti

⁽³³⁴⁾ Appare invariato, invece, il resto del gruppo di materie di cui all’art. 5, comma 1, antecedente all’intervento della Corte costituzionale sebbene tradotto, con il d.l. 69/2013, nel “nuovo” comma 1-*bis*.

⁽³³⁵⁾ M.M. ANDREONI - G. BATTAGLIA - S. GIAVARRINI - S. ROMANO, *art. 5 - Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., pag. 84.

⁽³³⁶⁾ Nello stesso senso, sebbene in relazione all’intero d.lgs., R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 1, nota 2 la quale, a sua volta, cita F.P. LUISO, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra prassi ed interventi del legislatore*, in *Quarto Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, e-book a cura di ISDACI, Unioncamere, Camera di commercio di Milano, Camera arbitrale di Milano, 2010, www.camera-arbitrale.it, pag. 112.

⁽³³⁷⁾ L’inciso è tratto da R. TISCINI *op. loc. ult. cit.*, che, inoltre, a pag. 112, in un contesto però diverso, perché incentrato sui profili di costituzionalità del d.lgs. citato, ricorda come, e ciò conferma la precedente asserzione sull’effetto, in concreto, deflattivo della mediazione, la conciliazione in materia di lavoro, che per il legislatore domestico ha costituito, come dice la stessa Relazione illustrativa al d.lgs. 28/2010, un esempio da cui prendere spunto, è stata trasformata, quasi contestualmente, da obbligatoria a facoltativa. Sul tentativo di conciliazione in materia di lavoro si v., altresì, in relazione anche alla mediazione, G. FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità e le altre forme di mediazione*, cit., pag. 56.

affidenti al condominio ⁽³³⁸⁾, alla locazione ⁽³³⁹⁾, al comodato e, infine, all'affitto di azienda ⁽³⁴⁰⁾.

Il secondo gruppo utilizza a mo' di filo conduttore i rapporti intercorrenti tra le parti di origine familiare, sociale o geografica e, pertanto, ricomprende i diritti reali, il contratto di divisione, le successioni ereditarie, il condominio (ancora una volta) e i patti di famiglia ⁽³⁴¹⁾.

Il terzo gruppo, invece, appare accomunato dalla natura della lite, ovvero dal suo vertere su ipotesi di risarcimento dei danni, ed è composto dalle ipotesi responsabilità medica, ora anche sanitaria a seguito del d.l. 69/2013, e dalla diffamazione a mezzo stampa. Liti che, secondo quanto si apprende sempre dalla Relazione, sarebbero vicine, altresì, in quanto "[...] facilmente mediabili e [...] caratte-

⁽³³⁸⁾Sul punto si rinvia all'analisi effettuata da R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 117, la quale distingue tra rapporti interni ed esterni del condominio ritenendo che soggiacciono alla mediazione solo i primi, in quanto concernenti i rapporti tra condomini i quali, in concreto, sono volti a durare nel tempo anche a seguito della controversia. I secondi, coincidenti con i rapporti tra il condominio e i terzi, invece, vengono esclusi dall'Autrice in ragione della loro occasionalità.

⁽³³⁹⁾In relazione all'inclusione della locazione nel novero delle controversie soggette a mediazione obbligatoria, ed in senso favorevole, G. FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità e le altre forme di mediazione*, cit., pag. 72, secondo la quale il relativo procedimento "[...] potrebbe avere una discreta utilità: difatti, da un lato, può servire ad evitare la difficile fase esecutiva, concordando il rilascio spontaneo ovvero prolungando la locazione stessa. Altresì, essa risulta essere un valido strumento per il pagamento delle morosità quando l'interesse della parti è quello di continuare il rapporto locatizio [...]". La mediazione, invece, non troverà applicazione, in relazione alle locazioni, nell'ipotesi di convalida di sfratto, espressamente esclusa dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. citato.

⁽³⁴⁰⁾Esclusi, però, rimangono i contratti, ad esempio, di franchising e di somministrazione di servizi che, allo stesso modo, avrebbero potuto essere inseriti tra le materie obbligatorie sulla base della medesima *ratio*.

⁽³⁴¹⁾Appare alquanto singolare, dal punto di vista deflattivo, la necessità della mediazione obbligatoria in tema di patti di famiglia i quali nella prassi sono piuttosto rari in quanto, nello specifico, non assolvono in pieno alla loro funzione di patti successori eccezionalmente consentiti (art. 458 c.c.), sul patto di famiglia si v. M. IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, ed. 2, Padova, 2010, v. 2, pag. 317. Tuttavia, l'inclusione del patto di famiglia nell'ambito di applicazione deve essere salutata con favore perché, come sottolinea M.M. ANDREONI - G. BATTAGLIA - S. GIAVARRINI - S. ROMANO, art. 5 - *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., pag. 92, si risolve un problema di coordinamento con l'art. 768-octies il quale devolve le relative liti agli organismi di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003 sul punto anche R. TISCINI, *La mediazione*, cit., pag. 120.

rizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale” (342).

Il quarto gruppo, infine, è costituito dalle controversie concernenti date tipologie contrattuali ovvero, precisamente, i contratti assicurativi (343), bancari e finanziari (344) i quali, da un lato, sottintendono rapporti comunque duraturi e, per altro verso, sono oggetto di una diffusione massiccia.

Il problema principale del sistema scelto dal legislatore per delimitare il campo d’applicazione della mediazione obbligatoria è insito nella contiguità tra le materie indicate. Si pensi, all’uopo, alla divisione che, eccettuato il caso in cui la comunione abbia ad oggetto anche diritti di credito, ha quasi sempre ad oggetto diritti reali i quali sono richiamati in modo autonomo.

Allo stesso modo, si assiste alla medesima interferenza in relazione alla materia delle successioni, la quale ingloba l’intero libro secondo del codice civile (in cui sono disciplinate anche la divisione e la donazione), nelle quali i diritti reali assumono un’importanza relevantissima, si pensi a riguardo, solo a titolo di esempio, all’art. 540, comma 2, c.c. in tema di diritti di uso e di abitazione spettanti al coniuge superstite e alla recentissima estensione, effettuata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (345), di tali diritti anche in ipotesi di successione *ab intestato*.

Quest’ultima materia, per altro verso, risulta essere, e lo si dice per esperienza personale, un coacervo di complicazioni che pretendono una conoscenza tecnica

(342) L’affermazione contenuta nella Relazione illustrativa non appare condivisibile. Le liti nel settore medico (o sanitario in generale) spesso comportano un’istruttoria molto approfondita e complessa in ragione della dimostrazione del nesso eziologico tra prestazione e danno, difficilmente riducibile negli angusti limiti del procedimento di mediazione. Nello specifico si ricorda che la giurisprudenza della Corte di cassazione negli ultimi anni ha ricondotto la prestazione del medico alla natura contrattuale (il c.d. contatto sociale) si v. all’uopo Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, il legislatore domestico, tuttavia, con il d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. decreto Balduzzi) convertito con modificazioni con la l. 8 novembre 2012, n. 189, ha scelto di intervenire sul punto con una norma, accolta con una manifesta resistenza tanto da parte delle corti di merito quanto da parte della Cassazione, che sembra ricondurre la responsabilità medica alla natura extracontrattuale ai sensi dell’art. 2043 c.c., si v. sul punto, da ultimo Cass. 05 novembre 2013, n. 24801; Tribunale Nola, 16 gennaio 2012, in *Giur. mer.*, 2013, f. 9, pag. 1796, con nota di F. AGNINO, *Responsabilità della struttura sanitaria, onere della prova e nesso di causalità: mala tempora currunt per gli allievi di Ippocrate*.

(343) Sul punto L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., pag. 584 afferma che la “[...] dizione «contratti bancari e finanziari» è di tale ampiezza da imporre la mediazione anche nelle ipotesi di contratti conclusi da operatori specializzati anche per importi di estrema rilevanza; che infine l’imposta mediazione in materia di «contratti assicurativi» comporta l’esperimento del tentativo in tutte le ipotesi in cui sia azionabile una garanzia assicurativa”.

(344) In relazione ai procedimenti bancari, tuttavia, si sottolinea la presenza anche dell’Arbitro Bancario Finanziario, richiamato anche dall’art. 5 del d.lgs. citato e utile ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità della domanda, e disciplinato dall’art. 128-bis del Testo unico bancario. In relazione all’Abf si rinvia a F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le Società*, 2011, fasc. 1, pag. 83; C. CONSOLO M. STELLA, *L’"arbitro bancario finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, in *Società*, 2013, fasc. 2, pag. 185; A. BERLINGUER A., *L’ABF tra giudizio e media-conciliazione*, in *Riv. arb.*, 2013, f. 1, pag. 19; M. MAIONE, *Sulla natura dell’Arbitrato Bancario Finanziario*, in *Giur. comm.*, 2012 fasc. 6, pt. 2, pag. 1193.

(345) Corte di Cassazione, SS. UU., 27 febbraio 2013 n. 4847.

degli istituti non di poco conto ⁽³⁴⁶⁾, soprattutto per pervenire a soluzioni nei tempi stretti richiesti dal procedimento di mediazione.

Basti pensare ad un accordo di reintegrazione nella quota di legittima che, dal punto di vista giuridico, pone problemi concernenti il riconoscimento, o meno, della qualità di erede per il legittimario pretermesso e, ancora, comporta un effetto divisorio; mentre, dal punto di vista tecnico, comporta la valutazione, effettuata in relazione al momento di apertura della successione, della composizione dell'intero asse ereditario comprensivo tanto del *relictum* quanto del *donatum*, operazione, quest'ultima, non del tutto agevole perché importa la rilevazione anche delle donazioni indirette effettuate verso i legittimari dal *de cuius*.

In ragione di quanto detto, la riduzione del termine da quattro mesi a tre mesi determina, in concreto, la probabile impossibilità di pervenire in tali tempi ad un accordo conciliativo, se non a pena di un'approssimazione giuridica che potrebbe sconfinare nel diniego di giustizia ⁽³⁴⁷⁾.

3.3. *La materia dei diritti reali e il caso, particolare, dell'usucapione*

Essendo questo studio finalizzato all'indagine sui rapporti tra trascrizione ed Adr appare il caso di sottolineare come la mera indicazione dei "diritti reali" come oggetto della mediazione obbligatoria appaia foriera di qualche dubbio circa l'effettiva portata applicativa della disposizione.

Parte della dottrina ⁽³⁴⁸⁾, infatti, ritiene che siano soggette alla mediazione solo le controversie che abbiano quale oggetto della domanda, di accertamento o costitutiva, un diritto reale perché, ove interpretato in modo meno restrittivo, il riferimento effettuato dal legislatore sarebbe potenzialmente idoneo a coinvolgere un numero relevantissimo di liti.

Altra parte della dottrina ⁽³⁴⁹⁾ ritiene che dovrebbero essere soggetti a mediazione anche i contratti traslativi aventi ad oggetto diritti reali, si pensi all'uopo alla

⁽³⁴⁶⁾Della stessa opinione G. FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità e le altre forme di mediazione*, cit., pag. 72 anche se non si è perfettamente d'accordo con l'affermazione per cui non vi sia un rapporto di durata connesso alla divisione in quanto la stessa si verifica, nella maggioranza dei casi, tra familiari a seguito della successione di un ascendente; l'obbligo della mediazione, in questo caso, appare finalizzato alla protezione dei vincoli di parentela che, da un punto di vista eminentemente morale, può essere, senza soverchie difficoltà, condivisa.

⁽³⁴⁷⁾Si rinvia sul punto alle considerazioni svolte da L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., pag. 589 secondo il quale "[i]l termine di quattro mesi previsto dall'art. 6 è insieme troppo breve e troppo lungo. Troppo breve, poiché numerose saranno le ipotesi in cui la definizione del procedimento di mediazione richiederà una maggiore lasso di tempo; troppo lungo, poiché altrettanto numerose saranno le ipotesi in cui le parti non avranno alcuna seria intenzione di transigere, e almeno una di loro sarà costretta ad attendere l'inutile decorso del termine di quattro mesi".

⁽³⁴⁸⁾M.M. ANDREONI - G. BATTAGLIA - S. GIAVARRINI - S. ROMANO, *art. 5 - Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., pag. 91; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 67, il quale specifica che l'ambito di applicazione è da riferire, unicamente, alle azioni reali e non a quelle personali.

⁽³⁴⁹⁾G. FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità e le altre forme di mediazione*, cit., pag. 71; esclude le azioni personali R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 118 la quale specifica, altresì, che dovrebbe ritenersi esclusa l'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. ma sarebbero soggette alla condizione di procedibilità tutte le controversie concernenti la costituzione, modificazione ed estinzione di tali diritti.

compravendita ma, anche, sebbene con più di qualche remora, il contratto preliminare ⁽³⁵⁰⁾, nonché tutte le controversie che in concreto afferiscano alle vicende traslative, o acquisitive a titolo originario, dei diritti reali generalmente intesi.

Di certo, il timore di onnicomprensività della relativa categoria appare fondato anche perché, a ben vedere, finiscono per soggiacere alla mediazione obbligatoria, ragionando nei termini della seconda prospettiva, anche le controversie aventi ad oggetto vicende traslative in materia societaria, si pensi all'uopo alla cessione di quote o di azioni, alla cessione di azienda e, ancora, al trasferimento di beni mobili ⁽³⁵¹⁾, tutti contratti aventi ad oggetto la piena proprietà ⁽³⁵²⁾.

Da escludersi, invece, i trasferimenti di partecipazioni in società di persone nelle quali, come noto, non si configura il trasferimento di un diritto reale ma di una posizione contrattuale autonoma.

Guardando, inoltre, alle singole tipologie contrattuali e così opinando rientrano nella materia dei diritti reali: la donazione, la divisione, la quale tuttavia viene richiamata separatamente dal d.lgs. citato, la compravendita (anche di beni mobili e mobili registrati), la rendita vitalizia, il *leasing*, il *lease back and resale*, la vendita in garanzia, oltre che le costituzioni di enfiteusi, livello, uso, abitazione, usufrutto, servitù, nonché c'è il rischio di un'estensione anche a figure (molto) dubbie di diritti reali quali i diritti edificatori ⁽³⁵³⁾ e la multiproprietà ⁽³⁵⁴⁾.

Da escludere, invece, sembrano le controversie afferenti ai diritti reali di garanzia, ovvero al pegno e all'ipoteca ma che, a livello logico, ove le espressioni utilizzate dal legislatore fossero intese in senso a-tecnico, cosa di cui comunque si dubita, potrebbero anche essere ritenute soggette alla mediazione obbligatoria.

⁽³⁵⁰⁾In realtà, si propende per escludere i contratti preliminari dal novero delle materie soggette alla mediazione obbligatoria in quanto essi hanno ad oggetto l'obbligo di stipulare (in quanto contratti ad effetti obbligatori) il successivo contratto definitivo e non attengono, in modo specifico, ai diritti reali. Per altro, come ricordato nella nota precedente sembra da escludere anche l'esecuzione in forma specifica del contratto ad effetti obbligatori ai sensi dell'art. 2932 c.c.

⁽³⁵¹⁾In relazione ai beni mobili, sebbene propenda per la tesi restrittiva, è dello stesso avviso F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 68 il quale estende l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria anche alle controversie possessorie in quanto "[...] l'art. 5, IV, lettera d) del d.lgs. 28/2010 prevede, implicitamente ma necessariamente, che il tentativo di mediazione si applichi [...] anche alle controversie possessorie. Dunque è chiaro che in questo caso dobbiamo dare un'interpretazione estensiva della nozione di «diritto reale»".

⁽³⁵²⁾Tali trasferimenti, infatti, hanno ad oggetto il diritto di proprietà, o il diritto di usufrutto, sulla quota, sull'azione o sull'azienda e, a mio avviso, una volta intesa l'espressione "diritti reali" come comprensiva di tutte le fattispecie traslative concernenti tali diritti appare una mera conseguenza ricondurre nell'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria, tutte le fattispecie in cui sia in concreto in discussione l'esistenza o il trasferimento di un diritto reale.

⁽³⁵³⁾Per anni nella prassi è stato invalso l'uso della costituzione di servitù quale strumento per il trasferimento dei relativi diritti; a seguito dell'introduzione dell'art. 2643 n. 2-bis è, però, attualmente amplissima, e non suscettibile di essere riportata in questa sede, la discussione in dottrina circa la natura dei diritti edificatori, sul punto si v. TRAPANI G., *I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, fasc. 4 pag. 775.

⁽³⁵⁴⁾Anche la multiproprietà, come la cubatura, è soggetta ad una accesa discussione in dottrina circa la sua natura, sul punto si v. G. ALPA M. IASELLO, *La multiproprietà*, Padova, 1993 ivi maggiori riferimenti bibliografici; il piano normativo è, tuttavia, mutato con il d.lgs. 79 del 2011 che ha modificato il d.lgs. 206 del 2005 (Codice del Consumo) con il quale è stata data una definizione di multiproprietà che sembra non consentire più il ricorso alla figura del diritto reale.

Opinando diversamente, ovvero aderendo alla tesi restrittiva, si potrebbe affermare che con l'espressione "materia di [...] diritti reali" il nostro legislatore non intendesse anche le liti "contrattuali" su diritti reali ma solo quelle strettamente concernenti il diritto reale e, pertanto, le azioni petitorie: rivendicazione, negatoria, regolamento di confini ed apposizione di termini.

Al novero delle controversie di cui alla tesi estensiva sembra debbano essere aggiunte anche quelle concernenti la nullità e la annullabilità dei contratti aventi ad oggetto vicende traslative di diritti reali e quelle, inoltre, inerenti alla risoluzione e rescissione dei relativi contratti le quali, determinando un effetto tranciante sulla vicenda contrattuale (in alcuni casi retroattivo come quello della nullità) impongono in concreto un ritorno del diritto reale nella sfera dell'originario titolare ⁽³⁵⁵⁾.

D'altronde, se il legislatore avesse voluto limitare l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria alle sole azioni petitorie non avrebbe dovuto fare riferimento, in modo generico, alle azioni "[...] in materia di [...] diritti reali [...]" bensì avrebbe dovuto essere più chiaro, magari riferendosi alle azioni reali e non ad una generica materia ⁽³⁵⁶⁾. In ragione di ciò, sembra necessario aderire alla tesi della onnicomprensività dell'espressione usata dal legislatore nei limiti in cui si è cercato di tracciarla poc'anzi.

Il generico riferimento ai diritti reali porta in seno un'altra questione: l'ammissibilità di negozi dichiarativi aventi ad oggetto l'acquisto a titolo originario di diritti reali ⁽³⁵⁷⁾. All'uopo, il legislatore ha ritenuto opportuno inserire anche una norma per cercare di sedare un conflitto in atto tra la pratica, le conservatorie e la giurisprudenza: il nuovo n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. introdotto con il d.l. 69/2013 citato ⁽³⁵⁸⁾.

Procedendo con ordine, appare possibile affermare che il conflitto nasca dalla talvolta ostinata settorializzazione del diritto che porta, in concreto, degli enormi benefici dal punto di vista dell'approfondimento teorico ma che, per altro verso, comporta il pagamento di un pesante dazio: i compartimenti stagni. In altre parole, le conclusioni a cui perviene un dato settore vengono rifiutate o risultano, addirittura, sconosciute in un altro ⁽³⁵⁹⁾.

⁽³⁵⁵⁾Dello stesso avviso è L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., pag. 584, il quale afferma che "[b]asterà qui osservare che per cause aventi a oggetto «diritti reali» possono intendersi anche tutte le cause aventi ad oggetto contratti traslativi di tal diritti, nonché aventi ad oggetto la loro nullità, annullamento o risoluzione [...]". *Contra* F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 67.

⁽³⁵⁶⁾Sul punto non si può che condividere il criticismo di L. DITTRICH, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale "[...] la sovrabbondanza ed eterogeneità delle materie sottoposte ad obbligatoria mediazione, lungi dall'ampliare le possibilità di successo dell'istituto, rischiano di condannarlo all'insuccesso: un insuccesso costoso, sia in termini di tempo, sia in termini di esborsi. Molto più ragionevole sarebbe stato, per la prima fase di avvio della nuova normativa, prevedere un numero limitato e possibilmente omogeneo di controversie, indicando anche un tetto massimo di valore". Come d'altronde fatto per l'Abf.

⁽³⁵⁷⁾Sul punto v. *infra* cap. IV, §§ 4.9 ss.

⁽³⁵⁸⁾In relazione ai problemi inerenti alla trascrizione si v. il capitolo IV.

⁽³⁵⁹⁾Il problema è riscontrato da L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., pag. 202.

Il problema concernente l'usucapione, prima del d.l. n. 69/2013, non afferiva tanto alla sua assoggettabilità al procedimento di mediazione ⁽³⁶⁰⁾ che, stante il richiamo, precedentemente esaminato, alla materia dei diritti reali non era in discussione, quanto alla sua efficacia ⁽³⁶¹⁾. Essendo, infatti, necessario un negozio dichiarativo ai fini del consolidamento degli effetti dell'acquisto a titolo originario (d'altronde anche la pronuncia del giudice o dell'arbitro rituale in tal caso hanno natura d'accertamento), si poneva il problema se tale negozio potesse essere trascritto nei pubblici registri.

La giurisprudenza di merito ⁽³⁶²⁾, sul punto, sembrava alquanto scettica e, pertanto, una parte della dottrina ⁽³⁶³⁾ aveva sostenuto che, una volta consolidatasi una tale lettura, il procedimento di mediazione sul tema dell'usucapione avrebbe rappresentato un inutile orpello privo di effetti la cui unica conseguenza sarebbe stata quella di ritardare, *sic et simpliciter*, l'accesso alla giurisdizione.

Tuttavia, ma sul punto si tornerà nell'ultimo capitolo di questo studio ⁽³⁶⁴⁾, era possibile un'interpretazione diversa.

3.4. I modelli di mediation scelti dal legislatore

Sino ad ora si è avuto modo di soffermarsi sull'ambito oggettivo e soggettivo (seppure brevemente) della mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti civili e commerciali adesso appare necessario spostare l'attenzione, da un lato, sulle forme di accesso alla mediazione e, dall'altro, sulla natura di questo strumento in relazione alle altre forme di Adr.

Il legislatore delegato, in concreto, ha disciplinato tre diverse vie di accesso alla mediazione ponendo tre diversi filtri nell'iter procedimentale che porta al giudicato.

Il primo filtro funziona su base volontaria ed è tracciato dall'art. 2, il quale estende la possibilità di ricorrere alla mediazione, come precedentemente sottolineato, in tutte le ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto diritti disponibili.

Il secondo filtro, invece, e come ampiamente anticipato, è posto a monte della controversia ovvero all'atto della presentazione della domanda giudiziale le parti, infatti, "debbono" a pena di improcedibilità (nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-bis d.lgs. citato) della domanda sottoporre al mediatore la controversia prima di accedere alla giurisdizione.

Il terzo filtro, infine, afferisce all'ipotesi in cui la parte abbia deciso di ricorrere, direttamente, alla giurisdizione senza passare prima dalla casella della media-

⁽³⁶⁰⁾Che comunque era contestata tanto in dottrina, da M. LEO, *Estraneo al perimetro applicativo della norma l'atto che non ha valore di negozio traslativo*, in *Guida al diritto*, f. 43, pag. 33 e ss, spec. pag. 37 e S. RAPPUCCI, *E' obbligatoria la mediazione in materia di usucapione?*, in *Obbl. cont.*, 2012, f. 5, pag. 603, spec. 607 e in giurisprudenza da Tribunale di Varese, 20 dicembre 2011.

⁽³⁶¹⁾Le questioni concernenti gli acquisti a titolo originario di diritti reali rientrano comunque nelle materie soggette alla mediazione obbligatoria indipendentemente dalla scelta della tesi di riferimento in relazione alla portata estensiva o meno dell'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. citato.

⁽³⁶²⁾Tribunale di Roma, 22 luglio 2011; Tribunale di Varese 20 dicembre 2011; Tribunale di Tribunale di Roma, 8 febbraio 2012 e Tribunale di Catania, 1 marzo 2012.

⁽³⁶³⁾M. LEO, *Estraneo al perimetro applicativo*, cit., pag. 37

⁽³⁶⁴⁾Si v. *infra* del cap. IV, § 4.9.

zione. In tal caso opera l'art. 5, comma 1, d.lgs. citato ove prevede dal quarto inciso in poi che:

a) l'improcedibilità deve essere eccepita, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza;

b) il giudice ove rilevi che il procedimento di mediazione è già iniziato, ma non si è concluso, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di tre mesi (a seguito del d.l. 69/2013) previsto quale termine di durata della mediazione inteso dal momento del deposito della domanda di mediazione (ai sensi dell'art. 6);

c) il giudice, ove rilevi che il procedimento di mediazione non è nemmeno iniziato, assegna alle parti il termine di quindici giorni per presentare la domanda di mediazione.

Le ipotesi di cui ai punti b) e c) appena riportate determinano una forma di mediazione delegata che, per altro verso, si configura anche in relazione al nuovo art. 5, comma 2, d.lgs. citato, a seguito della modifica dello stesso intervenuta con il d.l. 69/2013, nell'ambito del processo di appello.

Il nuovo comma 2 dell'art. 5 afferma infatti “[...] il giudice, anche in sede di giudizio di appello [...] può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello [...]” si passa, pertanto, da un invito che poteva essere formulato alle parti nella precedente formulazione, le quali erano pertanto libere di accettarlo o meno, ad un “obbligo” di tentare, magari nuovamente, la mediazione.

In relazione a tale nuova disposizione è possibile chiedersi:

- se il giudice di appello possa obbligare le parti a sottoporre la lite al mediatore quando queste abbiano già provveduto prima della domanda giudiziale di primo grado (o quando sia stato rilevato il mancato esperimento della mediazione),

- se il giudice di appello possa “ordinare” alle parti di tentare la mediazione nelle materie di cui al comma 1-*bis* dell'art. 5 oppure in tutte le materie di cui all'art. 2 d.lgs. citato. Sembra che ad entrambe le questioni debba essere data risposta positiva non essendoci alcun limite per il giudice di appello sulle materie o sull'eventualità che una mediazione sia già stata tentata.

La norma, infatti, sembra prescindere, completamente dal concreto esperimento in primo grado della mediazione perché il giudice d'appello è tenuto a valutare “[...] la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti [...]” e non, per altro verso, se le parti abbiano già tentato la strada della mediazione. Ricorrendo ad una facile metafora tale costruzione sembra simile ad un percorso a ostacoli (o forse sarebbe più opportuno parlare di una sorta di *snake and ladders* giurisdizionale) perché, nel tentativo di raggiungere l'effetto deflattivo sperato, comporta sempre il rischio di tornare ad una casella più lontana dal traguardo (il giudicato).

Una volta descritti i sistemi di accesso alla mediazione appare necessario volgere l'attenzione ai due diversi modelli disciplinati dal legislatore.

Il legislatore delegato con l'art. 11 del d.lgs. citato ha inteso delineare uno strumento, quello della mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti, avente,

come si è già avuto modo di accennare, effetti negoziali, fatta eccezione per le conseguenze processuali sul riparto delle spese derivanti dalla formulazione della proposta conciliativa da parte del mediatore ⁽³⁶⁵⁾.

Gli strumenti di ADR, sono tutti riconducibili alla natura negoziale e, in particolare, incidono solo su diritti disponibili. All'uopo, tuttavia, si suole distinguere le varie figure in eteronome e autonome ⁽³⁶⁶⁾. La distinzione poggia sulla provenienza dell'atto o del negozio teso a dirimere lo stato di conflittualità tra le parti. Mentre, infatti, negli strumenti autonomi sono le parti a dettare un regolamento dei propri interessi e a farlo proprio, in quelli eteronomi, invece, il regolamento degli interessi in conflitto viene predisposto dal terzo, che il terzo sia un giudice o un arbitro non cambia, tuttavia, l'assetto dello strumento e la sua efficacia ⁽³⁶⁷⁾.

La scelta operata dal legislatore delegato, e sul quale il legislatore domestico non è intervenuto nemmeno con il provvedimento normativo ⁽³⁶⁸⁾ volto a ripristinare (a termine) l'obbligatorietà della mediazione, di cui si è parlato in precedenza, tradotta nell'art. 11 del d.lgs. citato, appare volta a non rinunciare ai benefici degli strumenti autonomi sebbene si preveda la "facoltà", o l'"obbligo" in caso di istanza all'uopo formulata dalle parti ⁽³⁶⁹⁾, di pervenire anche ad una soluzione proposta dal mediatore foriera di conseguenze, come d'altronde richiesto dal legislatore delegante, sulla ripartizione delle spese nel processo civile.

La delega sul punto è, infatti, stata tradotta dal legislatore delegato nell'art. 11 del d.lgs. citato il quale, al comma 1, distingue l'obbligazione del mediatore in

⁽³⁶⁵⁾Sulla mediazione, ma in una prospettiva internazionale, si v. anche J. NIEVA-FENOL, *Mediazione: un'alternativa ragionevole al processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2013, pag. 1327.

⁽³⁶⁶⁾Si v. sul punto F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, pag. 1201, spec. 1202; ID., *Diritto processuale civile*, cit., pag. 13.

⁽³⁶⁷⁾Sul punto F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro*, cit., pag. 1202, afferma che "[...] tutti questi strumenti [arbitrato, conciliazione, transazione, giudizio civile] sono del tutto equivalenti e fra loro fungibili in ordine ai risultati. L'efficacia vincolante di una sentenza, di un lodo, di una transazione (o di qualunque altro contratto che ha come causa la risoluzione di una controversia) sono perfettamente equivalenti. Infatti, se la sentenza, non più soggetta alle impugnazioni ordinarie, produce nei confronti delle parti l'efficacia tipica del giudicato (art. 2909 c.c.), il contratto ha «forza di legge tra le parti» (art. 1372 c.c.): cioè pone regole di condotta che sono, per le parti, vincolanti come la legge. [...] Del resto, se così non fosse - e cioè se potesse istituirsi una graduatoria di efficacia fra sentenza, lodo e contratto - questi ultimi due non realizzerebbero una risoluzione «alternativa» della controversia: che, per essere alternativa, deve appunto essere equivalente".

⁽³⁶⁸⁾Si v., all'uopo, Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272 e le successive modifiche apportate con la legge 9 agosto 2013, n. 98, precisamente, con gli artt. 84 - 84 bis.

⁽³⁶⁹⁾Sul punto R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 220, specifica che "[s]enz'altro la «concorde richiesta» a cui fa riferimento l'art. 11 cit. non va letta nel senso che essa presuppone l'istanza congiunta delle sole parti presenti al tavolo" ma alla generalità dei contraddittori riferibili a quella data lite. Sul punto si v. M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le Società*, 2010, fasc. 3, pag. 759, spec. pag. 762; tuttavia, l'art. 7, comma 2, lett. b) del regolamento attuativo approvato con d.m. 180/2010, consente agli organismi di mediazione di prevedere che la proposta possa essere formulata anche in assenza di una o più parti, sul punto si v. E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, cit., § 3; critico a riguardo di tale facoltà MINERVINI E., *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2011, pag. 339, spec. pag. 350; sulla proposta contumacia si v. anche F. VALERINI, *Gli esiti del procedimento. L'accordo negoziale e la sua efficacia*, in *Corso di mediazione*, cit., pag. 216 nonché R. TISCINI *La mediazione civile*, cit., pag. 220.

ragione del risultato concreto del procedimento; allorché, infatti, le parti abbiano raggiunto un accordo il mediatore è tenuto a “formare un processo verbale” al quale è allegato l’accordo amichevole mentre, quando l’accordo non è raggiunto, il mediatore “può” formulare una proposta di conciliazione foriera delle conseguenze di cui all’art. 13 del medesimo decreto legislativo. In altre parole, il mediatore non è obbligato ma solo facoltizzato a formulare la proposta ⁽³⁷⁰⁾.

La mancata selezione da parte del legislatore di un’unica forma di mediazione, tra facilitativa e valutativa, non è priva di conseguenze: alcune, tuttavia, sono di carattere metodologico, perché incidono sul rapporto tra le parti e il mediatore ⁽³⁷¹⁾, ed altre, invece, di più schietta rilevanza giuridica, perché afferenti al contenuto della eventuale “proposta” di conciliazione e alla sua eventuale diversa collocazione in un’ottica di diritto sostanziale ⁽³⁷²⁾.

Tuttavia, per dovere di precisione, occorre sottolineare che la soluzione tracciata dal legislatore delegato sembra tendere, in modo preponderante, verso un’impostazione della mediazione di carattere facilitativo, che sembra essere la regola, relegando il potere valutativo/aggiudicativo del mediatore alla natura residuale ⁽³⁷³⁾, e perciò tale seconda impostazione appare altresì eccezionale, proprio perché non sussiste un obbligo legale, ma solo una facoltà del mediatore o una richiesta, ricadente in uno schema consensuale, dipendente dalla volontà delle parti ⁽³⁷⁴⁾.

⁽³⁷⁰⁾Critico a riguardo L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pag. 592.

⁽³⁷¹⁾Rientrano nel novero delle conseguenze psicologiche sul rapporto tra parti e mediatore quelle concernenti la doppia veste di quest’ultimo il quale, da un lato, assume la qualità di facilitatore e di pacificatore mentre, dall’altra, appare munito del potere di decidere, in via eteronoma, l’assetto sostanziale della lite attraverso la “proposta”, quest’ultima attività postula infatti la necessità delle parti di procedere con cautela nei confronti del mediatore il quale potrebbe condizionare le loro scelte con la sua proposta; la parte, in altre parole, potrebbe non sentirsi libera di esternare quale è il suo interesse concreto nella controversia ma che, una volta valutato dal “mediatore”, potrebbe confinarla in una posizione peggiore. Sul punto M.M. ANDREONI - S. ROMANO, *Art. 11 Conciliazione*, in *La mediazione nelle controversie civili*, cit., pag. 211. Il legislatore, comunque, ha affrontato il problema con il d.m. n. 180/2010 il quale, all’art. 7 comma 2, lett. c), prevede che la proposta possa provenire anche da un mediatore diverso da quello “conciliativo” solo sulla base delle informazioni che le parti intendano fornirgli.

⁽³⁷²⁾E’ dubbio, infatti, il contenuto della eventuale proposta, ovvero se il mediatore debba tradurre la propria visione della lite (in una prospettiva aggiudicativa) nella proposta o possa attingere per la formulazione della stessa anche ad elementi ulteriori, ad esempio, del patrimonio delle parti attuando una sorta di proposta di transazione su beni non direttamente oggetto della lite. Sul punto si tornerà a breve.

⁽³⁷³⁾Dello stesso avviso M. BUZIO, *La proposta di conciliazione*, in *Manuale della Mediazione civile e commerciale, Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. CENNI, M. FABIANI, M. LEO, Napoli, 2012, pag. 260.

⁽³⁷⁴⁾Sul punto MENCHINO C., *Art. 1 - Definizioni, La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, cit., pag. 13; A. BANDINI, *Art. 11 - Conciliazione, La nuova disciplina delle mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, cit., pag. 192, ricorda come tale previsione, ovvero quella concernente la proposta di mediazione, abbia sollevato non poche discussioni. “In sede di schema di decreto legislativo [infatti] era stato previsto che il mediatore fosse tenuto a formulare la proposta anche su richiesta di una delle parti. La reazione degli operatori e dei cultori della conciliazione è stata immediata. Si è ritenuto, infatti, che una tale previsione mettesse in serio pericolo i cardini stessi della mediazione, tra cui rientra certamente la volontarietà”; l’A. a sua volta rinvia a ArbIt - Italian Forum on Arbitration and ADR, *Commento al d.lgs. 4 marzo 2010*, n. 28, su www.forumarrbit.it

La dottrina processualistica ⁽³⁷⁵⁾, sul punto, ha definito il modello in commento come “*aggiudicativo eventuale*” in ragione del fatto che, sebbene tra le righe della legge di delega fosse chiaro l’intento di obbligare il mediatore a formulare la proposta ⁽³⁷⁶⁾, il legislatore delegato, forse per le obiezioni sollevate da una parte della dottrina ⁽³⁷⁷⁾, ha scelto una soluzione mediana che, tuttavia, “[...] è un maldestro compromesso, che riesce ad assommare i difetti delle due opposte soluzioni (proposta sempre obbligatoria; proposta solo su istanza concorde). Le parti non sapranno se il mediatore formulerà o meno la proposta; nell’incertezza, si asterranno dal compiere affermazioni contrarie ai loro interessi, compromettendo così quel libero scambio di informazioni che è essenziale per il corretto funzionamento del procedimento di mediazione. Questo costo implicito non verrà però compensato dalla necessaria formulazione della proposta che, in ogni caso, avrebbe comunque avuto un effetto statisticamente deflattivo [...]” ⁽³⁷⁸⁾.

3.5. *La proposta del mediatore e il suo contenuto*

Il contenuto della proposta è stato oggetto di un ampio dibattito in dottrina afferente, in particolare, alla necessità della proposta di vertere unicamente sulla domanda formulata con l’atto di accesso alla mediazione o sul complesso degli interessi e dei diritti delle parti in modo da assolvere, forse in modo più preciso, alle finalità conciliative della mediazione.

Secondo una prima ricostruzione di origine dottrinale il mediatore dovrebbe “[...] formulare una proposta basata sulla soddisfazione degli interessi e dei bisogni delle parti, al di là delle pretese formalizzate in termini giuridici. Con la sua

⁽³⁷⁵⁾L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione*, cit., pag. 579; attribuiscono la natura aggiudicativa anche: M.M. ANDREONI e S. ROMANO, *art. 11 - Conciliazione*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, cit., pag. 210. Sul punto si v. anche R. TISCINI, *La mediazione*, cit., pag. 209.

⁽³⁷⁶⁾L’art. 60 c. 3 lett. p) della l. 18 giugno 2009, n. 69, recita “[...] prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell’accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l’accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente [...]”. L’obbligo di formulare la proposta che era previsto in una delle prime bozze di decreto legislativo proposte dal governo, come ricordato da F. VALERINI, *Gli esiti del procedimento. L’accordo negoziale e la sua efficacia*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. TISCINI, cit., pag. 212, ove si ricorda, altresì, che anche il CSM era stato particolarmente critico verso l’obbligo per il mediatore di formulare la proposta.

⁽³⁷⁷⁾In particolare: F.P. LUISO *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pag. 1262.

⁽³⁷⁸⁾L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione*, cit., pag. 592 il quale altresì afferma che “[è] ragionevole augurarsi che i mediatori comunichino in apertura del procedimento se vi sarà o meno la formulazione ex officio di una proposta di conciliazione, imprimendo così una ben chiara direzione all’intero procedimento e che tale obbligo venga espressamente previsto nell’ambito dei regolamenti adottati dagli organismi di mediazione”. Sul punto si v., altresì, M.M. ANDREONI e S. ROMANO, *art. 11 - Conciliazione*, cit., pag. 212, ove si afferma che “[u]n possibile [...] correttivo [...] potrebbe essere quello di prevedere, sempre in sede di regolamentazione degli organismi, che siano due diversi mediatori a condurre la mediazione facilitativa e quella aggiudicativa [...]”, sul punto il d.m. 180/2010 prevede proprio tale eventualità all’art. 7 lett. b).

proposta, allora, il mediatore continuerebbe a cercare ancora la soluzione conveniente e non la soluzione giusta” ⁽³⁷⁹⁾.

Questa ricostruzione, che premia l’aspetto conciliativo e l’intento di pacificazione sotteso allo strumento stesso, ed è assolutamente coerente con lo spirito e le finalità della mediazione, appare però sorretta da argomenti non del tutto condivisibili.

Si afferma, infatti, che:

a) il mediatore dovrebbe tendere ad una soluzione “giusta” attuata mediante un accordo transattivo o un qualsivoglia altro negozio foriero di un nuovo assetto di interessi che possa, tuttavia, rispecchiare i diritti vantati e le ragioni addotte ⁽³⁸⁰⁾;

b) ai sensi dell’art. 1 lett. b), il mediatore risulta privo, “[...] in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”; ragion per cui questa parte della dottrina afferma che la natura aggiudicativa della proposta è da escludersi, in altre parole perché il mediatore non è legittimato a rendere una decisione della lite di carattere vincolante;

c) le parti sono sempre tenute ad accettare la proposta e possono risolvere la controversia anche all’esterno del procedimento di conciliazione e senza avvalersi del mediatore;

d) il procedimento di mediazione sembra sprovvisto di contenuto giurisdizionale;

e) la terminologia adottata dal legislatore all’art. 11 del d.lgs. citato, ove fa riferimento a proposta ed accettazione, “[...] è propria del diritto sostanziale e non del diritto processuale [...]”;

f) l’oggetto della proposta “[...] non è una decisione, ma un accordo di conciliazione (negozio) da sottoporre alle parti”;

g) l’art. 14 lett. c) del decreto citato stabilisce che il mediatore non deve attenersi alle norme di diritto o all’equità ma solo ai limiti imposti dall’ordine pubblico e dalle norme imperative;

h) “[...] se la proposta di conciliazione fosse il risultato di un giudizio [il legislatore] avrebbe previsto come requisito essenziale l’esposizione sommaria dei

⁽³⁷⁹⁾Così M. BUZIO, *La proposta di conciliazione*, cit., pag. 261; nello stesso senso sembra A. BANDINI, *sub. art. 11 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali*, *Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, Milano, 2010, pag. 196, secondo il quale “[...] appare opportuno (con tutti i limiti e le riserve del caso) che il conciliatore, piuttosto che formulare una proposta in termini di torto e ragione, tenti piuttosto di prestare attenzione agli interessi e bisogni delle parti emersi in sede conciliativa. Una proposta dovrebbe, probabilmente, essere orientata verso gli eventuali rapporti futuri delle parti e, comunque, fare riferimento a criteri e parametri generali”; dello stesso avviso anche E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, cit., § 4.

⁽³⁸⁰⁾M. BUZIO, *La proposta di conciliazione*, cit., pag. 261 a ciò l’A. aggiunge che “[d]el resto anche la distinzione fra soluzione giusta e soluzione equa è più evanescente di quello che si crede, solo che si tenga conto che le norme di diritto sono il risultato della sedimentazione di soluzioni equilibrate prodotte da tradizioni giurisprudenziali millenarie e che l’equità del caso concreto non significa mai «ignoranti iuris», in quanto non si potrà mai discostare dalle regole di carattere imperativo”. Il problema di questa argomentazione è insito nell’avvicinamento, forse eccessivo, della proposta alla soluzione equitativa che, nel caso di specie, in particolare quando non sia espressamente richiesta dalle parti, non dovrebbe essere percorribile.

motivi sui quali esso si fonda [...]” consentendo di rinvenire l’iter argomentativo adottato.

Nessuna delle argomentazioni qui riportate appare decisiva. La prima, infatti, attiene ad una speranza, ovvero quella per cui il mediatore, inserito nella sua prospettiva di conciliatore, dovrebbe essere posto in condizione di agevolare, anche mediante la proposta, la soluzione della lite. Questo, tuttavia, è probabilmente il presupposto, condivisibile, di una visione della proposta funzionale alla mediazione facilitativa, che però non appare corroborato dal tenore letterale delle disposizioni del d.lgs. citato e, in particolare, appare smentito dal contrastante e sotteso intento del legislatore di utilizzare la “proposta” (e non solo la mediazione) come strumento deflattivo del contenzioso civile teso a vincolare le parti non a livello negoziale, ciò, infatti, è proibito dall’art. 1 lett. b), ma a livello psicologico attraverso il rischio della sanzione ⁽³⁸¹⁾.

Un’altra parte della dottrina ⁽³⁸²⁾, nel delineare la distinzione tra ADR eteronome ed autonome, ha posto l’accento, infatti, non sugli effetti, che comunque rimangono in ogni caso negoziali (e adesso il legislatore, a scanso di equivoci, lo ha ricordato anche con l’art. 808-ter), ma sulla provenienza del regolamento di interessi che, nelle ADR autonome, discende da una volontà delle parti (in altre parole: sono le parti che propongono) mentre in quelle eteronome (o se si vuole: aggiudicative) la proposta, la soluzione, il regolamento del conflitto avviene ad opera del terzo; non è decisiva, infatti, la circostanza che le parti possano manifestare il proprio dissenso perché non si verte in un’ipotesi di arbitrato in cui la parte è vincolata *ex ante*. Non è, in altre parole, il momento in cui sorge il vincolo a modificare la natura dello strumento di ADR.

D’altronde, ciò è confermato dalla parificazione che il legislatore delegato effettua tra questa media-conciliazione e il suo braccio bancario, ovvero l’Arbitro bancario finanziario ⁽³⁸³⁾, il cui nome evoca l’arbitrato ma che, nella sostanza, si

⁽³⁸¹⁾Sul punto si v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 53 il quale afferma che “[l]a verità è che il legislatore - qui come nell’analoga ipotesi prevista dall’art. 91, I ultima parte c.p.c. - cerca di ridurre il carico giudiziario disincentivando *tout court* la proposizione di domande. Chi si rivolge alla giurisdizione è colpevole per definizione, perché aumenta il carico giudiziario: niente è previsto, invece, per sanzionare che, rimanendo inadempiente, costringe la controparte a rivolgersi al giudice”. *Contra*, rispetto a quanto espresso in testo, E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, cit. § 4 che è in concreto di contrario avviso in quanto ritiene che la formulazione della proposta non debba avere contenuto aggiudicativo ma che debba essere volta a facilitare l’incontro tra le diverse posizioni delle parti. Come si dirà in seguito si v. *infra* cap. III § 3.6, tale opinione può essere condivisa sin quando la proposta ha contenuto informale e non quando la stessa ricade nello schema dell’art. 13.

⁽³⁸²⁾F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro*, cit., pag. 1202.

⁽³⁸³⁾Sull’arbitro bancario finanziario si v. F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”*, in *Le Società*, 2011, fasc. 1, pag. 83 S. DELLE MONACHE, *Arbitro bancario finanziario*, in *Ban. bor. tit. cre.*, 2013 fasc. 2, pt. 1, pag. 144; C. CONSOLO, M. STELLA, *L’arbitro bancario finanziario e la sua “giurisprudenza precognitrice”*, in *Le Società*, 2013 fasc. 2, pag. 185; MAIONE M., *Sulla natura dell’Arbitrato Bancario Finanziario*, in *Giur. comm.*, 2012 fasc. 6, pt. 2, pag. 1193; E. CAPOBIANCO, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all’Arbitro Bancario Finanziario*, in *Obb. e Cont.*, 2012 fasc. 8-9, pag. 571; CARRIERO G., *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro it.*, 2012 fasc. 6, pt. 5, pag. 213.

conclude con una proposta (e non con un lodo), perché tale è negli effetti ⁽³⁸⁴⁾, non incidente sull'assetto sostanziale dei rapporti tra le parti, che sono sempre libere di non accettarla, sebbene, seguendo quella che ormai appare una moda, e ci si riferisce alle asimmetrie (si pensi all'uopo alla nullità relativa), si è deciso che l'unica parte vincolata alla decisione (che però ha natura di proposta), è la banca o l'istituto creditizio (o Poste Italiane) perché altrimenti, in caso di inadempimento, incorre nella sanzione reputazionale.

Lo schema argomentativo tracciato, allora, finirebbe con il determinare che anche l'Abf sarebbe l'espressione di una conciliazione autonoma o facilitativa cosa che, almeno dal punto di vista di chi scrive, non pare, affatto, sostenibile perché la natura non deve essere valutata in ragione degli effetti (che possono essere condizionati all'accettazione delle parti) quanto alla provenienza della determinazione dell'assetto di interessi.

Il fatto che il legislatore abbia sentito la necessità di affermare all'art. 1 lett. b) d.lgs. citato che il mediatore non può "[...] rendere giudizi o decisioni vincolanti [...]" deve essere letto in relazione alla proposta che questi può formulare all'esito del procedimento (anche se, come previsto dall'art. 7 d.m. 180/2010, la proposta potrebbe essere formulata da altro mediatore) sterilizzando ogni possibilità di intendere la medesima come "vincolante" se non per il giudice ai fini della distribuzione delle spese di lite ⁽³⁸⁵⁾. In altre parole va posto l'accento non tanto sui giudizi e sulle decisioni quanto sull'aggettivo utilizzato dal legislatore che non mina la natura aggiudicativa di questa (seconda) forma di mediazione ⁽³⁸⁶⁾.

Le argomentazioni addotte, per altro verso, non sono le uniche, perché il legislatore delegato nel testo delle norme ha cercato, comunque, di indicare la natura della proposta nel momento in cui ha legato alla stessa un effetto processuale: quello sulle spese di lite contenuto nell'art. 13 del d.lgs. citato; a ciò si aggiunge che il mediatore non può fare uso nella formulazione della proposta ⁽³⁸⁷⁾ di quanto appreso durante il procedimento in ragione del dovere di riservatezza sancito dall'art. 10, con buona pace della possibilità di ottenere "formalmente" un seppur

⁽³⁸⁴⁾M. MAIONE, *Sulla natura dell'Arbitrato Bancario Finanziario*, in *Giur. comm.*, 2012, fasc. 6, pt. 2, pag. 1193.

⁽³⁸⁵⁾Si aggiunga, altresì, che le parti possono comunque rifiutare tale proposta anche manifestando tacitamente tale rifiuto ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. citato.

⁽³⁸⁶⁾Di contrario avviso è E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa»*, cit., § 4, il quale afferma che "[p]eraltro configurare per il mediatore un obbligo di «aggiudicare» secondo diritto, significherebbe giungere alla paradossale conclusione di spingere quest'obbligo all'interno dei doveri di corretto svolgimento dell'incarico (art. 3, comma 2, d.lg. n. 28 del 2010), con conseguenti problemi di eventuale responsabilità dell'organismo (e del mediatore) che non abbia tenuto, quale prestatore d'opera, la necessaria e professionale diligenza nell'applicare le norme di diritto nell'ipotesi che il pronostico formulato risulti sconfessato dal provvedimento del giudice". A tale obiezione è tuttavia possibile contrapporre l'art. 14 del d.lgs. citato il quale "mantiene" la responsabilità del mediatore nei termini ivi previsti tra i quali non può essere invocata quella della mancata approssimazione della proposta alla decisione giurisdizionale eccettuato il caso in cui la stessa non si ponga in contrasto con l'ordine pubblico o le norme imperative.

⁽³⁸⁷⁾Nello stesso senso F. VALERINI, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di B. SASSANI e F. SANTAGADA, ed. II, Roma, 2011, pag. 57.

minimo germe di motivazione ⁽³⁸⁸⁾ (in altre parole, la motivazione è impossibile per la sola circostanza che il mediatore non può rappresentare all'esterno la propria conoscenza dei fatti) e, infine, che il mediatore è obbligato, sempre ai sensi dell'art. 13, comma 1, d.lgs. citato ad informare le parti sugli effetti della proposta in relazione alla spesa ⁽³⁸⁹⁾.

A ciò si aggiunge, altresì, un ulteriore elemento che, ad avviso di chi scrive, è ancora più incisivo di quelli sin qui tracciati ed è quello insito nell'art. 14 del d.lgs. citato, ovvero nel richiamo effettuato dal legislatore all'ordine pubblico e alle norme imperative. Questa *relatio* non comporta una estromissione dal campo della proposta dei principi di diritto ma determina un coefficiente di responsabilità particolarmente basso per il mediatore e ciò in funzione di una scelta legislativa tesa a porre lo stesso in una posizione di indipendenza garantita rispetto alla lite delle parti. Per converso, ove il legislatore avesse voluto elevare tale coefficiente avrebbe creato una forma di responsabilità del mediatore volta ad incidere, anche fattivamente, sulla sua sfera personale e, di conseguenza, determinando un limite all'uso della proposta ⁽³⁹⁰⁾.

Tornando, allora, al contenuto della proposta appare possibile affermare, come ricordato anche da una parte della dottrina ⁽³⁹¹⁾, che il mediatore, in linea generale, non possa utilizzare diritti non controversi e che, pertanto, non possa formulare delle proposte che travalichino i limiti della lite perché, in tal modo, verrebbe meno l'efficacia del meccanismo volto ad influenzare la ripartizione delle spese di giudizio ⁽³⁹²⁾.

⁽³⁸⁸⁾Essendo il divieto volto a salvaguardare la riservatezza delle informazioni apprese durante il procedimento, il mediatore, senza incorrere in alcuna sanzione, a seguito della proposta potrebbe comunque chiarire alle parti quale sia stato il processo argomentativo che lo ha condotto a formulare la data proposta.

⁽³⁸⁹⁾Un discorso a parte meriterebbe la congruità di tale scelta, in particolare ove si cerchino di confrontare un provvedimento avente carattere giurisdizionale con un negozio o contratto, sul punto si v. F.P. LUISO, *Diritto processuale*, cit., pagg. 51 e 52 ove sottolinea che “[c]ome si può vedere, se la mediazione si svolge secondo la tecnica facilitativa, la situazione ipotizzata dal legislatore non può realizzarsi. Non ha senso mettere a confronto la proposta del mediatore con la decisione del giudice, perché esse sono disomogenee: mettere a confronto (il contenuto della proposta fondata sugli) interessi e (il contenuto di una decisione fondata sulle) pretese è come paragonare gatti e bulloni”. Quantomai opportuno appare, allora, che il mediatore che formula la proposta aggiudicativa non sia lo stesso della procedura facilitativa, sul punto si v., altresì, il paragrafo seguente.

⁽³⁹⁰⁾Per A. BANDINI, *Art. 11 - Conciliazione, La nuova disciplina delle mediazione delle controversie civili*, cit., pag. 196, ritiene che la relativa indicazione del limite dell'ordine pubblico è “[...] forse un po' superflua, dato che il rispetto di tali limiti può essere un principio generale dell'ordinamento”. Tale opinione non mi sembra condivisibile, in quanto come detto in testo la portata precettiva della disposizione, oltre che a porsi come limite all'attività del mediatore, si pone, per altro in via principale, come coefficiente di responsabilità del medesimo.

⁽³⁹¹⁾Sul punto si v. G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *www.judicium.it*, § 5; M. FABIANI - M. LEO, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al d.lgs. n.28/2010*, in *www.judicium.it* § 6.

⁽³⁹²⁾Nel senso espresso in testo, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 31; ritiene che si possano formulare sia proposta aggiudicative che proposte facilitative, a seconda delle esigenze, R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 216; *Contra* A. BANDINI, *Art. 11 - Conciliazione, La nuova disciplina delle mediazione delle controversie civili*, cit., pag. 196, per il quale appare opportuno che il mediatore invece di formulare una proposta basata su torti e ragioni la formuli avendo a cuore gli interessi e i bisogni delle parti espressi durante il procedimento.

Tanto premesso, e in ragione della tesi a cui si è scelto di aderire, appare il caso di traslare, almeno per un istante, l'attenzione sui profili redazionali che conseguono a tale scelta teorica.

Il mediatore, in ragione di quanto detto, dovrebbe essere tenuto a formulare una proposta secondo diritto (e non più volta a regolare il conflitto di interessi) che, in realtà, assumerebbe più i contorni di una decisione e, pertanto, dovrebbe redigerla come un contratto (o una bozza) in quanto alle parti il legislatore sembra lasciare solo la facoltà di accettare o rinunciare e non, per converso, quella di influire, nuovamente, sul contenuto del negozio.

3.6. *La mediazione facilitativa: l'accordo e la proposta informale*

Come si è avuto modo di sottolineare la struttura aggiudicativa della mediazione in commento è solo eventuale, essa è costruita, pertanto, sulla base di uno schema spiccatamente facilitativo dove il mediatore assume le vesti di un consigliere delle parti il cui unico obiettivo è quello di conseguire l'appianamento della controversia.

Il fatto che la proposta abbia un contenuto vincolato, come si è detto in precedenza, non toglie che il mediatore, nell'esercizio della sua attività, e con l'ausilio degli avvocati, ora sempre presenti durante il procedimento, possa formulare dei suggerimenti o indicare, eventualmente, una determinata strada uscendo dagli stretti vincoli della proposta ⁽³⁹³⁾.

In altre parole, si potrebbe distinguere tra proposta formale (aggiudicativa), foriera delle predette conseguenze, e proposta informale (facilitativa), la quale in relazione alla sua natura sarebbe radicalmente inidonea a determinare conseguenze sulla ripartizione delle spese e che, pertanto, non necessiterebbe dell'avvertimento sulle conseguenze di cui all'art. 13 del d.lgs. citato la quale, comunque, dovrebbe conseguire al fallimento dell'attività meramente facilitativa del procedimento ⁽³⁹⁴⁾.

D'altronde, una tale proposta, da un lato, non risulta essere soggetta ad alcun divieto ⁽³⁹⁵⁾ e, per altro verso, sembra essere caldeggiata da buona parte della dot-

⁽³⁹³⁾F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 31.

⁽³⁹⁴⁾Nello stesso senso F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 31 R. TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010*, cit., § 2, ricorda che "[...] il passaggio dalla fase negoziale in cui il mediatore si limita a favorire l'emersione degli interessi, a quella in cui egli contribuisce con una propria iniziativa ad offrire una soluzione autonoma da quella prospettata dalle parti (la "proposta", appunto) segna uno stacco nelle dinamiche e nella natura dell'attività conciliativa, passandosi dal modello "puro", ad uno che nella storia dell'istituto risulta un "derivato"".

⁽³⁹⁵⁾In altre parole, la proposta avrebbe contenuto vincolato solo quando formulata all'esito di un'istanza proveniente da tutte le parti o allorché il mediatore, autonomamente, abbia deciso di "decidere" e non sembra possa costituire un problema un'istanza delle parti al mediatore volta ad ottenere la formulazione di un accordo quadro teso a sciogliere il conflitto di interessi senza fare uso dello stretto diritto. Sul punto, perché dello stesso avviso, si v. R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, cit., pag. 8 e anche F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, pag. 215.

trina ⁽³⁹⁶⁾ proprio perché sembra aderire meglio, a livello di contenuto, allo spirito conciliativo su cui è impostata gran parte della disciplina contenuta nel d.lgs. citato. Una proposta così formulata sarebbe, in concreto, molto più vicina ad un autonomo accordo tra parti che alla proposta formale di cui al paragrafo precedente. In conclusione, sempre in relazione alla proposta, occorre ricordare che una volta accettata essa perde ogni distinzione con l'accordo formulato in modo autonomo dalla parti ⁽³⁹⁷⁾.

Passando, allora, all'accordo occorre, almeno brevemente, delinearne il possibile contenuto e, in secondo luogo, distinguerlo dal verbale.

L'accordo può avere ad oggetto un numero estremamente ampio di diritti ed, in sostanza, gli unici limiti sono quelli derivanti dalla disponibilità degli stessi, di cui all'art. 2 del d.lgs. citato, dalle norme imperative, dall'ordine pubblico, dal buon costume e, infine, dal giudizio di meritevolezza contenuto nell'art. 1322, comma 2, c.c. ⁽³⁹⁸⁾.

Le parti, in sostanza, possono porre in essere contratti di qualsivoglia tipologia, purché leciti, nei limiti di quanto possono fare autonomamente all'esito di una trattativa fuori dal campo di applicazione della mediazione ⁽³⁹⁹⁾.

L'effetto principale dell'accordo, ancora prima della relativa verbalizzazione da parte del mediatore, è quello portato dall'art. 1372 c.c. disposizione che ricorda come il contratto abbia efficacia di legge tra le parti.

Esso può avere effetti obbligatori, e all'uopo si pensi al contratto preliminare, effetti reali, si pensi alla compravendita o alla cessione di quote di s.r.l., o potrebbe, per altro verso, anche essere formulato come contratto reale, si pensi al mutuo o al finanziamento soci, concludendosi l'accordo al momento del trasferimento

⁽³⁹⁶⁾Ammettono la possibilità di formulare una proposta facilitativa e non aggiudicativa R. TISCINI, *La mediazione*, cit., pag. 217; A. BANDINI, *Art. 1*, cit. pag. 196; in forma diversa ma nello stesso senso anche E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa»*, cit., § 4; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, La risoluzione non giurisdizionale della controversia*, fasc. V, cit., pag. 32 sottolinea che non è pensabile che il mediatore taccia per tutto il procedimento è, infatti, ovvio che questi comunque cerchi di indirizzare le parti verso una determinata soluzione perché, altrimenti (pag. 33), non avrebbero senso né gli incontri separati né una conoscenza approfondita degli interessi delle parti.

⁽³⁹⁷⁾R. TISCINI, *L'esito positivo*, cit., § 3.

⁽³⁹⁸⁾D'altronde, come sottolinea E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa»*, cit., § 4, il quale conferma che il buon costume e la meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, debbono ritenersi senza dubbio come limiti dell'accordo conciliativo salvo che non si voglia sostenere che con la mediazione si possono concludere negozi vietati. Ritiene, invece, che non possa rintracciarsi una ipotesi di responsabilità del mediatore F. VALERINI, *Gli esiti del procedimento. L'accordo negoziale e la sua efficacia*, in *Corso di mediazione*, cit., pag. 218, ove afferma che "[...] la lettera esclude una qualche responsabilità del mediatore che abbia formulato una proposta contraria al buon costume" ma ciò, ovviamente, non postula che tale accordo sia valido.

⁽³⁹⁹⁾Sarebbe interessante svolgere qualche riflessione in relazione all'eventuale comportamento di una delle parti teso a ricadere nelle fattispecie tracciate dagli artt. 1337 e 1338 c.c. durante il procedimento di mediazione, in particolare in tutte quelle ipotesi in cui una delle parti, una volta giunti a delineare tutti gli elementi essenziali del contratto, si impunti su di una determinata clausola con modalità pretestuose o ostruzionistiche oppure, e per altro verso, quando la stessa parte taccia su di un motivo di invalidità del contratto soggetto alla mediazione. Riconducibile all'art. 1337 c.c. sembra l'esempio formulato da A. BANDINI, *Art. 1*, cit., pag. 187 nota 14.

del bene e non con la semplice manifestazione della volontà ai sensi dell'art. 1326 c.c..

L'accordo amichevole, come viene definito dal legislatore, è pertanto un negozio giuridico ⁽⁴⁰⁰⁾ o un contratto che può esorbitare, senza difficoltà, i limiti del rapporto in contestazione perché le parti, nella loro autonomia, possono regolare i loro rapporti come più le aggrada, eccettuati i limiti predetti come d'altronde avviene con il contratto di transazione ai sensi dell'art. 1965, comma 2, c.c..

La presenza del mediatore non incide, per altro verso, sulla natura negoziale dell'accordo la quale, sin quando il mediatore permane nei confini della sua attività facilitativa, assume natura autonoma perché imputabile, interamente, alla volontà delle parti proprio in quanto sono queste ultime a dettare la regola di condotta volta all'appianamento della controversia ⁽⁴⁰¹⁾.

La natura dell'accordo, pertanto, è, senza ombra di dubbio, stragiudiziale come l'intero procedimento che rimane a margine del processo senza che il mediatore assuma (mai) la qualità di ausiliario del giudice, e qui si insinua un discorso diverso, in ragione della mutata natura di titolo esecutivo prescindente dall'*exequatur* giurisdizionale, che si farà in seguito ⁽⁴⁰²⁾.

Il mediatore, infatti, non induce l'accordo di conciliazione in ragione della interpretazione delle circostanze fattuali e dell'applicazione delle regole di diritto in quanto il suo ruolo appare limitato alla gestione, in modo imparziale, del conflitto di interessi e, inoltre, la sua attività è funzionale solo al raggiungimento di una soluzione (valida) che possa aderire alle istanze delle parti ⁽⁴⁰³⁾.

In altre parole, il mediatore non prende parte alla stesura dell'accordo dal punto di vista formale in quanto, allorché venga accettata la proposta, la manifestazione volitiva sottesa all'efficacia del negozio concluso è unicamente riconducibile alle parti ⁽⁴⁰⁴⁾.

Un altro discorso, da ultimo, sottolineato da una parte della dottrina ⁽⁴⁰⁵⁾, è rappresentato dalla partecipazione del mediatore alla formulazione dell'accordo. Perché, se in linea di principio (ed in particolare sotto i profili teorici) il mediatore non deve redigere l'accordo e non deve partecipare alla stesura dello stesso, anche

⁽⁴⁰⁰⁾ Confermano la struttura anche meramente negoziale dell'accordo R. TISCINI, *L'esito positivo*, cit., § 3; M. FABIANI, M. LEO., *L'accordo di conciliazione*, in *Manuale della Mediazione civile e commerciale, Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. CENNI, M. FABIANI, M. LEO, Napoli, 2012, pag. 290, i quali sottolineano come non è astrattamente possibile escludere che all'esito della conciliazione si pervenga ad un accordo che, in relazione alla sua formulazione, non possa essere catalogato come negozio, tipico o atipico, ricadendo, invece, in uno schema giuridico ai confini della sfera precontrattuale.

⁽⁴⁰¹⁾ M. FABIANI, M. LEO., *L'accordo di conciliazione*, in *Manuale della Mediazione civile e commerciale, Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. CENNI, M. FABIANI, M. LEO, Napoli, 2012, pag. 285. In ogni caso, e pertanto anche in quello di accettazione della proposta, l'esito della mediazione ha carattere negoziale.

⁽⁴⁰²⁾ Si v. *infra*, nel presente capitolo, § 3.9.

⁽⁴⁰³⁾ M.M. ANDREONI e S. ROMANO, *art. 11 - Conciliazione*, cit., pag. 223.

⁽⁴⁰⁴⁾ Si v. all'uopo le Regole operative dettate dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 11 ottobre 2011.

⁽⁴⁰⁵⁾ R. TISCINI, *L'esito positivo*, cit., § 5.

per tuzioristici motivi di responsabilità ⁽⁴⁰⁶⁾, “[...] non si può negare valore all’ esigenza di pervenire ad un risultato che, pure nelle sue differenze, possa sostituirsi alla sentenza” né si può credere che il mediatore, durante tutto il procedimento, osservi in assoluto silenzio ⁽⁴⁰⁷⁾.

3.7. *Il verbale*

Al contrario dell’ accordo che, come si è detto, rappresenta un negozio imputabile alle parti, anche quando sia, in concreto, derivato dalla proposta formulata dal mediatore, il verbale è un atto del mediatore e, perciò, di sua esclusiva competenza. L’ art. 11 del d.lgs. citato afferma che il verbale possa avere contenuto positivo o negativo ciò in relazione al comportamento tenuto dalle parti e alla circostanza della nascita, o meno, dell’ accordo. Questo ultimo, dal punto di vista formale, rimane un allegato rispetto al verbale e, in ragione di ciò, non ne influenza il contenuto se non nei termini di esito: positivo o negativo. Il verbale, come pare chiaro dal dettato della norma, deve essere redatto in forma scritta ⁽⁴⁰⁸⁾.

A ben vedere, le ipotesi di contenuto del verbale possono esorbitare la dicotomica contrapposizione tra esito positivo e negativo. In caso di esito positivo, infatti, il mediatore sarà tenuto a specificare, comunque, se l’ accordo nasce dalla proposta formale o è nato autonomamente ⁽⁴⁰⁹⁾ mentre, ad avviso di chi scrive, non appare necessario sottolineare l’ eventuale adesione ad una proposta informale formulata dal mediatore la quale, in concreto, non postula nessuna conseguenza diversa rispetto ad un accordo nato dalle parti stesse (essa incide, infatti, su diritti su cui il mediatore non può intervenire autonomamente perché non ricompresi tra i diritti controversi, tale proposta, infatti, non è foriera delle conseguenze di cui all’ art. 13 del d.lgs. citato).

In caso di esito negativo, invece, vi sono diverse possibilità.

La prima, concerne il verbale a contenuto negativo in cui il mediatore sottolinea che la mediazione è fallita alla prima riunione.

La seconda, afferisce all’ ipotesi in cui la mediazione sia sì fallita ma le parti abbiano richiesto al mediatore di formulare la proposta (con gli effetti e l’ ammonizione di cui all’ art. 13 d.lgs. citato).

⁽⁴⁰⁶⁾In generale sulla responsabilità del mediatore, non suscettibile di essere trattata per esteso in questo studio, se non in relazione alle proposte formulate in relazione a negozi ad effetti reali traslativi della proprietà immobiliare si rinvia a T. GALLETTO, *Profili di responsabilità degli organismi di mediazione e dei mediatori*, in *Riv. arb.*, 2011, fasc. 2, pag. 233; G.I. NITTI, *La responsabilità del mediatore e dell’ organismo di mediazione civile e commerciale*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011, fasc. 16, pag. 1659.

⁽⁴⁰⁷⁾R. TISCINI, *op loc. ult. cit.*

⁽⁴⁰⁸⁾C. BRUNELLI, *Art. 11 comma 3*, in *La nuova disciplina delle mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, cit., pag. 203, sottolinea come l’ imposizione del requisito della forma scritta, in un ordinamento come il nostro dove vige il principio di libertà delle forme (sebbene a mo’ di contraltare appare vigente anche il principio di simmetria delle forme come elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza), comporta la nullità del verbale ove disatteso.

⁽⁴⁰⁹⁾M. BUZIO e M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell’ autografia delle sottoscrizioni*, in *Manuale della Mediazione civile e commerciale, Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. CENNI, M. FABIANI, M. LEO, cit., pag. 313.

La terza, inerisce al caso in cui il mediatore abbia formulato la proposta sua sponte senza nessuna istanza relativa delle parti.

La quarta, invece, è connessa alla mediazione in contumacia e al caso, del tutto particolare, della proposta formulata in presenza di una sola delle parti ⁽⁴¹⁰⁾.

I precetti concernenti il processo verbale di cui all'art. 11 del d.lgs. citato sembrano richiamare la figura disciplinata dall'art. 411 c.p.c. in materia di lavoro e utilizzano, in modo indiscriminato, i termini: processo verbale, verbale e verbale di accordo; i quali possono essere interpretati come sinonimi ⁽⁴¹¹⁾.

Il verbale corrisponde, a livello di natura, ad una dichiarazione di scienza del mediatore il quale, in concreto, dà una fedele rappresentazione di una serie di atti e fatti in un documento autonomo che ha mera efficacia certificativa, in ragione di ciò, sottolinea una parte della dottrina, non hanno rilevanza gli stati soggettivi imputabili al mediatore quali: il vizio della volontà o la capacità ⁽⁴¹²⁾.

In ragione di quanto sin qui asserito, quindi, gli effetti negoziali ovvero contrattuali, non discendono dal verbale ma dall'accordo sottoscritto dalle parti e allo stesso "allegato". Dal verbale, invece, discendono solo gli effetti processuali (in quanto si verifica l'evento dedotto nella condizione di procedibilità) e quelli fiscali (ad esempio quelli afferenti all'imposta di registro)

3.8. Le sottoscrizioni e l'autentica del mediatore

L'art. 11 del d.lgs. citato prevede, come detto, che l'attività di verbalizzazione dell'accordo sia demandata al mediatore tanto nel caso in cui la mediazione abbia esito positivo quanto, per converso, quando l'esito sia negativo ma, mentre, in relazione all'accordo, sono le parti a manifestare il loro consenso sottoscrivendolo, in relazione al verbale l'articolo in commento pretende che esso sia sottoscritto anche dal mediatore il quale provvede ad autenticare le sottoscrizioni delle parti e certifica la loro eventuale impossibilità di sottoscrivere.

A riguardo, appare incontestato che il mediatore non rivesta la qualità di pubblico ufficiale, e in questo caso il legislatore ha evitato, almeno, di ricorrere alla

⁽⁴¹⁰⁾Si v. sul punto *supra* nota n. 369 nel presente capitolo.

⁽⁴¹¹⁾M. BUZIO e M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, in *Manuale della Mediazione civile e commerciale, Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. CENNI, M. FABIANI, M. LEO, cit., pag. 310.

⁽⁴¹²⁾M. BUZIO e M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, in *Manuale della Mediazione civile e commerciale, Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. CENNI, M. FABIANI, M. LEO, cit., pag. 311, i quali sottolineano che il contenuto del verbale prevede l'indicazione:

- della data e del luogo (anche per dare atto all'osservanza dell'art. 7, comma 1, del d.m. n. 180/2010;
- dell'organismo di mediazione presso il quale si è svolto il procedimento;
- del numero di ordine progressivo della mediazione, con riferimento alle annotazioni contenute nel registro degli affari di mediazione istituito dall'organismo (art. 12, d.m. n. 180/2010;
- del mediatore e degli eventuali co-mediatori o esperti;
- delle parti intervenute e dei loro consulenti;
- dell'oggetto della controversia;
- delle circostanze di luogo e di tempo nelle quali gli atti sono stati compiuti (ex art. 8 d.lgs. citato);
- dell'esito negativo o positivo del procedimento.

formula di cui all'art. 813 c.p.c. in tema di arbitrato, anche perché, ai fini della trascrizione del verbale occorre comunque (in relazione agli atti di cui all'art. 2643 c.c.) la partecipazione del notaio come affermato dall'art. 11, comma 3, d.lgs. citato il quale è tenuto ad autenticare la sottoscrizione del processo verbale redatto dal mediatore e che, a sua volta, ha autenticato le sottoscrizioni delle parti; autenticazione che, invece, non è richiesta per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Questa forma di autenticazione a cascata, alla stregua delle deliberazioni di riduzione ed aumento contestuali del capitale sociale, pone un problema piuttosto peculiare: chi sia il soggetto legittimato a chiedere al notaio l'autenticazione. La norma, infatti, afferma che "[...] la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

All'uopo, si ritiene che le parti siano sempre tenute a dover richiedere l'autenticazione delle sottoscrizioni apposte all'accordo al pubblico ufficiale autorizzato non potendo tale attività essere rimessa al mediatore, in quanto non vincolato alla stessa da un rapporto di mandato.

In relazione a questa problematica, in quanto intimamente legata alla trascrizione, si rinvia al capitolo seguente ⁽⁴¹³⁾, tuttavia giova precisare, in questa sede, quale sia la natura della "autenticazione" demandata al mediatore.

Il mediatore, come si è detto, autentica le sottoscrizioni delle parti apposte al verbale; il verbale contiene, ricapitolando, una dichiarazione di scienza riguardante, da un lato, la conclusione del procedimento di cui all'art. 8 del d.lgs. citato nonché, dall'altro lato, l'indicazione dell'esito della mediazione esso, pertanto, non dispiega effetti negoziali i quali invece, dipendono dall'accordo che è parte integrante del verbale ⁽⁴¹⁴⁾; la funzione di tale autenticazione è, pertanto, quella di ricondurre alle parti quella data attività (ovvero il procedimento) tanto quando la mediazione abbia avuto esito positivo, e pertanto ne discendano effetti negoziale, che quando abbia avuto esito negativo, e ne discendano effetti processuali ⁽⁴¹⁵⁾.

Alle parti, a seguito della sottoscrizione del verbale, sarà preclusa, a mo' di conseguenza, la possibilità di contestare l'autenticità del verbale e dei fatti in esso narrati ⁽⁴¹⁶⁾.

⁽⁴¹³⁾Sempre nel seguente capitolo si guarderà all'ipotesi in cui sia un pubblico ufficiale, quale il notaio, a ricoprire anche la qualità di mediatore, si v., all'uopo, *infra* cap. IV, § 4.6.

⁽⁴¹⁴⁾In questo senso M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, cit., pag. 318.

⁽⁴¹⁵⁾Come sottolinea R. TISCINI, *L'esito positivo*, cit., § 3, "[...] è senz'altro da escludere che il verbale debba o possa essere sottoscritto da altri soggetti che pure hanno partecipato alla procedura a diverso titolo (ad esempio, l'esperto, il segretario nel procedimento, il tirocinante), trattandosi di soggetti, ai quali, pur avendo assunto un ruolo ufficiale nella procedura, non è ascrivibile la paternità del verbale [...]" ; nell'ipotesi della pluralità di mediatori, invece, "[...] sembra [...] che, qualora la procedura sia gestita collegialmente, a prescindere dalle modalità con cui la collegialità si costituisce [...], tutti i più mediatori siano tenuti alla sottoscrizione del verbale: a favore di questa opzione soccorre il fatto, non solo che l'attività svolta fa capo a tutti i più mediatori [...] ma anche che, pure sotto il profilo dei costi, non vi sono differenze tra procedure gestite da un solo mediatore e procedure in cui si realizza in qualsiasi forma la collegialità (art. 16 comma 10 DM 180 cit.)".

⁽⁴¹⁶⁾M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, cit., pag. 319.

In relazione alla sottoscrizione delle parti in calce al verbale, essa non ha una portata tale da rappresentare un'appropriazione degli effetti dell'allegato accordo negoziale tra le stesse scaturito il quale, pertanto, dovrà essere autonomamente sottoscritto perché da esso, e solo da esso, discendono le conseguenze sui rispettivi diritti. La delineata differenza tra verbale e accordo (amichevole) comporta che il mediatore appare autorizzato ad autenticare le sottoscrizioni apposte al primo e non al secondo in quanto, ai fini dell'autenticazione, la relativa legittimazione deve risultare dalla legge e l'art. 11 d.lgs. citato si riferisce, esclusivamente, al verbale ⁽⁴¹⁷⁾.

L'autenticazione in discorso, pertanto, da un lato, deve essere considerata come «autentica minore» ⁽⁴¹⁸⁾ e, dall'altro, deve essere distinta sia dall'autentica di matrice forense che da quella notarile.

Il mediatore, infatti, certifica, in primo luogo, che quella data sottoscrizione è avvenuta in sua presenza e, in secondo luogo, che il dato soggetto innanzi a lui non possa sottoscrivere quel dato documento per una condizione patologica ⁽⁴¹⁹⁾. Per altro verso, la relativa autentica non afferisce ad un atto avente contenuto negoziale, ovvero non comporta l'appropriazione degli effetti di cui all'accordo amichevole allegato all'atto, ma postula solo che quella data attività è avvenuta in quel giorno e con quei soggetti. Sembra, quindi, che l'autenticazione in discorso vada ricondotta nella categoria delle autentiche minori in quanto non appare possibile utilizzarla in relazione ad accordi aventi contenuto negoziale ⁽⁴²⁰⁾. D'altronde non appare sostenibile un'eventuale opinione contraria in quanto si porrebbe ad affermare che il mediatore, attraverso l'art. 11 del d.lgs. citato, avrebbe il potere di autenticare un'innumerabile mole di negozi in modo da rendere tale potere

⁽⁴¹⁷⁾Nello stesso senso M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, cit., pag. 319 il quale sottolinea, altresì, che anche ove apposta l'autentica non avrebbe effetti e che, pertanto, tale attività deve comunque essere rimessa al notaio anche quanto l'accordo in sé non contenga diritti soggetti a trascrizione. Sul punto si v., in giurisprudenza, Tribunale di Milano, 1 marzo 1956, in *Riv. not.*, 1956, pag. 829. L'A. sottolinea, altresì, che l'eventuale impossibilità di sottoscrivere "l'accordo" di una delle parti non potrà essere sterilizzata dal mediatore perché a ciò non autorizzato e, pertanto, si dovrà ricorrere, anche in questo caso, al notaio e applicare l'art. 48 della legge notarile.

⁽⁴¹⁸⁾In questo senso F. VALERINI, *Gli esiti del procedimento. L'accordo negoziale e la sua efficacia*, cit., pag. 223.

⁽⁴¹⁹⁾Alquanto opportuno appare, allora, che il mediatore specifichi la causa per cui la parte non abbia sottoscritto l'atto sebbene, comunque, abbia una scarsa valenza probatoria. Il problema, sul punto, è il sindacato concernente l'effettiva impossibilità di sottoscrivere che, comunque, si basa su di una dichiarazione di parte non sindacabile da parte del mediatore. Se, infatti, la parte non avesse intenzione di sottoscrivere ma, in sostanza, si nascondesse dietro una scusante non ci sarebbe modo per risolvere il problema e il mediatore sarebbe comunque tenuto a redigere il verbale. Sul punto si rinvia a M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, cit., pag. 332 il quale consiglia, parimenti, di far risultare dal verbale il motivo dell'impedimento a sottoscrivere. Sottolinea B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in *www.judicium.it*, § 2, che "[q]ualora il verbale risulti sottoscritto dal solo mediatore il tribunale non potrà concedere l'omologa se non siano espressamente indicate le ragioni che hanno impedito alle parti, o a taluna di esse, la sottoscrizione dell'accordo: si tratta di una cautela minima, che deve compensare l'eccezionalità della previsione di un titolo convenzionale non sottoscritto dalle parti interessate".

⁽⁴²⁰⁾Così M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, cit., pag. 321.

simile a quello del notaio o del pubblico ufficiale espressamente autorizzato non avendo, per altro, alcuna responsabilità a riguardo ⁽⁴²¹⁾.

La relativa autenticazione appare, altresì, diversa da quelle previste dall'art. 83 c.p.c. e dall'art. 411 c.p.c.. In questi casi, infatti, l'autenticazione concerne "negozi", nel primo caso il contratto di mandato professionale e nel secondo un verbale di conciliazione con contenuto negoziale e, in tali casi, il soggetto identificato ed indicato si appropria della paternità del contenuto del documento cosa che, per converso, non avviene con la mediazione dove l'effetto è quello, come detto, di porre in essere una mera dichiarazione di scienza ⁽⁴²²⁾.

3.9. *L'esecutività: cenni sull'art. 12, comma 1, d.lgs. 28/2010*

L'art. 12 del d.lgs. citato è stato modificato dal d.l. 69/2013. Viene meno, infatti, l'esigenza dell'omologa, e pertanto l'accordo "amichevole" è immediatamente esecutivo, in relazione agli obblighi di fare e di non fare, per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione per consegna e rilascio, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, purché gli avvocati (delle parti) sottoscrivano l'accordo e dichiarino che il relativo contenuto non è contrario all'ordine pubblico o alle norme imperative ⁽⁴²³⁾.

Il giudizio sulla soluzione non attiene a questo studio, tuttavia, la relazione illustrativa afferma, all'atto dell'indicazione sommaria delle novità, che "per divenire titolo esecutivo e per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale, l'accordo concluso davanti al mediatore [debba essere] non solo omologato dal giudice ma anche sottoscritto da avvocati che assistano le parti". Il concetto, per altro verso, viene ribadito successivamente anche nell'ultima parte della relazione illustrativa in cui si afferma che "[...] l'accordo concluso davanti al mediatore [...] per acquisire forza di titolo esecutivo e per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale debba non solo essere omologato giudizialmente [...] ma anche essere sottoscritto da avvocati che assistano tutte le parti".

Ricapitolando, la norma afferma che:

a) in generale vige ancora la regola dell'omologa e al giudice è demandato il controllo della regolarità formale ⁽⁴²⁴⁾ e della non contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume;

⁽⁴²¹⁾Nello stesso senso F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., pag. 56.

⁽⁴²²⁾R. TISCINI, *L'esito positivo*, cit., § 3 sottolinea che "[...] dal fatto che per consentire la trascrizione del verbale è necessaria una specifica autenticazione ad opera di un pubblico ufficiale si può desumere che lo stesso effetto non sia conseguito attraverso la certificazione dell'autografia da parte del mediatore [...]". A riguardo della certificazione dell'impossibilità di sottoscrivere, invece, si rinvia a M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, cit., pag. 322.

⁽⁴²³⁾Il legislatore tace, tuttavia, ancora una volta, sul buon costume e sul giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2.

⁽⁴²⁴⁾Controllo di regolarità formale che attiene "[...] alla sussistenza dei requisiti speciali previsti dal d.lgs. 28/2010: che si tratti di controversia civile o commerciale, che il procedimento si sia svolto presso un organismo iscritto all'albo del Ministero della giustizia, e così via [...]" come affermato da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, in *La risoluzione non giurisdizionale*, cit., pag. 57.

b) l'omologa non è necessaria quando "tutti" gli avvocati ⁽⁴²⁵⁾ delle parti sottoscrivono il verbale e lo dichiarano conforme all'ordine pubblico e alle norme imperative ⁽⁴²⁶⁾.

Appare palese la discrasia tra quanto voluto (ovvero: le intenzioni del legislatore), e il precetto espresso che, in sostanza, dice l'esatto contrario di quanto affermato nella relazione illustrativa ovvero che l'omologa non è necessaria quando il controllo venga effettuato dagli avvocati.

Non sembra possibile, infatti, proporre un'altra lettura perché l'ultimo inciso dell'art. 12, comma 1, d.lgs. citato afferma che "[i]n tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico".

In particolare, si tratta di tutti i casi in cui gli avvocati non effettuino la dichiarazione e il controllo di cui agli incisi precedenti del comma 1 dell'articolo in esame.

Ove il legislatore avesse voluto sortire un effetto diverso, e rispondente a quanto affermato nella Relazione illustrativa, avrebbe dovuto utilizzare la locuzione "in ogni caso" perché l'uso di "in tutti gli altri casi" porta a tracciare due vie distinte al fine di ottenere l'esecutività del titolo.

Una parte della dottrina ⁽⁴²⁷⁾, in relazione alla disposizione in commento ma prima del d.l. 69/2013, affermava che "[...] non sono del tutto chiare le ragioni per cui l'accordo omologato dal tribunale potrà senz'altro dare ingresso all'esecuzione forzata, nelle sue varie forme, laddove l'identico atto, ove le sottoscrizioni non siano autenticate da un pubblico ufficiale, non potrà essere trascritto (pur essendo idoneo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale). [I]n conseguenza, deve registrarsi l'introduzione di un titolo di formazione convenzionale la cui paternità formale – *rara avis* – appartiene ad un terzo (neppure qualificato pubblico ufficiale)".

Queste considerazioni possono essere, in parte, traslate anche sulla nuova disposizione ma, prima di trasferirle nel nuovo campo delineato dal d.l. 69/2013 occorre sottolineare che vi è un'ulteriore differenza tra la vecchia e la nuova formulazione dell'art. 12, comma 1, d.lgs. citato. Mentre, infatti, la disposizione precedente faceva riferimento al "verbale di accordo" e, pertanto, all'atto del mediatore,

⁽⁴²⁵⁾In ragione della nuova formulazione dell'art. 5, comma 1-*bis*, la presenza degli avvocati non sembra poter essere esclusa.

⁽⁴²⁶⁾F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, in *La risoluzione non giurisdizionale*, cit., pag. 57, il quale sottolinea che in relazione a tale ipotesi manca il controllo sulla regolarità formale. L'A. sottolinea, altresì, che "[i]l legislatore ha previsto che l'attribuzione dell'efficacia esecutiva all'accordo delle parti avvenga alternativamente o *ex lege* oppure attraverso un provvedimento di omologazione di giudice. Si tratta di una scelta basata su valutazioni di opportunità e non di una via necessitata, in quanto niente avrebbe impedito al legislatore, se lo avesse voluto, di attribuire in ogni caso all'accordo efficacia esecutiva *ex lege*, senza dunque la necessità di un intervento del giudice".

⁽⁴²⁷⁾B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo*, cit., § 1.

rispetto al quale l'accordo delle parti era solo un allegato ⁽⁴²⁸⁾, con cui questo certificava, come detto precedentemente, l'avvenuta mediazione e l'esito della stessa; ora, il legislatore, forse più opportunamente, fa riferimento all'accordo in generale, ovvero al documento contenente il regolamento negoziale e dal quale discendono le obbligazioni.

Il documento che si presta ad essere speso con le forme dell'esecuzione, però, ha contenuto negoziale, cosa che non aveva e non ha il mero verbale, ma, a mo' di conseguenza, si perviene a dare esecutività immediata ad un titolo che, da un lato, appartiene alle parti ma che, per altro verso, non è autenticato nelle sottoscrizioni (e tanto è vero che non è possibile trascriverlo senza l'intervento del notaio, come ancora ricordato dall'art. 11 d.lgs. citato) la norma, infatti, non attribuisce tale potere di autenticazione agli avvocati delle parti ed esso non sembra poter essere, *sic et simpliciter*, presunto o ritenuto implicito.

Dal punto di vista redazionale, per altro verso, sembra che adesso sia necessario inserire al termine dell'accordo un'apposita dichiarazione formulata dagli avvocati, e volta a ricalcare il contenuto della norma, in cui questi ultimi, e non il mediatore, confermino che il "dato accordo" non è contrario alle norme imperative e all'ordine pubblico ⁽⁴²⁹⁾.

Se l'effetto diretto della disposizione in commento è quello di produrre un nuovo titolo esecutivo, che gioco forza si colloca nell'art. 474 c.p.c., l'effetto indiretto è ben più incisivo. Una volta che, infatti, gli avvocati abbiano dichiarato che quel determinato accordo non è contrario all'ordine pubblico e alle norme imperative questi, inevitabilmente, si assumono la responsabilità derivante da tale dichiarazione e, pertanto, diviene improbabile un'eventuale contestazione sul punto (che sarebbe foriera di responsabilità per i medesimi avvocati).

Il rilievo concernente la violazione dell'ordine pubblico e delle norme imperative, perciò, potrà essere effettuato solo in fase di opposizione all'esecuzione ⁽⁴³⁰⁾ con il rischio, quantomai concreto, che gli avvocati, ove rimasti gli stessi, debbano asserire il contrario di quanto già dichiarato all'atto della sottoscrizione dell'accordo. Appare concreto, allora, il rischio che rimanga nelle "sole" mani del giudice la rilevazione della nullità dell'accordo per contrarietà all'ordine pubblico o alle norme imperative.

⁽⁴²⁸⁾Nel paragrafo precedente si è avuto modo di aderire alla tesi per cui il mediatore non è autorizzato dalla legge ad autenticare le sottoscrizioni dell'accordo ma solo quelle presenti sul verbale. Si v. *supra* cap. III, § 3.8 e si rinvia, in dottrina, a M. LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, cit., pag. 310 e ss.

⁽⁴²⁹⁾Il fatto che il relativo controllo sia demandato agli avvocati sembra determinare, altresì, che la relativa responsabilità ricada su questi ultimi e non sul mediatore. In tal modo, pertanto, quest'ultimo sarebbe responsabile solo nei termini dell'art. 14 d.lgs. ovvero solo nel caso in cui formuli la proposta (formale) aggiudicativa.

⁽⁴³⁰⁾D'altronde, anche prima delle modifiche apportate con il d.l. 69/2013, durante il processo d'esecuzione qualsiasi questione concernente la validità del titolo esecutivo avrebbe potuto essere ridiscussa. Sul punto B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina*, cit., § 4.

3.10. Tornando al contenuto: penali o *astreintes*?

Un problema diverso, sebbene sempre attinente al contenuto dell'accordo e della proposta (sia nella sua veste informale che in quella formale) è quello delle *astreintes*. L'art. 11, comma 3, ultimo inciso prevede, anche nella versione successiva al d.l. 69/2013, 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 loro adempimento".

Delle due l'una: o la norma è pleonastica, in quanto, appare fuori di dubbio che sia consentito alle parti garantire l'adempimento di un'obbligazione mediante la previsione di una penale nel contratto (o nell'accordo amichevole) oppure si è in presenza di qualcosa di diverso e connesso alla natura di titolo esecutivo dell'accordo, elemento questo che potrebbe essere rafforzato, ulteriormente, dalla nuova formulazione dell'art. 12, comma 1, d.lgs. citato dove i confini tra giudiziale e stragiudiziale appaiono alquanto sfumati.

La disposizione in esame ricorda da vicino la previsione contenuta nell'art. 614-bis c.p.c. ove si afferma che "[...] il giudice [...] fissa [...] la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento [...]". Questa ultima disposizione, introdotta con la legge n. 69 del 2009, disciplina lo strumento della *astreintes* ⁽⁴³¹⁾, che non sono altro che misure coercitive tese a rafforzare un provvedimento di condanna. Nel nostro ordinamento, a differenza di quello francese ⁽⁴³²⁾, esse sono connesse alle sole prestazioni di natura infungibile ed hanno natura di pene private ⁽⁴³³⁾. Si pensi, all'uopo, alle obbligazioni aventi ad oggetto un non fare le quali, in ragione della natura stessa dell'obbligazione, non sono soggette all'esecuzione forzata o, ancora, alle prestazioni infungibili contenenti un *facere*, e all'uopo si pensi all'opera d'arte, che altresì sono sprovviste di una tutela esecutiva.

Ciò che caratterizza, altresì, tali misure è che esse possono essere contenute solo in un provvedimento giurisdizionale di condanna del giudice della cognizione e non da quello dell'esecuzione ⁽⁴³⁴⁾.

Giova ricordare, inoltre, che una parte della dottrina ha affermato la possibilità di ammettere l'uso delle *astreintes* anche nella conciliazione di matrice giudiziale

⁽⁴³¹⁾Le *astreintes*, in realtà, non sono un istituto di matrice domestica, sul punto si v. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004 fasc. 3, pag. 727; A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, fasc. 3, pag. 953, spec. pag. 958; in relazione all'art. 614-bis v. M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in www.judicium.it; G.M. CELARDI, *Prime applicazioni sull'art. 614-bis c.p.c.: note critiche*, in *Gius. civ.*, 2011 fasc. 12, pt. 1, pag. 2969; F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. mer.*, 2009, fasc. 12, pag. 1181; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009 fasc. 9, pt. 5, pag. 320; prima del 2009 si v. B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Gius. civ.*, 1999, II, pag. 157.

⁽⁴³²⁾T. FOISSIER, *Les astreintes*, in *Droit et pratique des voies d'exécution*, AA. V.V., diretto da S. GUINCHARD e T. MOUSSA, Parigi, 2002, pag. 297, spec. pag. 299 (sub. 3106).

⁽⁴³³⁾Così M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., § 2, il quale sottolinea la relativa natura e afferma, inoltre, che "[...] la possibilità di una sua irrogazione deve essere intesa in termini di stretta interpretazione".

⁽⁴³⁴⁾M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., § 3.

in quanto “[...] se la conciliazione giudiziale è atto che chiude il processo dichiarativo al posto della sentenza, presentandosi come un equivalente di questa, evidentemente essa deve poter avere, per così dire, la stessa effettività. Del resto ben è possibile che il giudice della cognizione che abbia positivamente concluso il tentativo di conciliazione faccia le valutazioni che l’art. 614-bis c.p.c. impone per la concessione della misura coercitiva” ⁽⁴³⁵⁾.

Delineato sommariamente il campo delle *astreintes* nel diritto processuale civile occorre rilevare se esse possano essere utilizzate anche nell’ambito della mediazione come sembra suggerire il legislatore attraverso l’art. 11 d.lgs. citato e nella relativa Relazione illustrativa ⁽⁴³⁶⁾.

Come è noto quanto contenuto nelle relazioni illustrative non è vincolante ai fini dell’interpretazione di una norma. In ragione di ciò, sebbene sul punto il legislatore utilizzi il costrutto “*astreintes* convenzionali” esso non deve essere inteso in senso tecnico, ovvero come attributivo di tale natura alla pattuizione contenente l’obbligo di pagare una somma di denaro in caso di inadempimento.

Di fatti, le *astreintes* hanno manifestamente carattere sanzionatorio ⁽⁴³⁷⁾ e, pertanto, esse possono essere contenute solo in provvedimenti giurisdizionali o che abbiano efficacia di sentenza ⁽⁴³⁸⁾ e non in un atto avente natura negoziale quale è l’accordo “amichevole” la cui finalità, per altro, è meramente conciliativa ⁽⁴³⁹⁾.

⁽⁴³⁵⁾M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis c.p.c.*, cit., § 3 il quale sottolinea, altresì, che “[n]é sembra opportuno sposare il contrario avviso, basandosi su un’interpretazione meramente letterale della disposizione in commento, che gioca sul fatto che evidentemente il verbale di conciliazione non è un provvedimento di condanna”. *Contra* A. CHIZZINI, *sub art. 614-bis*, in BALENA G., R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, pag. 146.

⁽⁴³⁶⁾La Relazione illustrativa al d.lgs. 28/2010, sul punto, afferma che “[s]i tratta dell’avallo di forme di *astreintes* convenzionali, che le parti, nella loro autonomia, possono inserire per rendere più efficace l’accordo [...]”. Sul punto, in dottrina, si v. M. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *www.judicium.it* e in *Le Società*, 2010 fasc. 9, pag. 1142.

⁽⁴³⁷⁾R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciali*, cit., pag. 264; B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo*, cit., § 3;

⁽⁴³⁸⁾M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis c.p.c.*, cit., § 2, il quale sottolinea che non “[...] si possa escludere la possibilità che un lodo arbitrale (rituale) sia rafforzato con la concessione della misura coercitiva, posto che esso deve poter dare la stessa tutela che altrimenti darebbe la sentenza statale. Precisamente, posto che non sembra possibile attribuire al giudice dell’*exequatur* il compito di svolgere le valutazioni di cui all’art. 614-bis, a me sembra che nulla impedisca che le dette valutazioni siano svolte dall’arbitro, fermo restando che, poi, il lodo dovrà ottenere l’*exequatur* ai sensi dell’art. 825 c.p.c. per potere avere efficacia esecutiva sia nella parte attinente alla condanna nel merito sia nella parte attinente alla misura coercitiva”.

⁽⁴³⁹⁾Nello stesso senso I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giurisdizionale dei diritti. Introduzione*, in *Le Società*, 2010, f. 5, pag. 619, spec. pag. 625.

A ciò si aggiunge, che la presente conciliazione non è di carattere giudiziale e, pertanto, le argomentazioni che possono valere per quest'ultima ⁽⁴⁴⁰⁾ non possono essere trasportate nello spazio puramente negoziale di un procedimento di matrice stragiudiziale come quello in esame.

La dottrina ⁽⁴⁴¹⁾, sul punto, suggerisce il ricorso agli artt. 1382 - 1384 c.c., i quali delineano gli effetti e la disciplina della clausola penale ⁽⁴⁴²⁾. In altre parole il legislatore con l'art. 11, comma 3, d.lgs. citato, si sarebbe limitato a ribadire la possibilità per le parti, per il caso di inadempimento o di ritardo, di prevedere il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno.

La distinzione tra penale e *astreinte*, non suscettibile, comunque, di essere sviluppata compiutamente in questa sede, è insita nella natura della destinazione della somma di denaro.

Mentre nella penale la somma di denaro (o la prestazione di altre cose fungibili) assume una natura prevalentemente risarcitoria ⁽⁴⁴³⁾ ciò non avviene con la *astreinte* la quale rappresenta, in realtà, una sanzione civile e che, pertanto, prescinde dal risarcimento del danno.

Questa differenza non è priva di peso. Di fatti, come noto, la penale è sempre riducibile dal giudice ai sensi dell'art. 1384 c.c. quando manifestamente eccessiva o quando il giudice rilevi che vi sia stato un adempimento parziale in quanto essa è volta, da un lato, a sterilizzare gli effetti patrimoniali del danno subito dal creditore e, dall'altro, essa rappresenta una preventiva quantificazione del danno stesso (salvo patto contrario di risarcibilità del danno ulteriore).

La *astreinte*, invece, sembra prescindere da entrambi gli elementi in quanto essa appare come una sanzione e, di conseguenza, non è volta al ristoro del danno ma solo a rafforzare un'obbligazione in modo da assicurare al creditore l'adempimento (questa è, a dire il vero, anche una funzione indiretta della penale, ma non quella precipua) e, pertanto, una volta disposta (dal giudice) essa non è ridu-

⁽⁴⁴⁰⁾E sul punto si v. il pensiero poc'anzi riportato in relazione alla conciliazione giudiziale di M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., § 3 il quale afferma, in relazione alla conciliazione stragiudiziale, e se ne riporta integralmente il pensiero, che "[n]essuna possibilità, invece, si ha di rafforzare con la misura coercitiva una conciliazione stragiudiziale, ancorché omologabile dal giudice statale e, quindi, idonea a diventare titolo esecutivo per ogni tipo di esecuzione forzata. Si pensi alle previsioni del decreto legislativo in attuazione della delega in materia di mediazione contenuta nell'art. 60 della legge n. 69 del 2009. Invero, non è pensabile che la misura sia concedibile da parte del giudice dell'omologazione, perché, in analogia a quanto abbiamo detto per l'exequatur del lodo arbitrale, nel perimetro della cognizione di questo giudice non rientrano le valutazioni richieste dall'art. 614-bis c.p.c. Né è pensabile che essa possa essere chiesta al giudice dell'esecuzione, perché, commettendo un grave errore, è stata una chiara scelta del legislatore quella di sottrarre a detto giudice il potere di concedere la misura coercitiva. Né ancora a me sembra possibile che l'interessato instauri un autonomo processo dichiarativo al solo fine di chiedere ed ottenere la concessione della misura coercitiva, perché, ripeto, qui non siamo in presenza di un autonomo diritto, possibile oggetto di un autonomo processo dichiarativo, bensì solo di una misura esecutiva in senso lato accessoria ad una pronuncia di condanna".

⁽⁴⁴¹⁾F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., pag. 57; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 264; M. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, § 3; B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo*, cit., § 4;

⁽⁴⁴²⁾Sulla clausola penale si rinvia, in generale, a A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

⁽⁴⁴³⁾Cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, pag. 418.

cibile e non soggiace, ovviamente, all'art. 1384 c.c.; in ragione di ciò, la contestazione sull'importo dell'*astreinte* può essere effettuata solo attraverso l'impugnazione del provvedimento giurisdizionale che la ha prevista ⁽⁴⁴⁴⁾.

Passando alle distinzioni sul piano processuale occorre sottolineare che: mentre l'*astreinte* concede la possibilità al creditore di richiedere il pagamento immediato della relativa somma di denaro con il precetto ⁽⁴⁴⁵⁾, ciò non sembra possibile ⁽⁴⁴⁶⁾ in relazione alla penale in particolare ove si consideri che l'art. 1384 c.c. è considerato dalla giurisprudenza una norma imperativa e non derogabile consensualmente dalle parti ⁽⁴⁴⁷⁾ e pertanto rimane instabile non solo l'inadempimento ma anche l'importo della penale ⁽⁴⁴⁸⁾. Tanto premesso, occorre chiedersi se la penale rappresenti un credito liquido, perché altrimenti non c'è possibilità di ottenerne il pagamento in via coattiva ⁽⁴⁴⁹⁾.

La risposta, e si verte nell'ambito delle mere opinioni personali, dovrebbe essere negativa in quanto, come si è avuto modo di anticipare, l'importo della penale può essere, da un lato, determinato mediante complicati calcoli in ragione di singoli inadempimenti acclusi al contratto i quali devono essere valutati singolarmente e, dall'altro lato, esso rimane sempre soggetto alla riduzione da parte del giudice nei termini di cui all'art. 1384 c.c.

In altre parole, la penale, anche se contenuta in un titolo esecutivo, comunque pretende, da un lato, l'accertamento dell'inadempimento e, in secondo luogo, la valutazione di non manifesta incongruità del suo importo, analisi che non sembra possa essere rimessa al giudice dell'esecuzione. A tale avviso possono essere aggiunti due, ulteriori, dati derivanti da fonti normative.

In primo luogo, l'art. 3, comma 2, della legge 15 dicembre 1990, n. 386, prevede che "[l]'assegno bancario ha gli effetti di titolo esecutivo anche per la somma rappresentante la penale" e ciò è dovuto, secondo una parte della dottrina ⁽⁴⁵⁰⁾, proprio al fatto che, essendo una penale *ex lege* essa non soggiace alla regola pre-

⁽⁴⁴⁴⁾O almeno essa è riducibile solo attraverso l'impugnazione del provvedimento in cui è contenuta e non nel processo di esecuzione come sottolinea M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., § 5.

⁽⁴⁴⁵⁾L'art. 614-bis c.p.c., infatti, precisa chiaramente tale effetto.

⁽⁴⁴⁶⁾F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, *La soluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., pag. 52.

⁽⁴⁴⁷⁾In questo senso Cass. 28 settembre 2006, n. 21066 la quale afferma che "[i]nvero, occorre tenere conto che il potere di riduzione della penale ad equità è stato riconosciuto al Giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento (Cass. ss.uu. 18128/2005), sicché, trattandosi di un ed. potere-dovere, lo stesso può essere esercitato anche d'ufficio, al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela". Sul punto di veda anche Cass. Ss. Uu., 13 settembre 2005, n. 18128, con nota di SCHIAVONE G., *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, in *Res. civ. e prev.*, f.1, 2006, pag. 61.

⁽⁴⁴⁸⁾In giurisprudenza, ma in relazione al monitoraggio, ritengono non liquido il credito derivante dalla penale Tribunale di Roma, 22 settembre 2006 e 23 febbraio 2007, *contra* Tribunale di Pistoia 11 marzo 2010 in questo ultimo senso, ma solo a titolo di *obiter* (in quanto la penale acclusa al contratto non assumeva tale natura ma rilevava come obbligazione concernente una prestazione non dedotta nel contratto perché illecita) Cass. 21 maggio 2004, n. 9685.

⁽⁴⁴⁹⁾La questione viene posta da I. PAGNI *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti*, cit., pag. 625.

⁽⁴⁵⁰⁾A. SEGRETO A. CARRATO, *L'assegno*, Milano, 2012, ed. IV, pag. 735.

vista dall'art. 1384 c.c. mentre, nel caso previsto dall'art. 11, comma 3, d.lgs. citato il legislatore non si premura di specificare alcunché.

In secondo luogo, l'art. 614-*bis* prevede che “[i]l provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza” cosa che, e lo si ribadisce, non è prevista in relazione alla *astreinte* convenzionale prevista in materia di mediazione ⁽⁴⁵¹⁾.

⁽⁴⁵¹⁾In questo senso F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 52.

CAPITOLO IV TRASCRIZIONE

Sommario: 4.1.Connecting the dots: tipicità, trascrizione e Adr. 4.2.Trascrizione dell'istanza di mediazione: esclusione. 4.3.Trascrizione della domanda di arbitrato irrituale: esclusione. 4.4.La natura della mediazione: tipica o atipica? 4.5.La natura del lodo irrituale e la pubblicità dei suoi effetti. 4.6.Notaio/mediatore e mediatore/arbitro. 4.7.Ipotesi di trascrizione per mediazione e arbitrato irrituale: artt. 2643-2649. 4.8.Giurisprudenza e dottrina prima del d.l. 69/2013. 4.9.Una ricostruzione diversa. 4.10.Il nuovo art. 2643 n. 12-bis: ambito di applicazione. 4.11.Il nuovo art. 2643 n. 12-bis: rapporti con l'art. 2644 e l'usucapione.

4.1.Connecting the dots: *tipicità, trascrizione e Adr*

La trascrizione ⁽⁴⁵²⁾ è un mezzo di pubblicità legale volto alla salvaguardia della certezza dei traffici giuridici che ha quale effetto l'impostazione di un criterio di risoluzione dei conflitti tra diversi acquirenti ⁽⁴⁵³⁾. I relativi effetti non si esplicano tra le parti contraenti ma verso l'esterno nei confronti dei terzi; il mancato adempimento della formalità comporta l'inefficacia dell'atto nei confronti di questi ultimi (c.d. inopponibilità) ⁽⁴⁵⁴⁾ senza che ciò, tuttavia, determini una deroga al principio del consenso traslativo di cui all'art. 1376 c.c. ⁽⁴⁵⁵⁾.

Il meccanismo previsto dall'art. 2644 c.c. è volto, pertanto, a revocare il principio del *prior in tempore potior in iure* per sostituirlo con quello di prevalenza e priorità accordata alla pubblicità degli effetti di uno degli atti di cui agli artt. 2643 - 2645 c.c. prescindendo da ogni considerazione concernente la buona o la mala fede dell'acquirente.

⁽⁴⁵²⁾In generale sulla trascrizione si v. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. GABRIELLI F. GAZZONI vol. I - II, Milano, 2012; N.A. CIMMINO, *La trascrizione*, artt. 2643 - 2696, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. CENDON, Milano, 2008; A. ZACCARIA S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008; G. MARICONDA - C. VERDE - G. TRAPANI - G. CAPALDO - N. ATLANTE, *Le pubblicità*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2009; G. GABRIELLI, *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile, Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, vol. I - Relazioni, Milano, 1993, pag. 371.

⁽⁴⁵³⁾Si v. sul punto Cass. 4 novembre 2002, n. 15393, in *Giur. it.*, 2003, fasc. 1, pag. 19; Cass. 15 dicembre 1975, n. 4122.

⁽⁴⁵⁴⁾La trascrizione nel nostro ordinamento ha efficacia dichiarativa (salvo alcune eccezioni) in quanto permette di risolvere, come detto, il conflitto tra più aventi causa, per tale ragione essa non dà mai vita all'effetto traslativo in quanto esso è determinato dal consenso. Come si vedrà in seguito, in relazione ai rapporti tra la mediazione e la trascrizione l'accordo stipulato tra le parti e da queste sottoscritto una volta assunta la forma scritta è già idoneo al trasferimento del diritto ma, ovviamente, non all'opponibilità ai terzi che consegue, pertanto, solo con la trascrizione dell'accordo; da ciò si desume che l'accordo deve rispettare al momento della sua genesi le norme che regolano la validità del negozio traslativo di diritti reali quali, in particolare, la presenza del certificato di destinazione urbanistica, l'allegazione dell'attestato di prestazione energetica nonché, sempre a mero titolo di esempio, la conformità urbanistica soggettiva e oggettiva dell'immobile di cui viene trasferito il diritto reale.

⁽⁴⁵⁵⁾La questione, in realtà, non è così pacifica, sul punto si v. F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit. pag. 8 ove afferma che "[...] l'opponibilità, dunque, è estranea al rapporto, perché attiene al fatto da cui il rapporto origina «e del quale vale a designare, appunto, la rilevanza rispetto ai terzi», cosicché se il fatto è inopponibile non per questo il diritto assoluto degraderebbe a relativo. Il virgolettato è tratto da F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. del diritto*, XII, Milano, 1964, pag. 750.

La trascrizione non costituisce un negozio giuridico ma un fatto giuridico e, nello specifico, un mero atto materiale ⁽⁴⁵⁶⁾ inteso come un comportamento rilevante ai fini giuridici in quanto regolato dall'ordinamento, i cui effetti possono essere di pubblicità notizia ⁽⁴⁵⁷⁾, dichiarativi e costitutivi ⁽⁴⁵⁸⁾; qualche dubbio in dottrina, invece, risiede nell'oggetto della trascrizione: ovvero è in dubbio se siano gli atti (intesi come eventi di fatto che devono essere resi pubblici mediante la trascrizione) o gli effetti del negozio che abbisognino di trascrizione. Sul punto, senza addivenire ad una disamina generale su tale questione, più che altro perché evidentemente fuori da questo studio, si propende per la tesi sostenuta da una parte della dottrina ⁽⁴⁵⁹⁾, per cui "[...] oggetto della trascrizione è esclusivamente il mutamento giuridico conseguente ad un determinato atto [ovvero l'effetto]. La conservazione del documento che racchiude l'atto stesso ha solo lo scopo di attestare l'avvenuta modificazione della realtà, una funzione, dunque, latamente probatoria, che a ben vedere appare del tutto superflua, atteso che il titolo è già di per sé pubblico, cosicché ne sarebbe sufficiente l'esibizione al conservatore anche in mero estratto [...]".

⁽⁴⁵⁶⁾A riguardo v. in dottrina F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. II, ed. IX, Milano, 1965, pag. 730 nonché Cass. 16 marzo 1981, n. 1448; in dottrina tale affermazione non è incontestata sul punto si v. A. ZACCARIA S. TROIANO, *I possibili effetti della trascrizione*, p. II, *Attuazione e tutela dei diritti*, v. IV, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2011, pag. 3.

⁽⁴⁵⁷⁾L'ipotesi tipica è quella della sentenza che accerta l'usucapione. In tal caso infatti l'opponibilità verso i terzi non discende dalla trascrizione ma dall'acquisto a titolo originario, sul punto si tornerà in seguito, v. *infra* cap. IV, §§ 4.9 e 4.10.

⁽⁴⁵⁸⁾L'efficacia costitutiva della trascrizione viene di solito associata all'usucapione abbreviata di cui all'art. 1159 c.c., in relazione al titolo "astrattamente valido" necessario ai fini del ricorso alla figura decennale di acquisto a titolo originario; *contra* F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, v. 1, 2011, Milano, pag. 155, afferma che, tuttavia, il diritto non nasce dalla trascrizione ma dal possesso decennale del bene; in generale si ritiene più solida la ricostruzione per cui la trascrizione del titolo astrattamente valido è solo un "[...] coelemento perfezionativo [...]" della fattispecie come ricorda F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. GABRIELLI F. GAZZONI, t. II, Milano, 2012, pag. 452. Un altro caso dubbio di trascrizione costitutiva è quello concernente la trascrizione del pignoramento ex art. 555, comma 1, c.p.c. su cui sono divise dottrina e giurisprudenza, sul punto si v. F. CARINGELLA G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2011, pag. 724 spec. nota 27. Ha natura costitutiva, invece, l'iscrizione di ipoteca, come chiarito dall'art. 2808, comma 2, c.c. si v. sul punto C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, pag. 828.

⁽⁴⁵⁹⁾F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, cit., pag. 65, la relativa questione secondo l'A. verte sullo stabilire "[...] se [la] funzione primaria ed essenziale della trascrizione sia quella di rendere pubblici determinati atti ovvero di risolvere (nella sua efficacia tipica) la controversie che possono insorgere in sede di circolazione dei beni immobili e dei beni mobili registrati"; nello stesso senso N.A. CIMMINO, *La trascrizione*, cit., pag. 199 il quale afferma che "[l]a tassatività si deve ricercare e la si trova nell'ambito delle "modificazioni giuridiche" da rendersi pubbliche: queste sono indicate tassativamente, e fuori di esse non si può andare con un'interpretazione analogica [...]"; nello stesso senso espresso in testo v. anche G. MARICONDA, *Le pubblicità*, cit., pag. 41; R. TRIOLA, *Osservazioni sulla trascrivibilità delle concessioni di beni demaniali*, in *Giust. civ.*, 1970, p. I, pag. 923; in questo senso si v. anche Tribunale di Trieste, 23 settembre 2005 nonché, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 6 giugno 1968, n. 1711; Cass. 22 luglio 1969, n. 2764; Cass. 11 novembre 1969, n. 3664.

Ciò, per altro verso, appare confermato anche dal tenore letterale dell'art. 2645 c.c. il quale afferma che deve essere trascritto anche qualsivoglia atto o provvedimento che produca gli "effetti" di uno dei contratti di cui all'art. 2643 c.c. ⁽⁴⁶⁰⁾.

Prima di procedere alle valutazioni afferenti ai rapporti tra arbitrato irrituale e mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti civili e commerciali, da un lato, e trascrizione, dall'altro, appare necessario affrontare, almeno brevemente, la questione concernente la tassatività degli atti soggetti a trascrizione.

Secondo una ricostruzione di matrice dottrinale ⁽⁴⁶¹⁾, fatta propria anche da una parte della giurisprudenza ⁽⁴⁶²⁾, l'art. 2645 c.c. dovrebbe essere letto in modo da legittimare l'ampliamento dei limiti della trascrizione in modo da inglobare tanto le situazioni preparatorie quanto le situazioni di svolgimento esecutivo del diritto cioè, precisando l'asserzione, gli effetti simili o analoghi a quelli previsti dagli atti di cui all'art. 2643 c.c.. Tali fattispecie, ad avviso di questa parte della dottrina, dovrebbero essere ritenute, in via pacifica, soggette a trascrizione mentre alle parti rimarrebbe, comunque, la facoltà di non provvedere in tal senso.

Tale ricostruzione viene comunemente giustificata sulla base dell'esigenza, ritenuta tale in questa prospettiva, di utilizzare la trascrizione in modo da concedere una maggiore certezza ai traffici giuridici aventi ad oggetto diritti (anche *lato sensu*) immobiliari ⁽⁴⁶³⁾.

Per quanto questa tesi possa essere in concreto ritenuta affascinante essa non può essere condivisa. In primo luogo, perché l'esigenza professata in concreto potrebbe rivelarsi un *boomerang* in quanto l'accesso indiscriminato di fattispecie obbligatorie all'interno del sistema tracciato dal legislatore per la pubblicità degli

⁽⁴⁶⁰⁾F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., pag. 66 e ivi si rinvia per le ulteriori argomentazioni addotte dall'Autore.

⁽⁴⁶¹⁾G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli 2009, pag. 14 il quale sottolinea come la tesi della tassatività contrasti con gli orientamenti desumibili dal c.d. diritto vivente in quanto è "[...] frequente, innanzitutto, l'impiego di soluzioni «largheggianti» da parte di *dottrina e giurisprudenza* in casi concreti per i quali la legge non prevede espressamente la trascrizione, con la conseguente ammissione della trascrivibilità di diritti reali «atipici», obbligazioni *propter rem*, regolamenti condominiali, atti d'obbligo, convenzioni urbanistiche e vincoli «atipici», domande giudiziali non previste dalla legge, cessioni di posizioni contrattuali, fattispecie modificative o estintive di situazioni giuridiche già segnalate, accertamenti negoziali, ecc. [...]" per le relative argomentazioni si v. pagg. 423 e ss.

⁽⁴⁶²⁾Cass. SS. U.U. 12 giugno 2006, n.13523, in *Riv. dir. proc.*, 2007, fasc. 4, pag. 1017 con nota di T. SALVIONI, *Trascrivibilità della domanda diretta ad ottenere il rispetto dei limiti legali della proprietà e sua opponibilità a terzi*; Cass. 5 dicembre 2003, n. 18619, con nota di G. DE MARZO, *(In tema di) opponibilità ai terzi del ripristino del regime di comunione legale*, in *Il Foro italiano*, 2005 fasc. 12, pt. 1, pp. 3465 - 3466. Si rileva che le predette pronunzie comunque afferiscono a diritti reali non direttamente richiamati dall'art. 2643 c.c. ma che, comunque, implicano i medesimi effetti di cui alla norma predetta. Si v. sul punto anche Cass. 6 giugno 1968, n. 1711 in *Mass. Foro it.*, 1968, pag. 436; Cass. 26 giugno 1952, n. 1952, *ivi*, pag. 453.

⁽⁴⁶³⁾Sembra che il pensiero espresso in testo riassume, in modo molto stringato, quanto sostenuto da G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio*, cit., pag. 18. Sul punto si v. anche l'opinione di F. SANTORO-PASARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1981, pag. 701, il quale, in tema di diritto di prelazione, richiamando la giurisprudenza in materia societaria (ove l'effetto reale della prelazione contenuta nello statuto sociale è pacifica in giurisprudenza), tende ad estendere tale efficacia anche al patto di prelazione contenuto in ogni contratto purché esso sia reso conoscibile ai terzi mediante la trascrizione. Fermamente contrario è G. MARICONDA, *La pubblicità*, cit. pag. 45.

atti aumenterebbe, in modo indiscriminato, le fattispecie “simili” determinando, a cascata, un elevamento del margine di discrezionalità delle conservatorie e della giurisprudenza ⁽⁴⁶⁴⁾.

In secondo luogo, perché gli argomenti posti a supporto di tale tesi discendono tutti dall'interpretazione dell'art. 2645 c.c. il quale, come sottolineato da un'altra parte della dottrina ⁽⁴⁶⁵⁾, sebbene in un primo momento sia stato interpretato in modo da consentire l'accesso indiscriminato a qualsiasi atto o provvedimento afferente ai diritti reali (in quanto prevede una la c.d. tipicità degli effetti in contrapposizione alla tipicità degli atti postulata dall'art. 2643 c.c.), successivamente è stato interpretato dalla dottrina e dalla Corte costituzionale ⁽⁴⁶⁶⁾ in modo restrittivo e, pertanto, solo nel senso in cui siano soggetti a trascrizione, ai sensi dell'art. 2645 c.c., gli atti forieri degli “stessi” effetti di cui all'art. 2643 c.c., interpretazione questa poi consolidatasi per anni in giurisprudenza ⁽⁴⁶⁷⁾, senza possibilità di ricorrere all'analogia o a interpretazioni estensive.

⁽⁴⁶⁴⁾ Il problema potrebbe, infatti, determinare conseguenze devastanti. La presenza di un limite formale, ovvero della tassatività delle ipotesi di trascrizione, consente di tracciare delle linee di confine piuttosto nette che, d'altronde, sono quasi sempre state rispettate dalla giurisprudenza di legittimità; una giurisprudenza evolutiva, attraverso la predetta interpretazione estensiva, in tal caso, potrebbe comportare l'accesso indiscriminato di domande giudiziali non pertinenti sulle quali il controllo sarebbe effettuato solo “in seguito” ovvero al momento del passaggio in giudicato del provvedimento giurisdizionale, lasciando in dubbio sino all'ultimo l'effetto della trascrizione. Si v. sul punto F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., pag. 86 ove afferma che “[...] almeno non dovrebbe discutersi in merito al principio di legalità e quindi di tipicità, posto a salvaguardia della certezza dei traffici, la quale di certo subirebbe un grave danno ove la possibilità di trascrivere fosse lasciata alla libera scelta delle parti dell'atto o del Conservatore o magari degli stessi giudici, specie considerando, da un lato, l'attuale anarchia che caratterizza la giurisprudenza di merito e, dall'altro, che il decreto del presidente del tribunale, ex art. 113 *bis* disp. att., non è reclamabile alla Corte d'appello e che anche quello ex art. 113 *ter* disp. att. che ha ad oggetto il regolamento, secondo legge, dell'interesse pubblico alla pubblicità immobiliare attraverso un controllo sull'operato del Conservatore, non permette il controllo di legittimità, né quello di costituzionalità, perché di natura amministrativa”.

⁽⁴⁶⁵⁾ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., pag. 480.

⁽⁴⁶⁶⁾ Nello stesso senso G. MARICONDA, *La pubblicità*, cit., pag. 42 il quale afferma che “[l]a trascrizione, anche a costo di una lesione del principio del consenso traslativo, è stata adottata per garantire maggiore sicurezza. Se la spingiamo su un terreno incerto e scivoloso verrà meno proprio sul piano della sua funzione primaria”; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., pag. 86. Sul punto di v. anche Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 318, secondo la quale “[f]acendo leva sul tenore della disposizione [art. 2645], si deve ritenere che la norma *de qua*, la quale non esisteva nel testo iniziale del codice e fu introdotta in sede di coordinamento al momento dell'emanazione del codice stesso, comporta il superamento del principio, largamente accolto sotto il vigore del precedente codice civile, del carattere tassativo dell'elenco degli atti da trascrivere. In base alla citata disposizione questo carattere è venuto meno, non potendosi dubitare che, nell'ordinamento attuale, possano essere trascritti anche atti non espressamente contemplati dalla legge, purché producano gli stessi effetti degli atti previsti in modo esplicito. In sostanza, dunque, l'atto da trascrivere viene identificato *per relationem* all'effetto che è destinato a produrre” v. in *N. giur. civ. comm.*, 2010, fasc. I, pag. 653 e ss, con nota di C. ULESSI.

⁽⁴⁶⁷⁾ Tra cui: Cass. 5 maggio 1960, n. 1029, in *Giust. civ.*, 1960, p. I, pag. 1340; Cass. S.S. U.U. 18 febbraio 1963, n. 392, in *Riv. dir. ipot.*, 1966, pag. 132 e in *Giust. civ.*, 1963, p. I, pag. 249.

Tuttavia, si precisa che, allo stato attuale, l'impostazione qui assunta appare, comunque, minoritaria anche in ragione delle ultime evoluzioni della giurisprudenza di legittimità ⁽⁴⁶⁸⁾.

Una volta tracciato sommariamente lo stato della dottrina e della giurisprudenza concernenti le problematiche essenziali della trascrizione, di modo da indicare quali sono le tesi su cui questo studio si fonda, è necessario volgere l'attenzione ai due strumenti di ADR qui presi in esame senza tralasciare, tuttavia, il problema della trascrivibilità del negozio di accertamento la quale è intrinsecamente legata, come si vedrà a breve, ad entrambe le ipotesi di ADR qui in esame.

4.2. *Trascrizione dell'istanza di mediazione: esclusione*

Il primo problema che si pone una volta entrati nei rapporti tra strumenti negoziali di risoluzione stragiudiziale delle controversie e pubblicità immobiliare è quello della trascrizione delle relative domande ⁽⁴⁶⁹⁾. Nel caso che si è deciso di esaminare per primo, quello della mediazione, giusto di recente tornata obbligatoria ⁽⁴⁷⁰⁾, è possibile rilevare come il legislatore non si sia premurato di occuparsi del problema nemmeno con il d.l. 69/2013 e, pertanto, il quadro normativo di riferimento è rimasto il medesimo su cui si era già espressa la dottrina prima della pronuncia della Corte costituzionale n. 272 del 2012 ⁽⁴⁷¹⁾. Sul punto l'art. 5, comma 6, d.lgs. 28/2010 ⁽⁴⁷²⁾ afferma che l'istanza di mediazione produce gli

⁽⁴⁶⁸⁾Si v. sul punto A. ZACCARIA - S. TROIANO, *Capitolo II - I mutamenti giuridici soggetti a trascrizione ai fini dell'art. 2644 c.c.*, in *Diritto Civile*, v. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. II, *L'attuazione dei diritti*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, pagg. 20 - 25, i quali ricordano che è stata affermata in giurisprudenza la trascrivibilità degli oneri reali e delle obbligazioni *propter rem*. Si v. all'uopo Cass. 26 giugno 1952, n. 1896; Cass. 29 ottobre 1957, n. 4205; Cass. 6 giugno 1968, n. 1711 ma *contra* Cass. 5 settembre 2000, n. 11684.

⁽⁴⁶⁹⁾Sulla domanda di mediazione si v. G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicum.it; A. M. MARZOCCO, *Requisiti di forma-contenuto ed effetti dell'istanza di mediazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, fasc. 4, pag. 1127; G. ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *il Corriere giuridico*, 2011, fasc. 4, pag. 565; G. FREZZA, *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione e dei ricorsi al giudice amministrativo*, in *Giustizia civile*, 2012, fasc. 11-12, pt. 2, pag. 511; G. BATTAGLIA, *La nuova mediazione "obbligatoria" e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011 fasc. 1, pag. 126; O. PANNONE, *Domanda di mediazione ed interruzione della prescrizione*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2011, fasc. 3, pt. 1, pag. 631.

⁽⁴⁷⁰⁾Si v. *supra* cap. IV, §§ 4.2 e 4.3.

⁽⁴⁷¹⁾A riguardo della declaratoria di incostituzionalità si rinvia a Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in *Riv. arb.*, 2013, fasc. 1, pag. 67, con nota critica di R. TISCINI, *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*, pag. 105 e ss.

⁽⁴⁷²⁾La relativa disposizione ricalca quella contenuta nella direttiva 2008 (52) CE all'art. 8, comma 1.

stessi effetti sulla decadenza ⁽⁴⁷³⁾ e sulla prescrizione ⁽⁴⁷⁴⁾ della domanda giudiziale dal momento della comunicazione alle altre parti.

La trascrivibilità della domanda di mediazione, e l'attribuzione degli effetti prenotativi ⁽⁴⁷⁵⁾, è una questione che involge, in prima approssimazione, il diritto sostanziale in quanto la relativa discussione ha quale antecedente logico necessario la possibilità di trascrivere atti diversi da quelli previsti dagli artt. 2652 e 2653 e ss. c.c.; come si è già avuto modo di sottolineare nel precedente paragrafo il novero delle domande di cui agli articoli predetti può essere ampliato solo nei casi in cui vi sia una simmetria di effetti, intesa non come similitudine ma come identità e non deve trarre in inganno l'art. 2652, comma 1, c.c. secondo cui sono soggette a trascrizione le domande che si riferiscono a diritti elencati nell'art. 2643 c.c. ⁽⁴⁷⁶⁾.

In relazione alla domanda di mediazione la questione non sembra nemmeno porsi nei termini precisati poc'anzi perché essa non è una domanda giudiziale, non ne ha il contenuto, non comporta per le parti alcun formalismo particolare e, infine, non è atta a produrre tutti gli effetti sostanziali della domanda giudiziale ⁽⁴⁷⁷⁾.

⁽⁴⁷³⁾Come previsto dall'ultimo inciso dell'art. 5, comma 6, d.lgs. citato, gli effetti della decadenza sono sterilizzati dall'istanza di mediazione per una sola volta cioè, come ricorda la Relazione illustrativa, al fine di evitare che "[...] vengano proposte istanze strumentali di mediazione al solo fine di differire la scadenza del termine decadenziale [...]".

⁽⁴⁷⁴⁾Secondo G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione*, cit., § 8, "[...] meno chiaro è, invece, il prodursi dell'effetto sospensivo [in quanto] la sospensione va posta in relazione non tanto con la notificazione della domanda giudiziale o arbitrale, quanto piuttosto con la pendenza del processo, come, se non altro, è dimostrato dal fatto che essa viene meno se il processo si estingue [...]. Si aggiunga che, anche a voler ritenere che tra gli «effetti» della domanda di mediazione, cui si riferisce l'art. 5, 6° comma, d.lgs., vi sia anche quello sospensivo, manca una disposizione che, alla stessa stregua dei citati 2° e 4° comma dell'art. 2945 c.c., specifichi fino a quale momento la sospensione perdura [...]". Di contrario avviso è la dottrina maggioritaria la quale fa leva sull'equiparazione formulata dalla norma tra domanda processuale e istanza di mediazione (nei limiti della prescrizione e della decadenza), tra cui R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 231, che, nello specifico afferma come sia problematica l'individuazione "[...] all'interno della mediazione [del] momento equivalente al «passaggio in giudicato» della sentenza. Seppure profondamente diversa ne è la natura, non vi sono difficoltà nell'equiparare, a questi fini, la sentenza passata in giudicato al verbale di conciliazione, sia esso positivo [...], o negativo [...]. In quest'ultimo caso, «il termine prescrizionale inizia nuovamente a decorrere per intero dalla data del deposito del verbale di mancata conciliazione presso la segreteria dell'organismo»; nello stesso senso F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., pag. 44; S. GIAVARRINI, *Art. 5 - Procedibilità e rapporti con il processo*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, ed. II, Padova, 2012, pag. 139; N. SOLDATI, *Art. 5 commi 3, 4 e 6*, in *La nuova disciplina delle mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, Milano, 2010, pag. 133.

⁽⁴⁷⁵⁾Così Cass. 7 luglio 1988, n. 4464, sul punto si v. altresì Cass., SS. UU., 23 marzo 2011, n. 6597, in *Giustizia civile*, 2011, fasc. 9, p. 2, pag. 2015 con nota di G. FREZZA, *Trascrizione di domande giudiziali illegittime o infondate: profili di responsabilità civile*.

⁽⁴⁷⁶⁾Dello stesso avviso è G. FREZZA, *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione*, cit., pag. 511.

⁽⁴⁷⁷⁾Così A. MAJORANO, *Il procedimento di mediazione*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, diretto da R. TISCINI, coordinato da P. LICCI, 2012, Milano, pag. 184 nota 28 il quale si riferisce "[...] alla restituzione dei frutti del possessore di buona fede, del donatario o del successibile che abbia subito l'azione di riduzione; la corresponsione degli interessi sugli interessi; l'obbligo del convenuto in rivendica di custodire il bene; l'effetto preclusivo della domanda di esecuzione del contratto conseguente alla proposizione della domanda di risoluzione".

In ragione di ciò, anche ove si volesse aderire alla tesi per cui il novero delle domande trascrivibili è ampliabile attraverso l'interpretazione analogica ⁽⁴⁷⁸⁾ mancherebbero i requisiti di base per considerare l'istanza di mediazione come foriera dei medesimi effetti della domanda giudiziale ⁽⁴⁷⁹⁾ e, pertanto, appare opportuno ⁽⁴⁸⁰⁾ il richiamo formulato da parte del legislatore agli effetti dell'istanza sulla decadenza e sulla prescrizione perché comunque questa non sarebbe stata sovrapponibile alla domanda processuale senza un richiamo espresso ⁽⁴⁸¹⁾.

A ciò si aggiunge, per altro verso, che in tema di trascrizione delle domande non è presente un omologo dell'art. 2645 c.c. e che, comunque, quest'ultima disposizione non appare applicabile in via analogica anche in ragione della tesi a cui si è avuto modo di aderire precedentemente ⁽⁴⁸²⁾.

La domanda di mediazione, pertanto, non può essere considerata trascrivibile e, per altro verso, essa non produce altri effetti se non quelli sulla prescrizione e sulla decadenza. Ove il legislatore avesse voluto postulare un'equiparazione assoluta tra la domanda giudiziale e l'istanza di mediazione avrebbe dovuto procedere diversamente, magari inserendo un comma *ad hoc* come quello previsto in materia di arbitrato che, dal punto di vista effettuale, comporta la coincidenza della domanda di arbitrato con quella processuale ⁽⁴⁸³⁾.

L'ulteriore problema, noto in dottrina già prima della introduzione della mediazione, è quello concernente il rapporto tra l'originaria trascrizione della domanda giudiziale e la permanenza dell'effetto prenotativo/conservativo a seguito dell'in-

⁽⁴⁷⁸⁾E sul punto si v. G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio*, cit., pag. 332; ID, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*, in *Rivista del Notariato*, 2012, fasc. 4, pt. 2, pag. 968; CENNI M.L., FABIANI E., LEO M., *Accesso ai registri immobiliari aperto ad altri negozi*, in *Guida al Diritto*, 2012, fasc. 19, pag. 7; A. BIZZARRO, *Sul superamento del principio di tassatività della trascrizione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010 fasc. 3, pag. 918.

⁽⁴⁷⁹⁾Nello stesso senso R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, pag. 236; ID, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giust. civ.*, f. 10, p. II, pag. 492.

⁽⁴⁸⁰⁾Oltre che opportuna la scelta può essere considerata necessaria in quanto, una volta imposta la mediazione come obbligatoria, al fine di garantire il rispetto dei principi costituzionali è opportuno che la domanda di mediazione non pregiudichi la tutela del diritto sostanziale impedendo all'attore la possibilità di richiedere la tutela giurisdizionale dei propri diritti. Sul punto si rinvia a R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 230 la quale sottolinea (nota 174) come questa sia la posizione della Corte costituzionale e rinvia alle pronunzie 19 dicembre 2006, n. 436 e 13 luglio 2000, n. 276.

⁽⁴⁸¹⁾Con il d.l. 69/2013 il legislatore ha provveduto a modificare l'art. 4, comma 1, d.lgs. citato il quale ora prevede che "[l]a domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia". Il legislatore, pertanto, ha introdotto una regola di *competenza* che, in precedenza, non era prevista. Ciò pone il problema della contestazione dell'incompetenza dell'organismo di mediazione a cui sia stata sottoposta l'istanza e, pertanto, appare il caso di ritenere che si applichi, in ragione della tutela necessaria da accordare alle parti, e in particolare nel caso di mediazione obbligatoria, l'art. 2943, comma 3, c.c..

⁽⁴⁸²⁾G. FREZZA, *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione*, cit., pag. 512. La tassatività degli elenchi contenuti negli artt. 2652 e 2653 c.c. è, inoltre, pacifica in giurisprudenza Cass. 26 novembre 1979, n. 6182.

⁽⁴⁸³⁾Nello stesso senso G. FREZZA, *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione*, cit., pag. 516; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 71.

tervento di una soluzione di carattere negoziale della lite ⁽⁴⁸⁴⁾. Problema, questo, acuito, secondo una parte della giurisprudenza ⁽⁴⁸⁵⁾, dalla obbligatorietà della mediazione.

Mentre, infatti, la perdita dell'effetto prenotativo non pregiudica alcun diritto delle parti in presenza di una soluzione negoziale intervenuta durante il processo ⁽⁴⁸⁶⁾ perché sono le stesse a scegliere tale soluzione, il discorso cambia, secondo una parte della giurisprudenza ⁽⁴⁸⁷⁾, quando la soluzione viene imposta attraverso uno strumento di adr obbligatorio.

La soluzione disegnata dal legislatore, infatti, secondo una parte della giurisprudenza di merito ⁽⁴⁸⁸⁾, per non essere censurabile dalla Corte costituzionale ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost. per "irragionevolezza" ⁽⁴⁸⁹⁾ dovrebbe consentire alla parte di ottenere la medesima tutela che questa otterrebbe all'esito del processo, proprio perché le parti sono "obbligate" a procedere ad una soluzione negoziale a pena di improcedibilità della domanda.

⁽⁴⁸⁴⁾Sul punto, prima dell'introduzione della mediazione obbligatoria, v. R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2004, pag. 186.

⁽⁴⁸⁵⁾Tribunale di Genova, 18 novembre 2011.

⁽⁴⁸⁶⁾Anche se la relativa transazione, comunque, non si gioverebbe della trascrizione della domanda in quanto l'effetto della stessa deriva dalla sentenza - i cui effetti, altresì, sono ritenuti retroattivi solo a condizione che la trascrizione non sia stata cancellata, per qualsivoglia ragione, prima dell'emanazione della pronuncia - perché solo le parti a scegliere tale strada in modo autonomo; sul punto si v. Cass. 13 febbraio 1970, n. 349, in *Giust. civ.*, 1970, p. I, pag. 691.

⁽⁴⁸⁷⁾Tribunale di Genova, 18 novembre 2011.

⁽⁴⁸⁸⁾Ci si riferisce, in particolare, a Tribunale di Genova, 18 novembre 2011, secondo il quale, nell'ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale, afferma che "[n]on è possibile trascrivere né la domanda di mediazione, atteso che l'art. 2643 c.c., con elencazione tassativa, ha riguardo unicamente alle domande giudiziali, come chiaramente desumibile dall'art. 2653 c. 1 che disciplina l'effetto della trascrizione in relazione alla sentenza (ovvero ad un provvedimento di natura giurisdizionale), né direttamente il verbale di mediazione (essendo prevista unicamente la possibilità di trascrivere l'accordo conclusivo di mediazione previa autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un pubblico ufficiale [...]). Ne consegue quindi che, per i diritti reali, la mediazione dovrà sempre essere "doppiata" dal giudizio ordinario [...] atteso che, in caso contrario, l'attore vittorioso non potrebbe comunque trascrivere direttamente né il verbale di avvenuta positiva mediazione (se non previa autenticazione [...]), né soprattutto giovare dell'effetto prenotativo della domanda di mediazione (non trascrivibile). Ne consegue che, nel caso di specie, l'attore dovrebbe presentare istanza di mediazione, a pena di improcedibilità della domanda (o comunque svolgere la mediazione nell'ambito del giudizio nel termine fissato dal giudice) e, a prescindere dall'esito della mediazione, chiedere comunque una pronuncia giurisdizionale di merito, atteso che viceversa non potrebbe comunque né trascrivere direttamente il verbale di mediazione né soprattutto giovare dell'effetto prenotativo della domanda (l'effetto prenotativo è infatti limitato ai casi in cui la trascrizione della domanda sia seguita dalla pronuncia di una sentenza o di un provvedimento giurisdizionale analogo alla stessa, come appunto l'ordinanza ex art. 702 ter cpc)".

⁽⁴⁸⁹⁾Il Tribunale di Genova, 18 novembre 2011, rinvia a Corte cost. 23 maggio 2008 n. 169, v. con nota di L. SALVANESCHI, *La Corte costituzionale modifica la competenza nei giudizi di divorzio*, *Rivista di diritto processuale*, 2009, fasc. 2, pag. 490. Sul principio di ragionevolezza si v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Relazioni della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, in www.cortecostituzionale.it.

L'opinione di questa parte della giurisprudenza, tuttavia, non appare condivisibile, in primo luogo perché la mediazione, in generale, non è volta a sostituirsi al processo ma a consentire alle parti di risolvere le controversie a livello negoziale mediante l'ausilio di un professionista all'uopo formato e, in secondo luogo, perché, e sul punto si tornerà in seguito, la differenza di effetti, in materia di diritti disponibili, tra la sentenza, il lodo e il negozio non sembra nemmeno sussistere⁽⁴⁹⁰⁾ e, pertanto, la critica sembra infondata.

Allo stato attuale, come sottolineato dalla dottrina⁽⁴⁹¹⁾ e dalla giurisprudenza⁽⁴⁹²⁾, per porre rimedio, in modo non completo per le ragioni anzidette, al presente problema occorre formulare la domanda giudiziale, procedere alla trascrizione della stessa e proporre in parallelo la domanda di mediazione; “[l]a causa potrà essere iscritta a ruolo normalmente, eventualmente applicando l’art. 5, I-bis, terzo ultimo periodo ove alla data della prima udienza non fossero ancora trascorsi i tre mesi di cui all’art. 6, I; oppure si potrà attendere l’esito della mediazione, e riassumere la causa nel termine di tre mesi decorrenti dal ventesimo giorno antecedente l’udienza fissata con la citazione [...]”⁽⁴⁹³⁾.

Ovviamente l’effetto della trascrizione della domanda giudiziale, come già accennato, non si consolida con l’accordo di mediazione, il quale ha natura negoziale - in quanto la *sua* opponibilità dipende dalla *sua* trascrizione⁽⁴⁹⁴⁾ - e, in ragione di ciò, allorché il diritto controverso venga ceduto a seguito della trascrizione della domanda giudiziale e in pendenza del procedimento di mediazione, anche qualora quest’ultimo abbia esito positivo, si dovrà proseguire il processo per ottenere la sentenza opponibile al terzo (salvo il caso in cui anche il terzo partecipi alla mediazione)⁽⁴⁹⁵⁾.

4.3. *Trascrizione della domanda di arbitrato irrituale: esclusione*

La domanda di arbitrato irrituale, a differenza di quella rituale, non è trascrivibile⁽⁴⁹⁶⁾. Gli artt. 2652, ultimo comma, e 2653, ultimo comma, c.c. equiparano, infatti, alla domanda giudiziale l’atto notificato con cui la parte dichiara l’inten-

⁽⁴⁹⁰⁾F.P. LUISO, *L’art. 824-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, § 7, il quale afferma, però, l’identità di effetti tra sentenza, lodo rituale e transazione escludendo, implicitamente, il negozio di accertamento.

⁽⁴⁹¹⁾F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 71; nello stesso senso prima del d.l. 69/2013 v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 235; A. MAJORANO, *Il procedimento di mediazione*, cit., pag. 185.

⁽⁴⁹²⁾Tribunale di Genova, cit.

⁽⁴⁹³⁾F.P. LUISO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁹⁴⁾Sottolinea R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi*, cit., che “[l]’avvenuta trascrizione della domanda giudiziale, qualora si raggiunga l’accordo, ha ben poco valore, dal momento che non vi è continuità tra trascrizione della prima [la domanda] e trascrizione del secondo [l’accordo] (quando anche aventi il medesimo contenuto)”.

⁽⁴⁹⁵⁾F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 72; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 235.

⁽⁴⁹⁶⁾L’affermazione appare pacifica in dottrina sul punto si v. R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Milano, 2008, pag. 277; C. CORBI, *La trascrizione della domanda di arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2010, f. 4, pag. 729, spec. pag. 748; nello stesso senso G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, v. 4, *La parte generale del diritto civile*, in *Trattato di diritto Civile*, diretto da R. SACCO, 2012, Milano, pag. 37.

zione di avvalersi della clausola compromissoria e provvede a formulare la domanda e, se le spetta, a nominare gli arbitri ⁽⁴⁹⁷⁾.

Le norme in questione, in realtà non distinguono le due forme di arbitrato e seguendo la tesi unitaria si potrebbe essere tentati dall'interpretarle in modo da estenderne l'applicabilità anche all'arbitrato irrituale. A ciò osta, tuttavia, non tanto la natura del procedimento che, per come la si è descritta nel capitolo dedicato all'arbitrato irrituale, appare speculare a quella dell'arbitrato rituale, quanto, invece la natura sostanziale della domanda di arbitrato irrituale la quale è un atto giuridico unilaterale che non può incidere su diritti di terzi ai sensi dell'art. 1372 c.c.

In relazione a quest'ultima, infatti, è possibile affermare che la stessa non costituisce una modalità di esercizio dell'azione perché rimane un atto di natura eminentemente negoziale con cui, per altro verso, "[...] non si deduce in giudizio il diritto sostanziale controverso, ne si sollecita il *dovere* decisorio degli arbitri, *obbligato* solo in forza dell'accordo compromissorio a pronunciare il lodo" ⁽⁴⁹⁸⁾.

Il lodo irrituale, guardando alla sua natura, produce, inoltre, gli effetti del negozio e non già quelli della sentenza, non è omologabile ai sensi dell'art. 825 c.p.c. ⁽⁴⁹⁹⁾, e, in ogni caso, anche ove si ritenga, come si farà in seguito, che il lodo sia trascrivibile esso soggiace alle regole di trascrizione previste per i negozi e, pertanto, l'eventuale esecuzione della formalità ai sensi dell'art. 2651 c.c. sarebbe possibile solo ove si dimostrasse la generica ammissibilità per tutti i negozi di accedere a tale forma di trascrizione.

In questa prospettiva, allora, anche l'eventuale equiparazione della domanda di arbitrato irrituale a quella rituale, in ragione della unitarietà dell'arbitrato ⁽⁵⁰⁰⁾, afferirebbe solo all'elemento introduttivo del procedimento arbitrale senza, però, potersi giovare dell'effetto prenotativo come detto anche in relazione alla domanda di mediazione.

⁽⁴⁹⁷⁾Sulla domanda di arbitrato (rituale) e i suoi effetti si rinvia a G. DALLA PIETRA, *L'atto introduttivo*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. VERDE, 2005, Torino, pag.165, spec. 173.

⁽⁴⁹⁸⁾Così R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., pag. 277, l'A., in ragione di ciò, esclude, espressamente, che dalla domanda di arbitrato irrituale possano discendere gli effetti processuali e sostanziali della domanda (i corsivi riportati in testo sono dell'A.).

⁽⁴⁹⁹⁾L'art. 808-ter c.p.c. esclude testualmente l'applicabilità del lodo del procedimento di omologazione cosa che ha perfettamente senso nel momento in cui gli effetti del lodo sono contrattuali. In giurisprudenza si v. [XXX]; secondo F. CARPI, *sub. art. 825*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. CARPI, Bologna, 2007, pag. 609, "[o]vviamente l'*exequatur* può inerire solo al lodo rituale; non certo al lodo irrituale, il cui segno distintivo è proprio rappresentato dalla non depositabilità, conseguente alla scelta delle parti, nella convezione di arbitrato, della «determinazione contrattuale» ex art. 808-ter c.p.c.”.

⁽⁵⁰⁰⁾Cfr. *supra* capitolo II, §§ 2.9 e 2.10.

La dottrina ⁽⁵⁰¹⁾, sul punto, ha tentato di ricavare dal sistema degli strumenti volti a consentire alla parte, obbligata (a livello negoziale) a procedere alla risoluzione della controversia a mezzo dell'arbitrato irrituale, di ottenere, attraverso gli strumenti processuali, gli stessi effetti della trascrizione della domanda. Si suggerisce, sul punto, ma nella sola ipotesi di promissario acquirente, e pertanto in caso di negozi ad effetti obbligatori e non reali, di proporre una domanda di verifica ai sensi dell'art. 216 c.p.c. e di trascriverla ai sensi dell'art. 2652, n. 3, c.c.; tale soluzione, però, risulta comunque insoddisfacente perché, per giovare dell'effetto prenotativo, ovvero affinché la trascrizione della domanda sia opponibile al terzo che ha acquistato il diritto a seguito di quest'ultima, è sempre necessario che sia pronunciata la sentenza ⁽⁵⁰²⁾.

In conclusione sembra doversi escludere, *tout court*, la trascrizione della domanda per arbitrato irrituale ⁽⁵⁰³⁾.

4.4. *La natura della mediazione: tipica o atipica?*

Tornando alla mediazione si ricorda che, nel capitolo precedente, si è avuto modo di guardare al contenuto dell'accordo di mediazione per sondare, a livello preliminare, quali siano i suoi effetti e per rilevare, per altro verso, se da esso possano discendere vicende traslative di diritti reali. Il riferimento contenuto nell'art. 5, comma 3, d.lgs. citato, all'art. 2643 c.c., all'uopo, fugge ogni dubbio circa la possibilità che l'accordo di mediazione dispieghi effetti reali in quanto, altrimenti, non avrebbe senso alcuno parlare di trascrizione.

Tuttavia è possibile interrogarsi su di un'altra questione. Ovvero se l'accordo conciliativo, sia esso raggiunto a seguito della proposta che autonomamente dalle parti, rappresenti un "nuovo" contratto tipico, con una causa propria, oppure esso acquisisca la causa del negozio che concretamente le parti scelgono pervenendo all'accordo o aderendo alla proposta (transazione, negozio di accertamento, compravendita, permuta, divisione e via discorrendo).

⁽⁵⁰¹⁾In particolare si v. C. MURONI, *La pendenza*, cit., pag. 288 e, nello stesso senso C. CORBI, *La trascrizione della domanda*, cit., pag. 750. Per altro verso, C. MURONI, *La pendenza*, cit., pag. 290, guarda alla possibilità di trascrivere la domanda di arbitrato irrituale, riguardante comunque un contratto preliminare e debitamente autenticata, attraverso la previsione di cui all'art. 2645-bis; l'A., tuttavia, anche ritenendo in astratto possibile ricondurre le due ipotesi, quella della trascrizione della domanda e quella della trascrizione del contratto preliminare a *ratio* simili ritiene, comunque, che il principio della tassatività degli effetti trascrivibili sia insuperabile. Nello stesso senso v. P. BIAVATI, sub art. 808-ter, in *Arbitrato*, diretto da F. CARPI, cit., pag. 184.

⁽⁵⁰²⁾Come affermato, d'altronde, in relazione alla mediazione, sul punto v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 72; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 235.

⁽⁵⁰³⁾G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., pag. 37 afferma che, nelle ipotesi in cui la convenzione di arbitrato non sia chiara circa la natura dell'arbitrato (cosa che a seguito dell'introduzione dell'art. 808-ter appare comunque improbabile) sarebbe comunque possibile richiedere la trascrizione della domanda di arbitrato la quale, in ogni caso, anche ove concessa, non muta la natura dell'arbitrato stesso. Nello stesso senso, anche se in relazione all'art. 825 c.p.c., si v. Cass. 31 ottobre 2013, n. 24552; Cass., 18 maggio 2004, n. 9392; Cass. 24 febbraio 2004, n. 3614; Cass. 22 novembre 2000, n. 15070.

In dottrina la questione era già stata posta in relazione alla conciliazione giudiziale ⁽⁵⁰⁴⁾ e, all'uopo, si era affermato che in concreto la conciliazione si atteggia come una figura autonoma diversa dalla transazione in cui, come si è più volte ripetuto nel corso di questo scritto, le reciproche concessioni non rappresentano un elemento necessario. L'autonomia della conciliazione, e pertanto anche della mediazione qui in esame, secondo questa ricostruzione appare dovuta alla sua struttura che, comunque, implica la partecipazione di un terzo che cerca di "influenzare" le manifestazioni di volontà delle parti al fine di appianare una lite.

Dal punto di vista sostanziale, però, l'omogeneità degli esiti della mediazione è ben diversa dall'omogeneità del procedimento che dà luogo all'accordo e al verbale di conciliazione. In altre parole, l'unitarietà del negozio sarebbe desumibile solo sul piano strutturale, inteso come svolgimento di un dato procedimento al fine di ottenere un dato esito e non, per converso, dal punto di vista causale.

Ciò perché, in concreto, e posta l'eterogeneità delle materie su cui può vertere, ad esempio, la mediazione (si pensi all'uopo all'art. 2 d.lgs. citato che richiama per intero la "materia" dei diritti disponibili), ogni "accordo" sembra avere una sua rilevanza autonoma potendo aderire, ad esempio, a funzioni economico sociali profondamente diverse e influenzate tanto dal rapporto controverso quanto dalla eventuale volontà delle parti di distaccarsi da questo ultimo raggiungendo un accordo su diritti in concreto non controversi ⁽⁵⁰⁵⁾.

In altre parole, dal punto di vista della causa, seguendo la tesi dominante in dottrina ⁽⁵⁰⁶⁾, che la intende come "funzione economico sociale del contratto", è possibile affermare che essa muta in relazione alla funzione dell'accordo (di mediazione) che non può essere ridotta ad un *unicum* in ragione di una simmetria nel procedimento di formazione il quale attiene non al momento effettuale ma al momento (genetico) della conclusione del contratto che, inoltre, non è derogato nella sua struttura di base prevista dall'art. 1326 c.c. dalla presenza del terzo.

A ciò si aggiunge, ancora, che il mediatore non prende mai parte al negozio, ovvero non vi è traccia di una sua estrinsecazione di volontà nemmeno all'atto della redazione del verbale che, come si è precedentemente detto ⁽⁵⁰⁷⁾, rappresenta la mera certificazione dell'attività compiuta dalle parti e non dispiega alcun effetto negoziale ⁽⁵⁰⁸⁾, e, in ragione di ciò, l'accordo, indipendentemente dall'*iter* procedimentale antecedente alla sua stipulazione, ovvero anche in presenza di un'in-

⁽⁵⁰⁴⁾A. BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988, pag.215.

⁽⁵⁰⁵⁾Già nel capitolo precedente si è sottolineato come le parti possano, senza particolari difficoltà, produrre un accordo che non verte sui diritti oggetto di contestazione ciò è sottolineato altresì, tra i tanti, da R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag.

⁽⁵⁰⁶⁾Sul punto si v. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2009, pag. 192 il quale delinea una concezione obiettiva della causa, in antitesi con la concezione soggettiva avente riguardo per lo scopo del contratto, intesa come funzione economico sociale riconosciuta dal diritto; v., altresì, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 449 per i rapporti tra le due tesi.

⁽⁵⁰⁷⁾Si v. all'uopo *supra* cap. III, §§ 3.6, 3.7.

⁽⁵⁰⁸⁾Si tratta, infatti, di una mera dichiarazione di scienza. Gli effetti che discendono dal verbale di mediazione sono di natura processuale, in quando in caso di esito negativo la domanda è resa procedibile, e tributario, perché attraverso il verbale si ottiene lo sconto sull'imposta di registro.

tensa ingerenza del mediatore, rimane un negozio (tipico o atipico) a sé stante rispetto al procedimento ⁽⁵⁰⁹⁾.

A sostegno della non tipicità del negozio conciliativo si potrebbe, tuttavia, utilizzare, anche la lettera dell'art. 11, comma 3, d.lgs. citato, ove si afferma che le parti possono concludere negozi o compiere atti soggetti a trascrizione, tale espressione però, sebbene ponga l'accento su negozi ed atti trascrivibili, indicando che non è il negozio conciliativo a dover essere trascritto ma il contratto/accordo a cui pervengono le parti (e ciò è sottolineato anche dalla struttura del nuovo art. 2643 n. 12-*bis*), sembra affetta da un'impresione di fondo sulla natura della trascrizione che ne sconsiglia l'utilizzo perché, improvvisamente, afferma, invece, che il pubblico ufficiale autentica il verbale per procedere alla trascrizione.

Come si è esclusa la natura di negozio tipico per la mediazione, e per la conciliazione in generale, deve parimenti escludersi ogni possibile natura processuale del negozio di "mediazione" proprio perché, e anche a differenza della conciliazione giudiziale, la mediazione in discorso vive e prospera lontana dal processo in una dimensione completamente diversa e autonoma, traendo i suoi effetti solo, ed esclusivamente, dalla volontà delle parti e dalla capacità di queste di influenzare lo stato dei propri diritti. All'uopo occorre precisare, tuttavia, che l'effetto processuale, al quale consegue la procedibilità della domanda, è legato al verbale e non all'accordo ⁽⁵¹⁰⁾.

4.5. *La natura del lodo irrituale e la pubblicità dei suoi effetti*

Come si è detto nel secondo capitolo, la ricostruzione dell'arbitrato irrituale come arbitraggio applicato al negozio di accertamento o alla transazione non sembra essere percorribile in ragione del riconoscimento operato dal legislatore della riforma dell'arbitrato irrituale come modello a sé stante attraverso l'art. 808-*ter* ⁽⁵¹¹⁾; in ragione di tale precetto si è cercato di dimostrare come l'arbitrato irrituale in realtà costituisca un vero e proprio giudizio eteronomo ma i suoi effetti si limitino ad incidere, in concreto, solo sul piano negoziale.

In altre parole, si è avuto modo di sottolineare come debba essere ritenuta prevalente, e preferibile, l'impostazione formulata dalla dottrina, ma rifiutata, per ora, dalla giurisprudenza ⁽⁵¹²⁾, per cui il lodo arbitrale non è diverso dal lodo irri-

⁽⁵⁰⁹⁾Dello stesso avviso F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 1986, Napoli, pag. 47; E. FABIANI M. LEO, *L'accordo di conciliazione*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale, Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. CENNI, E. FABIANI, M. LEO, 2012, Napoli, pag. 288.

⁽⁵¹⁰⁾Cfr. cap. III, § 3.7.

⁽⁵¹¹⁾Sul punto si v., oltre agli autori citati *supra* cap. II, §§ 2.9 e 2.10, M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 2002, pag. 325.

⁽⁵¹²⁾Cass. 31 ottobre 2013, n. 24552. secondo la quale "[p]oiché nell'arbitrato irrituale le parti intendono affidare all'arbitro la soluzione di una controversia attraverso uno strumento strettamente negoziale - mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà - impegnandosi considerare la decisione degli arbitri come espressione di tale personale volontà, non è ammissibile l'impugnazione per nullità di un lodo, ancorché il provvedimento sia stato depositato e reso esecutivo ai sensi dell'art. 825 cod. proc. civ., mentre è legittimamente esperibile la sola azione per (eventuali) vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione".

tuale in quanto si tratta, in entrambi i casi, di decisioni eteronome che non richiedono, per dispiegare i propri effetti, di alcuna ulteriore manifestazione di volontà proveniente dalle parti. Gli arbitri, per altro verso, in ragione del rapporto negoziale instaurato con le parti non producono, in concreto, una manifestazione di volontà, proprio perché si è esclusa la natura di mandato, ragion per cui non è necessario disegnare l'impugnazione del lodo secondo le comuni patologie negoziali (eccettuato il caso della contrarietà del lodo alle norme imperative o all'ordine pubblico).

Il lodo, inoltre e a differenza della mediazione, incide in modo indipendente dalla volontà delle parti producendo un nuovo assetto di rapporti impugnabile solo nei ristretti limiti dell'art. 808-ter⁽⁵¹³⁾; in altre parole gli effetti del lodo, e qui si richiama quanto detto in tema di conciliazione, possono essere ricondotti ad una pluralità di contratti e possono essere assimilati, in ragione delle circostanze concrete del caso dedotto in arbitrato, ad ogni effetto negoziale tipico o atipico accolto dal nostro ordinamento.

Tale impostazione, foriera delle conseguenze precedentemente valutate, comporta altresì la necessità di considerare se, in primo luogo, sia consentito un arbitrato irrituale su diritti reali; se, in secondo luogo, si possa applicare all'arbitrato irrituale l'art. 808-bis c.p.c.; se, in terzo luogo, il lodo arbitrale irrituale possa dispiegare effetti dichiarativi, traslativi, costitutivi o modificativi di diritti reali e se, in quarto luogo, il lodo irrituale sia trascrivibile.

Alla prima questione deve essere data risposta positiva. Ciò perché, indipendentemente dalla tesi seguita in dottrina l'unico limite che incontra la compromettibilità in arbitri è quello costituito dai diritti disponibili, tanto per l'arbitrato rituale che per quello irrituale⁽⁵¹⁴⁾.

Al secondo quesito, in ragione della tesi a cui si è avuto modo di aderire nel secondo capitolo di questo studio, sembra possibile, altresì, dare risposta positiva. L'art. 808-bis è stato introdotto, secondo una parte della dottrina⁽⁵¹⁵⁾ in ragione della necessità di rimuovere il divieto di compromettere in arbitri liti ancora non scaturite in materia non contrattuale desumibile dagli artt. 806 e 808 nella formulazione antecedente alla riforma ma, per altra parte della dottrina⁽⁵¹⁶⁾, tale problematica, non essendoci un divieto espresso, era già stata risolta.

⁽⁵¹³⁾Cfr. *supra* cap. II, §§ 2.8, 2.9 e 2.10 per le tre opposte visioni a riguardo dell'impugnazione.

⁽⁵¹⁴⁾Appare pacifica in giurisprudenza l'ammissibilità di un arbitrato irrituale su diritti reali immobiliari, sul punto si v. Cass. 4 novembre 2004, n. 21139 e Cass. 30 gennaio 1985, n. 574, in *Foro it.*, 1985, p. I, pag. 375 la quale verte sulla forma del documento contenente la proroga del termine per la pronuncia del lodo che, secondo la Corte, assume la natura di modifica del contratto di mandato intercorrente tra parti ed arbitri e, pertanto, richiede la forma *ad substantiam* ove l'arbitrato abbia quale oggetto una controversia su diritti reali immobiliari.

⁽⁵¹⁵⁾Così G. RUFFINI, *sub art. 808-bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. BENEDETTELLI - C. CONSOLO - L. RADICATI DI BROZZOLO, Padova, 2010, pag. 56; *contra* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub Art. 808-bis, Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in *Arbitrato*, diretto da F. CARPI, cit., pag. 148.

⁽⁵¹⁶⁾E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub Art. 808-bis, Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in *Arbitrato*, diretto da F. CARPI, cit., pag. 148.

Appare preferibile, tra le due ricostruzioni antecedenti alla riforma, la seconda in quanto la prassi, in relazione all'arbitrato irrituale, è sempre stata in senso favorevole e non sono mai pervenute decisioni contrarie ⁽⁵¹⁷⁾.

In ragione di tale impostazione, allora, e indipendentemente dalla tesi di riferimento a cui si acceda per quanto concerne la natura dell'arbitrato irrituale, è possibile affermare che, in linea generale, è consentito l'uso di una convenzione di arbitrato irrituale in materia di controversie non contrattuali future ⁽⁵¹⁸⁾.

In relazione al terzo quesito occorre scindere la discussione in due parti. In relazione alla prima, una volta che il legislatore ha affermato la valenza di determinazione contrattuale del lodo arbitrale, non sembra possano esserci dubbi sulla possibilità che il lodo arbitrale influisca sull'assetto sostanziale della lite alla stregua di un contratto tanto ad effetti obbligatori quanto ad effetti reali. Non sembra possibile, per altro verso, che attraverso il lodo si possa ottenere un contratto reale, salvo che non si sostenga che gli arbitri abbiano la disponibilità del bene da trasferire ai fini della conclusione del contratto ⁽⁵¹⁹⁾.

Diverso è invece il discorso in relazione al negozio di accertamento, più che altro perché, a questo punto, diviene necessario distinguere tra l'attività di accertamento e il risultato dell'accertamento stesso ⁽⁵²⁰⁾.

Una volta che si è data risposta positiva ad una parte delle questioni sin qui affrontate sembra il caso di traslare l'attenzione sulla forma del lodo irrituale il quale, ove abbia ad oggetto dei diritti reali immobiliari, necessiterà della pubblicità, ai fini dell'opponibilità ai terzi che, nel caso di specie e per ovvie ragioni sistematiche, non può essere ottenuta attraverso il procedimento di cui all'art. 825 c.p.c. ⁽⁵²¹⁾ ma, avendo il lodo effetti negoziali, attraverso strumenti di questo ultimo tipo di modo da rientrare nella previsione di cui all'art. 2657 c.c..

A ciò si aggiunge che la trascrizione in materia contrattuale nel nostro ordinamento è costruita su due pilastri principali ovvero gli artt. 2643 e 2645 c.c. che, come si è avuto modo di sottolineare, non rappresentano norme sugli "atti" ma norme sugli "effetti" dei negozi per cui è prevista la pubblicità con gli effetti di cui all'art. 2644 c.c. ⁽⁵²²⁾.

Posto che gli arbitri rituali non possono, di certo, attribuire forma pubblica al lodo e che, men che meno, possono fare ciò gli arbitri irrituali, essendo bloccata, come detto, la strada che porta il lodo irrituale verso il procedimento di cui all'art. 825 c.p.c., l'unica via per consentire agli effetti del lodo irrituale la pubblicità necessaria appare quella dell'autenticazione notarile delle sottoscrizioni.

⁽⁵¹⁷⁾Così E. REDENTI, voce *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, pag. 788.

⁽⁵¹⁸⁾*Contra* Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158, cfr. *supra* cap. II, §§ 2.9, 2.10, 2.11.

⁽⁵¹⁹⁾In concreto tale ipotesi non sembra realizzabile in quanto l'arbitro dovrebbe consegnare la somma di denaro nell'ipotesi di mutuo, il bene mobile in quella di deposito e via discorrendo.

⁽⁵²⁰⁾All'uopo si v. *infra* cap. IV, § 3.9 e 3.10.

⁽⁵²¹⁾L'impossibilità di assoggettare il lodo arbitrale irrituale al procedimento di omologazione è espressa, direttamente, nell'art. 808-ter.

⁽⁵²²⁾Si v. *supra* nel presente capitolo § 4.1.

Una parte della dottrina ⁽⁵²³⁾, sul punto, afferma che “[o]rbene, dato che gli arbitri sono mandatari delle parti, ove essi facessero autenticare da notaio le loro sottoscrizioni, il lodo irrituale, quale scrittura privata, potrebbe fungere da titolo esecutivo. Tesi ardita, ma non fantasiosa”.

Questa affermazione si lega, inequivocabilmente, non tanto all’aspetto della trascrizione qui esaminato quanto a quello dell’esecutività del lodo arbitrale irrituale che, una volta autenticato, rientrerebbe tra gli atti previsti dall’art. 474, comma 1, n. 2, c.p.c. ⁽⁵²⁴⁾.

L’autenticazione delle sottoscrizioni, tuttavia, non comporta solo gli effetti di cui all’art. 474 ma, altresì, il soddisfacimento del requisito di forma previsto dall’art. 2657 c.c. e volto a rendere trascrivibile il lodo che dispieghi effetti reali traslativi della proprietà immobiliare.

Prima di discutere del problema della forma in relazione al lodo occorre guardare, almeno brevemente, al problema della forma del rapporto tra parti ed arbitri. Se si ritiene, infatti, che il rapporto intercorrente tra le parti e gli arbitri abbia la natura di mandato a stipulare, come d’altronde sostenuto da una pluralità di autori in dottrina e da una parte della giurisprudenza ⁽⁵²⁵⁾, esso non può essere senza rappresentanza in quanto incide, direttamente, nelle sfere di diritti delle parti senza che queste manifestino un successivo consenso a riguardo.

In tale contesto, però, ove la convenzione di arbitrato rivestisse forma *ad probationem* ⁽⁵²⁶⁾ troverebbe applicazione l’art. 1392 c.c. il quale prevede che la procura non ha effetto quando non è conferita con la forma del negozio che il rappresentante deve concludere. In questo caso, pertanto, sarebbe impossibile procedere all’autenticazione delle sottoscrizioni.

In relazione al rapporto tra parti e arbitri, tuttavia, come si è ricordato in precedenza ⁽⁵²⁷⁾, si è avuto modo di aderire alla tesi per cui non sussiste un rapporto delineabile in termini di rappresentanza ⁽⁵²⁸⁾ in quanto gli arbitri non manifestano una volontà attraverso il lodo ma “decidono” la controversia; l’incarico, in altre parole, non attiene alla stipulazione di un negozio ma alla definizione di una lite attraverso un lodo avente effetti negoziali ⁽⁵²⁹⁾.

⁽⁵²³⁾F. CARPI, *sub art. 825*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. CARPI, Bologna, 2007, pag. 610.

⁽⁵²⁴⁾A riguardo F. CARPI, *op. loc. ult. cit.*; sul punto v. anche V. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006 fasc. 11, pag. 1614, spec. 1622 e nota n. 60 e P. BIAVATI, *sub art. 808-ter*, in *Arbitrato*, cit., pag. 170.

⁽⁵²⁵⁾Si v. *supra* cap. II, § 2.11.

⁽⁵²⁶⁾Cfr. M. BOVE, *sub art. 808 ter*, in *La nuova disciplina dell’arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, pag. 80.

⁽⁵²⁷⁾Si v. *supra* cap. II, §§ 2.9 e 2.10.

⁽⁵²⁸⁾Sul punto v. *supra* cap. II, § 2.11.

⁽⁵²⁹⁾P. BIAVATI, *sub art. 808-ter*, in *Arbitrato*, cit., pag. 170.

In ragione di ciò, il mandato a decidere, non essendo riconducibile ad un'attività negoziale in senso stretto ⁽⁵³⁰⁾, e aderendo alla tesi per cui la convenzione per arbitrato irrituale deve rivestire la forma *ad substantiam* ⁽⁵³¹⁾.

Ricostruendo il rapporto tra parti ed arbitri in termini di mandato, per quel che qui interessa, occorre sottolineare la differenza tra mandato avente ad oggetto un atto e mandato avente ad oggetto un negozio.

Nel primo caso, infatti, esso può essere attuato con assoluta libertà di forma ⁽⁵³²⁾ mentre nel secondo, allorché il mandato abbia ad oggetto la stipulazione di un negozio, la forma richiesta sarà quella del negozio da stipulare ai sensi dell'art. 1392 combinato con le disposizioni sul mandato con rappresentanza ⁽⁵³³⁾.

In ragione di quanto appena detto, però, se si ricostruisce il rapporto parti arbitri come mandato a "stipulare" un negozio di giuridico appare di tutta evidenza che esso debba essere conferito con rappresentanza, altrimenti gli arbitri non potrebbero, in concreto, influire sull'assetto di diritti delle parti senza una loro successiva accettazione ⁽⁵³⁴⁾.

Ove, invece, si ricostruisca l'attività degli arbitri come un mandato a giudicare, anche ove influenzato dalla disciplina della prestazione d'opera professionale, ovvero un mandato a compiere un atto dal quale discendono effetti negoziali in ragione di quanto previsto dall'art. 808-ter, si potrebbe essere tentati dall'affermare che la forma del mandato sia libera, ovvero non trovi applicazione il principio di simmetria di cui all'art. 1392 c.c..

Tuttavia, sul punto, sebbene si condivida l'opinione di chi sostiene che il lodo irrituale non sia un negozio ma abbia solo gli effetti di negozio, proprio questa ultima circostanza, ovvero il profilo effettuale, non sembra poter essere dimenticata e, pertanto, si ritiene che, in ogni caso, il mandato che ad oggetto un'attività dalla quale conseguono, comunque, effetti negoziali debba rivestire la forma *ad substantiam*.

⁽⁵³⁰⁾In generale sul mandato si v. G. DI ROSA, *Il mandato*, t. I - II, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2012.

⁽⁵³¹⁾Nel senso espresso in testo G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, fasc. 4, pag. 564; P. BIAVATI, sub art. 808-ter, in *Arbitrato*, cit., pag. 165 nota n. 14, afferma, infatti, che l'espressione "determinazione contrattuale" adottata dal legislatore non comporta che il lodo sia un contratto ma solo che il lodo abbia gli effetti del contratto. Nello stesso senso V. BERTOLDO, sub art. 808-ter, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. BENEDETTELLI - C. CONSOLO - L. RADICATI DI BROZZOLO, cit., pag. 68; *contra* invece M. BOVE, sub art. 808 ter, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, pag. 80; in questo ultimo senso, prima della riforma, Cass. 4 novembre 2004, n. 21139; sul punto, in relazione alla tesi della forma *ad substantiam*, si v. S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008, pag. 180; *contra* M. BOVE, sub art. 808 ter, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, pag. 69.

⁽⁵³²⁾In questo senso, in giurisprudenza, si v. Cass. 4 febbraio 1993, n. 1359; Cass. 16 agosto 1993, n. 8711.

⁽⁵³³⁾Così Cass. 17 gennaio 1984, n. 275, in *Foro it.*, 1983, p. I, pag. 2186; Cass. 19 marzo 1980, n. 1839.

⁽⁵³⁴⁾Il mandato, ove conferito senza rappresentanza, è fonte per le parti (intese come parti da un lato e arbitri dall'altro) di meri effetti obbligatori. Sul punto v. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, vol. IV, Torino, 1991, pag. 536.

Tornando all'autenticazione delle sottoscrizioni apposte al lodo irrituale, sul punto, in dottrina è stato affermato che, a riguardo degli effetti di cui all'art. 474, comma 2, n. 2, c.p.c., non sembra possibile affermarne l'inammissibilità ma che "ciò suppone [...] che l'esecutorietà convenzionale sorga dopo l'emanazione del lodo, con atto di volontà delle parti, che accettino di sottoscrivere, a questo fine, con le forme dell'autenticazione, la determinazione contrattuale degli arbitri" ⁽⁵³⁵⁾. In altre parole, secondo questa ricostruzione, non basterebbe "[...] quindi, l'eventuale autenticazione della scrittura privata contenente il patto di arbitrato, perché ciò che va reso esecutivo è il lodo concreto; né [basterebbe] l'autenticazione delle firme degli arbitri sul lodo, perché gli arbitri stabiliscono il contenuto della determinazione contrattuale, ma non ne sono i destinatari" ⁽⁵³⁶⁾.

Se ben si comprende l'ultimo pensiero riportato il lodo, per divenire esecutivo, richiederebbe una nuova manifestazione di volontà da parte dei suoi destinatari in quanto, da un lato, l'effetto del lodo è negoziale mentre l'esecutività è data da un contesto formale diverso non previsto a livello genetico dalla convenzione di arbitrato e, dall'altro lato, perché l'autenticazione delle sottoscrizioni dovrebbe attenersi alle parti che, in concreto, subiscono gli effetti del lodo.

Le due obiezioni sembrano, tuttavia, superabili. La prima di esse, infatti è intrinsecamente legata al concetto di rappresentanza e di mandato negoziale, se il lodo è un negozio, e la risposta che sino ad ora si è data è di carattere negativo, indubbiamente la forma del mandato deve essere la stessa del negozio rappresentativo e, pertanto, allorché si voglia ottenere l'autenticazione delle sottoscrizioni diviene necessario il consenso di entrambe le parti in tutti i casi in cui il mandato risulti da un documento con forma *ad probationem*; in questo caso, tuttavia, ottenere il successivo consenso delle parti potrebbe essere piuttosto difficile visto che almeno una di esse, conoscendo il contenuto del lodo, si guarderebbe bene dall'autorizzare gli arbitri a far autenticare le loro sottoscrizioni. Però, questa costruzione, come si è avuto modo di anticipare, non trova spazio quando il mandato abbia ad oggetto un'attività non negoziale o quando, per altro verso, si qualifichi il rapporto in termini di prestazione d'opera professionale. In entrambi questi ultimi casi, non essendo possibile applicare i principi regolatori della rappresentanza, si può affermare che gli arbitri non necessitino di particolari autorizzazioni per poter ottenere l'autenticazione delle proprie sottoscrizioni.

In relazione alla seconda obiezione, invece, essa sembra superabile nel momento in cui si sottolinea che la paternità dell'atto è comunque degli arbitri e che, pertanto, le dichiarazioni contenute nel lodo, sebbene non costituenti manifestazioni di volontà, sono interamente imputabili a questi ultimi e non alle parti. In ragione di ciò, nel momento in cui gli arbitri avessero modo di recarsi dal notaio per richiedere l'autenticazione delle sottoscrizioni questi non potrebbe rifiutarsi

⁽⁵³⁵⁾Così P. BIAVATI, sub *art. 808-ter*, in *Arbitrato*, cit., pag. 185; sul punto non prende posizione F. CARPI, sub *art. 825*, in *Arbitrato*, cit., pag. 610.

⁽⁵³⁶⁾P. BIAVATI, sub *art. 808-ter*, in *Arbitrato*, cit., pag. 185 nota n. 68.

perché la deviazione degli effetti sulle parti non discende dal lodo ma, invece, dalla convenzione di arbitrato che è l'atto su cui il potere degli arbitri si fonda ⁽⁵³⁷⁾.

A ciò è possibile aggiungere che, l'eventuale accoglimento della tesi volta ad escludere la legittimazione degli arbitri a richiedere l'autenticazione delle sottoscrizioni, gioverebbe solo alla parte che, in concreto, *subisce* l'effetto reale perché questa potrebbe, in assenza di trascrizione, vendere la proprietà del bene immobile in modo da sottrarsi agli effetti del lodo ⁽⁵³⁸⁾.

A questo punto è possibile rispondere all'ultima questione che si è posta in relazione al lodo irrituale: è trascrivibile?

Dal punto di vista formale, ovvero in relazione alla possibilità di autenticare le sottoscrizioni apposte al lodo, non sembra esserci nessun elemento ostativo, eccettuata la complicazione che ne deriverebbe richiedendo una nuova manifestazione di consenso delle parti. Dal punto di vista sostanziale, per altro verso, la risposta è, ancora una volta, positiva in quanto il lodo arbitrale, dal quale discenda uno degli effetti di cui all'art. 2643 c.c., una volta autenticato, potrà accedere ai registri immobiliari in ragione di quanto previsto dall'art. 2645 c.c..

La presente ricostruzione teorica, però, per essere trasposta nella pratica dovrà oltrepassare il vaglio delle conservatorie le quali, tuttavia, sono solitamente refrattarie alle novità.

4.6. *Notaio/mediatore e mediatore/arbitro*

Tornando alla mediazione, e in ragione di quanto detto in relazione alla trascrivibilità dell'atto, si pone il problema, pratico, del caso in cui il mediatore sia anche un notaio.

A livello tecnico, però, occorre ricordare che il mediatore, al di là della sua preparazione giuridica in concreto, può non essere un giurista ⁽⁵³⁹⁾ e, pertanto, la sua qualifica non influisce sullo svolgimento dell'incarico (e in concreto non lo influenza). Il notaio che ricopra, pertanto, il ruolo di mediatore sarà e rimarrà un mero mediatore in quanto tale attività comunque non rientra *stricto sensu* nella funzione notarile e non appare, per ragioni di coerenza, ontologicamente connessa alla stessa ⁽⁵⁴⁰⁾.

⁽⁵³⁷⁾Nello stesso senso espresso in testo V. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006 fasc. 11, pag. 1614, spec. 1622 e nota n. 60, l'A. è stato il primo a intuire la possibilità di autenticare le sottoscrizioni degli arbitri per ottenere gli effetti di cui all'art. 474, comma 2, n. 2, c.p.c..

⁽⁵³⁸⁾In questo caso si potrebbe anche paventare un'eventuale responsabilità degli arbitri.

⁽⁵³⁹⁾Anche se nella prassi i mediatori non giuristi siano una minoranza.

⁽⁵⁴⁰⁾Nello stesso senso cfr. C. BRUNELLI, *Il notaio e la mediazione*, in *Manuale della Mediazione civile e commerciale, Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. CENNI, M. FABIANI, M. LEO, Napoli, 2012, pag. 142.

A ciò si aggiunge, inoltre, che il mediatore non è un libero professionista ma svolge la sua attività, sebbene non ne sia pacifica la qualificazione⁽⁵⁴¹⁾, per l'organismo di mediazione e solo quest'ultimo, in concreto, appare legato da un contratto con le parti in lite⁽⁵⁴²⁾.

La questione, pertanto, si sposta sui profili susseguenti al raggiungimento dell'accordo di mediazione, ovvero alla possibilità di rimettere al notaio che ha funto da mediatore anche l'autenticazione delle sottoscrizioni ai fini della pubblicità proprio perché, essendo la figura del notaio "distinta" da quella del mediatore il potere del secondo di autenticazione delle sottoscrizioni dei comparenti non è ampliato in ragione della qualità, in concreto, del mediatore (in questo caso notaio); e, per altro verso, all'ipotesi di mancato accordo e alla volontà delle parti di nominare il mediatore arbitro (o membro del *board*) della loro controversia.

La norma in questione, ovvero l'art. 14, comma 1, d.lgs. citato, dispone infatti che al mediatore (nonché ai suoi ausiliari) è vietata l'assunzione di incarichi connessi, *direttamente o indirettamente*, "[...] con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti".

La norma, per affermazione della Relazione illustrativa, appare volta a garantire, in relazione alla figura del mediatore, la "[...] terzietà e il rispetto dei vincoli anche latamente disciplinari"⁽⁵⁴³⁾.

Tale divieto, secondo una parte della dottrina⁽⁵⁴⁴⁾, comporta che il mediatore non possa svolgere incarichi di assistenza e consulenza nei confronti di una delle parti, "[...] ma anche assumere, dopo lo svolgimento della mediazione, il ruolo di arbitro o di co-arbitro".

⁽⁵⁴¹⁾Sul punto v. TISCINI R., *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 36, per la quale il contratto tra mediatore e organismo ha natura prestazione d'opera intellettuale; sul punto v. altresì D. FARACE, *Esecuzione della prestazione del mediatore e "intuitu personae"*, in *I Contratti*, 2012, fasc. 11, pag. 962; M. BUZIO, *La figura del mediatore*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 89; F. CUOMO ULLOA, *Art. 14 - Obblighi del mediatore*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, cit., pag. 248.

⁽⁵⁴²⁾Tanto è vero che, in relazione alla la corresponsione del compenso, l'art. 14, comma 1, ultimo inciso, d.lgs. citato afferma che un rapporto patrimoniale diretto tra parti e mediatore non possa essere costituito.

⁽⁵⁴³⁾Per un commento alla disposizione generale si v. F. CUOMO ULLOA, *Art. 14 - Obblighi del mediatore*, cit., pag. 247; O. DESIATO, *Il mediatore, gli organismi di mediazione, gli enti di formazione*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. TISCINI, cit., pag. 104; N. G. ROCCO DI TORREPADULA, S. ROMANO, S. RUBIU, *Art. 14 (obblighi del mediatore)*, in *La mediazione*, cit., pag. 261 nonché TISCINI R., *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 39; M. BUZIO, *La figura del mediatore*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 72 ai predetti Autori si rinvia per l'esame delle nozioni di imparzialità, indipendenza e neutralità in relazione alla mediazione. Sul punto si v., altresì, la legge di delega 69/2009 la quale imponeva al legislatore delegato di provvedere "[...] nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni [...]" nonché il d.m. n. 180/2010 e l'art. 55-bis del codice deontologico forense rivolto agli avvocati che svolgono l'attività di mediatori.

⁽⁵⁴⁴⁾F. CUOMO ULLOA, *Art. 14*, cit., pag. 249 che sottolinea, altresì, come il divieto abbia natura personale e, pertanto, non si estende, anche ad eventuali rapporti di colleganza o a suoi familiari e, per altro verso, afferisce al solo mediatore e non all'organismo.

Secondo un'altra parte della dottrina ⁽⁵⁴⁵⁾, tuttavia, il divieto per il mediatore di assumere l'incarico di arbitro o di co-arbitro non può essere condiviso in quanto:

- in primo luogo, tale situazione si verifica anche nell'ipotesi di conciliazione in materia di lavoro, ai sensi dell'art. 412 c.p.c. ⁽⁵⁴⁶⁾, anche se, a riguardo, è stato sostenuto che tale disposizione si ponga in contrasto con l'imparzialità dell'arbitro ai sensi dell'art. 815 c.p.c., stante il fatto che l'arbitro avrebbe già conosciuto della controversia ma, sul punto, si oppone l'argomento per cui l'assunzione della nuova qualità di arbitro (a seguito della conciliazione) è finalizzata a non disperdere quelle conoscenze che il conciliatore acquista durante la procedura "facilitativa";

- in secondo luogo, le due figure rimangono ontologicamente distinte in ragione del fatto che il conciliatore guarda alla lite attraverso la *specula* della risoluzione del conflitto di interessi a differenza dell'arbitro decide secondo diritto riconoscendo "torti o ragioni".

Per converso, sottolinea sempre questa parte della dottrina ⁽⁵⁴⁷⁾, l'argomento contrario che si potrebbe ricavare in relazione alla mediazione potrebbe essere quello concernente il dovere di riservatezza che, nel caso di specie, verrebbe compreso in relazione al potenziale uso, nell'ambito dell'arbitrato, di informazioni assunte durante il procedimento di mediazione.

L'argomento tranciante, tuttavia, appare quello afferente alla volontà espressa in concreto dalle parti, un po' come avviene nell'ipotesi in cui le parti richiedono al mediatore la formulazione della proposta ⁽⁵⁴⁸⁾, perché a ben vedere l'incarico, in concreto, è successivo alla chiusura del procedimento di mediazione con verbale negativo. Proprio l'esito negativo della mediazione consente, comunque, alle parti di scegliere come procedere tra un ventaglio di opzioni diverse (arbitrato rituale, irrituale, giudizio ordinario) e non appare ostativo, anche in termini di ragionevolezza, che le parti, sebbene non siano riuscite a sviluppare un accordo negoziale, demandino la soluzione della lite ad un arbitro (tanto rituale che irrituale).

La questione, allora, si pone in relazione alla imperatività, o meno, dell'art. 14, comma 1, d.lgs. citato. Lo spazio concesso alla mediazione, che come detto è delimitato nel suo perimetro più ampio nel tipo volontario dall'art. 2 d.lgs. citato, rende possibile affermare che, in tema di mediazione, la volontà delle parti costituisca il fulcro su cui impostare l'interpretazione delle norme. Quella in questione sembra volta a salvaguardare gli interessi delle parti ad ottenere, cioè, un mediatore che, in concreto, non accetti incarichi dalle parti "durante" la mediazione.

A ciò è possibile aggiungere, inoltre, che l'efficacia preclusiva della norma, e del suo ultimo inciso concernente i compensi, deve essere comunque ricondotta

⁽⁵⁴⁵⁾R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit. pag. 43 la quale sottolinea che il collegamento tra conciliazione e arbitrato non è nuovo ma che, tuttavia, il d.lgs. 28/2010 si disinteressa della relativa connessione, eccettuato il caso in cui si versi in un'ipotesi mediazione volontaria derivante da clausola di mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 5, d.lgs. citato. A ciò l'A. aggiunge che la possibilità che alla conciliazione segua un procedimento arbitrale è "esplicitata" dall'art. 412 c.p.c. riformato dalla legge n. 183/2010, ovvero dal "collegato lavoro".

⁽⁵⁴⁶⁾R. TISCINI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁴⁷⁾R. TISCINI, *ibidem*.

⁽⁵⁴⁸⁾Sul punto si v. *supra* cap. III, § 3.5.

entro un lasso temporale determinato (e ragionevole) non potendosi desumere un divieto *ad aeternum* dal quale scaturirebbe una *irragionevole* violazione della libertà contrattuale tanto del mediatore (avvocato, notaio ecc.) quanto delle parti sulla base di una *ratio* che giustifica il divieto solo per il procedimento di mediazione e poco più ⁽⁵⁴⁹⁾.

Al di là di questi limiti, però, rimane il fatto che la disposizione è volta a garantire un principio che può essere considerato di ordine pubblico sin quando la mediazione è *pendente* perché oltre il termine di quattro mesi una configurazione di questo tipo, comunque, andrebbe a scemare non essendo più in gioco la figura del mediatore il quale perde la capacità di influenzare la soluzione.

Se si ritiene condivisibile questa costruzione è possibile esaminare le due ipotesi pervenendo a soluzioni più liberali.

In relazione all'arbitro mediatore nell'ottica ermeneutica appena tracciata, tuttavia, si possono porre (comunque) due diversi problemi: il primo afferente all'arbitro/mediatore nominato da una delle parti e, il secondo, inerente all'arbitro che abbia formulato la proposta, aggiudicativa e formale, di cui all'art. 11 d.lgs. citato.

Partendo dal secondo, posto tuttavia che dal punto di vista pratico la proposta formulata dal mediatore in modo autonomo, cioè senza che sia stata richiesta dalle parti, è statisticamente irrilevante, e lo è ancor di più in quanto diversi regolamenti prevedono che la proposta sia comunque formulata da un mediatore diverso, sembra doversi decisamente escludere che a seguito della proposta si possa conferire al mediatore l'incarico di arbitro.

All'uopo la prima ragione ostativa, infatti, appare di opportunità; sarebbe infatti difficile che entrambe le parti sottopongano ad un arbitro la stessa controversia su cui questi si è già espresso come mediatore (in diritto), il risultato sarebbe, infatti, quantomeno prevedibile, per non dire scontato; la seconda, perché in questo caso opera l'art. 815 c.p.c. in quanto il mediatore "ha conosciuto" la controversia in questione esaminandola attraverso la formulazione della proposta in diritto che, per come la si è disegnata in precedenza ⁽⁵⁵⁰⁾, porta il mediatore ad oltrepassare la linea di confine che divide la controversia su interessi da quella su diritti.

Non pongono problemi, invece, la nomina del mediatore come arbitro unico, ove non abbia formulato la proposta, proprio perché, come detto, la volontà delle parti sembra poter superare il divieto di cui all'art. 14, comma 1, d.lgs. citato.

Tornando alla possibilità del notaio-mediatore di autenticare le sottoscrizioni apposte all'accordo, come sottolineato da una prima ricostruzione formulata in dottrina ⁽⁵⁵¹⁾, essa non dovrebbe sussistere in quanto al mediatore, ai sensi dell'art. 14, comma 1, d.lgs. citato, è interdetta la possibilità di ricevere incarichi "anche" da entrambe parti.

⁽⁵⁴⁹⁾Il divieto di percepire compensi, per altro verso, pur dovendo essere limitato nel tempo può essere oggetto di regolamentazione specifica attraverso i regolamenti dei singoli organismi di mediazione. Si v. sul punto R. TISCINI, *op. ult. cit.*, pag. 43, nota 49.

⁽⁵⁵⁰⁾Cfr. *supra* cap. III § 2.5.

⁽⁵⁵¹⁾R. TISCINI, *La mediazione civile*, cit., pag. 260, la quale, comunque, ritiene che consentire al notaio/mediatore di autenticare direttamente le sottoscrizioni all'esito del procedimento (ovviamente a seguito di un'istanza in tal senso delle parti) sarebbe la soluzione più celere ed informale.

Se però la *ratio* della disposizione è quella precedentemente tracciata in relazione alla nomina del mediatore quale arbitro della lite conosciuta durante il procedimento di mediazione e, altresì, tenendo conto che l'attività eventualmente svolta dal notaio è per natura imparziale, stante, inoltre, il fatto che si tratta di una attività vincolata, non sembra entrare in contrasto con la *ratio* dell'art. 14, comma 1, d.lgs. citato la possibilità di richiedere al notaio l'autenticazione delle sottoscrizioni anche perché tale attività, per essere espletata, richiede che la richiesta venga formulata da tutte le parti ⁽⁵⁵²⁾.

4.7. *Ipotesi di trascrizione per mediazione e arbitrato irrituale: artt. 2643-2649*

Le domande successive che appare possibile porsi sono quelle concernenti, da un lato, l'ampiezza del riferimento formulato dall'art. 11, comma 3, d.lgs. citato all'art. 2643 c.c. in materia di trascrizione e, dall'altro, quali lodi irrituali, in ragione della affermata possibilità di autenticarne le sottoscrizioni, possano essere trascritti.

In primo luogo, ed in relazione alla mediazione, non sembra percorribile una interpretazione restrittiva in relazione al rinvio formulato dall'art. 11, comma 3, d.lgs. citato, all'art. 2643, ovvero volta a restringere l'ambito della trascrivibilità degli accordi che afferiscano solo ai numeri da 1 a 14 della predetta disposizione. La Relazione illustrativa, infatti, espressamente richiama anche l'art. 2645 c.c. che, forse, sarebbe stato il caso di inserire anche nel testo della norma per non dare adito a potenziali equivoci.

A dire il vero, però, l'indicazione nell'art. 11, comma 3, d.lgs. citato dell'art. 2643 c.c. potrebbe spingere l'interprete ad asserire il contrario in quanto, altrimenti, la norma sarebbe alquanto superflua posto che, una volta che sia ritenuta necessaria l'autenticazione delle firme per la pubblicità degli accordi (*rectius*: contratti) sorti all'esito della mediazione, non si afferma nulla di nuovo rispetto a quanto accade per qualsivoglia altro negozio vertente sugli stessi diritti perché, come detto, oggetto della trascrizione sono gli effetti e non gli atti.

In secondo luogo, una volta estromessa dal novero delle interpretazioni possibili quella restrittiva occorre limitare, per converso, quella estensiva.

All'uopo è possibile affermare che, senza grandi difficoltà, ed in ragione dell'interpretazione che si è ritenuta preferibile dell'art. 2645 c.c. in precedenza ⁽⁵⁵³⁾, possono essere pubblicizzati tutti gli accordi aventi effetti "identici" rispetto a quelli previsti dall'art. 2643 c.c., interpretazione, questa, a cui si sarebbe dovuti pervenire anche in mancanza di un esplicito richiamo a tale ultima norma.

Tanto premesso, e in ragione di quanto si è detto in relazione alla possibilità di autenticare le sottoscrizioni apposte al lodo irrituale, dal punto di vista qui esaminato non sembra sussistere alcuna differenza tra l'accordo di mediazione e il lodo irrituale in relazione alla loro trascrivibilità posto che da entrambi possono discendere effetti reali.

⁽⁵⁵²⁾Per un ricostruzione favorevole cfr. C. BRUNELLI, *Il notaio e la mediazione*, in *Manuale della Mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 144.

⁽⁵⁵³⁾Cfr. *supra* cap. IV, § 4.1

Fin qui, allora, non sembra esserci alcun elemento di criticità come, inoltre, non sembra esserci in relazione all'estensione della trascrizione di cui all'art. 2645-*bis* agli atti in esame. In quanto, dal punto di vista della mediazione, sebbene si sia scelto di aderire alla tesi per cui le controversie su contratti preliminari, aventi quale oggetto l'obbligo di stipulare contratti traslativi di diritti reali, non rientrino nel novero di quelle soggette alla mediazione obbligatoria ⁽⁵⁵⁴⁾ di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. citato, non sembra possibile escludere che l'accordo contenente un contratto preliminare possa giovare della trascrizione di cui all'art. 2645-*bis*. Inoltre, al di là dell'obbligatorietà della mediazione, appare sempre possibile che le parti stipulino un accordo ad effetti obbligatori a seguito di una lite non rientrante nella mediazione obbligatoria o scelgano di risolvere una lite, soggetta alla condizione di procedibilità, con un accordo non afferente ai rapporti controversi. Nessun elemento ostativo sembra sussistere, per altro verso, in relazione al lodo irrituale.

In relazione all'art. 2645-*ter* ⁽⁵⁵⁵⁾ la soluzione non sembra così piana come quella prospettata in relazione al contratto preliminare. Infatti, sebbene gli atti di destinazione abbiano ad oggetto diritti disponibili ⁽⁵⁵⁶⁾, e pertanto appaiano, in generale, assoggettabili tanto all'arbitrato irrituale quanto alla mediazione volontaria attraverso l'art. 2 d.lgs. cit., ne è discussa la forma ⁽⁵⁵⁷⁾. Sembra preferibile la ricostruzione, sostenuta in dottrina ⁽⁵⁵⁸⁾, per cui l'atto di destinazione avrebbe forma di atto pubblico *ad substantiam* ⁽⁵⁵⁹⁾ e, pertanto, esso non potrebbe essere costituito con una scrittura privata che, solo in un secondo tempo, potrebbe essere

⁽⁵⁵⁴⁾Sul punto *contra* G. FANELLI, *La mediazione come condizione di procedibilità e le altre forme di mediazione*, cit., pag. 71; in generale si v. cap. III, § 3.3.

⁽⁵⁵⁵⁾In relazione all'atto di destinazione in generale si v. M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato: dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010; ID., *Il punto sull'art. 2643-ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2011, f. II, pag. 358.

⁽⁵⁵⁶⁾Un problema di conflitti di interesse e di autorizzazioni si potrebbe porre in relazione all'atto di destinazione in cui i beneficiari siano dei figli minori sul punto si v. Tribunale di Reggio Emilia, 23-26 marzo, 2007, in *Giur.it.*, 2008, pag. 629.

⁽⁵⁵⁷⁾Sulla questione inerente alla natura della trascrizione si rinvia a F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. 2, cit., pag. 208.

⁽⁵⁵⁸⁾F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. 2, cit., pag. 210; G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, pag. 400; C. BARTOLI, *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, pag. 1298 spec. 1300; M. IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. not.*, 2009, fasc. 4, pag. 1295; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, fasc. 3, pag. 328 spec. pag. 336.

⁽⁵⁵⁹⁾Così, nello specifico, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. 2, cit., pag. 210.

autenticata, in quanto, alla stregua di quanto avviene con con gli atti costitutivi di società di capitali, la forma appare vincolata ai fini della validità dell'atto ⁽⁵⁶⁰⁾.

A ciò si aggiunge che “[l]a collocazione [della norma] nel contenuto della disciplina della trascrizione sembrerebbe giustificare, in prima e superficiale approssimazione, l’idea che il legislatore abbia inteso prevedere un particolare tipo di effetto, quello di destinazione, accessorio rispetto a quelli prodotti da negozi tipici o atipici, cui si accompagnerebbe, garantendolo, sul piano circolatorio, con l’opponibilità. Si tratta però, all’evidenza, di un abbaglio, perché la norma è assai più complessa sul piano disciplinare, tanto da individuare soggetti, oggetto, *forma*, causa, sia pure in modo succinto e a tal punto allusivo, da sconfinare decisamente nell’insufficienza e nell’ambiguità” ⁽⁵⁶¹⁾.

In ragione della adesione a questa ricostruzione appare d’uopo affermare che gli atti di destinazione devono essere stipulati, in ogni caso, in forma pubblica il che rende sostanzialmente impossibile la conclusione di un accordo di mediazione o di un lodo strutturati come atti di destinazione aventi ad oggetto diritti reali perché entrambi rivestono la forma di mere scritture private.

In altre parole, e facendo un esempio concreto, l’eventuale controversia concernente la revoca del vincolo di destinazione tra Tizio, in qualità di conferente, il quale ha destinato un dato bene immobile ad un interesse meritevole di tutela, e Caio, il quale ha assunto la qualità di beneficiario, può essere assoggettata tanto alla mediazione quanto all’arbitrato irrituale ma, all’esito della controversia, le parti sono impossibilitate a risolvere il negozio di destinazione (perché l’atto risolutivo deve avere la stessa forma di quello costitutivo per il principio di simmetria delle forme) con una scrittura privata e costituire un nuovo atto di destinazione su beni diversi perché, anche qui, la forma necessitata è quella di atto pubblico.

La trascrizione dei lodi e degli accordi di mediazione costituenti divisioni appare indubbia anche se, in relazione alla seconda, il legislatore con l’art. 11, comma 3, del d.lgs. citato, ha richiamato solo l’art. 2643 c.c. e non l’art. 2646 c.c.. Il mancato richiamo a quest’ultima norma non legittima, comunque, un’eventuale opinione contraria che andrebbe a porsi in contrasto anche con l’art. 5, comma 1, d.lgs. citato ove la divisione è espressamente richiamata tra le materie per cui vige la condizione di procedibilità della domanda. Tale impostazione, per altro verso, aggiunge un’ulteriore argomentazione al carattere non tassativo del rinvio al solo art. 2643 c.c. anche se, a ben vedere, la trascrizione della divisione ha una natura

⁽⁵⁶⁰⁾Contra G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pag. 162 ss; G. PETTI, *Atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e separazione consensuale dei coniugi*, in *Obbl. e contr.*, 2008, fasc. 3, pag. 237 spec. 238; A. PICCIOTTO, *Brevi note sull’art. 2645 ter: il trust e l’araba fenice*, in *Contr. e imp.*, 2006 fasc. 4-5, pag. 1314 spec. 1318; L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare*, in *La trascrizione dell’atto di destinazione*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2007, pag. 147; R. CLARIZIA, *L’art. 2645 ter c.c. e gli interessi meritevoli di tutela*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, pag. 548, per il quale per l’atto pubblico sarebbe solo richiesto in relazione alla gratuità della destinazione. Contra questa ultima opinione si v. M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, 2010, Padova, pagg. 178 e 190 ss.

⁽⁵⁶¹⁾F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. 2, cit., pag. 185; il corsivo è aggiunto.

completamente diversa, in ragione della natura dichiarativa e retroattiva del negozio ⁽⁵⁶²⁾, rispetto a quella di cui all'articolo poc'anzi citato perché essa è richiesta al fine di rispettare il principio di continuità delle trascrizioni ⁽⁵⁶³⁾ e non determina l'opponibilità ai terzi dell'effetto, eccettuato il caso in cui le parti, attraverso lo strumento della divisione, non prevedano delle pattuizioni comportanti degli effetti traslativi o costitutivi ⁽⁵⁶⁴⁾. Sulla trascrivibilità dei negozi dichiarativi, ma con ben altre problematiche da esaminare, si tornerà a breve.

Le stesse argomentazioni adottate per la divisione devono essere riproposte in relazione all'art. 2648 c.c. e agli atti qui esaminati. Per quanto riguarda la mediazione si ricorda, comunque, che l'art. 5, comma 1, d.lgs. citato, sottopone le controversie in materia di successioni alla condizione di procedibilità della domanda e, pertanto, escludere la trascrizione degli atti di cui all'art. 2648 c.c. sarebbe, in concreto, un controsenso.

Per altro verso, quest'ultima forma di trascrizione deve essere effettuata per mere esigenze di continuità delle trascrizioni e, pertanto, ha natura di mera pubblicità notizia in quanto è comunemente ritenuta inidonea a risolvere i conflitti tra eredi o tra eredi e successori a titolo particolare ⁽⁵⁶⁵⁾.

A riguardo della trascrizione in materia di successioni, però, occorre brevemente guardare al caso della rinuncia all'eredità e, in particolare, alla sua forma. Sul punto risulta inapplicabile l'art. 2643 n. 5 in quanto la relativa rinuncia è posta in relazione ai soli diritti reali immobiliari e non, per altro verso, ai diritti derivanti dalla successione ⁽⁵⁶⁶⁾.

In questo caso, infatti, trova applicazione l'art. 519 c.c. il quale prevede che “[l]a rinuncia all'eredità deve farsi con dichiarazione, ricevuta da un notaio o dal cancelliere del tribunale [...]” della successione e “[...] inserita nel registro delle successioni” con ciò sancendo la radicale nullità della rinuncia avente la forma di scrittura privata autenticata ⁽⁵⁶⁷⁾; il comma 2 della predetta disposizione prevede, altresì, la c.d. rinuncia contrattuale gratuita di cui è particolarmente discussa la natura ⁽⁵⁶⁸⁾ ma che consente, secondo l'interpretazione datane dalla giurisprudenza

⁽⁵⁶²⁾Per la relativa discussione in dottrina si v. P. FORCHIELLI - F. ANGELONI, *Della divisione*, Art. 713 - 768, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, a cura di F. GALGANO, 2000, Bologna - Roma, pag. 6 e ss.

⁽⁵⁶³⁾Si v. in giurisprudenza Cass. 25 gennaio 2000, n. 821, in *Giur. it.*, 2000, pag. 1360.

⁽⁵⁶⁴⁾Si v. sul punto Cass. 20 marzo 1999, n. 2600, in *Giust. civ.*, 2000, p. I, pag. 176.

⁽⁵⁶⁵⁾Cass. 4 maggio 1985, n. 2800.

⁽⁵⁶⁶⁾La questione è pacifica, sul punto v. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., pag. 246.

⁽⁵⁶⁷⁾Sulla rinuncia all'eredità si v., in dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, v. 2, *Le successioni*, Milano, 2005, pag. 108; G. AZZARITI, *La rinuncia all'eredità*, *Successioni*, t. I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, vol. V, Torino, 1982, pag. 168; in giurisprudenza, per la nullità della rinuncia in mancanza di atto pubblico, Cass. 20 febbraio 2013, n. 4274, in *Riv. not.*, 2013, fasc. 3, pag. 736 con nota adesiva di G. MUSOLINO, *Forma e pubblicità della rinuncia all'eredità*, pag. 739; conformi in giurisprudenza Cass. 12 ottobre 2011, n. 21014; Cass. 29 marzo 2003, n. 4846 che escludono esplicitamente che la rinuncia possa essere fatta per scrittura privata autenticata.

⁽⁵⁶⁸⁾G.B. FERRI, *Successioni e donazioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, a cura di G. BRANCA, 1968, Bologna - Roma, pag. 201.

za ⁽⁵⁶⁹⁾, ai coeredi di stipulare contrattualmente la rinuncia la quale, tuttavia, non avrà effetto nei confronti dei terzi sin quanto non sarà consacrata in atto pubblico e inserita nel registro delle successioni. Tanto l'accordo di mediazione che il lodo irrituale, pertanto, potranno avere gli effetti della rinuncia contrattuale in discorso alla quale, comunque, dovrà conseguire, a mo' di adempimento, la rinuncia all'eredità di cui all'art. 519, comma 1, c.c. al fine di ottenere gli effetti verso i terzi con l'inserimento dell'atto nel registro delle successioni.

Non sembra esserci, invece, alcun elemento ostativo all'estensione all'accordo di mediazione e al lodo irrituale dell'art. 2649 c.c. ove il negozio sia qualificabile come una cessione dei beni ai creditori ai sensi dell'art. 1977 c.c. ⁽⁵⁷⁰⁾, ovvero al contratto con il quale un debitore incarica i suoi creditori, tutti o solo alcuni, di liquidare in tutto o in parte i suoi beni di modo da soddisfare le relative obbligazioni pecuniarie. In concreto, si sottolinea, altresì, che con detto contratto il debitore non trasferisce il diritto di proprietà dei beni ma semplicemente la loro disponibilità ai fini della liquidazione dei cespiti ⁽⁵⁷¹⁾. In ragione di ciò, è possibile sottolineare come tale contratto non sia soggetto alla mediazione obbligatoria di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. citato in quanto, anche se si è avuto modo di aderire alla tesi estensiva, il contratto non comporta vicende traslative di diritti reali.

Da escludere, infine, è la possibilità di ottenere un lodo irrituale o un accordo di mediazione qualificabili come atti costitutivi di fondo patrimoniale e, in ragione di ciò, appare palese l'inapplicabilità dell'art. 2647 c.c.. Ciò perché, in primo luogo, ai sensi dell'art. 167 c.c., non è possibile costituire il fondo patrimoniale mediante una scrittura privata successivamente autenticata (dove è richiesto l'atto pubblico), in secondo luogo, perché la materia inerente alla scelta del regime patrimoniale della famiglia da parte dei coniugi sembra percorsa da un vincolo di indisponibilità difficilmente conciliabile con l'art. 2 del d.lgs. citato; a ciò si aggiunge, per altro verso, il fatto che, trattandosi di una convenzione matrimoniale, è necessaria la presenza dei testimoni ⁽⁵⁷²⁾ e l'atto pubblico deve essere iscritto a margine dell'atto di matrimonio.

Allo stesso modo, sempre in ragione della forma necessitata di atto pubblico e della altresì necessaria presenza dei testimoni, sembra impossibile che tramite il lodo irrituale e l'accordo di mediazione si concludano delle donazioni ⁽⁵⁷³⁾.

⁽⁵⁶⁹⁾Sul punto si v. Cass. 22 ottobre 1975, n. 3500; Cass. 21 maggio 1945, n. 370, in *Giur. it.*, 1946, p. I, fasc. 1, pag. 20; Cass. 26 settembre 1946, n. 1292, in *Foro it.*, 1947, p. I, pag. 12.

⁽⁵⁷⁰⁾Si tratta, in particolare, di un mandato a liquidare come afferma Cass. 25 giugno 1981, n. 4135; in dottrina B. MORETTI, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Giur. sist. di dir. civ e comm.*, diretto da BIGIARI, Torino, 1968, pagg. 530 e ss.

⁽⁵⁷¹⁾Sul punto si v. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., pag. 367; in giurisprudenza Cass., 24 ottobre 2005, n. 20580.

⁽⁵⁷²⁾Per altro verso la trascrizione in discorso ha mera natura di pubblicità notizia in quanto l'opponibilità discende dall'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, a riguardo si v. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24798; Cass. 15 marzo 2006, n. 5684.

⁽⁵⁷³⁾Aderendo poi alla tesi del mandato in relazione all'arbitrato irrituale si porrebbe l'ulteriore problema della rappresentanza e del mandato a donare ai sensi dell'art. 778 c.c.

4.8. *Giurisprudenza e dottrina prima del d.l. 69/2013*

La discussione concernente la pubblicità dell'accordo di mediazione avente ad oggetto l'accertamento dell'usucapione è stata particolarmente sentita nella prassi tanto da indurre il legislatore ad introdurre, con il d.l. 69/2013, il nuovo n. 12-*bis* all'art. 2643 c.c.. A ben vedere, però, dal punto di vista teorico la questione, ove posta solo in termini di trascrizione, non è così decisiva dato che, ragionando in termini di accertamento giurisdizionale, la pubblicità a cui è soggetta la sentenza che accerta l'usucapione non ha carattere dichiarativo, e pertanto non determina l'opponibilità ai terzi, ma di mera pubblicità notizia ⁽⁵⁷⁴⁾.

Di fatti, come è noto, l'acquisto a titolo originario è “sempre” opponibile a colui che acquisti a titolo derivativo dall'usucapito in quanto, in ogni caso, l'acquisto a titolo originario, per sua natura, prevale su quello derivativo perché retroattivo, indipendentemente, cioè, dal provvedimento dell'autorità giurisdizionale e dalla relativa trascrizione ⁽⁵⁷⁵⁾.

In altre parole, la discussione reale in relazione alla fattispecie in esame non deve essere impostata *solo* sulla trascrivibilità in quanto è necessario porre l'accento sul profilo dell'efficacia dell'accertamento. Se la discussione fosse stata impostata in questo senso, e in giurisprudenza solo il Tribunale di Roma ⁽⁵⁷⁶⁾ sembra averci provato ma in modo non del tutto convincente, non sarebbe stato nemmeno necessario un intervento del legislatore.

Procedendo con ordine, il primo elemento di contrasto tra le corti di merito risulta costituito dalla natura del negozio di accertamento. Una prima ricostruzione, imputabile ad una pronuncia di merito ⁽⁵⁷⁷⁾ rimasta, comunque, isolata e ad una parte della dottrina ⁽⁵⁷⁸⁾, la quale dubita della stessa ammissibilità del negozio di accertamento, in quanto il contratto a suo modo di vedere dispiega solo effetti traslativi, modificati o estintivi, afferma che “[...] l'accordo di mediazione - che potrà assumere le forme più varie per risolvere la lite (come [...] la rinuncia alla domanda di usucapione a fronte del pagamento di una somma di denaro), senza coincidere con il contenuto della pronuncia giudiziaria [...] - è espressione del potere negoziale delle parti ex art. 1321 c.c. in quanto attraverso di esso viene regola-

⁽⁵⁷⁴⁾In relazione all'art. 2651 c.c. si rinvia a F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. II, cit., pag. 439.

⁽⁵⁷⁵⁾L'acquisto infatti retroagisce all'inizio del possesso travolgendo ogni trascrizione o iscrizione successiva; sul punto si v. sul punto le riflessioni di M. LEO, *Estraneo al perimetro applicativo della norma l'atto che non ha valore di negozio traslativo*, in *Guida al diritto*, f. 43, pag. 33 e ss, spec. pag. 37. Sul punto si v., altresì, in giurisprudenza, il particolarissimo caso di conflitto tra un acquisto per usucapione abbreviata e uno per usucapione ordinaria risolto in favore del secondo Cass. 20 marzo 1986, n. 1953.

⁽⁵⁷⁶⁾Tribunale di Roma, decreto 8 febbraio 2012.

⁽⁵⁷⁷⁾Si tratta, in particolare di Tribunale di Como, ordinanza 2 febbraio 2012; che riprende in parte le argomentazioni di Cass. 12 novembre 1981, n. 6001 e di Cass. 14 marzo 1977, n.1031.

⁽⁵⁷⁸⁾In dottrina, nello steso senso, F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, pag. 21 e ss; nonché, più di recente, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., pag. 54; L. BOZZI, *Il negozio di accertamento*, in *I Maestri italiani del diritto civile, Scritti in onore di Rosario Nicolò*, a cura di Lipari, Napoli, 2011, pag. 65, spec. pag. 71 per il quale però il n. di accertamento produce sia effetti dichiarativi che costitutivi; sul punto, in generale, si v. *supra* cap. I, § 6.

mentata la situazione giuridica sostanziale”. Il Tribunale specifica, altresì, concludendo la propria argomentazione, che “[...] l’accordo di mediazione avrà ad oggetto il diritto reale, ma non il fatto attributivo di esso, ossia l’avvenuta usucapione. La parte che si vedrà trasferito il bene lo acquisterà a titolo derivativo [...] e non a titolo originario [...]” in ragione della natura negoziale del “verbale” ⁽⁵⁷⁹⁾.

Riassumendo, secondo questa ricostruzione non sarebbe ammissibile un negozio dichiarativo ma solo un negozio avente effetti “costitutivi” (intesi come traslativi, modificativi o estintivi) il quale potrebbe essere trascritto, e ciò pare ovvio una volta che si accede a questa tesi, attraverso l’art. 2643, comma 1, n. 13 perché in esso non vi sarebbe altro che una transazione, in cui, ma questo la corte non lo dice, le reciproche concessioni sarebbero date dalla rinuncia all’azione da parte dell’usucapiente e dal trasferimento del diritto reale da parte dell’usucapito ⁽⁵⁸⁰⁾.

A tale costruzione, tuttavia, si oppone però altra giurisprudenza di merito ⁽⁵⁸¹⁾ secondo la quale “[...] sono prive di pregio le argomentazioni [...] che pretendono di ricondurre l’accordo amichevole [...] all’ambito di previsione dell’art. 2643 ipotizzandone la natura transattiva (e quindi riconducendolo alla categoria indicata nell’art. 2643 n. 13 c.c.) [...]” in quanto mancano le reciproche concessioni ⁽⁵⁸²⁾.

La pronuncia di questa Corte territoriale, condivisa anche da altri giudici di prime cure ⁽⁵⁸³⁾, si innesta nel solco tracciato dalla Corte di cassazione a riguardo dell’ammissibilità del negozio dichiarativo ⁽⁵⁸⁴⁾.

Secondo questa ultima ricostruzione, che in questo studio si è avuto modo di preferire, il negozio di accertamento ha, solo, natura dichiarativa in quanto l’effetto acquisitivo del diritto non discende dal negozio ma dalla fattispecie - data dal possesso e dal decorso del tempo - che dà luogo, a sua volta, all’usucapione ⁽⁵⁸⁵⁾.

Nello stesso senso, infatti, è chiarissima una pronuncia della giurisprudenza di merito ⁽⁵⁸⁶⁾ secondo la quale l’accordo di conciliazione “[...] avente ad oggetto l’accertamento dell’intervenuta usucapione del diritto di proprietà non si risolve in uno degli accordi di cui all’art. 2643 c.c., perché non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo, ma assume al contrario il valore di un mero negozio

⁽⁵⁷⁹⁾Tribunale di Como, cit. il quale erroneamente asserisce che Tribunale di Palermo, 30 dicembre 2011, abbia statuito l’ammissibilità della trascrizione quando, invece, la pronuncia sottolinea come la mediazione possa consentire un ventaglio di soluzioni diverse rispetto al mero accertamento dell’intervenuta usucapione.

⁽⁵⁸⁰⁾Per la critica a questa impostazione cfr. *supra* cap. I, §§ 1.6 e 1.7.

⁽⁵⁸¹⁾Tribunale di Catania, decreto 1 marzo 2012.

⁽⁵⁸²⁾Circa le distinzioni tra negozio di accertamento e transazione si v. *supra* cap. I, § 1, spec. note nn. 5 e 6 e, altresì, si v. *supra* cap. I, § 5 e le relative note.

⁽⁵⁸³⁾Tribunale di Roma, 22 luglio 2011 in *Guid. dir. dossier*, f. 7, pag. 39; Tribunale di Varese, ordinanza 20 dicembre 2011; Tribunale di Roma, decreto 8 febbraio 2012.

⁽⁵⁸⁴⁾Da ultimo Cass. 24 agosto 2012, n. 14618, in *Giust. civ.*, 2012, f. 7-8, pag. 1046; Cass. 30 marzo 2009, n. 7640; Cass., 12 marzo 2008, n. 6739; Cass., 17 settembre 2004, n. 18737; Tribunale di Milano, 23 marzo 2010; Corte d’appello di Torino, 18 settembre 2009; Tribunale di Genova, 05 gennaio 2008.

⁽⁵⁸⁵⁾Così già A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205; confermano la natura dichiarativa del negozio L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., pag. 268; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, pag. 9; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. I, cit., pag. 473.

⁽⁵⁸⁶⁾Tribunale di Roma, decreto 8 febbraio 2012.

di accertamento, con efficacia dichiarativa e retroattiva, finalizzato a rimuovere l'incertezza, mediante la fissazione della situazione giuridica preesistente".

In ragione di questa interpretazione la giurisprudenza di merito finisce con l'asserire, tuttavia, che l'accordo volto ad accertare l'usucapione non è trascrivibile in quanto: da un lato, l'accordo non rientra nelle previsioni di cui all'art. 11, comma 1, d.lgs. citato e, dall'altro, non è possibile un'estensione analogica dell'art. 2651 c.c. volto solo a consentire la trascrizione, con mera efficacia di pubblicità notizia, delle sentenze (o dei lodi rituali) ⁽⁵⁸⁷⁾.

Fuori dal campo della mediazione, per altro verso, un'altra parte della dottrina ⁽⁵⁸⁸⁾ ha affermato la non trascrivibilità del negozio di accertamento in ragione dell'efficacia meramente dichiarativa del negozio e ritenendo, altresì, inapplicabile, l'art. 2651 c.c. ai negozi.

Secondo un'altra ricostruzione ⁽⁵⁸⁹⁾, tuttavia, la necessità di trascrivere, con mera efficacia di pubblicità notizia, le sentenze di cui all'art. 2651 c.c. determina, altresì, la necessità di procedere alla trascrizione dei negozi di accertamento ma sempre al fine di assolvere ad una funzione di mera pubblicità notizia ⁽⁵⁹⁰⁾.

Tornando alla mediazione, l'impossibilità di procedere alla trascrizione dell'accordo ha determinato, sia in giurisprudenza che in dottrina alcune conseguenze imprevedibili. Una parte della giurisprudenza ⁽⁵⁹¹⁾, infatti, rilevando l'impossibilità di trascrivere il negozio di accertamento intervenuto all'esito della mediazione, ha asserito che, in materia di usucapione, la conciliazione sarebbe superflua in quanto le parti non possono raggiungere attraverso il negozio i medesimi effetti della sentenza ⁽⁵⁹²⁾. La medesima questione è stata affrontata, altresì, in un'altra pronuncia di merito ⁽⁵⁹³⁾ la quale, senza essere così apodittica, distingue tra controversie in cui la durata del possesso non è riconosciuta da quelle in cui lo è, affermando che solo le prime devono essere soggette alla condizione di procedibilità.

⁽⁵⁸⁷⁾Così Tribunale di Roma, 22 luglio 2011, cit., secondo il quale essendo l'art. 2651 volto a consentire solo la trascrizione delle sentenze non si ritiene "[...] consentita la trascrizione di un atto negoziale, sia pure produttivo dello stesso effetto dichiarativo e retroattivo della sentenza di accertamento dell'usucapione". Nello stesso senso Tribunale di Varese 20 dicembre 2011; Tribunale di Tribunale di Roma, 8 febbraio 2012 e Tribunale di Catania, 1 marzo 2012.

⁽⁵⁸⁸⁾F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. I, cit., pag. 473, spec. pag. 474; contra F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e la teoria della forma*, in *Contratto e impresa*, 1999, pag. 1301, spec. pag. 1315, in particolare in relazione al regolamento di confini.

⁽⁵⁸⁹⁾R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, pag. 385; E. PAOLINI, *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, in *Contratti*, 1996, pag. 521.

⁽⁵⁹⁰⁾Su queste affermazioni si tornerà nel paragrafo conclusivo.

⁽⁵⁹¹⁾Tribunale di Varese, 20 dicembre 2011.

⁽⁵⁹²⁾La stessa opinione è espressa in dottrina da M. LEO, *Estraneo al perimetro applicativo della norma l'atto che non ha valore di negozio traslativo*, cit., pag. 36; S. RAPPUCCI, *E' obbligatoria la mediazione in materia di usucapione?*, in *Obbl. cont.*, 2012, f. 5, pag. 603, spec. 607. Così opinando, per altro verso, anche a seguito dell'introduzione della nuova disposizione in materia di trascrizione il problema rimarrebbe sostanzialmente lo stesso: la asimmetria.

⁽⁵⁹³⁾Tribunale di Roma, decreto 8 febbraio 2012.

Un terzo fronte giurisprudenziale ⁽⁵⁹⁴⁾, infine, preferisce assoggettare, in ogni caso, le controversie aventi ad oggetto l'usucapione alla mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. citato, affermando che, non essendo applicabile il principio del chiesto e pronunciato all'interno della mediazione, la controversia ivi dedotta può essere risolta attraverso un ventaglio di possibili negozi e non, solamente, attraverso il negozio di accertamento ⁽⁵⁹⁵⁾.

Questa ultima tesi appare quella preferibile perché la funzione della mediazione non è quella di "sostituirsi" al processo ma quella di risolvere una controversia attraverso soluzioni negoziali che possano rimuovere i conflitti di interesse in quanto, come si è detto in precedenza, la funzione aggiudicativa della mediazione è solo "eventuale" ⁽⁵⁹⁶⁾.

L'esame della giurisprudenza anteriore all'intervento del legislatore con il d.l. 69/2013 permette un'ulteriore riflessione concernente la natura dell'accertamento. L'interpretazione della fattispecie e le conclusioni a cui sono pervenute tanto la giurisprudenza che la dottrina appaiono largamente influenzate dalla natura (dichiarativa o costitutiva) del negozio di accertamento e, per altro verso, dagli effetti (sempre dichiarativi) della sentenza. Si riafferma, in altre parole, il problema, già visto, della provenienza dell'accertamento il quale, tuttavia, non sembra avere delle basi normative così solide come si potrebbe pensare.

La domanda principale a cui occorre dare risposta, al fine di risolvere la *querelle*, afferisce, pertanto, al rapporto tra l'accertamento privato e quello giurisdizionale in materia di diritti disponibili. Nel caso in cui si riscontrasse l'identità degli effetti non si potrebbe opporre un rifiuto all'esecuzione della formalità ai sensi

⁽⁵⁹⁴⁾Tribunale di Roma, 22 luglio 2011, in *Corriere del Merito*, f. 3, 2012, pag. 255, con nota di G. DI MARCO, *Usucapione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*, pag. 256.

⁽⁵⁹⁵⁾Tribunale di Roma, *ult. cit.*

⁽⁵⁹⁶⁾La dottrina è unanime sulla possibilità che l'accordo di mediazione si discosti dall'oggetto della lite andando ad incidere su diritti diversi da quelli controversi. Sul punto si v. R. TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in *www.judicium.it.*, § 3; F. VALERINI, *Gli esiti del procedimento. L'accordo negoziale e la sua efficacia*, in *Corso di mediazione*, cit., pag. 218; sul punto si v., altresì, Tribunale di Roma, 22 luglio 2011, in *Corriere del Merito*, f. 3, 2012, pag. 255, con nota di G. DI MARCO, *Usucapione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*, ivi, pag. 258; nonché *supra* cap. III, § 6.

dell'art. 2651 c.c. ⁽⁵⁹⁷⁾ perché, come si è detto, oggetto della trascrizione non sono gli “atti” ma gli “effetti”.

Alla relativa indagine è dedicato il prossimo paragrafo.

4.9. Una ricostruzione diversa

A scanso di ogni equivoco giova ricordare che le argomentazioni che seguono sono tutte fondate sulla seguente considerazione: “[...] se la parti possono disporre dei propri diritti, non si vede per quale motivo non dovrebbero poterli accertare” ⁽⁵⁹⁸⁾. Posta, allora, l'ammissibilità del negozio di accertamento in generale è necessario tirare le fila dei diversi corollari che discendono da tale ammissibilità ⁽⁵⁹⁹⁾.

In generale, si è ammessa la possibilità che l'accertamento negoziale verta non solo su diritti ma, anche, su fatti ⁽⁶⁰⁰⁾ e, pertanto, si può asserire, senza particolari preoccupazioni, che il negozio che accerta il possesso e il decorso del termine ventennale sia, ove questi fatti sussistano, valido.

In ragione di ciò, si potrebbe essere tentati dall'asserire che l'effetto “acquisitivo” discende dal negozio di accertamento. Anche questa questione, però, è stata risolta in precedenza ⁽⁶⁰¹⁾ ove si è asserito che l'effetto acquisitivo non discende mai dal negozio, che altrimenti non avrebbe natura dichiarativa, ma dalla situazione sostanziale sottesa “accertata” con il negozio ovvero, in tema di usucapione, dalla sommatoria di due fattori: possesso e tempo.

In altre parole, ci si può chiedere quale sia l'effetto, in concreto, provocato dal negozio di accertamento, perché, in termini giuridici, l'usucapiente, indipendentemente dal negozio, ha già acquistato a titolo originario il predetto bene indipen-

⁽⁵⁹⁷⁾F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, § 7 il quale afferma, in relazione agli effetti del lodo e della sentenza nei confronti dei terzi, che “[p]er quanto riguarda i terzi titolari di diritti ed obblighi con titolo anteriore alla litispendenza, la loro posizione in linea di principio è di immunità dagli effetti della sentenza *inter alios*, poiché in questo caso non vi è alcuna ragione per privilegiare il diritto di azione della parte vittoriosa la quale – se avesse voluto una sentenza efficace anche verso un avente causa, il cui titolo era già esistente quando egli ha proposto la domanda – ben avrebbe potuto estendergli il contraddittorio, avvertendolo della pendenza del processo e facendogli assumere il ruolo di parte.

Sicché – ma qui non è ovviamente possibile dilungarsi sull'argomento – gli unici casi nei quali è giustificato che una sentenza produca effetti nei confronti di terzi, qualora il titolo da cui nascono i loro diritti o gli obblighi sia antecedente alla proposizione della domanda, si hanno quando è lo stesso diritto sostanziale a costruire la posizione di costoro come esposta alle modifiche della situazione pregiudiziale, da qualunque fonte esse siano prodotte, e dunque tanto dalla sentenza pronunciata nei confronti delle parti del rapporto pregiudiziale, quanto dal contratto da esse stipulato e che quel rapporto pregiudiziale abbia ad oggetto.

Se così è – ed a mio avviso non può essere che così, perché altrimenti il diritto di difesa del terzo osta all'esplicarsi nei suoi confronti dell'efficacia della sentenza, che pure è potenzialmente illimitata – ne deriva che ancora una volta fra lodo e sentenza non vi possono essere differenze, perché in realtà non vi sono differenze fra sentenza e contratto”. Sembra, però, che l'A. tenda a privilegiare la natura costitutiva dell'accertamento privato, sul punto si v. ID, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 54.

⁽⁵⁹⁸⁾L'affermazione è di M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale*, cit., pag. 334.

⁽⁵⁹⁹⁾Si v., altresì, *supra* cap. I, § 1.2.

⁽⁶⁰⁰⁾Si v. *supra* cap. I, § 1.5. Sul punto anche M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale*, cit., pag. 215.

⁽⁶⁰¹⁾Si v. *supra* cap. I, §§ 1.6 e 1.7.

dentemente dal fatto che vi sia un accertamento o meno ⁽⁶⁰²⁾, d'altronde, in relazione a questa ultima affermazione, opinando diversamente, si finirebbe per asserire che la sentenza che accerta l'usucapione non è dichiarativa.

L'effetto dichiarativo consiste proprio in questo, non muta, non genera, non modifica, non trasferisce, ma chiarifica e dichiara che quella data situazione giuridica (o fattuale) esiste ma solo da questa ultima discende l'effetto acquisitivo. Posta in questi termini la natura del negozio di accertamento dell'usucapione sembra quasi mostrare qualche assonanza con l'*entanglement* quantistico ⁽⁶⁰³⁾.

Una parte della dottrina ⁽⁶⁰⁴⁾ tende ad affermare che il negozio di accertamento avente ad oggetto i fatti scaturenti l'usucapione ha natura confessoria, ovviamente per la parte che subisce l'usucapione ritenendo, altresì, che l'accertamento delle situazioni giuridiche può rilevare solo in conformità dell'art. 1372 c.c. e solo tra le parti e non *erga omnes*.

Ma, sul punto, occorre chiedersi se questa affermazione sia accoglibile e, pertanto, che effetti produca il negozio di accertamento nel processo, ovvero, se il giudice e l'arbitro rituale siano vincolati all'accertamento effettuato dalle parti.

Prendendo sul punto in esame quanto affermato da una parte della dottrina ⁽⁶⁰⁵⁾ processualistica la risposta sembrerebbe positiva.

In dottrina è stato sostenuto, infatti, che “[...] l'accertamento non tollera di ricevere configurazioni diverse, a seconda che concerna fatti oppure situazioni giuridiche, ne consegue, in modo assolutamente indifferente, mi sembra, che [...] esso non può che risolversi in una mera fotografia della realtà [...] accertata, senza alcun apporto di novità, neppure in senso meramente specificativo (concretizzazione della norma), nella realtà medesima”, perciò l'accertamento è fonte di “[...] un obbligo di intendere, “[s]olo che questo deve essere riferito non [...] alle parti”, o non solo, “[...] ma al giudice” ⁽⁶⁰⁶⁾.

Dall'interpretazione del negozio di accertamento come obbligo per il giudice discende, sempre secondo questa parte della dottrina ⁽⁶⁰⁷⁾, l'impossibilità in sede processuale di controllare la veridicità di detto accertamento e, fin qui, tale tesi è condivisibile ma essa sembra tralasciare che l'accertamento, una volta contenuto

⁽⁶⁰²⁾Nello stesso senso M. LEO, *Estraneo al perimetro applicativo della norma l'atto che non ha valore di negozio traslativo*, cit., pag. 36.

⁽⁶⁰³⁾Proprio perché una volta che lo stato di una particella viene rilevato essa ha uno stato, contravvenendo ad ogni logica. Sul punto si segnala uno scritto, meramente divulgativo, a riguardo A. D. ACZEL, *Entanglement*, U.S.A., 2003. L'usucapione, restringendo in un rigo anni di indagini, esiste senza accertamento ma solo una volta che è stata accertata esiste.

⁽⁶⁰⁴⁾M. LEO, *op. loc. ult. cit.*, le cui argomentazioni sono ripresa anche da G. DI MARCO, *Usucapione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*, nota Tribunale di Roma, 22 luglio 2011, in *Corr. mer.*, fasc. 3, 2012, pag. 256, spec. pag. 259.

⁽⁶⁰⁵⁾M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, pag. 274.

⁽⁶⁰⁶⁾M. FORNACIARI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁰⁷⁾M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale*, cit., pag. 286.

nel negozio, risponde alle regole di quest'ultimo e non solo a quelle processuali⁽⁶⁰⁸⁾.

In altre parole, c'è un'eccezione: la nullità.

Il giudice, per quanto possa essere obbligato ad accettare l'accertamento effettuato dalle parti⁽⁶⁰⁹⁾, cosa che si condivide, non può essere estromesso dal censurare l'insanabile invalidità del negozio perché, altrimenti, si perverrebbe all'assurdo che, in presenza di un contratto palesemente nullo, le parti accertando che il detto contratto è valido, obbligherebbero il giudice a certificarne la validità spogliandolo, di fatto, del suo potere di rilevare, *ex officio*, la nullità del negozio⁽⁶¹⁰⁾.

Sul punto si potrebbe sollevare l'eccezione che la nullità non è nella disponibilità delle parti e, in tal caso, l'affermazione sarebbe corretta⁽⁶¹¹⁾ ma, allo stesso modo, l'obiezione vale per l'esempio e non per quanto affermato in relazione al negozio di accertamento perché, ove si pervenisse a dire che il negozio di accertamento nullo, per difetto di causa o per mancanza dell'oggetto, vincola il giudice si arriverebbe a dire che la nullità è nella disponibilità delle parti⁽⁶¹²⁾.

In relazione al punto in questione, allora, aderendo alla ricostruzione di questa parte della dottrina, eccettuato il caso della nullità del negozio, l'accertamento formulato dalle parti deve essere considerato vincolante tanto per loro quanto per l'arbitro rituale o il giudice.

A questo punto, però, una volta che il negozio di accertamento ha varcato le colonne del diritto sostanziale per entrare nel diritto processuale è possibile chiedersi se la natura dello stesso sino ad ora tracciata comporti una cristallizzazione dell'accertamento tale da essere di grado superiore rispetto a quella scaturente dal-

⁽⁶⁰⁸⁾Qui di dovrebbe aprire una lunga parentesi sul principio di non contestazione ora sancito dall'art. 115 c.p.c. a seguito della legge 18 giugno 2009, n. 69. In dottrina si v. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010, pag. 128; Id, *Art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2012, pag. 385; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile, Legge 8 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009; P. PALATUCCI, sub *art. 115 c.p.c.*, in *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina Stella Richter aggiornamento 2006 - 2010*, Libro I, *Disposizioni generali*, a cura di P. PALATUCCI, O. FANELLI, E. STELLA RICHTER, Tomo III, Milano, 2010 pag. 89; A. FAROLFI, sub *art. 115*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. CENDON, Milano, 2012, pag. 910.

⁽⁶⁰⁹⁾M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI e F.P. LUISO, Torino, 2005, pag. 52.

⁽⁶¹⁰⁾Nel rispetto dell'art. 101 c.p.c. come modificato a seguito della L. 69/2009; sul punto v. B. SASSANI e R. TISCINI, *Art. 101 c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile [Legge 18 giugno 2009, n. 69]*, a cura di A. SALETTI - B. SASSANI, Torino, 2009, pag. 51; prima della riforma si v. Cass. Ss. Uu., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.* 2002, p. I, pag. 1611, con nota di F. P. LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?», e Giur. it.*, 2002, pag. 1363, con nota di S. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*.

⁽⁶¹¹⁾La disponibilità della nullità, tuttavia, ove intesa come "disponibilità dell'accertamento della nullità", ovvero come rilevazione positiva effettuata dalla parti e concernente la massima patologia che può affliggere il contratto e non, per altro verso, come possibilità delle parti di prescindere dalla nullità, non mi sembra debba essere esclusa; sul punto si v. *supra* cap. I, § 1.8.

⁽⁶¹²⁾Sulla nullità del negozio di accertamento in relazione al suo profilo causale si v., *supra* cap. 1, § 3.

la non contestazione dei fatti. Ove così fosse, infatti, si porrebbe un limite all'accertamento negoziale.

Appare necessario, pertanto, volgere l'attenzione all'art. 115 c.p.c. ⁽⁶¹³⁾ perché, nell'ipotesi esaminata, entrano in gioco il rapporto tra questa norma e il negozio di accertamento.

Sul punto occorre sottolineare come l'art. 115 c.p.c. imponga al giudice di valutare come prova la mancata (specifica) contestazione di parte. Gli effetti di tale disposizione sono discussi in dottrina ⁽⁶¹⁴⁾ ma, per quel che qui interessa, “[i]l mancato assolvimento dell’onere della contestazione produce una vera e propria *relevatio ab onere probandi* in capo alla parte originariamente onerata che guadagna quindi, *ex post*, il *benefit of assumption*. Ma siccome esonero dalla prova non vuol dire prova (nel senso di rappresentazione o di dimostrazione), il fatto non contestato non può considerarsi positivamente accertato nella sua esistenza o inesistenza” ⁽⁶¹⁵⁾.

Ciò non toglie, tuttavia, che sebbene il giudice debba porre a fondamento della decisione il fatto non contestato egli possa sottoporre il fatto ad una approfondita verifica ⁽⁶¹⁶⁾ ogni qual volta “[...] fonti diverse di prova, ritualmente acquisite nel processo, lo inducano a dubitare della “veridicità” della sua allegazione [...]”.

Sul punto in dottrina si afferma ⁽⁶¹⁷⁾ che l'art. 115 c.p.c. “[...] non autorizza certo a ritenere che pure la “verità storica” dei fatti da provare sia, al pari dei mezzi di prova, oggetto di un analogo potere di «disposizione negoziale» delle parti, giacché, per definizione, la verità degli accadimenti storici e materia ontologicamente “indisponibile”. Un fatto allegato, che non si sia mai veramente verificato *in rerum* natura, non si trasforma in un evento storicamente accaduto, sol perché l'allegazione in giudizio della sua esistenza non sia stata contestata da chi avrebbe avuto interesse a confutarla [...]”, a ciò occorre aggiungere, nella prospettiva negoziale dell'accertamento, che un fatto non si verifica solo perché lo si è accertato ma, come detto, perché l'assenza del fatto o del diritto comporta, comunque, la nullità del negozio di accertamento.

⁽⁶¹³⁾La letteratura sul punto in dottrina è decisamente ampia, all'uopo si v. C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in www.judicium.it, § 1, nota 2.

⁽⁶¹⁴⁾Sul punto si v. A. ATTERITANO, *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in www.judicium.it, § 3 che richiama le tre tesi sino ad ora espresse in dottrina.

⁽⁶¹⁵⁾B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, § 5.

⁽⁶¹⁶⁾In questo senso L.P. COMOGGIO, sub *Art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2012, pag. 394.

⁽⁶¹⁷⁾L.P. COMOGGIO, sub *Art. 115*, in *Commentario del codice di procedura*, cit., pag. 395.

Infine, si ricorda che l'effetto della non contestazione, o dell'onere di specifica contestazione, per la dottrina ⁽⁶¹⁸⁾ e la giurisprudenza ⁽⁶¹⁹⁾ prevalenti concerne i soli diritti disponibili mentre, in relazione ai diritti indisponibili, la non contestazione rimane nel libero apprezzamento del giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c..

Ciò, per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché, altrimenti, l'ambito della disponibilità dei diritti sconfinerebbe nello spazio dei diritti indisponibili in quanto le parti, attraverso la non contestazione, potrebbero disporre dei diritti in gioco fuori dallo spazio alle stesse concesso ⁽⁶²⁰⁾. In secondo luogo, perché, altrimenti, si determinerebbe una inversione dell'onere della prova in relazione ai diritti indisponibili che appare espressamente vietata dall'art. 2698 c.c. ⁽⁶²¹⁾.

Se ciò è vero, è possibile tracciare una forma di simmetria tra l'accertamento interno al processo e quello esterno (negoziale) consistente nella facoltà delle parti di incidere, mediante il proprio comportamento, tanto negoziale quanto processuale, rispetto all'accertamento delle situazioni giuridiche e dei diritti proprio perché, come si è detto, il piano effettuale del negozio di accertamento deve essere inteso non solo tra le parti ma, anche, ed in via preponderante, verso il giudice ⁽⁶²²⁾.

Tornando al negozio di accertamento è possibile affermare che il suo effetto non dia luogo ad una modifica della situazione accertata bensì comporti solo una compressione della libera valutazione del giudice ovvero lo vincoli all'accertamento effettuato dalle parti ⁽⁶²³⁾. Il negozio di accertamento, pertanto, non costituisce la prova del fatto (perché il fatto potrebbe esistere come non esistere e nel secondo caso determinerebbe la nullità del negozio) ma l'affermazione di un fatto che vincola il giudice perché non contestata processualmente ed affermata negozialmente.

Il vincolo, però, come premesso in precedenza ha dei limiti dovuti alla natura dell'atto in cui esso è contenuto; limiti che sono rappresentati dai vizi del negozio di accertamento che possono afferire, come per qualsiasi altro negozio, tanto alla causa (come funzione economico sociale ovvero quella di risolvere l'incertezza), quanto all'oggetto (che corrisponde all'esistenza della situazione incerta) quanto, ancora, alle manifestazioni di volontà delle parti (errore, violenza e dolo), spaziando, pertanto, dalla nullità all'annullabilità.

⁽⁶¹⁸⁾In dottrina B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 5.; A. ATTERITANO, *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in *www.judicium.it*, § 3; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, pag. 53; A. CARRATTA, *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2012, pag. 386.

⁽⁶¹⁹⁾Così, in giurisprudenza Cass., 21 giugno 2013, n. 15658; Tribunale di Varese, ordinanza 27 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2011, pag. 619, con nota di G. FRUS, *Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinarie e incertezze giurisprudenziali*.

⁽⁶²⁰⁾A. CARRATTA, *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, cit., pag. 387.

⁽⁶²¹⁾B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 5, nota 42; A. ATTERITANO, *Note minime in tema di onere della contestazione*, cit., § 3.

⁽⁶²²⁾M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI e F.P. LUISO, t. I, *Trattato dei contratti Rescigno Gabrielli*, vol. 4, Torino, 2005, pag. 52.

⁽⁶²³⁾M. FORNACIARI, *op. loc. ult. cit.*, l'A., tuttavia, non vede un limite patologico nella inesistenza della situazione giuridica accertata; Id, *Lineamenti di una teoria generale*, cit., pag. 281.

Ma ciò porta a considerare la diversa gradazione della patologia in relazione al negozio, il mero vizio volitivo concernente la fissazione dell'accertamento non comporterà la nullità dell'atto ma la sua mera annullabilità e, pertanto, il vizio potrà essere sanato o impugnato dalle parti nel relativo termine prescrizione quinquennale. Ma ciò non toglie, tuttavia, che il negozio di accertamento non vincoli il giudice come poc'anzi affermato, proprio perché l'annullabilità del negozio permane nella disponibilità delle parti.

Ove invece il vizio attenga all'inesistenza dell'oggetto, inteso come situazione incerta, allora esso, in ragione dell'art. 1418 c.c., potrà essere impugnato da chiunque ne abbia interesse in qualsiasi tempo.

D'altronde, e lo si ricorda a scanso di equivoci, il negozio di accertamento è stato qui inteso non come negozio volto ad accertare la verità dei fatti, ovvero a provarli, ma negozio teso a fissare una determinata situazione incerta di modo che quel dato fatto, o quel dato diritto, non possano essere intesi diversamente dalle parti e dal giudice.

Richiamando, ancora una volta, l'art. 115 c.p.c., è possibile instaurare una simmetria con il negozio di accertamento. Quest'ultimo, infatti, sconta il limite delle sue patologie che sono correlate, come si è detto, alla inesistenza della situazione accertata, allo stesso modo, passando all'art. 115 c.p.c., questo ultimo sconta il medesimo limite in quanto la rilevazione dell'inesistenza della fattispecie non contestata libera il giudice dal vincolo stesso della non contestazione.

Così tracciata, allora, la distinzione, in materia di diritti disponibili, tra negozio e sentenza, almeno sotto questo aspetto, sfuma sino a scomparire e si può affermare l'irragionevolezza di una tesi volta a discriminare tra le due forme di accertamento, in particolare in materia di diritti disponibili, dove la volontà delle parti, si usa dire con un'espressione vera ma un po' pomposa, è sovrana.

Una volta rilevata l'indifferenza della provenienza dell'accertamento, ovvero che esso non si comporta diversamente allorché esso provenga dal giudice o dalle parti, perché queste ultime, in materia di diritti disponibili possono indirizzarne la decisione, nei limiti predetti, attraverso la non contestazione dei fatti, occorre provare a sondare se le due forme di accertamento comportino conseguenze diverse nei rapporti con i terzi come, e si è detto in precedenza, affermato da una parte della dottrina ⁽⁶²⁴⁾ e della giurisprudenza ⁽⁶²⁵⁾.

A questo punto occorre guardare agli effetti del negozio di accertamento verso i terzi precisando, come noto, che ai sensi dell'art. 1372 c.c. il negozio non può spiegare effetti verso i terzi che non siano previsti dalla legge.

Qui, però, è possibile rilevare un altro elemento di distorsione derivante dalla costruzione effettuata dalla giurisprudenza di merito ⁽⁶²⁶⁾ in relazione negozio di accertamento, l'affermazione per cui questo ha mera efficacia *inter partes* è vera

⁽⁶²⁴⁾M. LEO, *Estraneo al perimetro applicativo*, cit., pag. 37.

⁽⁶²⁵⁾Tribunale di Roma, decreto 8 febbraio 2012

⁽⁶²⁶⁾*Contra* Tribunale di Roma, decreto 8 febbraio 2012 secondo il quale “[...] la sentenza e il negozio di accertamento hanno in comune solo l'effetto di fissare la situazione preesistente, ma l'accostamento non può andare oltre, rimanendo ferma la differenza, soprattutto sotto l'aspetto degli effetti, posto che il negozio di accertamento rimane *tam quam non esset* rispetto ai terzi”.

ma ciò non postula che la situazione giuridica o fattuale accertata e dedotta nel negozio abbia efficacia *inter partes*. Il negozio ha infatti “sempre” efficacia solo tra le parti, salvo che la legge, *ex art. 1372, comma 2, c.c.*, non preveda il contrario o, per altro verso, nel caso in cui l’effetto pregiudizievole non dipenda, affatto, dalla volontà delle parti.

Un esempio, sul punto, può consentire di chiarire meglio il concetto che si sta cercando di esprimere. Se un contratto di compravendita contiene una condizione risolutiva, debitamente annotata, e questa si verifica, l’eventuale terzo che abbia acquistato *medio tempore* subirà gli effetti della condizione allorché la stessa venga accertata negozialmente ai sensi dell’art. 2668. Il negozio di accertamento, anche unilaterale, della condizione, però, non produce l’effetto risolutivo in quanto la retroattività opera in relazione al contratto a cui la condizione è stata apposta e, pertanto, gli effetti retroagiscono al momento della stipulazione del contratto. La retroattività della condizione, ovvero l’effetto per cui il contratto si considera come mai sorto, opera, però, non in ragione del negozio di accertamento ma della natura della condizione stessa che è, di per sé, retroattiva rispetto al negozio in cui è acclusa e non rispetto al negozio di accertamento. Ragionando al contrario, ovvero ritenendo che la retroattività dell’effetto discenda dall’accertamento si giungerebbe ad una conclusione *probabilmente* errata. Ai fini dell’opponibilità ai terzi, per altro verso, dell’avveramento della condizione non è necessaria tanto la trascrizione di questo ultimo bensì quella della condizione stessa a margine della trascrizione del predetto contratto di compravendita.

A ciò si aggiunge che, secondo la Suprema Corte ⁽⁶²⁷⁾, “[...] il conflitto tra acquirente a titolo derivativo e quello per usucapione è sempre risolto, nel regime ordinario del c.c., a favore del secondo, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta l’usucapione [...] atteso che il principio di continuità delle trascrizioni, dettato dall’art. 2644 c.c., con riferimento agli atti indicati nell’art. 2643 c.c., non risolve il conflitto tra acquisto a titolo derivativo ed acquisto a titolo originario, ma unicamente fra più acquisti a titolo derivativo dal medesimo dante causa”.

Infatti, al di là della questione inerente alla c.d. *usucapio libertatis*, e dalla sua ammissibilità in relazione all’usucapione ordinaria ⁽⁶²⁸⁾, questa ultima, in generale

⁽⁶²⁷⁾Così: Cass. 3 febbraio 2005, n. 2161, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, 2006, f. 2, p. I, pag. 349; conforme Cass. 10 luglio 2008 n. 18888, in *Giustizia Civile Massimario*, 2008 fasc.7-8 pag. 1124; Cass. 06 dicembre 2000, n. 15503, in *Giustizia Civile Massimario*, 2000, pag. 2556.

⁽⁶²⁸⁾In senso positivo, circa l’operatività dell’*usucapio libertatis* nel nostro ordinamento si v. L. MENGONI, *Acquisto a non domino*, Milano, 1949; in senso contrario all’ammissibilità di questo effetto dell’usucapione in relazione alle servitù si v. R. TRIOLA, *Le servitù*, in *Il Codice civile, Commentario*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008, pag. 570; G. MUSOLINO, *L’estinzione per non uso della servitù prediale negativa*, in *Rivista del Notariato*, 2011 fasc. 2, pt. 2, pag. 389; M. KROGH, *Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell’usucapione*, in *Studi e Materiali*, 2009, fasc. 2, pag. 524; in giurisprudenza si v., sempre in senso contrario, tra le tante Cass. 27 marzo 2011, n. 4412 e Cass. 27 maggio 1966, n. 1379, secondo la quale “[...] non è configurabile nel nostro ordinamento giuridico la possibilità di usucapire il diritto alla libertà di un immobile dai pesi che lo gravano, essendo, invece, soltanto configurabile la prescrizione estintiva per non uso dei diritti reali parziali gravanti su un immobile”.

determina che l'acquisto sia conseguito dall'usucapiente dall'inizio del possesso ⁽⁶²⁹⁾ comportando, a sua volta, l'inefficacia delle ipoteche iscritte dai terzi creditori perché, ove l'usucapione sia accertata, sebbene questa sia contenuta in un negozio o in una sentenza *inter alios*, il diritto reale di garanzia, che è un diritto dipendente, è incompatibile proprio con la retroattività dell'usucapione ⁽⁶³⁰⁾.

Alla stessa regola, inoltre, soggiacciono gli acquisti a titolo derivativo che hanno quale dante causa il soggetto usucapito i quali, pertanto, vengono travolti dalla retroattività dell'acquisto ⁽⁶³¹⁾ anche se trascritti ⁽⁶³²⁾.

L'effetto, allora, come chiaramente dimostrato dalla giurisprudenza non discende dalla sentenza, o dall'accertamento che il giudice effettua attraverso il contraddittorio, ma dall'usucapione.

Tornando per un istante all'esempio prima formulato in relazione all'art. 2668 c.c. occorre chiedersi cosa cambia tra la retroattività della condizione e la retroattività dell'usucapione e, sul punto, la risposta appare intuitiva: la fonte.

Nel caso della condizione, essendo la fonte di natura negoziale, è necessario che la stessa sia pubblicizzata ai terzi mediante l'annotazione, anche se questi potrebbero tranquillamente accorgersene leggendo gli atti di provenienza del bene che si accingono ad acquistare, per proteggerli dagli effetti retroattivi della condizione.

Nel caso dell'usucapione, ovviamente, non c'è una forma di pubblicità formale ma, per altro verso, ce n'è una di carattere fattuale: il possesso. Ma, come si è detto in relazione alla condizione, la retroattività, in ogni caso, non discende dal negozio di accertamento ma dalla fattispecie accertata ovvero dall'avveramento della condizione dedotta nel contratto. Nel caso dell'usucapione, allo stesso modo, la retroattività non dipende, affatto, dal negozio di accertamento e, pertanto, l'art. 1372 c.c. non trova nemmeno applicazione ⁽⁶³³⁾, perché essa dipende dalla legge, o meglio, da un'interpretazione della legge.

Se, allora, si traslano queste considerazioni nell'ambito del negozio di accertamento, una volta che se ne è equiparato l'effetto, in termini di vincolatività, a quello prodotto della sentenza, la retroattività dell'usucapione non consegue al-

⁽⁶²⁹⁾Sebbene in dottrina la questione sia discussa, sul punto si v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, v. 7, *Le garanzie reali la prescrizione*, Milano, 2012, pag. 476; F. ROSELLI, *Il possesso e le azioni di nunciazione*, Torino, 1993, pag. 292; essa appare consolidata in giurisprudenza, si v. Cass. 28 giugno 2000, n. 8792 secondo la quale "[...] l'usucapione priva di qualsiasi efficacia gli atti dispositivi del proprietario, in danno del quale si è compiuta, e la trascrizione degli stessi [...]"; Cass. 17 novembre 1973, n. 3082; Tribunale di Rimini, 5 agosto 2009 in relazione alla retroattività e agli effetti sull'ipoteca.

⁽⁶³⁰⁾In dottrina, ma in relazione alla sentenza, *contra* G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti: delle ipoteche*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1976, pag. 286.

⁽⁶³¹⁾C.M. BIANCA, *Diritto civile*, v. 7, *Le garanzie reali la prescrizione*, Milano, 2012, pag. 476 nonché, in giurisprudenza, Cass. 28 giugno 2000, n. 8792.

⁽⁶³²⁾Sul punto, tuttavia, deve essere rilevato l'attuale contrasto giurisprudenziale concernente la trascrizione della domanda di usucapione che, non avendo la trascrizione della sentenza effetti dichiarativi, sembrerebbe non essere necessaria oltre che non ammessa in ragione della tassatività degli effetti soggetti a trascrizione, per l'opinione contraria si v., in giurisprudenza, Tribunale Varese, decreto 15 novembre 2012.

⁽⁶³³⁾Sul punto v. anche D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *www.judicium.it*, § 3.

l'accertamento dei suoi presupposti di fatto e non viene influenzata dal negozio di accertamento perché discende dal piano sistematico ⁽⁶³⁴⁾.

A ciò si aggiunge, inoltre, un ulteriore rilievo da cui discende, per altro verso, un'argomentazione volta a confermare quanto si qui sostenuto: la compromettibilità in arbitri di una controversia avente ad oggetto l'usucapione di un bene immobile. Posto, infatti, che la compromettibilità in arbitri è la regola e gli eventuali dubbi ermeneutici debbono essere risolti in suo favore, come d'altronde si ricava dall'art. 806 c.p.c. ⁽⁶³⁵⁾, e che, inoltre, "[...] la sottrazione di determinate controversie deve risultare in modo esplicito e non può essere frutto di interpretazione analogica" ⁽⁶³⁶⁾, occorre vedere se ci sia qualche ragione ostativa per escludere le controversie in materia di usucapione di diritti reali immobiliari.

La risposta deve essere, immediatamente, negativa. Non sussiste alcun divieto espresso e, anzi, vi sono degli elementi che portano, in modo inoppugnabile, a considerare compromettibili tali controversie.

L'art. 825, comma 1, c.p.c. ⁽⁶³⁷⁾ è chiarissimo quando afferma che il lodo, una volta reso esecutivo, è soggetto a trascrizione negli stessi casi in cui lo è la sentenza, e, pertanto, il lodo può essere trascritto ai sensi dell'art. 2651 c.c.; ovviamente, però, posto che il lodo è comunque una scrittura privata, ai fini dell'ottenimento della forma pubblica, invece di passare innanzi al notaio (che potrebbe attribuire solo gli effetti di cui all'art. 474, n. 2) esso è sottoposto al procedimento di omologazione che non è altro che un controllo di mera regolarità formale ed è finalizzato, da un lato (quello principale), alla attribuzione della natura esecutiva e, dall'altro (quello minore), all'attribuzione della forma pubblica necessaria per la collocazione degli effetti dell'atto all'interno del sistema della pubblicità ⁽⁶³⁸⁾.

A questo punto, però, sovviene un altro quesito utile per chiudere il cerchio: gli effetti del lodo rituale possono essere considerati gli stessi della sentenza?

⁽⁶³⁴⁾Esattamente nello stesso senso, ma pervenendo ad una conclusione diversa sulla natura dell'accertamento, v. D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in www.judicium.it, § 4. Sullo stesso piano si potrebbe porre la questione analizzata da F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit., § 7, nota 35 ove si afferma che in relazione alla fattispecie "[...] descritta dall'art. 1595 [...] il rapporto di locazione principale può venir meno anche in virtù di un negozio che [...] giustifica l'efficacia verso il subconduttore della sentenza che produca lo stesso risultato".

⁽⁶³⁵⁾Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 806 - controversie arbitrabili*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., pag. 6; G. RUFFINI, sub art. 806, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, ID., *Patto compromissorio*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. FAZZALARI, Milano, 2006, pag. 51, spec. 53.

⁽⁶³⁶⁾G. RUFFINI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶³⁷⁾Sulla norma si v., tra gli altri, F. CARPI, sub art. 825 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., pag. 601; F. AULETTA, sub art. 825 c.p.c., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., pag. 434; G. RUFFINI - S. BOCCAGNA, sub art. 825 c.p.c., in *Commentario breve*, cit., pag. 307.

⁽⁶³⁸⁾F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit., § 7, inoltre, segnala che "[c]on riferimento, invece, ai conservatori di pubblici registri, la diversa disciplina della sentenza e del lodo si fonda sulla qualità di atto pubblico della prima e di scrittura privata non autenticata del secondo. Ma non sembra che tale diversità possa incidere sull'art. 824-bis c.p.c., e specificamente che la mancanza di trascrivibilità del lodo non munito di *exequatur* determini una *deminutio* degli effetti di cui a detta norma, posto che sotto questo profilo la sentenza è parificata ad un atto notarile che è sì atto pubblico, ma non certo frutto di *imperium*!".

La questione, a dire il vero, è discussa in particolare perché si lega ad una disposizione tra le più controverse in tema di arbitrato: l'art. 824-*bis* c.p.c.. Si tratta di una questione, inoltre, che è evidentemente non suscettibile di essere trattata in questa sede, perché presuppone di risolvere, prima, quella concernente la natura dell'arbitrato rituale ⁽⁶³⁹⁾.

Sul punto, si preferisce, tuttavia, quella impostazione per cui tra lodo e sentenza, in particolare a seguito dell'introduzione dell'art. 824-*bis*, non c'è distinzione ⁽⁶⁴⁰⁾ in quanto si afferma che, sebbene la natura privata del lodo sia indiscussa, la sentenza non produce effetti diversi da quelli di un "[...] contratto che risolva la controversia né in relazione allo *ius superveniens*, né in relazione ai rapporti pregiudiziali o dipendenti, né nei confronti dei terzi".

In questo modo, ad avviso di chi scrive, il cerchio si chiude perché se le parti possono accertare, attraverso lo strumento dell'arbitrato rituale, l'usucapione di un diritto ottenendo gli stessi effetti della sentenza appare difficile comprendere per quale ragione non possano raggiungere gli stessi effetti con il negozio di accertamento salvo che non si voglia, a questo punto, sostenere che l'arbitrato rituale ha natura giurisdizionale.

In relazione a quanto sin qui detto e unificando i concetti espressi, sembra possibile affermare che, una volta attribuita la forma pubblica o di scrittura privata autenticata al negozio di accertamento, la trascrivibilità dello stesso, ai sensi dell'art. 2651 c.c., non doveva, e non deve, essere posta in termini di "atto", ovvero nella dicotomia tra negozio e sentenza in senso formale, ma in termini di effetto e, una volta che il negozio di accertamento viene consentito, e, altresì, si ricava che i suoi effetti sono omologhi a quelli della sentenza e del lodo arbitrale rituale non si comprende la ragione per cui si sia tornato a parlare di trascrizione di atti quando

⁽⁶³⁹⁾Sulla natura dell'arbitrato rituale, si v. da ultimo Cass. Ss. Uu., ordinanza, 25 ottobre 2013, n. 24153, con la quale la S.C. ha mutato orientamento rispetto al passato, ritiene che "[...] una volta affermata in via generale la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, quale conseguenza delle varie novelle susseguitesi, ed essenzialmente d.lgs. n. 40/2006, ciò va affermato anche per l'arbitrato estero, per la cui natura giurisdizionale militano - anzi - ulteriori elementi, con conseguente ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione" questa pronuncia si pone in netta antitesi rispetto a quanto precedentemente affermato dalle stesse Ss. Uu. per il precedente orientamento prima della riforma, cfr. Cass., Ss. Uu., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. Arb.*, 2000, fasc. 3, pag. 699, con nota di E. FAZZALARI, pag. 704; in *Riv. dir. proc.*, con nota di E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*, pag. 259; in *Giust. Civ.*, 2001, pag. 761, con nota di G. MONTELEONE, *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, pag. 764; in *Corr. giur.*, 2001, pag. 51, con commenti di G. RUFFINI e M. MARINELLI, e premessa critica di C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione?*, pag. 54; G. RUFFINI, *«Efficacia di sentenza» del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità*, in *Riv. arb.*, 2000, fasc. 3, pag. 465; dopo la riforma E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, fasc. 4, pag. 529; F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit.; E. FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. FAZZALARI, 2006, Milano, pag. 3; C. PUNZI, *«Efficacia di sentenza» del lodo*, *ivi*, pag. 155; E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, fasc. 3, pag. 953; F. AULETTA, sub art. 824-bis, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, cit., pag. 421; F. CARPI, sub art. 824-bis c.p.c., in *Arbitrato*, cit., pag. 592.

⁽⁶⁴⁰⁾F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit., § 8.

è ormai un principio acquisito quello per cui oggetto della trascrizione non è l'atto ma l'effetto ⁽⁶⁴¹⁾.

In altre parole, la trascrivibilità dell'accordo di mediazione avente ad oggetto l'usucapione doveva già ritenersi consentita come pubblicità notizia in una forma completamente diversa da quella attuale e, parimenti, doveva essere ammessa, per le medesime ragioni, quella del negozio di accertamento e del lodo irrituale avente i medesimi effetti.

Questa ultima questione, tuttavia, è già stata precedentemente valutata dalla dottrina ⁽⁶⁴²⁾ e risolta positivamente sebbene, in taluni casi con argomentazioni che poi sono state smentite dalla giurisprudenza. Si è affermato, infatti, che la trascrizione del negozio di accertamento dovesse essere eseguita in quanto l'eventuale trasferimento della proprietà dall'usucapiente ad un terzo non avrebbe potuto essere effettuato senza trascrizione non potendosi basare "[...] l'acquirente, né tanto meno il notaio rogante [...] su mere dichiarazioni di parte o di terzi prive di valore giuridico" ⁽⁶⁴³⁾.

La giurisprudenza, tuttavia, vede quest'ultima questione in modo diametralmente opposto affermando, da un lato, che la vendita di bene usucapito senza un previo accertamento non è vietata (e tantomeno nulla) e, dall'altro lato, che il notaio non incorre in alcuna responsabilità a riguardo ⁽⁶⁴⁴⁾.

La questione della trascrivibilità del negozio di accertamento, tuttavia, non deve essere posta come un rimedio volto a sanare le imperfezioni del sistema pubblicitario che, comunque, ci sono e ci saranno, ma come un effetto della equiparazione, nell'ambito dei diritti disponibili, degli effetti del negozio, generalmente inteso, della sentenza e del lodo arbitrale rituale.

Per altro verso, e lo si è detto in precedenza ⁽⁶⁴⁵⁾, la tassatività degli effetti è un principio cardine del sistema pubblicitario e, pertanto, non è ammissibile discutere di interpretazioni analogiche o estensive ma, solo, di identità di effetti che, come vengono comunemente considerati identici tra lodo (rituale) e sentenza, così debbono esserlo tra negozio, lodo e sentenza.

⁽⁶⁴¹⁾R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, pag. 385; E. PAOLINI, *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, cit., pag. 521.

⁽⁶⁴²⁾R. NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano, 1973, vol. I, pag. 117; E. PAOLINI, *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, cit., pag. 521; S. PUGLIATTI, *La trascrizione, la pubblicità in generale*, nel *Trattato di dir. civ. e comm. Cicu Messineo*, Milano, 1957, pag. 147. *Contra* M. KROGH, *Ammissibilità di un accordo conciliativo ai sensi del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, avente ad oggetto il riconoscimento di un acquisto a titolo di usucapione e sua trascrivibilità*, studio 3-2012, in *Studi e materiali, Consiglio nazionale del notariato*, pag. 15.

⁽⁶⁴³⁾Così E. PAOLINI, *Effetti, forma e trascrizione*, cit., pag. 518.

⁽⁶⁴⁴⁾Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Giustizia Civile*, 2008, fasc. 9, p. I, pag. 2032 per cui "[n]on incorre in responsabilità per negligenza professionale il notaio il quale, nell'ipotesi di vendita di terreni dei quali l'alienante assumeva di avere acquistato la proprietà per usucapione senza il relativo accertamento giudiziale, non abbia avvertito l'acquirente che l'acquisto poteva essere a rischio, ove nell'atto venga espressamente inserita una clausola dalla quale possa desumersi che l'acquirente era comunque consapevole di tale rischio". Ma v. anche Cass. 26 novembre 1999, n. 13184 e Cass., 07 agosto 2000, n. 10372.

⁽⁶⁴⁵⁾Cfr. cap. IV, § 4.1.

Una parte della dottrina ⁽⁶⁴⁶⁾, sebbene all'esito di un'indagine afferma la natura costitutiva ⁽⁶⁴⁷⁾ del negozio di accertamento affermando che esso è trascrivibile attraverso la norma prevista in tema di transazione, aggiunge delle ulteriori argomentazioni che, nel caso di specie, legittimano l'interpretazione qui riportata ⁽⁶⁴⁸⁾.

Si afferma ⁽⁶⁴⁹⁾, infatti, che il nostro ordinamento “[...] bandisce e c.d. azioni di giattanza o *provocationes ad agendum*, le azioni di mero accertamento non possono svolgere la funzione di dichiarare *erga omnes* l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica, ma possono soltanto servire ad accertare una relazione sostanziale tra le parti nel suo «schema semplice», la cui esistenza o inesistenza sia stata *contestata*” (il corsivo è aggiunto).

L'esito di questa ricostruzione, tuttavia, ha un limite di carattere più pratico che teorico, ovvero la resistenza del notariato verso la trascrizione del negozio di accertamento ⁽⁶⁵⁰⁾.

4.10. Il nuovo art. 2643 n. 12-bis: ambito di applicazione

Il legislatore con il d.l. 69/2013 ha inteso risolvere, a modo suo, il conflitto tra le conservatorie, la giurisprudenza, la dottrina e la prassi. Come si è detto nei precedenti paragrafi, tuttavia, la possibilità di risolvere il conflitto era, perfettamente, alla portata della dottrina e della giurisprudenza. Il legislatore, inoltre, attraverso il nuovo n. 12-bis dell'art. 2643 c.c. sembra accogliere, per altro verso, una tesi minoritaria in dottrina ed in giurisprudenza in relazione alla natura del negozio di accertamento ⁽⁶⁵¹⁾.

⁽⁶⁴⁶⁾D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, cit., § 4.

⁽⁶⁴⁷⁾D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, cit., § 2 il quale afferma che “[s]e ciò è vero, l'eliminazione dello stato di incertezza può risolversi nella soluzione di una lite, intesa quest'ultima quale contrasto di posizioni anche soltanto in ordine al modo di intendere un determinato oggetto, e dunque nella individuazione di un punto di equilibrio idoneo a “regolare” il rapporto tra le parti. E se l'oggetto della lite è rappresentato da fatti, invece che da situazioni giuridiche, ciò non vuole significare che le parti possono “accertare i fatti”, bensì soltanto che, dati quei fatti, esse possono stabilire convenzionalmente l'assetto del proprio nascente rapporto giuridico”. Cfr. *supra* cap. I, § 1.6.

⁽⁶⁴⁸⁾Il problema di questa ultima ricostruzione dottrinarica, per altro verso, non è tanto l'incisività degli effetti a cui perviene, che tra l'altro sono maggiori di quelli qui proposti, ma dal fatto di ritenere, anche collateralmente, il negozio di accertamento come volto a *regolare* la fattispecie sottesa essa, infatti, non può essere regolata perché il fatto in sé non è disponibile, ovvero non può essere modificato né tantomeno estinto come si è avuto di dire nel cap. I, § 1.6.

⁽⁶⁴⁹⁾D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, cit., § 4, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁶⁵⁰⁾M. KROGH, *Ammissibilità di un accordo conciliativo ai sensi del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, avente ad oggetto il riconoscimento di un acquisto a titolo di usucapione e sua trascrivibilità*, cit., pag. 16.

⁽⁶⁵¹⁾In particolare si veda F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 54 il quale afferma “[...] che i dubbi della giurisprudenza erano infondati, e della disposizione speciale non vi è alcun bisogno, posto che la trascrivibilità (art. 2643 n. 13 c.c.) delle transazioni che hanno per oggetto controversie su diritti menzionati nello stesso art. 2643 c.c. consente comunque la trascrizione di ogni accordo avente ad oggetto la proprietà o un diritto reale minore su un immobile. Ciò perché la dizione è omnicomprensiva, e ricomprende tutte le controversie aventi ad oggetto un qualunque diritto previsto dall'art. 2643 c.c.”. Sul punto si v., altresì, *supra* cap. I, § 1.2.

A livello di tecnica normativa appare appena il caso di sottolineare come ormai sia un'abitudine del nostro legislatore quella di disciplinare istituti di diritto sostanziale mediante norme sulla trascrizione. Si pensi, all'uopo, all'atto di destinazione, di cui all'art. 2645-*ter* c.c. e ai diritti edificatori, di cui al medesimo art. 2643 c.c. ma al n. 2-*bis*. Per la prima volta, però, in una norma si concede il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento alla trascrizione dell'accertamento negoziale dell'usucapione che, comunque, non era sconosciuto né in giurisprudenza né in dottrina ⁽⁶⁵²⁾.

L'art. 2643, comma 1, n. 12-*bis*, afferma che “[...] si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione [...] gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”.

La norma sembra confondere, ancora una volta, l'atto con l'effetto.

L'effetto da trascrivere deriva, infatti, dall'accordo e non già dal verbale di mediazione il quale, in ragione di quanto qui sostenuto ⁽⁶⁵³⁾, non dispiega effetti negoziali perché esso rappresenta una mera dichiarazione di scienza. A livello tuzioristico e prudenziale, però, dato il tenore letterale della disposizione sembrerebbe doversi autenticare ogni cosa, tanto il verbale quanto l'accordo di mediazione, revocando ogni pensiero sulla natura degli atti da autenticare.

La norma, comunque, disciplina un effetto e, in concreto, afferma che è consentita la trascrizione dell'accordo di mediazione avente gli effetti del negozio di accertamento. In ragione di ciò, non sembra vi siano elementi ostativi all'ammissibilità della trascrizione tanto del negozio di accertamento puro (ovvero senza verbale) quanto del lodo irrituale avente effetti di negozio di accertamento in quanto l'art. 2643 c.c. è ontologicamente connesso all'art. 2645 c.c. il quale apre le porte della pubblicità agli atti aventi gli stessi effetti di quelli indicati nell'articolo predetto.

Continuando a tracciare l'ambito di applicazione della disposizione occorre chiedersi se, per il tramite di questa norma, sia consentito trascrivere anche gli altri acquisti a titolo originario e non, solo, l'acquisto per usucapione. La norma in commento, al fine di rispondere al quesito, deve essere confrontata con l'art. 2651 c.c. che, comunque, dispone la trascrizione delle sentenze da cui risulti acquistato, in altro modo diverso dall'usucapione, un diritto reale immobiliare.

Si tratta, in particolare, dell'accessione (art. 922, 934 e ss c.c.), della alluvione (art. 941 c.c.), dell'avulsione (art. 944 c.c.) e degli acquisti derivanti dallo slittamento del letto dei fiumi o dei torrenti (art. 946 c.c.) mentre deve essere esclusa l'occupazione, in buona fede, di un edificio o di porzione di un fondo attiguo (art. 938 c.c., ovvero la c.d. accessione invertita) in quanto l'acquisto non deriva dall'occupazione in sé considerata ma dal successivo provvedimento dell'autorità giudiziaria ⁽⁶⁵⁴⁾.

⁽⁶⁵²⁾Si v., *supra* cap. I, §§ 1.1 e 1.2.

⁽⁶⁵³⁾A riguardo si v. *supra* cap. III, §§ 3.6 e 3.7.

⁽⁶⁵⁴⁾F. TORRONI, sub art. 2651 c.c., in *Codice civile*, a cura di P. RESCIGNO, ed. VI, t. 2, 2006, pag. 3793.

L'art. 2643, comma 1, n. 12 *bis*, in relazione a questi ultimi acquisti tace. E si tratta di un silenzio rumoroso perché, in ragione della tassatività degli effetti soggetti a pubblicità ⁽⁶⁵⁵⁾, non è possibile fare ricorso ad interpretazioni estensive o analogiche in quanto l'art. 2645 c.c. deve essere letto come volto a consentire l'accesso ad atti aventi gli stessi "effetti" degli atti previsti all'art. 2643 c.c..

A ciò deve essere aggiunto che questa norma sul negozio di accertamento dell'usucapione, avendo una portata derogatoria del regime effettuale dell'usucapione stessa, ovvero determinando l'obliterazione della retroattività, sembra avere portata eccezionale e, insieme alle altre ragioni predette, sembra inapplicabile agli altri istituti.

In ragione di ciò, sembra doversi escludere la possibilità di trascrivere accordi di mediazione aventi ad oggetto l'accertamento di acquisti, anche se a titolo originario, diversi dall'usucapione che, per altro verso, continuano ad esse pubblicizzarsi in termini di pubblicità notizia.

4.11. *Il nuovo art. 2643 n. 12-bis: rapporti con l'art. 2644 e l'usucapione*

Sebbene l'ultima affermazione formulata possa sembrare l'elemento di maggiore criticità della disposizione non è così perché, invero, l'elemento più criptico è il rapporto intercorrente tra l'art. 2643 n. 12-*bis* c.c., il successivo art. 2644 c.c. e l'usucapione. La Relazione illustrativa tace sulla *ratio* di tale disposizione.

A dire il vero, un intervento sulla trascrizione dell'usucapione era già stato ipotizzato "qualche" lustro fa.

Una parte della dottrina ⁽⁶⁵⁶⁾ ricorda come il progetto della Commissione reale prevedesse l'inserimento di una disposizione all'art. 375 secondo la quale sarebbero rimasti sempre salvi gli acquisti effettuati da terzi verso il proprietario anteriormente alla pubblicazione della domanda od eccezione volta a far dichiarare accertata l'usucapione. In altre parole, anche in relazione all'usucapione si intendeva determinare la prevalenza in ragione della trascrizione della sentenza disponendo la salvezza degli acquisti effettuati da terzi dall'usucapito.

Come è semplice constatare, la soluzione ora introdotta dal legislatore è diversa anche da questa appena ricordata perché in quest'ultima "[...] l'avente causa dal «vero» proprietario avrebbe infatti prevalso sull'usucapiente pur se il proprio acquisto fosse stato precedente all'intervenuta usucapione, ma la relativa trascrizione fosse stata successiva a quella della domanda di accertamento" ⁽⁶⁵⁷⁾.

Posta tale premessa a livello storico, il nuovo art. 2643, comma 1, n. 12-*bis* al contrario di quanto qui asserito produce gli effetti di cui all'art. 2644 c.c.; ovvero il negozio risulta opponibile ai terzi che abbiano, a qualunque titolo, trascritto o iscritto degli atti dopo la trascrizione degli atti di cui all'art. 2643 c.c.. In altre parole, si revoca a livello negoziale l'effetto retroattivo dell'usucapione. Questa ultima, pertanto, non produce effetti verso gli acquirenti a titolo derivativo che abbiano acquistato trascritto prima della trascrizione del verbale di accertamento e,

⁽⁶⁵⁵⁾ Si v. *supra*, nel presente cap. III, § 3.1.

⁽⁶⁵⁶⁾ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. II, cit., pag. 452.

⁽⁶⁵⁷⁾ F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.* a cui si rinvia per *amplius*.

per altro verso, non subiscono pregiudizi i creditori ipotecari che abbiano concesso, ad esempio, dei mutui all'usucapito.

In relazione alla sentenza che accerta l'usucapione la nuova disposizione non sembra, tuttavia, comportare alcuna innovazione, in quanto il rimedio lasciato al creditore ipotecario, e al terzo che abbia acquistato dall'usucapito, per sterilizzare gli effetti dell'usucapione accertata con la sentenza è rimasto quello della revocatoria straordinaria ai sensi degli artt. 404, comma 2, c.p.c. ⁽⁶⁵⁸⁾.

Di conseguenza, diviene necessario chiedersi, però, se:

- a) ci si trova innanzi ad un acquisto a titolo originario, perché la retroattività è uno degli effetti della fattispecie in questione;
- b) l'accordo di mediazione contenente un negozio di accertamento abbia natura dispositiva o dichiarativa;
- c) si tratta di un acquisto a titolo originario o derivativo;
- d) la norma risolva i problemi sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di negozio di accertamento dell'usucapione all'esito del procedimento di mediazione;
- e) è possibile rintracciare la *ratio* della norma;
- f) la disposizione determina l'indisponibilità dell'usucapione;
- g) la disposizione è *irragionevole*.

In relazione al punto a) è possibile rilevare come il legislatore abbia effettuato una scelta, sicuramente opinabile, attraverso la quale ha mostrato di preferire che l'effetto retroattivo dell'usucapione non si produca allorché gli elementi costitutivi della stessa siano accertati negozialmente cosa che, prima della norma, doveva ritenersi, in ragione di quanto detto ⁽⁶⁵⁹⁾, possibile. Sembra che il legislatore, sul punto, abbia recepito i timori della giurisprudenza ⁽⁶⁶⁰⁾ sul negozio di accertamento secondo la quale “[...] è proprio la [retroattività] dell'usucapione che giustifica il rigore che va utilizzato nello stabilire la configurabilità di atti equipollenti alla sentenza di accertamento dell'usucapione e soprattutto la loro idoneità ad essere trascritti, in quanto un'interpretazione liberale tesa a consentire la trascrivibilità determinerebbe l'ingresso nei registri immobiliari di atti che, per fornire risultanze probatorie privilegiate, sarebbero in grado di pregiudicare la sicurezza della circolazione dei beni”.

Questa affermazione, tuttavia, non tiene conto del fatto che:

- la relativa trascrizione ha natura di pubblicità notizia, e pertanto non determina alcuna opponibilità verso i terzi ma comporta che l'eventuale acquirente dall'usucapiente sia tutelato in quanto considerato in buona fede;

⁽⁶⁵⁸⁾In questo senso in giurisprudenza Tribunale di Rimini, 5 agosto 2009.

⁽⁶⁵⁹⁾Si v. *supra* cap. IV, § 4.9.

⁽⁶⁶⁰⁾Tribunale di Roma, decreto 8 febbraio 2012

- che altra parte della giurisprudenza ⁽⁶⁶¹⁾, ben più autorevole, ha ammesso la vendita di bene asseritamente usucapito non considerandola nulla e, per altro verso, non foriera di alcuna responsabilità per il notaio.

In relazione al punto b), in effetti, la tentazione di aderire alla tesi della natura dispositiva del negozio di accertamento ⁽⁶⁶²⁾ produce una certa influenza, almeno a livello emotivo, tuttavia, tornando a guardare quanto sin qui affermato, che non è altro se non un riassunto delle argomentazioni formulate dalla dottrina e della giurisprudenza sul negozio di accertamento, sembra possibile affermare la sopravvivenza delle tesi sin qui sostenute; allo stesso modo occorre opinare in relazione alla natura dell'usucapione, punto c), la quale non viene intaccata in relazione alla sua natura retroattiva ⁽⁶⁶³⁾ ma solo sotto l'aspetto della regola di conflitto tra acquirenti a titolo originario e a titolo derivativo che cambia a seconda dell'atto che contiene l'accertamento.

Le norme sulla trascrizione, infatti, non possono determinare le nature degli istituti perché afferiscono, solo ed esclusivamente, agli effetti di determinati atti o negozi giuridici in relazione ai terzi.

Se si facesse discendere la natura del negozio di accertamento dalla natura della relativa trascrizione si dovrebbe fare lo stesso in relazione al contratto di compravendita asserendo che, siccome questo produce i suoi effetti verso i terzi dal momento della trascrizione, non produce effetti tra le parti, in sostanza si perverrebbe ad un'interpretazione abrogativa dell'art. 1376 c.c. ; posto che non sembra consentito ragionare in questo ultimo modo appare possibile affermare che la disposizione attiene solo al piano dei rapporti con i terzi e non a quelli tra le parti, eccettuato il caso in cui non vi siano due acquisti a titolo derivativo e venga trascritto solo il secondo ⁽⁶⁶⁴⁾.

In altre parole, il negozio di accertamento dell'usucapione, una volta stipulato, produrrà, comunque, effetti dichiarativi tra le parti le quali, accertando il possesso e il decorso del termine ventennale, accerteranno, altresì, l'intervento dell'acquisto a titolo originario ma tale interpretazione degli eventi non produrrà alcun effetto retroattivo fuori dal loro rapporto in quanto l'opponibilità ai terzi discenderà dalla trascrizione di un negozio che, comunque, non sembra assumere natura dispositiva.

⁽⁶⁶¹⁾ Sul punto si v. Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485 per cui “[n]on incorre in responsabilità per negligenza professionale il notaio il quale, nell'ipotesi di vendita di terreni dei quali l'alienante assumeva di avere acquistato la proprietà per usucapione senza il relativo accertamento giudiziale, non abbia avvertito l'acquirente che l'acquisto poteva essere a rischio, ove nell'atto venga espressamente inserita una clausola dalla quale possa desumersi che l'acquirente era comunque consapevole di tale rischio”.

⁽⁶⁶²⁾ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 54; si v. altresì, *supra* cap. I, § 1.6.

⁽⁶⁶³⁾ A riguardo si v. *supra* cap. IV § 3.9.

⁽⁶⁶⁴⁾ Ad esempio la doppia alienazione a titolo derivativo con la conseguente trascrizione del secondo acquisto comporta, come noto, la prevalenza del secondo sul primo; si determina, in altre parole, una *fiction* la quale consiste in una deroga al principio dell'effetto reale di cui all'art. 1376 c.c. ma ciò non comporta, per altro verso, che venga meno, in assoluto, l'effetto reale; in relazione alla relativa discussione in dottrina si rinvia a F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. II, cit., pagg. 511 e ss.

A riguardo del punto d) la norma in questione non risolve, affatto, i problemi posti dalla dottrina e dalla giurisprudenza perché l'effetto, dichiarativo, disciplinato è completamente diverso da quello, di pubblicità notizia, previsto dall'art. 2651 c.c.. e perché, in questo modo, si rischia di generare una forma di acquisto a titolo originario zoppa, in quanto non retroattiva. Il legislatore, per altro verso, ha limitato solo la retroattività dell'usucapione accertata e non il vincolo espresso, e precedentemente descritto, prodotto dal negozio di accertamento.

Stando così le cose, sembra legittimo presumere che la norma non riuscirà a sedare il relativo conflitto ma, anzi, lo acuirà.

D'altronde, richiamando le argomentazioni formulate dalla dottrina ⁽⁶⁶⁵⁾ e dalla giurisprudenza ⁽⁶⁶⁶⁾ prima del d.l. 69/2013 nulla sembra togliere la possibilità di affermare che non vi sia corrispondenza tra l'esito del procedimento di mediazione e la sentenza giurisdizionale e che, anzi, la distanza è stata acuita con l'aggiunta di una norma sulla trascrizione che produce i medesimi effetti che era possibile raggiungere in precedenza con il contratto di transazione ⁽⁶⁶⁷⁾.

Guardando ora al quesito posto al punto e) appare francamente complicato ricavare una *ratio* per la disposizione in commento che non abbia, in concreto, una connotazione negativa perché il legislatore si è posto il problema non delle parti ma, solo, dei terzi, di conseguenza sterilizzando uno dei principali effetti a cui mira l'azione funzionale all'accertamento dell'usucapione.

La norma così scritta, per altro verso, trasformando un acquisto a titolo originario in un acquisto a titolo derivativo, almeno in relazione agli effetti verso i terzi, comporta, altresì, la necessità di valutare se possano ricorrere i presupposti di applicazione della revocatoria ordinaria di cui agli artt. 2900 - 2904 c.c. nel caso in cui il relativo accordo di mediazione venga stipulato in frode ai creditori. L'acquisto, infatti, si comporta agli occhi dei terzi come un acquisto a titolo derivativo ed essenzialmente gratuito anche se riconducibile *inter partes* alla natura di acquisto a titolo originario con tutte le conseguenze che ne derivano.

Il fatto che il legislatore abbia espunto l'efficacia verso i terzi della retroattività porta ad una divaricazione tra l'arbitrato rituale e il negozio di accertamento. Mentre la trascrizione del primo, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., riguarda tutte le ipotesi contemplate per la sentenza, e, pertanto, consente all'usucapione di produrre gli effetti riflessi sui terzi discendenti dalla retroattività ciò, come si è visto, è impossibile dal punto di vista negoziale per le parti in ragione dell'art. 2643, n. 12-bis c.c..

Questa asimmetria, se si ritiene corretto quanto asserito in relazione al negozio di accertamento e all'equivalenza degli effetti tra sentenza, lodo e negozio di accertamento in tema di diritti disponibili, sembra, in senso assoluto, *irragionevole*

⁽⁶⁶⁵⁾M. LEO, *Estraneo al perimetro applicativo*, cit., pag. 37; S. RAPPUCCI, *E' obbligatoria la mediazione in materia di usucapione?*, in *Obbl. cont.*, 2012, f. 5, pag. 607; G. DI MARCO, *Usucapione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*, cit., pag. 258; F. PETROLATI, *Controversia sull'usucapione: accesso alla mediazione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*, nota a Tribunale di Roma 22 luglio 2011, in *Giur. mer.*, 2011, fasc. 12., pag. 3126, spec. 3127.

⁽⁶⁶⁶⁾Tribunale di Varese, 20 dicembre 2011.

⁽⁶⁶⁷⁾Come sottolinea F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 54.

nel momento in cui si rileva che, attraverso lo strumento negoziale una parte non potrebbe ottenere un risultato che le è possibile ottenere con uno strumento, il cui fondamento, è comunque negoziale.

Diventa pertanto sostenibile, ma con argomentazioni solo ancorate all'art. 2643 n. 12-*bis*, l'indisponibilità della retroattività dell'usucapione la quale, comunque, dovrebbe poter essere smentita senza particolari difficoltà attraverso l'art. 806 c.p.c., che come detto richiede che la non compromettibilità sia espressa, e l'art. 825 c.p.c. che, per altro verso, consente sempre la trascrizione del lodo omologato in tutti i casi in cui è in concreto trascrivibile la sentenza.

Le parti, infine, saranno in ogni caso costrette ad adire il giudice ordinario sulla questione e, magari, durante il processo potranno tenere una condotta tale da generare gli effetti della mancata specifica contestazione pervenendo così, con uno scarso supporto probatorio, ad ottenere, ancora una volta, i medesimi effetti del negozio di accertamento in materia di usucapione ma con delle conseguenze diverse per i terzi che, mentre in relazione ad un accertamento negoziale su situazioni giuridiche inesistenti potrebbero agire in nullità per sterilizzare gli effetti del negozio ⁽⁶⁶⁸⁾, una volta emessa la sentenza potranno al massimo utilizzare l'opposizione di terzo revocatoria, con l'onere di dimostrare non solo l'inesistenza dell'usucapione ma, anche, la collusione delle parti ⁽⁶⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁸⁾ Il creditore pregiudicato dal negozio di accertamento, ad esempio, avrebbe potuto comunque, anche se titolare di un diritto dipendente di garanzia, impugnare il contratto per nullità allorché nello stesso fosse stata rappresentata una realtà fattuale assolutamente fittizia.

⁽⁶⁶⁹⁾ Sul punto si v. Cass. 17 maggio 1980, n. 3243.

Conclusioni

L'esito di questo scritto non può essere diverso dal suo contenuto in quanto rappresenta una breve ricostruzione di una serie di passaggi argomentativi sviluppati in precedenza.

Si approfitta, allora, di queste poche righe finali per instaurare una relazione tra quella che era l'idea di fondo prima di iniziare questo scritto e la constatazione finale che ne è derivata, posta alla fine di queste conclusioni; a questa impostazione consegue, però, l'inversione dell'ordine degli argomenti precedentemente trattati.

L'idea nasce dall'osservazione della *realtà*, ovvero dal conflitto tra prassi, consuetudine e giurisprudenza ⁽⁶⁷⁰⁾ sulla trascrivibilità dell'accordo di mediazione avente ad oggetto l'usucapione che si è trasformato, prima, in una questione teorica con l'intervento della dottrina ⁽⁶⁷¹⁾ e, in seguito, in un problema politico ⁽⁶⁷²⁾ risolto con l'intervento del legislatore volto a rimuovere il riscontrato limite della trascrivibilità con una soluzione che qui è stata ritenuta non convincente.

Nel presente scritto, infatti, non si è ritenuto possibile condividere la soluzione prodotta dal legislatore tanto nelle sue conseguenze teoriche che in quelle pratiche perché da essa discende lo svilimento, da un lato, dell'autonomia privata e, dall'altro, della natura dell'usucapione ⁽⁶⁷³⁾.

Si è ritenuto, pertanto, che tale norma, per un verso, sia *irrilevante* a livello concettuale, perché si sarebbe potuti arrivare al medesimo risultato accettando le conclusioni di una parte della dottrina e della giurisprudenza ⁽⁶⁷⁴⁾ e, dall'altro, sia *controproducente*, perché in realtà comporta una divaricazione, palese, tra quanto le parti possono ottenere attraverso l'arbitrato (*solo*) rituale o il processo e quanto

⁽⁶⁷⁰⁾Si v. all'uopo Tribunale di Roma, 22 luglio 2011 e 8 febbraio 2012; Tribunale di Como, 2 febbraio 2012; e Tribunale di Catania, 1 marzo 2012.

⁽⁶⁷¹⁾Cfr. D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in www.judicium.it; M. LEO, *Estraneo al perimetro applicativo della norma l'atto che non ha valore di negozio traslativo*, in *Guida al diritto*, f. 43, pag. 33 per altri riferimenti bibliografici si v. cap. IV, §§ 4.8 e ss.

⁽⁶⁷²⁾L'introduzione dell'art. 2643, n. 12-bis non può essere letta in molti altri modi diversi visto che la discussione sul negozio di accertamento affonda le sue radici, almeno in Italia, già nei primi anni del secolo scorso; cfr. cap. I, § 1.1.

⁽⁶⁷³⁾Per ottenere un primo inquadramento sistematico del negozio di accertamento non sono serviti, giusto per fare qualche esempio, gli scritti di A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958 E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale e processo*, in *rivista di diritto processuale civile*, 1932, I, pag. 280; T. ASCARELLI, *Chiarimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1930, I, pag. 178; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915; M. GIORGIANNI, *Negozio di accertamento*, in *Enciclopedia del diritto*, voce *Accertamento*, Milano, 1958, pag. 227; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pag. 177; ed una notevole mole di pronunzie giurisprudenziali, cfr. *supra* cap. I, 1.2; ma è bastata la mediazione obbligatoria.

⁽⁶⁷⁴⁾Da ultimo F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 54 ma sul punto si v. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 177; in giurisprudenza, da ultimo, Tribunale di Varese, 20 dicembre 2011; cfr., però, cap. I, § 1.6.

possono *disporre* con il negozio ⁽⁶⁷⁵⁾ e ciò non sembra *ragionevole* in quanto, per un verso, anche a voler fondare la distinzione sul contraddittorio, si rileva che esso è parimenti presente nella modalità irrituale di arbitrato che però soccombe rispetto alle dette limitazioni e, per altro verso, la norma è volta a salvaguardare solo “certi” tipi di terzi e, precisamente, i creditori ipotecari (ad esempio: l’eventuale titolare di una servitù di passaggio sul terreno usucapito, infatti, se esercita il suo diritto di passaggio non viene pregiudicato dall’acquisto a titolo originario).

A ciò si aggiunge che, in ragione dell’art. 115 c.p.c. ⁽⁶⁷⁶⁾ e degli effetti vincolanti per il giudice del negozio di accertamento, gli stessi risultati ora vietati si ottengono con il processo senza un controllo (incisivo) giurisdizionale e, pertanto, la questione diviene solo di carattere temporale perché le parti, potendo condizionare l’esito del processo, attraverso la non contestazione e il negozio di accertamento, raggiungeranno gli stessi risultati che sono impediti dal nuovo art. 2643, n. 12-*bis* che dispone una forma di pubblicità assolutamente inidonea a rappresentare gli effetti negoziali dichiarativi. Si costruisce, pertanto, una *fictio* inidonea, altresì, a ridurre la conflittualità e, in termini quantitativi, i *giudizi*.

A riguardo della pubblicità immobiliare, poi, essa deve rappresentare, e rappresenta, un sistema stabile, ed è la tassatività degli effetti a concederle la stabilità, e sembra il caso di proteggerla, ma non tanto dai negozi di accertamento - *perché, se poi è consentita la vendita di un bene usucapito* ⁽⁶⁷⁷⁾ *in carenza di qualsivoglia trascrizione e sulla base di una mera dichiarazione, le argomentazioni che pretendono di dipingere come un male la pubblicità del relativo negozio di accertamento divengono perlomeno difficili da sostenere* - quanto dai negozi aventi effetti obbligatori o da quelli che solo latamente attengono ai diritti reali in parola ⁽⁶⁷⁸⁾.

Guardando, invece, all’arbitrato irrituale questo, al di là delle considerazioni personali e delle petizioni di principio verso l’istituto e la sua utilità in concreto,

⁽⁶⁷⁵⁾E sul punto si veda la simmetria effettuale formulata sempre da F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro*, cit., pag. 1202, il quale afferma che “[...] tutti questi strumenti [arbitrato, conciliazione, transazione, giudizio civile] sono del tutto equivalenti e fra loro fungibili in ordine ai risultati. L’efficacia vincolante di una sentenza, di un lodo, di una transazione (o di qualunque altro contratto che ha come causa la risoluzione di una controversia) sono perfettamente equivalenti” e che non si allontana dalla tesi di F. CARNELUTTI, *Note sull’accertamento*, cit., pag. 4, che ritiene ammissibile il negozio di accertamento affermando che “[...] si dimostra con quel principio dell’equivalenza tra la composizione processuale e la composizione contrattuale della lite, che mi ha suggerito la costruzione della categoria della degli equivalenti giurisdizionali. Se non c’è una norma, la quale, espressamente o per analogia, interdica la autocomposizione delle liti e, in particolare, la transazione di una lite, assoggettata al processo di accertamento, negare che vi sia un contratto anzi un negozio di accertamento non si può” e che, negli effetti, non sono così dissimili rispetto a quanto affermato da M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell’accertamento*, cit., *passim*.

⁽⁶⁷⁶⁾Cfr. cap. I, § 5 e cap. IV, §§ 4.10.

⁽⁶⁷⁷⁾Sul punto si v. Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485 per cui “[n]on incorre in responsabilità per negligenza professionale il notaio il quale, nell’ipotesi di vendita di terreni dei quali l’alienante assumeva di avere acquistato la proprietà per usucapione senza il relativo accertamento giudiziale, non abbia avvertito l’acquirente che l’acquisto poteva essere a rischio, ove nell’atto venga espressamente inserita una clausola dalla quale possa desumersi che l’acquirente era comunque consapevole di tale rischio”.

⁽⁶⁷⁸⁾Cfr. cap. IV, § 4.1.

grazie all'art. 474, n. 2, c.p.c. ⁽⁶⁷⁹⁾ e per mezzo di una “semplice” autenticazione notarile potrebbe tornare ad assumere un ruolo rilevante nelle controversie contrattuali aventi ad oggetto diritti reali immobiliari, dove una soluzione eteronoma con effetti negoziali può essere recepita con facilità.

A ciò deve essere aggiunto, altresì, che non si può che auspicare un nuovo ritorno all'unitarietà dell'arbitrato, alla quale ora si oppongono anche le Sezioni Unite ⁽⁶⁸⁰⁾, perché, in fondo, la tesi che si è avuto modo di scegliere in questo scritto è intrinsecamente legata, da un lato, alla lettera dell'art. 808-ter, che induce alla prudenza per la sua contraddittorietà, e, dall'altro lato, alla presa di posizione della giurisprudenza ⁽⁶⁸¹⁾ che in modo sin troppo netto, e con una argomentazione che non sembra del tutto convincente, ha escluso *tout court* l'applicabilità del titolo ottavo ⁽⁶⁸²⁾.

Di certo, però, rimane il limite della trascrizione delle domande ⁽⁶⁸³⁾, tanto per la mediazione quanto per l'arbitrato irrituale, il quale sembra dovuto, a livello meramente descrittivo, più alla loro natura unilaterale e al loro contenuto che alla loro forma, anche perché se sussiste un'equivalenza di effetti tra sentenza, lodo e negozio essa è dovuta alla disponibilità dei diritti e alla concorde volontà delle parti (che agisce in modo univoco) che, in relazione agli atti unilaterali di origine negoziale, ovviamente manca.

In relazione alla domanda di arbitrato irrituale e all'istanza di mediazione, allora, l'equiparazione con la domanda giudiziale è impossibile perché nessun atto privato può incidere sulla posizione di un terzo salvo che non sia previsto dalla legge e, pertanto, gli effetti della domanda di mediazione sono solo quelli espressamente richiamati mentre nessun effetto può conseguire, perché non previsto, dalla domanda di arbitrato irrituale. La domanda di arbitrato rituale è, invece, un'*eccezione* a questa regola, proprio perché è il legislatore a consentire un effetto che, in termini sostanziali, dovrebbe essere vietato.

La tassatività delle ipotesi di trascrizione, poi, non deve essere intesa in relazione agli atti, perché questo è il primo errore che di solito compiono l'interprete e il pratico (e talvolta anche il conservatore), e, per assurdo, si tratta di una convinzione davvero invalsa nella pratica, ma in relazione agli effetti la cui genesi, però, è rimessa ad una innumerevole serie di atti, negozi e contratti che possiedono tutti un diverso grado di vincolatività, ma se tra questi effetti c'è *identità*, come si è cercato di dimostrare ⁽⁶⁸⁴⁾, tanto per la mediazione quanto per l'arbitrato irrituale, la stessa non può essere esclusa in ragione del dogma della *costitutività* del contratto o di una concezione *monopolistica* dell'accertamento.

⁽⁶⁷⁹⁾Per tutti cfr. V. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *il Corriere giuridico*, 2006 fasc. 11, pag. 1622 e nota n. 60 e P. BIAVATI, sub art. 808-ter, in *Arbitrato*, cit., pag. 170.

⁽⁶⁸⁰⁾Cass. Ss. Uu., ordinanza, 25 ottobre 2013, n. 24153, si v. nota n. 130, cap. I, § 1.7.

⁽⁶⁸¹⁾Cass. 17 gennaio 2013, n. 1158.

⁽⁶⁸²⁾Ad eccezione degli artt. 806 - 808 ma non viene salvato dalla censura l'art. 808-bis, cfr. cap. II, §§ 2.9 e 2.10.

⁽⁶⁸³⁾Cfr. *supra* cap. IV, §§ 4.3 e 4.4.

⁽⁶⁸⁴⁾Cfr. cap. IV, §§ 4.9 e ss.

In questo scritto si è scelto, infine (ma rappresenta l'inizio), di partire dal negozio di accertamento per tre diverse ragioni: perché, in primo luogo, lo stesso rappresenta l'incertezza in senso assoluto, in quanto negozio posto sul confine tra diritto processuale e sostanziale; perché, in secondo luogo, rappresenta uno degli elementi più controversi (e interessanti) del diritto moderno e perché, infine, esso condiziona buona parte delle discussioni qui prese in esame e ne rappresenta, altresì, il presupposto logico.

Tra le diverse opzioni ricostruttive tracciate ⁽⁶⁸⁵⁾ si è inteso scegliere quella che non rappresentasse solo un'ipotesi descrittiva ma che riuscisse, in concreto, a sorpassare il limite precettivo (o obbligatorio) interno riuscendo a scaturire un effetto esterno vincolante in un'ottica processuale, effetto che, comunque, appare accolto anche dalla giurisprudenza ⁽⁶⁸⁶⁾ sebbene con un lessico diverso.

Tale ricostruzione, tuttavia, è stata gradata in modo diverso rispetto alla ricostruzione in origine formulata dalla dottrina ⁽⁶⁸⁷⁾ in ragione della percezione, di origine personale, per cui la patologia del negozio è necessaria per delinearne gli effetti.

Infondo, però, si è coscienti del fatto che l'intera impalcatura concettuale qui costruita poggia su due soli pilastri: gli effetti dell'accertamento privato e l'effetto negoziale del lodo irrituale. Il resto è conseguenza.

⁽⁶⁸⁵⁾Cfr. cap. I, § 1.6.

⁽⁶⁸⁶⁾Sebbene indicato come preclusivo si v. cap. I, §§ 1.2. e 1.3 e le relative note.

⁽⁶⁸⁷⁾Cfr. cap. I, § 1.7.

BIBLIOGRAFIA

- A -

AA.VV., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di RUBINO SAMMARTANO M., 2009, Bologna.

AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2012.

AA.VV., *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di TISCINI R., Milano, 2012.

AA.VV., *Droit et pratique des voies d'exécution*, diretto da GUINCHARD S. e MOUSSA T., Parigi, 2002.

AA.VV. *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI e F.P. LUISSO, t. I e II, *Trattato dei contratti Rescigno Gabrielli*, vol. 4, Torino, 2005.

AA.VV., *Il processo civile riformato*, diretto da TARUFFO M., Torino, 2010.

AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di BESSO C., Torino, 2010.

AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di CASTAGNOLA A. e DELFINI F., ed. II, Padova, 2012.

AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BOVE M., Padova, 2011.

AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010.

AA.VV., *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BANDINI A. e SOLDATI N., Milano, 2010.

AA.VV., *La trascrizione dell'atto di destinazione*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2007.

AA.VV., *Le modifiche al codice di procedura civile*, a cura di ALPA G., Napoli, 2010.

AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale, Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di CENNI M.L., FABIANI E., LEO M., 2012, Napoli.

AA.VV., *Recesso e risoluzione dei contratti*, a cura di DE NOVA G., Milano, 1994.

AA.VV., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. BENEDETTELLI - C. CONSOLO - L. RADICATI DI BROZZOLO, Padova, 2010.

ALPA G. IZZO S., *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in www.judicium.it, 2012, (u.c. 19 settembre 2012).

ALPA G. IASELLO M., *La multiproprietà*, Padova, 1993.

ALPA G., *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter c.p.c.*, in *Contratto e impresa*, 2011 fasc. 2, pp. 320 - 338

AMENDOLAGINE V., *Alcuni aspetti della mediazione "vista da vicino", tra utopia legislativa e prassi quotidiana*, in *www.judicium.it*, (u.c. 21 settembre 2012).

AMMENDOLA S., DE ALOYSIO V., *Accertamento transazione e conciliazione della lite*, in *L'Amministrazione italiana*, 1989, fasc. 5 pag. 797 - 801.

ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, pag. 400.

APPIANO E. M., *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Cont. e imp.*, Europa, 2009 fasc. 1, pag. 59.

ARIETA G., *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *il Corriere giuridico*, 2011, fasc. 4, pag. 565.

ARRIGONI C., *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, Nota a App. Bologna 3 luglio 2006, n. 741 in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, fasc. 1 pag. 323 - 343.

ASCARELLI T., *Arbitri e arbitratori. Gli arbitri liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, fasc. IV, par. I, pag. 308

ASCARELLI T., *Chiarimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1930, I, pag. 178

ATTERITANO A., *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in *www.judicium.it* (u.c. 4 novembre 2013)

AULETTA F., *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le Società*, 2011, fasc. 1, pag. 83

- B -

BALENA G., CAPONI R., CHIZZINI A., MENCHINI S., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009

BARALIS G., *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* (Studio 176-2008/C), in *Studi e Materiali*, 2008, fasc. 2 pag. 519 - 551.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948.

BARBA M., *Formazione della volontà degli arbitri e sottoscrizione del lodo nell'arbitrato irrituale*, in *Giust. civ.*, 1958, fasc. I, pag. 731.

BARBARESCHI L., *Gli arbitrati*, Milano, 1917.

BARIZZA M., *La Direttiva 2008/52/CE: i criteri guida della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, 2012 fasc. 3, pag. 263.

BARTOLI C., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, pag. 1298.

BATTAGLIA G., *La nuova mediazione "obbligatoria" e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011 fasc. 1, pag. 126

BECCU A., *Il sistema della pubblicità immobiliare alla prova delle recenti novità normative*, in *Contratto e impresa*, 2010 fasc. 6, pag. 1450 – 1483

BERNINI E., *Principio del contraddittorio e arbitrato irrituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006 fasc. 4, pp. 701 - 707

BERNINI G., *L'arbitrato. Diritto interno e convenzioni internazionali*, Bologna, 1993

BESSO C., *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, fasc. 3 pag. 863

BIANCA C.M., *Diritto civile*, v. 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993

BIANCA C.M., *Diritto civile*, v. 7, *Le garanzie reali la prescrizione*, Milano, 2012

BIANCA C.M., *Diritto civile*, v. 2, *Le successioni*, Milano, 2005

BIAVATI P., *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007 fasc. 4, pp. 1159 - 1189

BIZZARRO A., *Sul superamento del principio di tassatività della trascrizione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010 fasc. 3, pag. 918

BOZZI L., *Negozi di accertamento ed effetti (non) "meramente dichiarativi"*, (Nota a Cass. sez. I 12 marzo 2008, n. 6739), in *Rivista di diritto civile*, 2009, fasc. 2 pag. 201 - 213

BOZZI L., *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000

BOVE M., *Circolazione europea della conciliazione-titolo esecutivo*, in *www.judicium.it*, (u.c. 22 settembre 2012)

BOVE M., *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *www.judicium.it*, (u.c. 22 settembre 2012)

BOVE M., *Sull'efficacia della convenzione per perizia contrattuale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2010 fasc. 4, pp. 688 - 699

BOVE M., Art. 808-ter, in Aa.V.v., *Riforma del diritto arbitrale (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, a cura di MENCHINI S., Padova, 2007, pag. 1149

BOVE M., Art. 808 ter c.p.c. - *Arbitrato irrituale (Commentario sistematico al d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40 "Riforma del diritto arbitrale")*., in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2007 fasc. 6, pp. 1182 - 1198

BOVE M., *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it* (u.c. 23 dicembre 2013)

BOVE M., *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le Società*, 2010, fasc. 3, pag. 759

BOVE M., *La perizia contrattuale*, Torino, 2001

BRIENZA A., *La tassatività delle ipotesi di trascrizione*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, fasc. 5, pp. 571 - 588

BRIGUGLIO A., RUFFINI G., *L'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2003, fasc. 3 pag. 551 - 612

BRIGUGLIO A., *Conciliazione giudiziale*, in *Digesto civile*, III, Torino, 1988, pag. 215

BRUNELLI Cinzia, *Il notariato nel nuovo sistema mediazione - conciliazione*, in *Notariato*, 2010 fasc. 5, pp. 570 - 578

BRUNETTI E., *Sul negozio di accertamento*, Nota a Cass. sez. II civ. 5 giugno 1997, n. 4994, in *Il Foro italiano*, 1997, fasc. 9 pag. 2456 - 2459

BUONOCORE C.I., *La mediazione ex d.lgs. n. 28/2010: una procedura conciliativa aggiudicativa travestita da facilitativa?*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2012 fasc. 2, pp. 125 - 128

- C -

CALMON P., *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Rio de Janeiro, 2007

CAMPANILE P., *L'arbitrato irrituale da negozio innominato a contratto tipico, sviluppo della figura e ipotesi interpretative della nuova disciplina*, in *Contr. impr.*, 2007, fasc. 3, pag. 827

CAMPIONE F., *Sulla presunta incompatibilità tra arbitrato irrituale e pronuncia secondo diritto*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2010 fasc. 1, pp. 123 - 134

CANALE G., *Errore nella qualificazione dell'arbitrato ed impugnazione del lodo*, Nota a Cass. sez. I civ. 24 marzo 2011, n. 6842, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, fasc. 2 pag. 454 - 458

CANDIAN A., *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925

CAPOBIANCO E., *Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell'ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive*, in *Vita notarile*, 2012 fasc. 1, pt. 1, pp. 155 - 173

CAPOBIANCO E., *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, in *www.judicium.it* (u.c. 22 dicembre 2013)

CAPONI R., *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in *www.Judicium.it*, (u.c. 24 agosto 2012)

CAPPONI B., *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in *www.Judicium.it*, (u.c. 11 settembre 2012)

- CAPPONI B., *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Gius. civ.*, 1999, II, pag. 157
- CARINGELLA F. - DE MARZO G., *Manuale di diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2011
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.
- CARNACINI T., *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pag. 629
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1920
- CARNELUTTI F., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, fasc. I, pag. 121
- CARNELUTTI F., *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, fasc. I, pag. 374
- CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933
- CARNELUTTI F., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1926, I, pag. 181
- CARPI F., *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pag. 389
- CARRATTA A., *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2012, pag. 386
- CASCELLI P., *Arbitrato irrituale e principio del contraddittorio*, in *Il Foro padano*, 2008 fasc. 3-4, pt. 2, pp. 133 - 177
- CATERINA R., *Natura e disciplina dell'accordo raggiunto dalle parti in sede di mediazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012 fasc. 1, pag. 234 - 236
- CEA C.M., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *www.judicium.it*, (u.c. 14 ottobre 2013).
- CELARDI G.M., *Prime applicazioni sull'art. 614-bis c.p.c.: note critiche*, in *Gius. civ.*, 2011 fasc. 12, pt. 1, pag. 2969
- CENNI M.L., FABIANI E., LEO M., *Accesso ai registri immobiliari aperto ad altri negozi*, in *Guida al Diritto*, 2012, fasc. 19, pag. 7 - 10
- CENNI M.L., FABIANI E., LEO M., *Il processo verbale attesterà l'esito dell'iter*, in *Guida al Diritto*, 2012 fasc. 19, pp. 5 - 6
- CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato: dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, 2010, Padova
- CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2643-ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2011, f. II, pag. 358
- CEROLINI P., *Natura e forma dell'arbitrato irrituale*, Nota a Cass. 14 maggio 1997, n. 4258, in *Giustizia civile*, 1998, fasc. 7-8, pag. 2002

CESARETTI M., *Note su alcune questioni controverse in tema di arbitrato irrituale e perizia contrattuale*, in *Giur. di merito*, 2011 fasc. 10, pag. 2377

CIMMINO N.A., *La trascrizione, artt. 2643 - 2696*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. CENDON, Milano, 2008

CLARIZIA R., *L'art. 2645 ter c.c. e gli interessi meritevoli di tutela*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, pag. 548

CONSOLO C., *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo co il Consiglio d'Europa sul rapporto tra Repubblica Italiana e art. 6 del Cedu*, in *Corriere Giuridico*, fasc. 1, 2010, pag. 431

CONSOLO C., *Le impugnazioni nelle sentenze e nei lodi*, Padova, 2006

CORBI C., *La trascrizione della domanda arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2010, fasc. 4 pag. 729 - 752

CORBI C., *L'intramontabile fascino della c.d. teoria unitaria e l'ambiguità dell'arbitrato irrituale o libero*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2010 fasc. 2, pp. 327 - 341

CORRADO R., *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947

COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010

COVIELLO N., *Della trascrizione*, I, Napoli, 1897

CUOMO ULLOA F., *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011

CUOMO ULLOA F., *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione*, in *I Contratti*, fasc. 1, 2010.

CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, Padova, 2008.

- D -

DALFINO D., *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in www.judicium.it, (u.c. 16 settembre 2012).

DALFINO D., *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in www.judicium.it (u.c. 4 gennaio 2014).

DAMBROSIO L., *Arbitrato irrituale, negozio di accertamento e perizia contrattuale*, in *Arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, Studi dell'Isdaci. *Arbitrato e commercio internazionale*, a cura di CESARE VACCÀ, 2007, Milano.

D'ANDREA S., *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, fasc. 1 pag. 31 - 62.

DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2011 fasc. 2, pp. 399 - 428

DE NOVA G., *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, pag. 422.

DE PALO G. - GUIDI G., *Risoluzione alternativa delle controversie - ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano 1999

DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, t. 2, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002

DE STEFANO F., *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. mer.*, 2009, fasc. 12, pag. 1181

DIANA A G., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011.

DI MARCO G., *Usucapione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*, in *Il Corriere del Merito*, 2012 fasc. 3, pagg. 256 – 259.

DI MARCO G., *La conciliazione analisi di un istituto ancora in ombra*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, fasc. 6 pag. 540 - 550.

DI ROSA G., *Il mandato*, t. I - II, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2012.

DI TILLIO M., *Il negozio di accertamento*, in *Giustizia civile*, 1986, fasc. 11 pag. 411 - 422.

DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pag. 575.

DOSI G., *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, in *Contratto e impresa*, 2011 fasc. 1, pp. 226 - 249.

DRAGONE A. MANNETTA A., *Negozi fiduciario, interposizione fittizia e cenni sul negozio di accertamento*, Nota a App. Napoli 29 novembre 2006, in *Giustizia civile*, 2007, fasc. 11 pag. 2613 - 2621.

- E -

ENNA L., *La cessione dei contratti con clausola compromissoria*, Roma, 2013

ERAMO F., *La mediazione e il mediatore familiare (anche in rapporto al processo minorile)*, in *Famiglia e diritto*, 2007 fasc. 7, pp. 747 - 751.

- F -

FABIANI M., *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Le Società*, 2010 fasc. 9, pag. 1142, anche in www.judicium.it (u.c. 23 dicembre 2013).

FALZEA A., in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Milano, 1997.

FARACE D., *Esecuzione della prestazione del mediatore e "intuitu personae"*, in *I Contratti*, 2012, fasc. 11, pag. 962.

FERRI G.B., *Successioni e donazioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, a cura di G. BRANCA, 1968, Bologna - Roma.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968

FERRI L. – ZANELLI P., *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1995, pag. 372.

FINOCCHIARO G., *Osservazioni minime a margine della declaratoria di illegittimità costituzionale della c.d. "mediazione obbligatoria"*, in *Giustizia civile*, 2013 fasc. 1, pt. 1, pp. 23 - 26

FORNACIARI M., *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, Aa.Vv., a cura di GABRIELLI E. E LUISO F.P., 2005, Torino.

FORNACIARI M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002.

FRANZONI P., *La transazione*, Padova, 2001.

FREZZA G., *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione e dei ricorsi al giudice amministrativo*, in *Giustizia civile*, 2012, fasc. 11-12, pt. 2, pag. 511.

FRIGNANI A., *Il d.lgs. n. 28 (sulla mediazione) nel quadro della normativa dell'Unione europea*, in *Dir. ed eco. ass.*, 2011 fasc. 3, pag. 977

FURNO C., *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, 1993, Milano.

FURNO C., *Appunti in tema di arbitrato e arbitramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, pag. 157.

- G -

GABELLINI E., *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009 fasc. 4, pp. 1525 - 1542.

GABRIELLI G., *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile, Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, vol. I - Relazioni, Milano, 1993, pag. 371

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, v. 4, *La parte generale del diritto civile*, in *Trattato di diritto Civile*, diretto da R. SACCO, 2012, Milano, pag. 37.

GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, fasc. 3, pag. 328 spec. pag. 336.

GALLETTO T., *Tentativo obbligatorio di conciliazione e controversie condominiali: una convivenza difficile*, in *Il Foro padano*, 2012 fasc. 3, pt. 2, pp. 83 - 96.

GAMBA C., *La Corte Costituzionale e la mediazione: un giudice "indifferente al conflitto" o una Corte che tace?*, in *N. Giur. Civ. Comm.*, 2013, fasc. 6 pag. 350.

GAMBINERI B., *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009 fasc. 9, pt. 5, pag. 320

GAMBINO F., *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, in *Contratto e impresa*, 1999, fasc. 3 pag. 1295 - 1331.

GAZZONI F., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. GABRIELLI F. GAZZONI vol. I - II, Milano, 2012.

GIANNITI P. PICCIONE R., *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Torino, 2012

GIORGIANNI M., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939.

GIORGIANNI M., *Accertamento (negozio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958.

GUARNIERI A., *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, fasc. 2, pag. 276

GUIZZI G., *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011 fasc. 10, pp. 1216 - 1225

- I -

IANNICHELLI F., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, fasc. 5, pag. 142.

IEVA M., *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. not.*, 2009, fasc. 4, pag. 1295.

IMPAGNATIELLO G., *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it, (u.c. 2 gennaio 2013).

- K -

KROGH M., *Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell'usucapione*, in *Studi e Materiali*, 2009, fasc. 2, pag. 524.

KROGH M., *Ammissibilità di un accordo conciliativo ai sensi del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, avente ad oggetto il riconoscimento di un acquisto a titolo di usucapione e sua trascrivibilità*, studio 3-2012, in *Studi e materiali, Consiglio nazionale del notariato*, pag. 15.

- L -

LAMANNA C., *La natura processualistica dell'arbitrato rituale e l'applicabilità della procura alle liti*, in *Giustizia civile*, 2012 fasc. 9, pt. 1, pag. 2137

LEO M., *L'accordo sull'accertamento dell'usucapione non può essere trascritto in conservatoria estraneo al perimetro applicativo della norma l'atto che non ha valore di negozio traslativo*, Nota a decr. Trib. Roma sez. V civ. 22 luglio 2011, in *Guida al Diritto*, 2011, fasc. 43 pag. 33 - 37.

LEVONI A., *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pag. 1201

LIONNET K., *Arbitration and Mediation - Alternative o opposite*, in *Journal of international arbitration*, 1981, fasc. 1, pag. 69.

LUISO F.P., *Conciliazione*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, diretta da Patti S., III, Milano, 2007, pag. 498.

LUISO F.P., *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in www.judicium.it, (u.c. 21 settembre 2012)

LUISO F.P., *Diritto processuale civile, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, ed. VII, Milano, 2013.

LUISO F.P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, fasc. 5, pag. 1261.

LUISO F.P., *L'art. 824-bis c.p.c.*, in www.judicium.it, (u.c. 10 gennaio 2014).

LUISO F.P. - SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006

LUISO F.P., *Il lodo arbitrale e i terzi*, in www.judicium.it (u.c. 10 gennaio 2014).

- M -

MAGNO M. L., *Vantaggi e limiti dell'efficacia esecutiva dell'accordo*, in *Guida al Diritto*, 2011 fasc. 25, pp. 6 - 8

MANDRIOLI C. - CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009.

MARICONDA G. - VERDE C. - TRAPANI G. - CAPALDO G. - ATLANTE N., *Le pubblicità*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2009.

MARINARO M., *La formazione più stringente per gli operatori corregge il regolamento sulla conciliazione. Gli articoli modificati del Dm Giustizia 180/2010. Dagli Organismi incentivi all'accesso volontario*, in *Guida al Diritto*, 2011 fasc. 36, pp. 34 - 35.

MARINARO M., *Fissate regole precise per il tirocinio continuo: mediatori come uditori nell'incontro con le parti. Con competenze specifiche e criteri inderogabili più trasparenza nell'assegnazione degli incarichi*, in *Guida al Diritto*, 2012 fasc. 3, pp. 11 - 15.

MARINELLI M., *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE A. e GIOVANNUCCI ORLANDI C., Torino, 2006, pag. 36.

MARINELLI M., *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002

MARINI A., *La clausola penale*, Napoli, 1984.

MARULLO DI CONDOJANNI S., *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008.

MARZOCCO A.M., *Requisiti di forma-contenuto ed effetti dell'istanza di mediazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, fasc. 4, pag. 1127;

MAUCERI F., *Brevi note in tema di arbitrato irrituale fra processo e contratto*, in *Giustizia civile*, 2011 fasc. 10, pt. 2, pp. 503 - 509.

MENGONI L., *Acquisto a non domino*, Milano, 1949,

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. II, ed. IX, Milano, 1965.

MICCOLIS, *La rinnovazione della trascrizione della domanda giudiziale, del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili*, in *Foro Italiano*, 2009, fasc. 9, pag. 93.

MICELI M., *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52/CE*, in *Europa e diritto privato*, 2009 fasc. 3, pag. 855

MINERVINI E., *Il problema della individuazione del negozio di accertamento*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986, fasc. 3, pag. 581.

MINERVINI E., *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2011, pag. 339.

MISTÒ P., *La nuova mediazione civile e commerciale*, D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, Torino, 2010.

MONTELEONE G., *La mediazione "forzata"*, in *www.judicium.it* (u.c. 14 settembre 2013).

MORETTI B., *La cessione dei beni ai creditori*, in *Giur. sist. di dir. civ e comm.*, diretto da BIGIAMI, Torino, 1968, pagg. 530 e ss.

MURONI R., *La pendenza del giudizio arbitrale*, Milano, 2008.

MUSOLINO G., *L'estinzione per non uso della servitù prediale negativa*, in *Rivista del Notariato*, 2011 fasc. 2, pt. 2, pag. 389.

MUSOLINO G., *Forma e pubblicità della rinuncia all'eredità*, in *Riv. not.*, 2013, fasc. 3, pag. 739

- N -

NASCOSI A., *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, fasc. 3, pag. 953.

NIEVA-FENOL J., *Mediazione: un'alternativa ragionevole al processo?*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2013, pag.1327.

NICOLÒ R., *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, pag. 382.

NITTI G.I., *La responsabilità del mediatore e dell'organismo di mediazione civile e commerciale*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011, fasc. 16, pag. 1659.

- O -

OCCHIPINTI E., *Ancora sull'esclusione del principio dell'autonomia della clausola d'arbitrato irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2012, fasc. 3, pag. 568 - 573.

OCCHIPINTI E., *E' nulla, per indeterminatezza dell'oggetto, la convenzione arbitrale che non consente di stabilire se le parti abbiano voluto un arbitrato rituale o un arbitrato irrituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2008 fasc. 3, pp. 376 - 396

ORTOLANI P., *Ricusaione dell'arbitro irrituale tra garanzie processuali e buona fede contrattuale*, in *Riv. arb.*, 2011 fasc. 3, pp. 483 - 490.

- P -

PAGNI I., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, 2010, fasc. 5, pag. 219.

PALAIA N., *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, 1974.

PALIAGA D., *Il ruolo della conciliazione giudiziale nell'attuale panorama di favore per la mediazione (riflessioni di un giudice del lavoro)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012 fasc. 1, pp. 243 - 246.

PANNONE O., *Domanda di mediazione ed interruzione della prescrizione*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2011, fasc. 3, pt. 1, pag. 631.

PARENZO E., *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, fasc. I, pag. 130.

PETRELLI G., *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*, in *Rivista del Notariato*, 2012, fasc. 4, pt. 2, pag. 968.

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pag. 162.

PETRELLI G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli 2009.

PETROLATI F., nota a Tribunale di Roma, 22 luglio 2011, in *Giurisprudenza di merito*, fasc. 12, pag. 2011.

PETTI G., *Atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e separazione consensuale dei coniugi*, in *Obbl. e contr.*, 2008 fasc. 3, pag. 237 spec. 238.

PICCIOTTO A., *Brevi note sull'art. 2645 ter: il trust e l'araba fenice*, in *Contr. e imp.*, 2006 fasc. 4-5, pag. 1314.

PIRODDI P., *Due anni per disegnare la conciliazione stragiudiziale*, in *Guida al Diritto - Dossier*, 2009 fasc. 6, pag. 101

PUCCINI L., *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958.

- 175 -

PUGLIATTI S., *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, *Annali Ist. scienze giur. Univ. Messina*, 1929, pag. 14.

PUNZI C., *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 3, 2005, pag. 989

PUNZI C., *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., VI, Milano, 2000.

PUNZI C., *Conciliazione ed arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1992, p. 1028.

PUNZI C., *Mediazione e conciliazione*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 4, 2009, pag. 845.

PUNZI C., *Il processo civile, Sistema e problematiche*, Torino, 2010.

- R -

RADOCCIA I., *Transazione e accertamento*, in *Giurisprudenza di merito*, 2005, fasc. 5 pag. 1251 - 1262.

RAMPAZZI G., *Sub art. 808-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di CARPI F. e TARUFFO M., Padova, 2006, pag. 2172.

REPPUCCI S., *E' obbligatoria la mediazione in materia di usucapione?*, in *Obbligazioni e contratti*, fasc. 5, pag. 603.

RICCI E.F., voce *Accertamento giudiziale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, I, Torino 1987, pag. 16.

RICCI E.F., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pag. 951 e ss.

RICCI G.F., *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2011 fasc. 2, pp. 165 - 186

RICCI G.F., *La riforma del processo civile, Legge 8 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009

ROMANO A. A., *L'efficacia probatoria degli atti dei procedimenti arbitrali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2011 fasc. 1, pp. 49 - 68

ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2009.

ROSELLI F., *Il possesso e le azioni di nunciazione*, Torino, 1993,

ROVELLI L., *Arbitrato e figure affini (sulla natura dell'arbitrato irrituale)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, fasc. 1 pag. 220 - 237.

ROVELLI L., *La conciliazione, la transazione e il negozio di accertamento*, Torino, 1999.

RUBINO SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010.

RUBINO SAMMARTANO M., *Il contraddittorio negli arbitrati rituali e irrituali*, in *Foro. pad.*, 1993, fasc. 1, pag. 48

RUSCELLO F., *Istituzioni di diritto privato*, v. 1, Milano, 2011.

- S -

SALITO G. - TROISI C., *Trascrizione del verbale di conciliazione il (mancato) ruolo del notaio*, Nota a Trib. Roma sez. V 22 luglio 2011, in *Notariato*, 2012, fasc. 2 pag. 138 - 148.

SALVANESCHI L., *La domanda di arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1995, fasc. 3 pag. 645 - 674.

SALVIONI T., *Trascrivibilità della domanda diretta ad ottenere il rispetto dei limiti legali della proprietà e sua opponibilità a terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, fasc. 4, pag. 1017.

SAMPERI M., *Negoziato di accertamento e trasferimento di diritti reali*, Nota a Trib. Messina 19 gennaio 1991, in *Giustizia civile*, 1992, fasc. 6 pag. 1612 - 1619.

SANGIOVANNI V., *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale*, nota a *Tribunale di Venezia 10 aprile 2008 e Collegio Arbitrale di Venezia 19 febbraio 2008*, in *I Contratti*, 2008, fasc. 10, pag. 874.

SANTAGADA F., *La conciliazione nelle controversie civili*, Bari, 2008.

SANTAGADA F., *La mediazione*, Torino, 2012

SANTANGELI F., *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in www.judicium.it (u.c. 23 dicembre 2013).

SANTI A. - BOVE M., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.

SANTORO PASSARELLI F., *L'accertamento negoziale e l'accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, fasc. 1, pag. 1

SANTORO PASSARELLI F., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Rivista trimestrale di diritto civile*, 1956, pag. 4.

SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, 1986, Napoli.

SASSANI B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007 fasc. 1, pag. 25.

SASSANI B., *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, §

SATTA S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931

SCADUTO G., *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923

SCARSELLI G., *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it (u.c. 21 agosto 2012).

SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato improprio e arbitraggio*, II ed., Milano, 1967.

SEGRETO A. - CARRATO A., *L'assegno*, Milano, 2012, ed. IV.

SOLDATI N., *Fissate regole precise per il tirocinio continuo: mediatori come uditori nell'incontro con le parti. Riduzione dei costi se l'altra parte non compare*, in *Guida al Diritto*, 2012 fasc. 3, pp. 16 - 17

SPINA G., *Le questioni interpretative sottoposte dall'Italia alla Corte di giustizia UE in materia di mediazione civile (gennaio-settembre 2011)*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2012 fasc. 3-4, pag. 643

SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti fra industriali senza le forme del giudizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, fasc. I, pag. 429;

STOLFI G., *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1933, fasc. 1, pag. 132.

- T -

TAMBURRINO G., *Della tutela dei diritti: delle ipoteche*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1976.

TAVORMINA V., *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *il Corriere giuridico*, 2006 fasc. 11, pp. 1614 - 1623

TISCINI R., *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in *www.judicium.it*, (u.c. 12 settembre 2012).

TISCINI R., *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *www.judicium.it*, (u.c. 12 settembre 2012) e in *Rivista dell'arbitrato*, 2010, fasc. 4 pag. 585.

TISCINI R., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011.

TISCINI R., *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giust. Civ.*, 2010, pag. 489.

TOMMASEO F., *Arbitrato libero e forme procesuali*, in *Riv. arb.*, 1991, pag. 743

TOTA G., *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007 fasc. 4, pp. 555 - 579

TRAPANI G., *I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, fasc. 4 pag. 775 - 899.

TRIOLA R., *Osservazioni sulla trascrivibilità delle concessioni di beni demaniali*, in *Giust. civ.*, 1970, p. I, pag. 923.

TRIOLA R., *Le servitù*, in *Il Codice civile, Commentario*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008

TURCO C., *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011.

- V -

VACCARELLA R., *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, pag. 2883.

VASETTI M., voce *Arbitrato irrituale*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, I, 2, pag. 846.

VECCHIONE R., *Natura dell'arbitrato libero e forma del compromesso*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, pag. 313.

VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.

VIGORITI V., *La direttiva europea sulla mediation. Quae attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, fasc. 1, pag. 1.

VIGORITI V., *La "frequente evenienza": problemi del contenzioso sui compensi degli arbitri*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010 fasc. 12, pt. 2, pag. 567.

VIGORITI V., *Quale contraddittorio per l'arbitrato libero?*, in *Riv. arb.*, 1991, pag. 559.

VON SAVIGNY F.K., *System des heutigen römischen Rechts*, VII, 1848, Berlin.

VULLO E., *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004 fasc. 3, pag. 727.

- Z -

ZACCARIA A. - TROIANO S., *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008.

ZANUTTIGH L., *Mediazione e processo civile*, in *Contratti*, 2011, pag. 205.

ZINGALES I., *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *www.judicium.it*, (u.c. 14 settembre 2012).

ZIMMERMAN K., *Gutachen*, in *Verhandlungen des Neuten deutschen Juristentages*, II, Berlin, 1870.