

Massimo Saraceno

**La conclusione degli accordi, anche alla luce dell'art.8 bis del D.lgs.28/2010,
loro pubblicità (trascrizione nei RRII) e l'esecuzione**

Abstract

*La relazione svolta al corso di formazione organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura su "Gli strumenti di giustizia complementari" - Castel Capuano - 14 giugno 2023 è stata incentrata sulla ricostruzione della **natura giuridica dell'accordo di conciliazione** e sulle modalità con le quali esso viene progressivamente raggiunto nel corso del procedimento.*

Generalmente - ma non necessariamente - riconducibile al paradigma negoziale della transazione, l'accordo di conciliazione costituisce l'epilogo di un percorso spesso lungo e travagliato che si caratterizza per la tendenziale non istantaneità delle reciproche concessioni di cui esso consta.

*Si verifica molto spesso, e ciò costituisce una best practice da valorizzare e diffondere, che le parti non abbiano chiarito, nel corso della sessione di mediazione in cui è raggiunto l'accordo di massima, tutti i punti dello stesso o, pur avendoli chiariti, non vi sia la possibilità di rivestire nell'immediatezza l'accordo della forma idonea per l'accesso alla pubblicità immobiliare o commerciale (atto pubblico o scrittura privata autenticata, ai sensi dell'art.2657 c.c.). Può utilmente soccorrere, a tal fine, la **tecnica della puntuazione**, di particolare significatività nella progressione del percorso conciliativo, che può essere connotato da uno o più pre-accordi finalizzati a porre le basi per potenziali accordi futuri definitivi. Potrà, poi, trattarsi, di puntuazioni vincolanti o non vincolanti, secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui le mere puntuazioni (non vincolanti) sono quelle in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di una possibile composizione del conflitto e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative, mentre la puntuazione diventa vincolante quando, pur mancando l'accordo su tutti i punti essenziali, su alcuni profili l'intesa contrattuale è irrevocabilmente raggiunta, restando da comporre secondo buona fede ulteriori aspetti conflittuali della controversia.*

*E' stata posta in luce l'**importanza della contestualità fra la conclusione dell'accordo definitivo di mediazione e la sua trasfusione in un atto notarile idoneo alla pubblicità**, facilmente percepibile solo che si consideri che la domanda introduttiva di una procedura di mediazione non è, allo stato, trascrivibile e, pertanto, non può escludersi che l'invitato in mala fede, con il quale l'istante abbia raggiunto un accordo in mediazione che abbia ad oggetto diritti reali su beni immobili, alieni a terzi l'immobile (o subisca trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli) nelle more fra la conclusione dell'accordo e il perfezionamento dell'atto notarile idoneo alla pubblicità.*

Quindi la contestualità risolverebbe, o quanto meno attenuerebbe, i problemi della mancanza di alcuna efficacia prenotativa dell'istanza di mediazione e quelli relativi alla perdita dell'efficacia conservativo-prenotativa dell'eventuale trascrizione della domanda giudiziale a seguito dell'accordo di mediazione.

L'accordo di conciliazione rimane sempre frutto dell'autonomia negoziale delle parti, anche quando esso sia concluso a seguito dell'accettazione della proposta del mediatore, sia nella "mediazione facilitativa" che in quella della "mediazione valutativa": nel primo caso il mediatore aiuta semplicemente le parti a ricercare i loro interessi, mentre nel secondo le parti recepiscono nel proprio accordo di conciliazione il contenuto della proposta formulata dal mediatore ex art.11 D.lgs.28/2010; ma in entrambe le ipotesi manca il tratto dell'eteronomia della decisione, che è tipico delle procedure "aggiudicative".

La conclusione dell'accordo mediazione tramite accettazione della proposta del mediatore è, pertanto, solo una particolare modalità procedimentale di conclusione dell'accordo, in cui la proposta contrattuale non proviene da una delle parti secondo la sequenza tipica di cui agli artt.1326 ss c.c., ma da un terzo e s'indirizza ad entrambe le parti senza che ciò incida sul contenuto del negozio concluso, imputabile in ogni caso alla volontà delle parti.

Né può dirsi che lo stesso presenti una propria tipicità negoziale, in quanto "l'accordo di conciliazione non è un tipo contrattuale a se stante, ma solo l'involucro esterno, l'occasione in cui viene concluso il contratto, il quale conserva perciò la tipologia che gli è propria e non si trasforma, solo perché stipulato in sede di mediazione in qualcos'altro, con la sola particolarità che, ai fini della sua trascrizione, è espressamente richiesta l'autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un notaio, ai fini della verifica della conformità del contenuto del contratto alle prescrizioni di legge".

E' anche possibile che una delle parti in mediazione riconosca integralmente il buon fondamento delle ragioni dell'altra e che, quindi, l'accordo si concluda senza alcuna reciproca concessione per avere una delle parti riconosciuto in capo all'altra: i) un diritto di credito, producendo esclusivamente l'effetto processuale dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art.1988 c.c.; ii) il diritto di proprietà o altro diritto reale su un bene immobile per effetto del protrarsi del possesso per tutto il tempo richiesto dalla legge per il perfezionamento dell'usucapione, come ora consentito dall'art.2643 n.12 bis c.c.; iii) il diritto di proprietà o altro diritto reale sulla base sulla base di un titolo pregresso costituente la fonte costitutiva del diritto medesimo.

Molto più delicata è la verifica se, nell'ipotesi in cui l'istante instauri una mediazione avente ad oggetto l'accertamento di una patologia negoziale e l'invitato non si opponga, sia possibile che la

*mediazione si concluda con un **accertamento convenzionale della nullità, annullabilità, revocazione, rescissione di precedenti negozi giuridici.***

Il tema del negozio di accertamento e delle possibili ingerenze di sfere di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria è stato affrontato sotto diverse angolazioni, sia sul piano del diritto sostanziale che su quello della pubblicità immobiliare, fino ad arrivare alla conclusione che appare più corretto ricondurre tale esplicazione di autonomia negoziale alla risoluzione convenzionale, che può avvenire per i più svariati motivi e che, senza interferire con attività riservate all'autorità giudiziaria, potrebbe anche presupporre la dichiarazione (non l'accertamento di una verità in sé considerata) delle parti in ordine alla ritenuta (ma non accertata) esistenza di un vizio genetico di un precedente negozio.

La dichiarazione delle parti in ordine all'esistenza di un vizio genetico di un precedente negozio costituirebbe, in tale prospettiva, un motivo del negozio risolutorio o, al più, colorerebbe la causa concreta del medesimo, ma in ogni caso sarebbe riconducibile a un fenomeno negoziale di tipo estintivo – risolutorio di un precedente rapporto giuridico più che di accertamento della patologia negoziale.

*Sono stati, inoltre, affrontati i principali problemi redazionali dell'accordo di conciliazione, soprattutto alla luce del **novellato art.8 bis del D.lgs.28/2010 che, pur con il meritevole fine di dare spinta propulsiva alla mediazione a distanza, introduce alcuni requisiti formali sul piano della verbalizzazione ai quali prestare attenzione.***

Nel precedente regime il documento (composto dal verbale con allegato accordo o dal verbale contenente nel proprio corpo l'accordo) veniva sottoscritto in maniera analogica dalla parte e inviato con modalità telematiche all'avvocato (se la parte e l'avvocato non fossero stati presenti nel medesimo luogo), il quale doveva dichiarare autografa la sottoscrizione della parte, sottoscrivere con propria firma digitale il verbale (anche ai fini dell'esecutività dell'accordo di mediazione ex art. 12 d. lgs. 28/2010), inviarlo all'avvocato o agli avvocati di controparte, i quali avrebbero dovuto operare con le medesime modalità e inviare il verbale (con l'accordo) al mediatore ai fini dell'apposizione della firma digitale di quest'ultimo.

Con la nuova disposizione è, invece, previsto che quando la procedura di mediazione telematica si conclude positivamente, l'accordo raggiunto dalle parti è documentato nel verbale, costituito da un unico documento informatico nativo digitale redatto dal mediatore, il quale lo invia alle parti per la sottoscrizione mediante firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata.

Nonostante il tenore letterale dell'art.8 bis faccia riferimento all'unico documento digitale che incorpora il verbale e l'accordo, mentre l'art.11 comma 1 – nel regolare la forma dell'accordo

annesso al verbale analogico – ne preveda l'allegazione, può ritenersi che le due modalità di annessione siano, sul piano sostanziale, equipollenti; da un lato, in quanto non è da escludersi che anche nella mediazione telematica l'accordo costituisca un file nativo digitale firmato digitalmente separato dal verbale, al quale viene allegato, dall'altro perché è pacifico che anche nella mediazione in presenza sia possibile che l'accordo venga contenuto nel corpo del verbale.

*Ciò che, de iure condito, può affermarsi con certezza è che **quando l'accordo, nella mediazione telematica, sia destinato a essere trascritto o iscritto nei pubblici registri (immobiliari o commerciali) e sia, pertanto, necessario l'intervento notarile, indipendentemente dalla tecnica redazionale utilizzata, le parti devono essere presenti davanti al notaio, non essendo prevista alcuna forma di stipula di un atto pubblico o autentica di una scrittura privata a distanza, salvi i casi espressamente e tassativamente previsti dalla legge.***

Nulla vieta che l'atto notarile a valle del procedimento di mediazione sia stipulato su supporto digitale e conservato a norma di legge, come ora previsto 47-bis, 47-ter, 52-bis, 57-bis, 62-bis, 62-ter e 62-quater della legge notarile, come modificata dal D.lgs. 2 luglio 2010 n.110, purchè le parti siano fisicamente presenti dinanzi al notaio e l'accertamento dell'identità personale sia effettuato dal notaio alla presenza fisica delle parti o dei loro procuratori speciali muniti di procura notarile.

L'eccezione a tale quadro normativo, che peraltro non interessa gli accordi di mediazione, è costituita dal Decreto Legislativo 8 novembre 2021 n. 183 (di recepimento della direttiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019) che consente ai notai di stipulare – telematicamente - atti costitutivi di società a responsabilità limitata e di società a responsabilità limitata semplificata.

Pertanto, nella mediazione telematica, qualora il notaio sia chiamato a ricevere o autenticare l'accordo di conciliazione contenuto nel verbale in maniera contestuale alla conclusione positiva del procedimento di mediazione, dovrà assicurarsi che le parti siano presenti dinanzi a lui, verificando, in particolare, che per l'ultimo incontro della mediazione telematica (in cui egli interverrà) tutte le parti abbiano richiesto al responsabile dell'organismo di partecipare in presenza (art. 8 bis comma 2).

La parte conclusiva è stata dedicata all'analisi delle misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c., originariamente comminabili solo giudizialmente insieme al provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi "diversi dal pagamento di somme di denaro". Con la riformulazione dell'art.614 - bis c.p.c. ad opera del D.Lgs n. 149/2022 è ora prevista la possibilità

di chiedere la determinazione di queste misure al giudice dell'esecuzione, anche per titoli esecutivi diversi dai provvedimenti di condanna (quindi anche gli accordi di conciliazione) purché relativi a crediti non pecuniari (art. 614-bis c.p.c.). In tal modo si sono resi all'evidenza molto più "appetibili gli strumenti complementari di risoluzione delle controversie".

Sono state, infine, analizzati i requisiti formali e sostanziali perché l'accordo concluso in mediazione, anche con le modalità di cui all'articolo 8-bis, possa costituire titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art.12 D.lgs.28/2010); norma che, in uno con quella di cui all'art.5 del D.L. 12 settembre 2014 n.132, convertito con legge 10 novembre 2014 n.162 in materia di negoziazione assistita, costituisce una significativa apertura normativa ai titoli esecutivi di matrice stragiudiziale per gli obblighi di fare e non fare, che va tenuta ben presente nella valutazione dei potenziali vantaggi, anche economici, benché non facilmente monetizzabili, nel ricorso agli strumenti complementari di risoluzione delle controversie.