

TOMASO GALLETTO

ORIENTAMENTI (E DISORIENTAMENTI) IN TEMA DI PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE E USUCAPIONE

SOMMARIO : 1. Una premessa sul tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di diritti reali. - 2. Il caso dell'usucapione e le difficoltà applicative della mediazione. - 3. I primi orientamenti giurisprudenziali: la non trascrivibilità dell'accordo conciliativo che accerta l'avvenuta usucapione immobiliare. - 4. I primi disorientamenti: se l'accordo conciliativo non è trascrivibile, allora la mediazione non è obbligatoria. - 5. Le tesi intermedie. - 6. Insoddisfazione per le soluzioni proposte. - 7. Un approccio diverso: alla radice del problema. - 8. Cenni alle teorie dell'acquisto per usucapione. - 9. Il dato normativo sulla trascrivibilità dell'acquisto per usucapione. I limitati effetti della sentenza dichiarativa dell'acquisto per usucapione. - 10. Autonomia privata e usucapione. - 11. Il problema del negozio di accertamento in materia di diritti reali. - 12. Atto ricognitivo di diritti reali immobiliari e trascrizione. - 13. Atto abdicativo della proprietà e trascrizione. - 14. Diversi, possibili contenuti dell'accordo conciliativo in materia di usucapione. - 15. Considerazioni conclusive.

* * *

1. Una premessa sul tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di diritti reali.

Nella eterogenea elencazione delle controversie che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del D.lgs. 28 del 2010, sono sottoposte – a pena di improcedibilità - al previo tentativo obbligatorio di mediazione finalizzata alla conciliazione si rinvencono quelle in materia di “*diritti reali*”. Essi, come è noto, indicano quella categoria di diritti patrimoniali caratterizzati da un potere immediato del titolare su una cosa: sono, insomma, “diritti sulle cose”¹.

¹ Cfr. G. PUGLIESE, *Diritti reali*, voce dell'*Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XII, 755, ss.

Tra essi si annoverano *in primis* il diritto di proprietà, nonché i diritti su cosa altrui, distinti a loro volta tra diritti di godimento (usufrutto, uso, abitazione, servitù, superficie, enfiteusi) e di garanzia (pegno, ipoteca).

L'imprecisione del dato normativo determina l'assoggettamento al tentativo obbligatorio di conciliazione di una smisurata congerie di controversie tutte accomunate, appunto, dalla caratteristica di vertere in materia di "diritti reali".

Forse il legislatore delegato aveva in mente i "diritti reali che hanno per oggetto beni immobili" e le azioni ad essi relative (che il Codice civile enuncia all'art. 813), ma la genericità dell'espressione usata sembrerebbe imporre l'interpretazione secondo cui tutte le controversie in materia di diritti reali sono richiamate all'art. 5¹ del D.lgs. 28/2010 (e quindi, ad esempio, sia quelle relative alla proprietà di beni mobili e altri beni a questi assimilabili, sia quelle in materia di pegno e usufrutto di beni mobili).

L'inopportunità di una scelta siffatta non necessita di particolari sottolineature e, comunque, un approfondimento del tema esulerebbe dai limiti dell'indagine oggetto del presente scritto².

Gli aspetti che si vogliono qui indagare, infatti, attengono allo specifico profilo relativo alla compatibilità o meno del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie che abbiano ad oggetto l'usucapione della proprietà (o di diritti reali c.d. minori) di beni, mobili e immobili.

Più esattamente, l'indagine sarà mirata con specifico riferimento all'usucapione di diritti reali immobiliari, pur restando ferma la constatazione che il dettato normativo non esclude le controversie sulla appartenenza della proprietà (o di diritti reali minori) relativamente a beni mobili.

2. Il caso dell'usucapione e le difficoltà applicative della mediazione.

In via preliminare è bene ricordare che l'usucapione è un *modo di acquisto* della proprietà (o di un diritto reale minore) relativamente ad un bene (mobile o immobile) e che conseguentemente essa rileva, ai fini del tentativo obbligatorio di conciliazione, non in sé, ma per l'effetto che essa determina (l'attribuzione di un diritto reale a titolo originario).

Le controversie in tema di usucapione, quindi, sono assoggettate al previo tentativo obbligatorio di conciliazione in quanto vertono in materia di diritti reali (anzi, del diritto reale per antonomasia, la proprietà).

La fattispecie acquisitiva della proprietà per usucapione, peraltro, sotto l'apparente semplicità del fatto costitutivo (il potere di fatto esercitato sulla cosa per il tempo necessario ad usucapire) nasconde notevoli insidie.

² In argomento, per una critica alle scelte del legislatore delegato, v. se vuoi T. GALLETTO, *Il modello italiano della conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010, *passim* e spec. 71 ss.

Da un lato, come lucidamente enuncia la Relazione al codice civile (§ 1074), l'ordinamento non impone necessariamente di provocare l'accertamento giurisdizionale dell'acquisto nei confronti di colui che per effetto della usucapione ha perduto il suo diritto, non essendo concepibile che l'usucapione sia condizionata ad una pronuncia giudiziale che ne accerti il compimento.

Ne consegue che l'effetto acquisitivo dell'usucapione, correlato ad una situazione di fatto prolungata nel tempo, non solo non necessita di un accertamento giurisdizionale ma sfugge altresì ad un sistema di pubblicità che prevede solo la trascrizione di atti, essendo inoltre certo che l'acquisto della proprietà per usucapione è opponibile a chiunque indipendentemente dalla trascrizione della sentenza dichiarativa che ne accerti gli effetti³.

Da altro lato, tuttavia, è evidente l'opportunità per l'usucapiente di ricorrere ad idonee forme di pubblicità dell'acquisto, funzionali non già a conseguire effetti costitutivi, ma a rendere più agevole la circolazione successiva del bene.

E' in questa prospettiva agevolativa che il codice del 1942, a differenza di quello previgente che nulla disponeva in tema di pubblicità della sentenza da cui risultasse acquisito un diritto reale immobiliare per usucapione, ha introdotto all'art. 2651 l'onere della trascrizione di tale sentenza, senza peraltro indicare le conseguenze della mancata osservanza della formalità ed anzi escludendo l'applicabilità del principio della continuità delle trascrizioni, di cui al precedente art. 2650.

Sui limitati effetti della trascrizione della sentenza accertativa dell'avvenuta usucapione si tornerà più avanti (infra §9): qui preme sottolineare le difficoltà che inevitabilmente accompagnano un tentativo di conciliazione nella materia considerata.

Difficoltà che si collocano sia sul piano pratico, essendo spesso complessa l'individuazione dei soggetti da evocare nel procedimento di mediazione (coloro che appaiono titolari del bene nei pubblici registri o gli eventuali eredi, i quali non sempre provvedono a trascrivere l'acquisto a causa di morte), sia su quello prettamente giuridico (litisconsorzio necessario con tutti gli interessati e, ancor più, dubbi sulla trascrivibilità dell'eventuale accordo di conciliazione).

La difficile convivenza del modello conciliativo disegnato dal legislatore con il D.lgs. 28/2010 con il fenomeno dell'acquisto per usucapione è testimoniata dall'esame delle prime indicazioni che si rinvergono nella giurisprudenza edita.

Si tratta di provvedimenti che giungono a conclusioni disomogenee e talvolta apertamente confliggenti e che conviene esaminare partitamente.

³ Cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. CICU-MESSINEO*, Vol. III, t. 2, Milano, 1995, 856.

3. I primi orientamenti giurisprudenziali: la non trascrivibilità dell'accordo conciliativo che accerta l'avvenuta usucapione immobiliare.

Un primo orientamento, come è noto, è quello inaugurato dal Tribunale di Roma che nel 2011 ha negato la trascrivibilità di un accordo di conciliazione avente ad oggetto l'accertamento dell'avvenuto acquisto di proprietà (immobiliare) per usucapione⁴.

Il diniego di trascrizione troverebbe giustificazione, secondo quel Tribunale, da un lato nella non riconducibilità dell'accordo di conciliazione in alcune delle ipotesi normative relative agli atti soggetti a trascrizione, attesa la natura di mero negozio di accertamento da assegnare all'atto e dovendosi altresì escludere l'applicabilità dell'art. 2651 c.c. (riferito alle sole sentenze); da altro lato nella constatazione che l'accordo conciliativo nella materia *de qua* potrebbe essere utilizzato dalle parti per colludere a danno di terzi, minando la funzione di certezza dei rapporti che la pubblicità immobiliare, attraverso la trascrizione, è destinata a garantire.

Questo orientamento ha suscitato una larga eco sia sulla stampa specializzata, sia nell'ambito dei dibattiti sul tema, più generale, del procedimento di mediazione obbligatoria e della sua utilità.

Come spesso accade, inoltre, si è voluto attribuire alla menzionata decisione romana una valenza ancora più ampia, di declaratoria di inammissibilità della mediazione nelle controversie in tema di usucapione, una sorta di divieto di ricorrere allo strumento conciliativo, che in essa certamente non è ravvisabile.

Al di là delle (inevitabili) enfattizzazioni, resta il dato, oggettivo, della affermazione della non trascrivibilità dell'accordo conciliativo che accerti l'avvenuta usucapione in materia di diritti reali immobiliari.

Il ragionamento che ha portato i giudici romani a tale affermazione è apparentemente lineare e certamente suggestivo, ma presta il fianco ad alcune obiezioni che muovono dalla constatazione che il fenomeno dell'usucapione è affatto peculiare e sfugge ad una meccanica applicazione ad esso delle regole della pubblicità immobiliare, pensata per disciplinare situazioni di appartenenza aventi diversa origine.

Si è già ricordato, in proposito, che questa constatazione è fatta propria dalla Relazione al Codice civile, la quale chiarisce molto bene le ragioni che hanno sconsigliato di condizionare l'efficacia dell'effetto acquisitivo alla pronuncia di una sentenza che lo accerti (v. supra, § 2).

Tornando alla decisione romana, quello che colpisce non è tanto la soluzione in ordine alla non trascrivibilità dell'accordo conciliativo che accerta l'avvenuta usucapione (che tuttavia nella sua absolutezza può trovare obiezioni, come si cercherà di argomentare nel prosieguo), quanto la sensazione che l'analisi si sia arrestata sul mero dato normativo, che non sembra sufficiente a giustificare – di per sé – la soluzione accolta.

⁴ Trib. Roma, Sez. V civile, *decr.* 22 luglio 2011 in *Guida al dir.*, 2011, 43, 31; ID., 8 febbraio 2012 citato da M. RUVOLO, *Le prime applicazioni giurisprudenziali in materia di mediazione*, in *Corr. Giur.*, 2012, 330 ss.

Né può risultare persuasiva l'argomentazione di supporto utilizzata per giustificare l'inammissibilità della trascrizione, incentrata sulla funzione di certezza assegnata (asseritamente) al sistema della pubblicità immobiliare.

Qui è agevole constatare che la stessa sentenza di accertamento dell'avvenuta usucapione, avente natura meramente dichiarativa, ancorchè trascrivibile *ex art. 2651 c.c.* non impedisce affatto né collusioni ai danni di terzi (che hanno idonei strumenti processuali per difendere i loro diritti) né future contestazioni dell'acquisto (trascritto) per usucapione.

Ma sul punto si ritornerà più avanti, in sede di discussione delle ragioni di insoddisfazione delle varie soluzioni che la giurisprudenza edita ha assegnato alla questione della trascrivibilità dell'accordo conciliativo in materia di usucapione.

4. I primi disorientamenti: se l'accordo conciliativo non è trascrivibile, allora la mediazione non è obbligatoria.

La (apparente) linearità delle argomentazioni sviluppate dai giudici romani nel citato precedente e la suggestione che ne può derivare hanno indotto altri giudici a trarne conclusioni ulteriori che disorientano coloro che – a vario titolo – debbono affrontare la questione della convivenza del procedimento obbligatorio di conciliazione con il fenomeno dell'usucapione.

Intendo riferirmi a quella decisione del Tribunale di Varese (ordinanza in data 20 dicembre 2011) che, in una asserita ottica di interpretazione costituzionalmente orientata, ha negato l'obbligatorietà del previo tentativo di conciliazione nelle controversie aventi ad oggetto l'acquisto di un diritto reale (immobiliare, n.d.r.) per usucapione⁵.

Nell'ordinanza in esame si dà per scontata l'esattezza della soluzione adottata dal Tribunale di Roma in tema di non trascrivibilità dell'accordo conciliativo in materia di usucapione (di diritti reali immobiliari) e si sposano altresì le preoccupazioni sulle possibili collusioni dei privati nell'ambito dei negozi di accertamento di diritti reali, per trarne la sorprendente conclusione che, non potendo l'accordo conciliativo nella materia *de qua* surrogarsi alla sentenza accertativa dell'avvenuta usucapione, l'unica che potrebbe garantire la “*certezza*” dell'acquisto, ne conseguirebbe l'inutilità del tentativo di conciliazione.

Da tale inutilità discenderebbe una interpretazione delle norme che impongono il previo tentativo di conciliazione secondo il canone costituzionale della ragionevolezza, escludendone l'operatività nell'ipotesi qui considerata.

Insomma, secondo il giudice varesino poiché il risultato dell'accordo conciliativo non sarebbe sovrapponibile, *quoad effectum*, a quello della sentenza di merito che definisce la controversia in materia di accertamento dell'avvenuta usucapione (di diritti reali

⁵ Trib. Varese ord. 20.12.2011 in *Guida al dir.* n. 11, inserto speciale, del 10 marzo 2012, pag. IX ss., ampiamente richiamata da M. RUVOLO, *op. cit.*, 333).

immobiliari), se ne dovrebbe concludere che per questa ragione non è ragionevole richiedere, nella materia *de qua*, l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione.

A queste considerazioni possono, a mio modo di vedere, essere mosse diverse obiezioni.

Intanto è assai opinabile la tesi secondo la quale l'accordo conciliativo *deve* essere fungibile con la sentenza. A me non pare che la tesi trovi base normativa, né tantomeno che essa possa essere giustificata da una interpretazione teleologica del modello disegnato dal legislatore delegato con il D.lgs. 28/2010.

Il positivo raggiungimento di un accordo di conciliazione quale momento conclusivo del procedimento di mediazione risolve stragiudizialmente una controversia (evitando che si trasferisca in sede giurisdizionale) e in ciò trova giustificazione lo scopo deflattivo delle controversie in sede giudiziaria che connota il sistema.

In altri termini, la conciliazione stragiudiziale *ex art. 11 D.lgs. 28/2010* intende evitare la lite giudiziaria, non evitare la sentenza che potrebbe concludere la lite.

In questa prospettiva non sembra aver fondamento la tesi che presuppone, sempre e comunque, che l'accordo conciliativo possa surrogare la sentenza ad ogni effetto e se ciò non può verificarsi si deve escludere l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

In ogni caso non è persuasiva la tesi secondo la quale la sentenza che accerta l'avvenuta usucapione è in grado di assicurare "*certezza*" all'acquisto, effetto che non potrebbe conseguire all'accordo conciliativo.

Sotto il profilo sostanziale – come si cercherà di argomentare più diffusamente nel prosieguo – la sentenza che accerta l'avvenuta usucapione e la sua trascrivibilità *ex art. 2651 c.c.* non conferiscono alcuna "*certezza*" rispetto alla fattispecie acquisitiva dell'usucapione.

Essa si realizza, infatti, indipendentemente da qualsiasi accertamento giurisdizionale, che non può aggiungere nulla all'effetto che deriva dall'esercizio del diritto (reale) per il tempo necessario ad usucapire.

5. Le tesi intermedie.

Nell'ambito di quelle che possono essere definite "tesi intermedie" si ascrivono diverse pronunce, dal contenuto eterogeneo. Alcune sottolineano l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione anche nella materia considerata pur affermando la non trascrivibilità dell'accordo che accerti l'avvenuta usucapione; altre affermano invece la trascrivibilità di tale accordo, ma ne individuano un effetto *traslativo* e non meramente dichiarativo; altre, infine, riconducono l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione soltanto all'esistenza di una controversia sui *presupposti di fatto* dell'usucapione e la negano ove i fatti siano pacifici.

Così il Tribunale di Palermo, Sez. distaccata di Bagheria (ordinanza 30 dicembre 2011)⁶ si pone in consapevole contrasto con la decisione del Tribunale di Roma (sulla quale v. *supra* §3) e conferma l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per le controversie in materia di usucapione, ancorchè il verbale di accordo non sia trascrivibile, sottolineando che l'accordo non deve necessariamente coincidere con il contenuto o con gli effetti della sentenza, ma può avere molteplici, diversi contenuti idonei al superamento della lite.

Ne consegue l'utilità (e quindi l'obbligatorietà) del tentativo di conciliazione in materia di usucapione, ferma restando la non trascrivibilità di un accordo accertativo dell'avvenuta usucapione.

Ritiene invece il Tribunale di Como, Sez. distaccata di Cantù (2 febbraio 2012) che il verbale di accordo che pone fine ad una controversia in materia di usucapione sia trascrivibile, in quanto tale accordo non potrebbe che consistere in una transazione con *efficacia traslativa*, come tale trascrivibile *ex art. 2643 n. 13 cod. civ.*⁷.

Per il Tribunale di Roma (Sez. V civile, 8 febbraio 2012) l'utilità (e quindi l'obbligatorietà) del tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di usucapione sarebbe ravvisabile soltanto se la controversia attiene alla sussistenza dei presupposti di fatto necessari all'usucapione, fermo restando che non potendosi trascrivere il relativo verbale di accordo, sarebbe comunque procedibile una prosecuzione della lite al solo fine di far acquisire in favore dell'usucapiente una sentenza accertativa dell'avvenuta usucapione in ragione della (ormai) incontrovertita sussistenza dei relativi presupposti di fatto⁸.

6. Insoddisfazione per le soluzioni proposte.

La sintetica rassegna dei diversi orientamenti che si rinvencono nella giurisprudenza edita in ordine al complesso e delicato rapporto tra mediazione obbligatoria e controversie che attengano all'usucapione di diritti reali (specialmente di natura immobiliare) non consente – a mio avviso – di individuare una soluzione appagante.

Ogni soluzione proposta, infatti, sembra cogliere un aspetto del problema, lasciandone tuttavia in ombra altri, altrettanto rilevanti. Tutte, fra l'altro, sembrano equivocare sulla natura e sugli effetti della sentenza che accerti l'avvenuta usucapione, attribuendo ad essa - sulla sola base della sua trascrivibilità – una forza stabilizzatrice dell'assetto proprietario che non può avere.

Gli esiti degli sforzi argomentativi operati dalla richiamata giurisprudenza lasciano insoddisfatti non tanto per eterogeneità delle soluzioni proposte (talvolta confliggenti), *quanto* per la difficoltà, che traspare in diverse pronunce, di misurarsi con il fenomeno della risoluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali, che non può

⁶ Pubblicata su *Guida al dir.*, inserto speciale, 10 marzo 2012, pag. IX ss.

⁷ L'ordinanza è pubblicata in *Guida al dir.*, Dossier n. 7, settembre 2012, *Mediazione civile: giurisprudenza e casi*, 24 ss.

⁸ Il decreto può leggersi in *Guida al dir.*, Dossier n. 7, *cit.*

essere affrontato con lo strumentario del processo civile, dal momento che processo non è. Il procedimento di mediazione è altro rispetto al processo e l'accordo conciliativo è altro rispetto alla sentenza⁹.

Nulla autorizza a ritenere che l'infungibilità tra accordo e sentenza renda inutile un tentativo di conciliazione che tende a promuovere un accordo che si colloca interamente nell'ambito dell'autonomia privata.

E' in questa prospettiva, e più esattamente in quella finalizzata ad indagare i limiti che l'ordinamento eventualmente ponga rispetto al libero esplicarsi dall'autonomia privata, che sembra più opportuno volgere l'indagine sul delicato rapporto tra mediazione e usucapione.

A questo obiettivo sono dedicate le considerazioni che seguono, senza pretesa di completezza e senza presunzione di individuare, attraverso di esse, la corretta risposta. Si tratta, semmai, di porre le basi per un dibattito più approfondito, attesa la insoddisfazione per le indicazioni che sino ad oggi sono pervenute dalla giurisprudenza.

7. Un approccio diverso: alla radice del problema.

Per impostare un discorso razionale sul rapporto tra mediazione ed usucapione e, per quanto qui più rileva, sulla trascrivibilità o meno dell'accordo conciliativo che ponga fine alla controversia occorre – a mio avviso – un approccio che vada alla radice del problema.

Si tratta, allora, di confrontarsi – sia pure nei limiti del presente lavoro – con il fenomeno del negozio di accertamento e sugli effetti che da esso possono derivare in materia di diritti reali.

A me pare, infatti, che le difficoltà riscontrate nel coniugare (procedimento di) mediazione e usucapione risiedano proprio nella complessa (e discussa) interazione tra negozio di accertamento e situazioni di appartenenza di diritti reali.

Prima ancora, si rende opportuno un sintetico richiamo all'acquisto per usucapione, per cercare di individuarne le peculiarità che rilevano ai fini della indagine.

8. Cenni alle teorie dell'acquisto per usucapione.

Per quanto in questa sede rileva sarà sufficiente ricordare che l'usucapione è un modo di acquisto della proprietà o altro diritto reale minore di godimento che si ricollega ad una situazione di fatto (il possesso della cosa non violento o clandestino ininterrotto per il tempo indicato dalla legge) accompagnata – nelle varie fattispecie di usucapione abbreviata – dell'elemento soggettivo della buona fede e dalla presenza di un titolo astrattamente idoneo.

⁹ Sulle differenze tra accordo conciliativo e sentenza v. le condivisibili considerazioni di M. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in www.Judicium.it

La fattispecie tipica, peraltro, relativa alla usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari, si compie come è noto in virtù del possesso continuato per venti anni (art. 1158 cod. civ.).

Secondo l'interpretazione dominante, ancora, l'usucapione dà luogo ad un acquisto a titolo originario, ma non vi è accordo sul significato da attribuire a tale espressione, variamente intesa¹⁰.

Il momento perfezionativo dell'acquisto per usucapione, che si verifica quando si completa il periodo di tempo prescritto dalla legge, retroagisce – secondo la opinione dominante – al momento dell'acquisto del possesso ma ciò non sembra voler significare che in ogni caso, essendo l'acquisto a titolo originario, l'usucapiente acquista il diritto libero di limitazioni in favore di terzi.

Come è stato persuasivamente osservato, infatti, vi sarà corrispondenza tra ciò che si è posseduto e ciò che si acquista e la c.d. *usucapio libertatis* dipenderà dalle concrete situazioni di fatto¹¹.

Ma, al di là dei profili istituzionali ai quali si è fatto cenno in precedenza, vi sono aspetti dell'usucapione meno indagati e che tuttavia assumono rilievo ai fini della presente indagine.

Intendo riferirmi, in particolare, alla non rilevabilità d'ufficio dell'usucapione (arg. *ex* art. 2938 cod.civ.) e quindi alla necessità di una scelta del possessore perché l'usucapione possa operare e al potere di rinuncia agli effetti del possesso¹².

Sulla delicata questione relativa alla natura ed agli effetti della rinuncia all'usucapione di bene immobile la giurisprudenza ha chiarito da un lato che la rinuncia agli effetti positivi del decorso del tempo da parte del possessore non equivale alla rinuncia al diritto di proprietà già acquistato (che renderebbe l'immobile vacante e come tale di spettanza dello Stato *ex* art. 827 cod. civ.) ma conserva invece il diritto di proprietà in capo al precedente titolare e, da altro lato, che tale rinuncia non abbisogna di requisiti formali, potendo risultare anche per implicito¹³.

D'altra parte, se si riconduce la fattispecie ad una rinuncia al possesso, se ne deve dedurre che essa non soltanto è ammissibile, ma anche che non richiede la forma scritta, richiesta solo per i contratti costitutivi, modificativi o traslativi di diritti reali immobiliari¹⁴.

¹⁰ In argomento, per una rassegna delle varie opinioni, v. R. SACCO, voce *Usucapione*, in *Dig. IV, Disc. Priv.*, XIX, 561 ss., spec. 562.

¹¹ Per un approfondimento v. A. GAMBARO, *op. cit.*, 845 ss.

¹² In argomento v. R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. CICU-MESSINEO*, VII, V, Milano, 2000, 509 ss.

¹³ Cfr. Cass. 28 maggio 1996 n. 4945, in *Giur. it.*, 1997, I, 646 ss.; in precedenza, in senso contrario, v. Cass. 9 dicembre 1970 n. 2616.

¹⁴ Cfr. Cass. 30 aprile 1982 n. 2424, in *Giur. it.*, 1983, I, 1313 e già Cass. 20 ottobre 1975 n. 3432.

9. Il dato normativo sulla trascrivibilità dell'acquisto per usucapione. I limitati effetti della sentenza dichiarativa dell'acquisto per usucapione.

Come si è già ricordato, il dato normativo sulla trascrivibilità dell'usucapione si rinviene all'art. 2651 cod. civ., che si riferisce alla sentenza da cui risulta estinto per prescrizione o acquisto per usucapione uno dei diritti indicati dai numeri 1, 2 e 4 del precedente art. 2643.

Come emerge dalla Relazione al codice la scelta innovativa di dotare di una forma di pubblicità le sentenze accertative dell'avvenuta usucapione è stata dettata da ragioni di mera opportunità, anche al fine di rendere coerente il sistema con gli obblighi di natura fiscale che già allora imponevano comunque (ai fini fiscali, appunto) la trascrizione di tali sentenze (T.U. 30 dicembre 1923 n. 3272).

Si osserva in proposito che l'art. 2651 detta una norma con la quale il legislatore ha disposto, con effetti assai limitati, una trascrizione con efficacia di mera notizia, *“una trascrizione, cioè, che può essere curata o non essere curata senza che alcunchè si modifichi della disciplina regolante, nel singolo caso, le vicende conflittuali”*¹⁵.

Da tale constatazione discende che *“la trascrizione, dunque, ha funzione di mera notizia, una funzione che finisce per identificarsi con la più generale funzione pubblicitaria, assolvendo solo al compito di rendere conoscibili determinate vicende, che peraltro nulla hanno a che fare con quelle soggette a trascrizione e che quindi in nessun caso potrebbero trovare nelle regole della trascrizione la soluzione degli eventuali, relativi conflitti. Tutto ciò comporta che, ad onta della enfatica formula usata dal legislatore, la quale ricalca quella di cui all'art. 2643, le sentenze di accertamento dell'intervenuto acquisto a titolo originario devono bensì essere trascritte, ma solo ad iniziativa del cancelliere e non già quale adempimento di un onere posto a carico delle parti”*¹⁶.

In sostanza l'usucapiente non ha alcuna necessità di trascrivere la sentenza per tutelare la propria posizione nei confronti dei terzi che pure abbiano trascritto nei confronti del proprietario usucapito, e per converso la sentenza che accerta l'usucapione, ancorchè trascritta, nulla aggiunge o toglie alla posizione sostanziale di colui che ha usucapito (salvo il limitato effetto preclusivo della contestazione ulteriore da soggetti che siano stati parti nella causa).

A riprova della davvero limitata efficacia della trascrizione della sentenza *ex art. 2651* può rilevarsi che non è nemmeno ipotizzabile un conflitto tra due acquisti a titolo originario, risolubile in base alla priorità delle trascrizioni delle rispettive sentenze di accertamento, perché non può coesistere un possesso esclusivo del bene in capo a due diversi soggetti¹⁷.

¹⁵ Così testualmente, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Trattato Schlesinger*, Milano, 1993, Tomo II, 242.

¹⁶ Cfr. ancora F. GAZZONI, *op. cit.*, 243.

¹⁷ Cfr. per l'esempio F. GAZZONI, *op. cit.*, 251.

In questa prospettiva non può condividersi l'opinione, che si rileva in talune pronunce, che assegna una qualche "certezza" ad una usucapione accertata con sentenza trascritta ex art. 2651 cod. civ., per trarne il convincimento di una ontologica differenza tra un negozio accertativo dell'usucapione e la prima¹⁸.

Non convince, in particolare, l'affermazione secondo cui la pronuncia giudiziale di accertamento dell'usucapione contiene un accertamento valevole *erga omnes*, nel senso che la valutazione giuridica del rapporto operata dal giudice, pur non esplicando nei confronti dei terzi gli effetti del giudicato, costituisce "una affermazione obiettiva di verità i cui effetti anche i terzi sono tenuti a subire"¹⁹.

La questione coinvolge le problematiche sottese agli effetti del giudicato civile, e più precisamente l'efficacia riflessa di esso nei confronti dei terzi estranei al giudizio.

In estrema sintesi può dirsi che gli effetti del giudicato non possono esplicarsi nei confronti di terzi titolari di diritti autonomi, come tali non dipendenti da quelli oggetto della sentenza. Rispetto a questi terzi "l'accertamento dei fatti può avere un valore soltanto indiziario"²⁰.

D'altra parte, nella sua absolutezza il principio secondo cui l'accertamento dei fatti contenuto in una sentenza resa *inter alios* costituisce una affermazione obiettiva di verità che i terzi sono tenuti a subire è inconcepibile, dal momento che il sistema prevede a tutela dei terzi eventualmente pregiudicati l'istituto della opposizione di terzo (art. 404 cod. proc. civ.).

In realtà, come ancora recentemente è stato ricordato, "nei confronti dei terzi la sentenza non ha maggiore attendibilità del lodo o del negozio"²¹.

Sembra quindi frutto di un equivoco l'enfaticizzazione della affermazione oggettiva di verità che promanerebbe dalla sentenza e che i terzi sarebbero destinati a subire.

Se si esamina la giurisprudenza di legittimità in tema di giudicato riflesso, ci si avvede che l'affermazione secondo la quale l'accertamento oggettivo contenuto nella sentenza produce conseguenze giuridiche nei confronti dei soggetti rimasti estranei al processo in cui è stata emessa riguarda soltanto i terzi che siano titolari di un diritto od obbligo dipendente dalla situazione definita con il processo, comunque un diritto subordinato a tale situazione²².

La sentenza che accerta l'avvenuta usucapione, quindi, potrà esplicare i suoi effetti nei confronti delle parti e dei loro aventi causa, secondo le regole del giudicato sostanziale

¹⁸ In questo senso v. ad esempio Trib. Roma 8 febbraio 2012, *cit.*

¹⁹ In questo senso v. Trib. Catania, 24 febbraio 2012, in *Guida al dir., Dossier Mediazione civile: giurisprudenza e casi*, n. 7, settembre 2012, 32, che cita a conforto due decisioni: Cass. 15 maggio 2003 n. 7557 e 2 luglio 2003 n. 10435.

²⁰ Per l'affermazione del principio v. Cass. 6 maggio 1972 n. 1385; 25 maggio 1971 n. 1573; 6 luglio 1971 n. 2112; 22 novembre 1984 n. 6029, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2815; 18 febbraio 1986 n. 970; 11 dicembre 1986 n. 7375.

²¹ In questo senso v. F. P. LUISO, *Il lodo arbitrale e i terzi*, in www.Judicium.it, pag. 8, con il richiamo agli insegnamenti della dottrina francese di metà '800.

²² Cfr. Cass. 6 settembre 2007 n. 18725 e Cass. 1 marzo 2007 n. 4864, tra le più recenti.

di cui all'art. 2909 cod. civ., e nei confronti di chi sia titolare di un diritto *dipendente* dall'accertamento passato in giudicato, ma non potrà certo essere opposta ai terzi estranei, titolari di diritti autonomi sul bene oggetto della controversia.

10. Autonomia privata e usucapione.

Ciò detto in ordine ai limitati effetti della sentenza che accerta l'avvenuta usucapione ed escluso che essa possa spiegare efficacia *erga omnes*, ipotesi sconosciuta al nostro diritto processuale (e sostanziale, arg. *ex art.* 2909 cod. civ.), occorre allora volgere l'attenzione ad un diverso profilo.

Si tratta di indagare se davvero, come sembra desumersi da taluni dei richiamati precedenti giurisdizionali, l'ordinamento pone – in materia di usucapione – limiti all'autonomia privata, nel senso di rendere indisponibile la fattispecie e necessitare pertanto e in ogni caso dell'intervento di una pronuncia del Giudice.

Sul punto può da subito osservarsi che il fenomeno dell'usucapione è correlato ad una situazione di fatto protratta per il tempo indicato dalla legge, sicchè dalla coesistenza di tali due presupposti si verifica l'acquisto per usucapione.

Provato il fatto e la sua protrazione per il tempo richiesto, il giudice si limita ad accertare che si sono verificati i presupposti e dichiara l'avvenuta usucapione.

Ora, è noto che l'art. 115¹ cod. proc. civ., nel testo novellato nel 2009, impone al giudice di porre a fondamento della decisione “*i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*” (si tratta, peraltro, della codificazione di un principio che la giurisprudenza riteneva immanente nell'ordinamento processuale).

In questa prospettiva è evidente come risulti nella disponibilità dei privati l'accertamento dei fatti rilevanti ai fini dell'usucapione: se A conviene in giudizio B affermando di aver posseduto per oltre venti anni in modo pacifico ininterrotto ed indisturbato un bene immobile intestato a B e B, costituitosi in giudizio, non contesta tali affermazioni in fatto, il giudice non può fare altro che dichiarare l'avvenuta usucapione con i limitati effetti che a tale sentenza conseguono.

Ci si può allora domandare la ragione per la quale se le parti hanno, attraverso il principio della non contestazione dei fatti, il potere di provocare una dichiarazione giudiziale che non può fare altro che prendere atto dei fatti dedotti e non contestati, ad esse sarebbe proibito fare altrettanto nell'ambito dell'autonomia negoziale che compete loro.

In realtà la questione è più complessa di quanto possa apparire *prima facie*, perché l'ordinamento non assegna (esplicitamente) ai privati il potere di accertare rapporti giuridici patrimoniali, ma quello di costituirli, regolarli o estinguerli (arg. *ex art.* 1321 cod. civ. in tema di contratto in generale).

Il discorso allora, nei limiti imposti dal presente lavoro, deve investire il tema del negozio di accertamento.

11. Il problema del negozio di accertamenti in materia di diritti reali.

Il negozio di accertamento, che nella sua più comune configurazione è costituito dalla dichiarazione con la quale le parti (o una sola di esse) riconoscono un rapporto o i fatti che stanno alla base di esso²³, pur essendo pacificamente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è fonte di rilevanti incertezze applicative.

Intanto non è sempre agevole distinguere il negozio di accertamento dalla transazione, anche a causa di un retaggio del passato (anzitutto al codice del 1942, infatti, era diffusa l'opinione che assegnava natura dichiarativa alla transazione, equiparabile quindi al negozio di accertamento).

Gli studi in materia di negozio di accertamento hanno dato un contributo decisivo alla differenziazione della transazione dal negozio di accertamento non soltanto sul piano degli effetti, ma anche e soprattutto sul piano funzionale.

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, è stato rilevato che attraverso la transazione le parti non si pongono l'obiettivo di dare certezza ai loro rapporti attraverso un accertamento, che intendono anzi evitare operando un contemperamento delle reciproche pretese che prescinde dalla effettiva portata della realtà giuridica in cui sorge la controversia²⁴.

Per quanto concerne il piano degli effetti, inoltre, è stato osservato che la transazione può indifferentemente regolare i rapporti tra le parti in senso convergente con la realtà giuridica anteriore (assumendo efficacia dichiarativa) oppure in senso divergente (assumendo in tal caso efficacia costitutiva)²⁵.

Più recenti indagini in materia di transazione riprendono, sotto diversi profili, i citati studi in materia di negozio di accertamento, condividendone gli esiti²⁶.

La giurisprudenza, per parte sua, opera la distinzione tra transazione e negozio di accertamento sotto un duplice profilo.

Da un lato si sottolinea la natura costitutiva della transazione, che deriverebbe dalla nozione che di essa offre il codice, attraverso il richiamo all'elemento imprescindibile dell'*aliquid datum aliquid retentum* che innova il rapporto preesistente; dall'altro si

²³ In questo senso v. M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, voce dell'*Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 227 ss. ed ivi una ampia trattazione della base giuridica di esso, anche con riferimento all'esperienza tedesca del "contratto" di riconoscimento (ivi, 234).

²⁴ In argomento è ancora fondamentale il lavoro di A. FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205 ss. ivi a pag. 217 la tesi riportata nel testo. Anche M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 227 ss., spec. 242 esclude, con argomentazioni in parte diverse, l'inquadrabilità della transazione nell'ambito del negozio di accertamento.

²⁵ Cfr. ancora A. FALZEA, *op. cit.*, il quale aggiunge che l'efficacia della transazione è tipicamente preclusiva perché svolgendosi interamente sul piano delle contrapposte pretese non si fonda sul momento della conoscenza, che rappresenta invece un momento necessario di ogni figura di accertamento.

²⁶ Cfr. A. PALAZZO, *Transazione, Dig. IV, Disc. Priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 386 ss., spec. 387; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 819; L. BALESTRA, *Transazione (contratto di)* in *Il Diritto, Enc. Giur.*, XVI, 2008, 98 ss., spec. 99.

evidenzia che presupposto del negozio d'accertamento è l'incertezza della situazione giuridica che esso intende eliminare, senza però alterarne il contenuto, giacché, ove la eliminazione dell'incertezza si concretasse in un accertamento difforme dall'effettivo contenuto e dall'effettiva portata del negozio accertato, la nuova situazione che ne deriva importerebbe la costituzione di un nuovo negozio giuridico del tutto autonomo, da inquadrarsi nello schema della transazione, e non già di un negozio di accertamento²⁷.

Più precisamente, secondo la giurisprudenza, il negozio di accertamento ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo, mentre la transazione postula una reciprocità delle concessioni tra le parti per effetto delle quali le parti stesse modificano la disciplina del rapporto preesistente²⁸.

La differenza tra negozio di accertamento e transazione risulta, inoltre, dalla constatazione che mentre la transazione è composizione contrattuale di una controversia attuale o prevista, e il suo contenuto si traduce in un regolamento di interessi, idoneo a modificare ed a sostituirne altro ai precedenti, con lo scopo di eliminare, mediante una reciprocità di concessioni, una lite che sia insorta tra le parti oppure di prevenirla ove vi sia pericolo di insorgenza, il negozio di accertamento, pur consistendo in un regolamento di interessi, è caratterizzato dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio e, perciò, di questo rapporto o negozio si limita a precisare il contenuto, l'esistenza e gli effetti²⁹.

Gli effetti meramente dichiarativi del negozio di accertamento sono stati recentemente ribaditi riaffermandosi che essi derivano dalla natura di una mera ricognizione degli obblighi fissati in altro negozio, quello originario, cui si correla, con la conseguenza che ha natura (invece) dispositiva il negozio che incida sul rapporto di cui sono titolari soggetti differenti da quelli del rapporto originario, anche se esso muova dalla ricognizione di una situazione giuridica preesistente³⁰.

Naturalmente, nel contesto complessivo di una transazione può distinguersi anche un momento accertativo della situazione di fatto preesistente e, in tal caso, le relative dichiarazioni di scienza possono assumere valore confessorio a condizione che esse costituiscano concorde premessa avente ad oggetto i precedenti rapporti e non

²⁷ Cfr. ad esempio Cass. 5 Novembre 1968 n. 3658 sulla natura costitutiva della transazione e Cass. 25 settembre 1964 n. 2413 in *Giust. Civ.*, 1965, I, 783 sulla funzione del negozio di accertamento rispetto alla transazione.

²⁸ Cfr. Cass. 10 gennaio 1983 n. 161 in *Giur. It.*, 1983, I, 1, 710 e Cass. 9 luglio 1987 n. 5998 in *Giust. Civ. Mass.* 1987, Fasc. 7.

²⁹ Cfr. Cass. 3 marzo 1980 n. 1427 in *Foro it.*, 1980, I, 2175 (nota); *Giust. Civ. Mass.*, 1980, fasc. 3; *Riv. Dir. Agr.*, 1981, II, p. 49. Più recentemente v. altresì Cass. 17 settembre 2004 n. 18737 in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 11).

³⁰ Cfr. Cass. 12 marzo 2008 n. 6739 in *Riv. Dir. civ.*, 2009, 201 (s.m.) con nota di L. BOZZI, *Negoziato di accertamento ed effetti (non) "meramente dichiarativi"*, la quale giustamente sottolinea che la dichiaratività del negozio di accertamento non costituisce elemento distintivo tra questo e la transazione, poiché la distinzione riporta semmai, una diversa volontà delle parti che nel primo caso (negoziato di accertamento) è volta ad eliminare l'incertezza vincolandosi a tale interpretazione, mentre nel secondo caso (transazione) è volta a porre fine alla lite, prescindendo del tutto dall'accertamento della situazione giuridica preesistente.

riguardino invece le pattuizioni, frutto di reciproche concessioni, mediante le quali le parti compongono la controversia³¹.

Al di là delle singole fattispecie che possono dar luogo a differenti soluzioni in ragione delle peculiarità in fatto che le contraddistinguono, comunque, il dato giurisprudenziale è costante nel porre il discrimine tra negozio di accertamento e transazione nella constatazione che nel negozio bilaterale di accertamento le parti intendono soltanto eliminare dubbi e contestazioni circa un loro rapporto, attraverso un regolamento corrispondente a quella che concordano essere stata sempre la situazione giuridica preesistente; nella transazione, invece, mirano a raggiungere una soluzione di compromesso di una controversia, attraverso un regolamento destinato a sostituire quello anteriore e mediante un comune sacrificio delle rispettive pretese.

Differenziato il negozio di accertamento dalla transazione, occorre ora affrontare un ulteriore profilo, relativo alla ammissibilità del primo in materia di diritti reali.

In linea di principio non sembra che, specialmente in giurisprudenza, si dubiti dell'ammissibilità dell'accertamento negoziale di diritti reali, ma vi è resistenza ad ammettere la figura dell' "atto ricognitivo di diritti reali" quale fattispecie autonoma di accertamento e parallelo all' "atto ricognitivo di debito" nei rapporti obbligatori (art. 1988 cod. civ.)³².

12. Atto ricognitivo di diritti reali immobiliari e trascrizioni.

Ammessa, sia pure con qualche esitazione, la figura dell'atto ricognitivo di diritti reali immobiliari (altrimenti inquadrabile comunque nella più generale figura di accertamento, consentito anche in materia di diritti reali), si pone il problema della trascrivibilità di esso.

Su questo aspetto si incontrano obiettive difficoltà, testimoniate da divergenti, autorevoli opinioni.

Si è sostenuto, infatti, che dovendo essere trascritti ai fini fiscali anche gli atti meramente dichiarativi della proprietà e degli altri diritti reali immobiliari, potrebbe anche procedersi alla trascrizione di un negozio di accertamento, ma in funzione di mera pubblicità-notizia in forza del rinvio alle leggi speciali contenuto nell'art. 2672 cod. civ.³³.

³¹ In questo senso v. Cass. 6 febbraio 2009 n. 3033 in *I Contratti*, 2009, 894 con commento di D. GALLO. Conformi a tale indirizzo sono Cass. 13 ottobre 2005 n. 19883 in *Giust. Civ. Mass.*, 2005,10; ID. 30 maggio 1996 n. 5019 in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, 200; ID. 14 febbraio 2006 n. 1102. In senso contrario, sul presupposto della mancanza dell'*animus confitendi* nelle dichiarazioni rese nell'ambito di un accordo transattivo v. Cass. 13 ottobre 2005 n. 19883, *cit.*; ID. 23 gennaio 1997 n. 712 in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, p. 118; ID. 14 settembre 1983 n. 5564 in *Foro. It. Rep.*, 1983, *Consulente Tecnico*, 24).

³² Per un inquadramento del problema v. G. GRANELLI, *Dichiarazione ricognitiva della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*, nota a Cass. 6 dicembre 1983 n. 7274 in *Foro it.*, 1985, I, 238 ss.

³³ In questo senso R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 152.

Ancora, si è considerato il negozio di accertamento possibile oggetto di trascrizione in tutti i casi nei quali si applicano le norme sulla pubblicità di domande giudiziali e sentenze, potendosi considerare questo come surrogato convenzionale all'attività giurisdizionale³⁴.

Più recentemente si è ritenuta possibile la trascrizione di un negozio privato di accertamento dell'avvenuta usucapione confezionato nelle debite forme³⁵.

La trascrivibilità di un atto negoziale di accertamento in materia di diritti reali viene invece esclusa da altra dottrina anche sulla base della considerazione che se è vero che l'accertamento preclude ogni contestazione, non è ammissibile che una persona possa imporre con atto negoziale il vincolo anche al proprio avente causa, essendo ciò escluso dall'art. 1372² cod. civ.³⁶

Recentemente uno studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato³⁷ sostiene la possibilità di trascrivere, con gli effetti propri della sentenza, un negozio di accertamento dell'intervenuta usucapione, che abbia i requisiti di forma indicati dall'art. 2657 cod. civ., anche in considerazione del fatto che l'art. 2651 cod. civ. non sembra escludere altra forma di titolo per la trascrizione se non quella – ivi prevista – della sentenza.

Secondo una diversa prospettiva, infine, la trascrizione del verbale di conciliazione che accerta l'avvenuta usucapione sarebbe consentita assimilando la fattispecie a quella transattiva, della quale condivide la funzione risolutiva della lite, con conseguente trascrivibilità *ex art.* 2643 n. 13 cod. civ.³⁸.

L'opinione da ultimo richiamata presenta un particolare interesse perché, al di là della analisi approfondita sulla natura e sugli effetti del negozio di accertamento nella materia considerata, coglie un aspetto - quello della assimilazione funzionale tra transazione e negozio di accertamento al fine di eliminare la lite - che conviene esaminare ulteriormente nella prospettiva della trascrivibilità dell'accordo di conciliazione accertativo dell'intervenuta usucapione.

Per poter apprezzare la rilevanza del profilo indagato è necessario dare conto della crisi attuale del principio della *tassatività e tipicità* delle fattispecie trascrivibili.

Come è stato recentemente posto in luce, infatti, l'affermazione diffusa, in dottrina e giurisprudenza, secondo cui le fattispecie trascrivibili sarebbero un *numerus clausus*, caratterizzato dalla eccezionalità della trascrizione, con conseguente divieto di

³⁴ Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, p. 147; in senso contrario F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Trattato Schlesinger*, Milano, 1991, Tomo I, p. 452.

³⁵ Cfr. R. SACCO, *op. ult. cit.*, 511.

³⁶ Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2012, 47).

³⁷ Lo studio ad opera di G. BARALIS, è citato da M. MARINARO, *Decisioni contrastanti su questioni fondamentali creano gravi incertezze per gli operatori del diritto*, in *Guida al dir.*, Dossier n. 7, cit., 34 ss., spec. 40. Non ho esaminato il testo originale, non disponibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato.

³⁸ In questo senso v. D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervento usucapione*, in www.Judicium.it, al quale si rinvia per gli opportuni approfondimenti.

estensione analogica ed obbligo di interpretazione restrittiva, risulta smentita dal diritto “vivente”³⁹.

Più precisamente si sostiene, con argomenti che appaiono persuasivi, che l’art. 2645 cod. civ. contiene una carica innovativa che non è stata fino ad oggi colta appieno dagli interpreti: questo articolo non si limita – come spesso si continua a sostenere – ad eliminare il catalogo tassativo degli atti trascrivibili, lasciando permanere la «tassatività degli effetti», mediante *relatio* al precedente art. 2643; esso dispone invece, in modo innovativo, che «devono» essere trascritti gli atti che, in relazione a beni immobili o «*diritti immobiliari*», producano «*taluno degli effetti* dei contratti menzionati» nell’art. 2643, facendo unicamente *salvo il caso in cui «dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a effetti diversi»*.

La disposizione - letta anche alla luce delle corrispondenti previsioni rinvenibili nel diritto comparato, le quali nella quasi totalità adottano formule «elastiche» e «generali», in luogo di elencazioni tassative – dichiara in realtà trascrivibili, salva espressa disposizione di legge contraria, tutti gli atti che producano, in relazione a «*diritti immobiliari*» «*taluno degli effetti*» (traslativi, costitutivi, modificativi, estintivi, preclusivi) individuati nell’art. 2643. Pertanto, i *termini di riferimento dell’art. 2645 non sono semplicemente due* («atti» ed «effetti»), *bensì tre* («atti», «diritti immobiliari» ed «effetti relativi a detti diritti immobiliari»). In altri termini, una cosa è il «mutamento giuridico», altra e diversa cosa è il «diritto», che costituisce oggetto del mutamento stesso⁴⁰.

La tesi, del resto, trova autorevole conforto in una recente pronuncia della Corte Costituzionale (n. 318 del 2009) la quale ha rilevato che il dettato testuale dell’art. 2645 c.c. «*non contiene alcun elenco*, ma adotta una *formulazione aperta*, riferendosi ad “ogni altro atto o provvedimento”, destinato a produrre gli effetti indicati»; detta disposizione, quindi, «*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 questa prospettiva si potrebbe ritenere che l’accordo conciliativo che accerta l’avvenuta usucapione di un bene immobile (o di un diritto reale immobiliare) determini uno degli effetti indicati all’art. 2643 cod. civ. e possa conseguentemente essere trascritto *ex art. 2645 cod. civ.*.

Più precisamente l’effetto sarebbe quello di rinuncia ad uno dei diritti (la proprietà) indicati all’art. 2643 nn. 1, 2, 3, e 4, trascrivibile *ex art. n. 5* del citato articolo.

³⁹ In questo senso v. diffusamente G. PETRELLI, *Tassatività delle ipotesi di trascrizione e vincoli a parcheggio*, in *Studium Iuris*, 2010, 3, 243 ss.

⁴⁰ Così, testualmente, G. PETRELLI, *op. cit.*, 246.

Ma questa ricostruzione deve confrontarsi con l'opinione secondo la quale gli atti abdicativi della proprietà immobiliare sarebbero eccezionalmente consentiti soltanto nelle ipotesi previste dalla legge.

13. Atto abdicativo della proprietà e trascrizione.

Il problema, che qui può essere solo accennato, riguarda l'ammissibilità di un atto abdicativo della proprietà immobiliare al di fuori del c.d. "abbandono liberatorio" contemplato in alcune ipotesi (ad esempio, abbandono del fondo servente, art. 1070 c.c.).

In linea generale si ammette che anche i beni immobili possono essere abbandonati, sottolineando peraltro che per effetto dell'abbandono essi non diventano *res nullius*, in quanto saranno devoluti al patrimonio dello Stato *ex art. 827 c.c.*⁴¹.

Più precisamente si ritiene che si possa rinunciare alla proprietà (immobiliare) mediante atto scritto (così come prevede, a pena di nullità, l'art. 1350 n. 5 c.c.) e che tale atto, munito dei requisiti di cui all'art. 2657 c.c., sia soggetto a trascrizione *ex art. 2643 n. 5* stesso codice.

L'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, quindi, non solo è ammissibile, ma è anche trascrivibile.

Questione più delicata è quella di stabilire come detto atto, nella fattispecie dell'usucapione, possa combinarsi in modo che il bene non risulti trasferito allo Stato per effetto della rinuncia da parte del proprietario.

In questo caso, probabilmente, è possibile sostenere che l'effetto acquisitivo in favore del possessore usucapiente si salda, senza soluzione di continuità, con l'effetto abdicativo della medesima proprietà da parte dell'usucapito che, nel rinunciare al diritto, riconosca altresì l'acquisto in capo all'usucapiente.

14. Diversi, possibili contenuti dell'accordo conciliativo in materia di usucapione.

Dalle considerazioni che precedono emerge come la complessità del fenomeno dell'usucapione si riverbera necessariamente nell'ambito del procedimento di mediazione in materia e sulla sua eventuale conclusione che si traduca in un accordo ricognitivo dell'intervenuta usucapione.

Ma occorre prestare particolare attenzione al contenuto *effettivo* di tale ipotizzato accordo conciliativo.

Esso, per le ragioni in precedenza illustrate, può assumere diverso contenuto e, conseguentemente, produrre effetti assai dissimili.

⁴¹ In argomento v. G. DEIANA, *Abbandono (derelictio)*, voce dell'*Enc. Dir.*, Milano, 1958, I, 5 ss., spec. 9.

Da un lato, infatti, il contenuto effettivo di tale accordo conciliativo potrebbe essere riconducibile ad una transazione tra usucapito e usucapiente, ed allora non si porranno soverchi problemi in ordine alla sua trascrivibilità *ex art. 2643 n. 13 cod. civ.* (come del resto ha intuito Trib. Como, 2 febbraio 2012, *cit.*, assumendo peraltro l'efficacia *traslativa* di tale transazione).

L'accordo conciliativo potrebbe, da altro lato, assumere le caratteristiche dell'atto ricognitivo, con efficacia meramente dichiarativa dell'intervenuta usucapione, ed allora si porranno i delicati problemi, in ordine alla sua trascrivibilità, che si è cercato di esaminare nel presente lavoro.

Il verbale di conciliazione, inoltre, potrà contenere un atto di rinuncia alla proprietà da parte dell'usucapito ed una ricognizione dell'avvenuto acquisto in capo all'usucapiente, e potrà allora essere trascritto *ex art. 2643 n. 5 cod. civ.*.

Ma, per converso, l'accordo conciliativo potrebbe specularmente contenere una rinuncia alle pretese da parte del potenziale usucapiente, o una soluzione intermedia quale il riconoscimento di un diritto reale minore in capo a quest'ultimo.

Insomma, potranno configurarsi una varietà di ipotesi rispetto alle quali la soluzione, anche in ordine alla trascrivibilità dell'accordo conciliativo, varierà da caso a caso.

15. Considerazioni conclusive.

Volendo cercare di trarre alcune considerazioni conclusive, può rilevarsi, riprendendo quanto affermato all'inizio, che i problemi sollevati dalla obbligatorietà del tentativo di conciliazione anche con riferimento a controversie in materia di usucapione conseguono alla approssimazione normativa che, sotto varî profili, connota l'impianto del D.Lgs. 28/2012.

Ciò detto, peraltro, occorre confrontarsi con il diritto vivente, che ad oggi, sulla base delle decisioni edite, sembra escludere in radice la trascrivibilità dell'accordo conciliativo *ex art. 11 D.lgs. 28/2012* che accerti la intervenuta usucapione di un immobile (o di un diritto reale minore gravante sul medesimo).

Mentre l'esame della giurisprudenza di legittimità non induce ad ottimismo in ordine alla trascrivibilità di accordi conciliativi nella materia considerata, dal momento che in essa di rinvergono affermazioni secondo le quali *“Dato che – come è noto – il nostro ordinamento non conosce un negozio che consente il riconoscimento da parte del precedente proprietario dell'avvenuta usucapione, è necessario procurarsi un titolo di formazione giudiziale per la trascrizione dell'acquisto sui registri immobiliari”*⁴², diversi segnali, di segno opposto, provengono dalla dottrina e particolarmente interessante si rivela la rivisitazione dell'art. 2645 cod.civ. anche alla luce della interpretazione che di tale disposizione è offerta dalla recente sentenza costituzionale, in precedenza richiamata.

⁴² Cfr. Cass. 2 luglio 2003 n. 10435 in motivazione.

Forse una riflessione ulteriore sui limitati effetti della sentenza dichiarativa dell'usucapione, trascrivibile *ex art.* 2651 c.c. ma solo a scopo di pubblicità – notizia, potrebbe agevolare una soluzione positiva al quesito della trascrivibilità dell'accordo conciliativo nella materia considerata.