

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO,
LIMITE ALL'AUTONOMIA PRIVATA.

SEZIONE PRIMA

POSIZIONE DELLE LINEE DI INDAGINE.

1. Il negozio di accertamento ed il rapporto tra ordinamento e realtà	2
2. Il problema dell'ammissibilità del negozio di accertamento. Origini storiche	7
3. L'incertezza giuridica come presupposto dell'accertamento	20
4. L'autotutela privata diretta all'eliminazione dell'incertezza	22

SEZIONE SECONDA

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO: DELIMITAZIONE DELLA FIGURA

1. Inquadramento normativo	25
1.1. L'accertamento convenzionale e il diritto di famiglia	27
1.2. L'accertamento convenzionale e il diritto ereditario	29
1.3. L'accertamento di precedenti liberalità	34
1.4. L'accertamento di diritti reali	38
1.5. L'accertamento e il diritto delle obbligazioni	40
1.6. L'accertamento e il diritto dei contratti	43
1.7. L'accertamento e le promesse unilaterali	50
1.8. L'accertamento e le prove	53
2. Prime conclusioni	58

SEZIONE TERZA

NEGOZIO DI ACCERTAMENTO E LIMITI ALL'AUTONOMIA PRIVATA

1. Il negozio di accertamento: analisi della sua struttura e dei suoi effetti	61
2. Il negozio di accertamento come escamotage per introdurre nel nostro ordinamento un negozio astratto?	68
3. La funzione del negozio di accertamento	71
4. Atipicità del negozio di accertamento di diritti reali	75
5. Meccanismo di produzione degli effetti	81
6. Autolimiti e vincolatività per il giudice del negozio. Conclusioni.	88

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO

SEZIONE PRIMA

POSIZIONE DELLE LINEE DI INDAGINE

1. Il negozio di accertamento ed il rapporto tra ordinamento e realtà.

Il presente lavoro è volto ad indagare l'area dell'accertamento negoziale, ricerca resa difficile dal fatto che nell'ordinamento giuridico italiano, a differenza di altri ordinamenti, non è rinvenibile una nozione di negozio o contratto di accertamento: per questo motivo l'elaborazione della figura è rimessa interamente alla riflessione giurisprudenziale e dottrinale¹.

Non essendoci definizioni normative, può essere utile partire dall'analisi etimologica del termine "accertamento" che suggerisce che il termine "certo", nel latino *certus*, participio di *cernere*, sta a significare "deliberato, fissato, determinato, certo, non dubbio, vero"; la voce *certare* viene considerata come iterativo di *cernere* originariamente termine del diritto, il quale esprime "cercare di ottenere una decisione, dibattere"².

Possiamo osservare che nel suo significato extra giuridico, la parola accertamento è ambivalente: designa l'atto e il risultato dell'accertare avvinto da un nesso di collegamento tra l'atto e l'effetto della certezza, intesa come modalità della conoscenza. O meglio vi è una linea tra l'atto di accertamento, che tramite l'attività mentale della conoscenza porta ad acquisire il dato certo della cosa oggetto dell'indagine³.

Si cercherà di verificare quale significato assuma questo rapporto sul piano giuridico, avendo cura di sottolineare, sin da ora, che i due momenti dell'atto e dell'effetto attengono a due piani diversi⁴.

¹ La dottrina che si è occupata del negozio di accertamento è vastissima. Per una bibliografia di sintesi si veda: DI PAOLO, "Negozio di accertamento", in *Digesto/civ.*, XII, Torino, 1995, 55. L'autore definisce il negozio di accertamento come "l'atto con il quale le parti vogliono fissare la situazione giuridica preesistente, determinando l'esistenza, il contenuto ed i limiti di un dato rapporto, ovvero l'inesistenza di esso"; FALZEA, voce "Accertamento" (teoria generale), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 209ss; GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, 227ss; ID, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, ma anche Id. "Negozio di accertamento", in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1965; PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958; NICOLO', *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993.

² BATTISTI-ALESSIO, *Dizionario etimologico italiano*, Firenze, 1951.

³ PUGLIATTI, voce "Conoscenza", in *Enc. dir.*, Milano, 1958. La conoscenza può aver luogo e si realizza in quanto la mente concepisce le cose come pensabili e intelligibili, cioè come idee. L'idea è il reale visto nella sua verità. Essa implica un giudizio e questo giudizio non è che l'affermazione della realtà e della verità come essenza e ragione della realtà. Ma la conoscenza non va intesa nel senso staccato e riflesso di ragione puramente teorica, bensì concretamente come lavoro di vita e inerente alla vita.

⁴ FALZEA, voce "Accertamento" (teoria generale), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 209ss. Per l'autore nel suo significato comune l'accertamento denota ogni processo spirituale attivamente orientato verso la situazione spirituale della certezza e precisa che la certezza è un fatto soggettivo, evento o stato della psiche umana, mentre i fenomeni giuridici sono valori giuridici oggettivi che prescindono dal soggetto e operano indipendentemente dalle sue rappresentazioni. Questo dato

L'ipotesi ricostruttiva muove, dunque, dall'idea che l'espressione "negozio di accertamento", risultante dalla combinazione di un elemento generico, espresso dalla parola "negozio", e dalla specificazione "di accertamento", venga utilizzato come strumento per passare da una situazione di incertezza ad una di certezza, da una situazione soggettiva ad una oggettiva, in cui il "negozio di accertamento" costituisce il punto di sintesi tra i due momenti⁵. Tale dato deve essere coordinato con la considerazione che l'attività di accertamento vi sia uno stretto rapporto tra passato e futuro: da un lato il negozio che accerta è destinato al futuro, dall'altro la situazione su cui verte l'accertamento attiene al passato, si può quindi ritenere che nel suo complesso il fenomeno si svolga dal passato verso il futuro⁶.

Detto in altri termini, guardando il fenomeno dell'accertamento dal punto di vista spazio-temporale, è possibile identificare una successione di dichiarazioni delle stesse parti sulla medesima situazione giuridica⁷. Possiamo, dunque, ipotizzare che tali dichiarazioni si susseguano nel tempo, vi sia cioè uno spazio temporale tra l'una e l'altra e con l'atto dell'accertamento le parti "ritornino" sui fatti o sulle situazioni giuridiche passate in quanto l'accertare implica che qualcosa si sia già compiuto dal punto di vista della realtà fenomenica e stia prima.

L'analisi dell'accertamento convenzionale verrà sviluppata alla luce dell'ordinamento giuridico che, come noto, è un sistema convenzionale elaborato per regolare la realtà e si identifica con un insieme di regole, o più precisamente un insieme di norme giuridiche coordinate tra loro⁸. Il sistema normativo è reso estremamente complesso dai vari collegamenti, dalle reciproche integrazioni e talvolta anche dalle ambiguità delle varie regole. Questo non impedisce al sistema di essere completo e coerente con se stesso, non

deve essere correlato con il principio secondo cui il fatto della conoscenza rappresenta un mezzo indispensabile ed obbligato nel processo di realizzazione dei valori giuridici. Vedi altresì PUGLIATTI, in *Scritti Giuridici*, il quale precisa che "i valori giuridici non possono essere condizionati alla conoscenza dei soggetti: essi hanno carattere obiettivo e quindi prescindono dal soggetto conoscente, esistono ed operano indipendentemente dalle sue rappresentazioni. Tuttavia non si può disconoscere che il fatto della conoscenza rappresenta un mezzo indispensabile e obbligato nel processo di realizzazione dei valori giuridici: donde la necessità di risolvere il contrasto tra due esigenze e assicurare la coordinazione armonica dei due principi".

⁵ GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958. L'autore evidenzia che la parola di negozio di accertamento è la traduzione letterale del *Feststellungsgeschäfte* del diritto germanico, nel quale la figura designa il riconoscimento causale, in contrapposto con quello astratto previsto dal § 781 B.G.B e che il termine tedesco *Feststellen* significa "fissare" più che "accertare".

⁶ IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 6 ss. Ha osservato che con il sopravvenire del negozio "il passato si svolge nel futuro": il negozio collega, infatti, il prima ed il dopo ed in virtù del principio di continuità, il negozio si richiama al passato e designa i termini che saranno assunti nell'effetto futuro. "Il negozio collega il prima ed il dopo; s'inquadra nella situazione anteriore (profilo retrospettivo), predisponendo i termini, tra i quali dovrà formarsi la situazione nuova (profilo prospettivo).

⁷ GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 171ss.

⁸ BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 161. Evidenzia che la teoria dell'istituzione ha avuto il merito di mettere in rilievo il fatto che "Si può parlare di diritto soltanto dove vi sia un complesso di norme formanti un ordinamento, e che pertanto il diritto non è norma, ma insieme coordinato di norme, in definitiva che una norma giuridica non si trova mai sola, ma è legata ad altre norme con le quali forma un sistema normativo".

potendosi concepire che in uno stesso ordinamento giuridico esistano norme giuridiche che dettino regole contraddittorie⁹.

Tale complesso di disposizioni, da un lato, è preordinato alla disciplina dei comportamenti umani e delle relazioni sociali, dall'altro si adatta alla realtà, una realtà sempre mutevole e frammentata che si riflette nell'ordinamento. Vi è una forte compenetrazione tra norma giuridica e realtà, nel senso che è inconcepibile una modificazione della realtà, senza che questo si rifletta anche nelle norme giuridiche. In altre parole, accanto al rapporto norma-realtà, esiste anche quello realtà-norma, il quale impone che alcune caratteristiche del mondo reale vengano rispecchiate nel sistema giuridico.

Ogni norma, secondo un modello logico formale, ha una struttura condizionale o ipotetica che viene espressa nella formula "se allora"¹⁰ o detto in altri termini "se A, allora B" che ricollega dati effetti all'accadere di un fatto. Il legislatore non si limita a descrivere connessioni tra fatti ed effetti, ma prende posizione sulla realtà, valuta fatti, situazioni, comportamenti umani e ricollega a questi ultimi le conseguenze, gli effetti. Detto in altri termini la norma disciplina un caso della realtà e istituisce un nesso di collegamento tra il caso e il risultato idoneo a risolvere in una certa direzione certi conflitti di interessi in ordine ai beni della vita¹¹.

⁹ Occorre precisare da subito le premesse metodologiche, attinenti alla funzione dell'ordinamento, con le quali si intende esaminare il problema. Cfr. GHIRONI, *Gli interessi non patrimoniali tra norma giuridica e realtà*, in *Liber Amicorum* per Angelo Luminoso, 2012. Il quale precisa che "Il diritto positivo consiste in un insieme di regole, aventi natura di inferenza, che danno luogo ad un sistema completo e coerente, che presenta cioè le caratteristiche di un sistema logico. Rispetto ai sistemi logici puri, esso si caratterizza per due differenze. In primo luogo, il diritto utilizza il linguaggio naturale e non altri linguaggi simbolici, in particolare l'aritmetica. Tale dato conduce ad escludere la diretta applicazione dei due teoremi di Gödel e deve invece portare a ricondurre la disciplina della materia sotto le indicazioni metodologiche della logica dei predicati. In secondo luogo, l'ordinamento giuridico è rivolto - non alla spiegazione ma - alla regolazione della realtà. In quanto sistema logico, nell'ordinamento giuridico operano i tre principi della logica classica (identità, non contraddizione e terzo escluso) e i tre principi del c.d. rasoio di Occam (*entia, pluralitas e frustra fit*). Tali principi presiedono al funzionamento del sistema congiuntamente, ma in posizione sovraordinata ai principi interpretativi posti dal legislatore nelle preleggi".

¹⁰ FALZEA, voce "Efficacia giuridica", in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1965, 471 ss. "La norma si configura come una proposizione ipotetica o condizionale; e come ogni proposizione condizionale distingue in sé tre componenti logiche: la proposizione condizionante, la proposizione condizionata, il rapporto di condizionalità. Questo è espresso dal connettivo interproposizionale se allora del comune linguaggio".

¹¹ La struttura della norma giuridica è variamente intesa. Non è possibile ripercorrere compiutamente la dogmatica della norma giuridica, si accenna solo al fatto che secondo la concezione dell'imperativismo, che ha caratterizzato le concezioni ottocentesche del positivismo giuridico, il carattere essenziale della norma giuridica è "l'imperatività", non è possibile concepire una norma che non abbia carattere imperativo, sia questo condizionato o incondizionato. Essa definisce il diritto come norma e la norma come comando, cioè manifestazione di volontà espressa in forma imperativa e sostenuta dalla minaccia della sanzione. Il comando (positivo o negativo) è un elemento integrante del diritto. La moderna formulazione si fa risalire al THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951; all'AUSTIN, *La determinazione del campo della teoria del diritto*, 1932; DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1948. Non accoglie, invece, la tradizionale concezione imperativista CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963 il quale vede l'essenza della norma nell'essere una valutazione astratta, un "criterio di valutazione in termini di regolarità", una valutazione che non è quella morale e concreta, ma la cui regolarità si pone "non come un quid che è, ma un quid che deve essere". Su posizioni riconducibili al positivismo giuridico vedi BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, il quale definisce il diritto positivo come "insieme di norme o regole di condotta" viste come proposizioni di tipo prescrittivo, non riconducibili a proposizioni descrittive. La prima difficoltà che incontra l'imperativismo risiede nel fatto che il soggetto che impone il comando non sempre è

La funzione essenziale dell'ordinamento è quella di costruire regole di condotta: la norma giuridica prescrive comportamenti ossia un "dover essere" facendo riferimento al mondo della realtà ossia all'"essere". Non è dato, infatti, rinvenire un "dover essere" che prescinda da come le cose sono nella realtà, pertanto quando il legislatore intende imporre un modello di comportamento deve tener conto di qual è la legge che regola il presupposto di quella relazione nella realtà.

L'ordinamento, in quanto strumento di regolazione della realtà, ha dunque per oggetto fatti, non vi è però un'immediata corrispondenza tra realtà e diritto, ma la disciplina giuridica del reale avviene tramite l'intermediazione di categorie convenzionali. Il negozio giuridico, ed il contratto in particolare è, infatti, una categoria giuridica che presuppone la realtà e serve per collegare il fatto al diritto.

Se l'ordinamento è un sistema convenzionale di regolamentazione della realtà per comprenderlo sarà necessario conoscere i sistemi e le categorie della realtà e sarà compito dell'interprete attribuire un significato al documento rappresentativo di una fonte del diritto. Le norme nascono, infatti, in armonia con i principi vigenti nell'ordinamento in un dato momento storico, ma proprio perché vi è una compenetrazione tra norma e realtà non hanno contenuti e significati fissi e immutabili, ma devono essere integrate dall'attività interpretativa che avrà il compito di colmare lo spazio che esiste tra norma e realtà, definendo in modo univoco la realtà individuata e disciplinata dalla norma¹².

individuabile in una persona fisica, anzi negli ordinamenti moderni la norma è per lo più il risultato di complessi procedimenti che rappresentano una pluralità di volizioni. Inoltre le norme non si rivolgono a soggetti determinati, ma a classi, a soggetti indeterminati, ed anche a soggetti naturalmente incapaci di intendere il comando. La teoria della norma come comando non riesce a descrivere nemmeno le norme permissive e quelle attributive di poteri. Alla concezione imperativa che identifica e confonde l'atto, la disposizione e la norma, che sono visti come un tutt'uno, si oppone allora la concezione della norma come imperativo ipotetico o giudizio ipotetico. Il giudizio in cui consiste la norma non è un giudizio meramente descrittivo, ma prescrittivo o valutativo. Per la norma giuridica come proposizione prescrittiva vedi BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958. Per la teoria della norma come giudizio ipotetico valutativo vedi IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 10ss. Secondo il quale la norma ricollega certi effetti al fatto ipotizzato, proprio in quanto prende posizione verso di esso e non solo lo contempla e descrive, ma lo giudica e lo valuta. La norma opera anche come criterio di valutazione cioè permette di attribuire a fatti e congegni umani una rilevanza, di cui altrimenti sarebbero privi. Si dà conto anche di una moderna teoria che, avvalendosi dei risultati dell'analisi del linguaggio, costruisce la norma come proposizione prescrittiva e dunque come regola direttiva dei comportamenti. Vedi SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1995; BELVEDERE, *Le definizioni nel Codice Civile*, Milano, 1977.

¹² L'interpretazione è il procedimento che ha per oggetto un testo linguistico, una disposizione normativa, e come finalità la determinazione del contenuto prescrittivo del diritto, l'identificazione della norma giuridica, cioè del significato degli enunciati normativi giuridici. L'attività ermeneutica chiarendo qual è il significato degli enunciati astratti del testo normativo individua le norme in esso contenute: è possibile evidenziare una sequenza che dal testo, tramite l'interpretazione, porta alla norma. Il problema teorico e pratico più frequentemente discusso è se l'interpretazione sia attività di mero accertamento nel senso che tra più significati possibili di un testo ne esiste solo uno corretto oppure se sia un'attività di decisione, nel senso che la preferenza per un significato piuttosto che per un altro sia frutto di una scelta. Secondo una prima teoria, sorta intorno alla metà del XVIII secolo, l'interpretazione è un'operazione dichiarativa: si parla a tal proposito di formalismo interpretativo per indicare che ad ogni enunciato normativo, se correttamente interpretato, corrisponde un solo significato normativo, cioè ciascuna disposizione esprimerebbe una sola norma giuridica. Sul versante opposto, le teorie scettiche si fondano sull'idea che ogni individuazione di significato sia in realtà una creazione di un nuovo significato: secondo una variante estrema i testi normativi non avrebbero altro significato che quello scelto dall'interprete, mentre secondo un orientamento moderato ogni testo normativo è suscettibile di esprimere una pluralità di significati, l'interpretazione consisterebbe dunque nella scelta tra uno di essi. La teoria che oggi sembra

Le norme non dovranno solo essere conosciute ed applicate, ma sarà altresì necessario che esse siano elaborate in modo razionale e sicuro mediante un procedimento che eviti l'arbitrarietà nell'interpretazione. Il processo che porta dalla conoscenza, passando per l'interpretazione, all'applicazione ed eventualmente alla critica delle norme giuridiche è reso difficile dal linguaggio che non è quasi mai univoco e per questo il compito fondamentale degli operatori del diritto si sostanzia nel considerare, in primo luogo, la legge sostanziale che governa nella realtà il fatto disciplinato dalla legge giuridica. Il problema fondamentale si concreta nel fatto che la legge giuridica deve regolare "l'essere" attraverso un "dovere essere", ma il "dover essere" non può prescindere dalle leggi dell'"essere". Il secondo passaggio dell'attività ermeneutica si concreta in un procedimento di sussunzione del caso nella regola che presuppone un accertamento dei fatti che compongono la fattispecie¹³.

Il compito di accertare tale realtà è proprio del potere giurisdizionale, mentre non sempre è stata accettata l'idea che tale potere spettasse anche ai privati ed è proprio questo il punto di emersione del negozio di accertamento che si andrà a sviluppare nel proseguo della ricerca.

Compiendo una riflessione circa un parallelismo sulla funzione dei due istituti, pur senza dimenticare le differenze, di struttura e di effetti, sotto il profilo che più propriamente interessa la nostra analisi, nell'ambito del giudizio di cognizione, rivestono particolare importanza le sentenze di mero accertamento, ovvero quelle sentenze in cui l'attributo "mero" sta a significare che la funzione di accertamento, caratteristica in generale dell'attività giurisdizionale di cognizione, si presenta senza la sovrapposizione di altre funzioni. La sentenza di mero accertamento costituisce lo strumento offerto dall'ordinamento per sostituire l'incertezza obiettiva con la certezza obiettiva¹⁴. Il giudice si limiterà, quindi, a dichiarare l'esistenza o la non esistenza di un diritto; dovrà accertare i fatti come gli vengono allegati dalle parti, e dovrà poi applicare ad essi la regola di diritto e ciò accade poiché l'attore che la invoca non lamenta la violazione di un diritto, ma solo la sua contestazione. Si osserva che anche il negozio di accertamento si inserisce in una situazione di incertezza, più precisamente serve a conoscere i fatti e ad applicare le norme.

prevalere ravvisa nell'interpretazione entrambi gli aspetti osservando che le espressioni linguistiche hanno normalmente un nucleo certo di significato che l'interprete può comprendere e descrivere, a cui si accompagnano aree di vaghezza o incertezza, a proposito delle quali l'interprete deve operare delle scelte. Ne consegue che il significato degli enunciati giuridici viene in parte riconosciuto e in parte ricreato nella singola istanza interpretativa. Per una ricostruzione delle teorie sull'interpretazione si veda GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004; JORI-PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995.

¹³ L'interprete dovrà in primo luogo far riferimento ai principi fissati nell'art. 12 delle Preleggi secondo il quale: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore".

¹⁴ GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, 227ss l'autore precisa che: "se è vero che il processo-o meglio quel tipo di processo che si denomina di "accertamento"- è diretto a ricercare la verità dei fatti, al fine di applicare le norme di diritto ad essi pertinenti, non è men vero che la "certezza" o "verità" che deriva dal giudicato è un concetto eminentemente relativo".

Lo studio muove dall'ipotesi che l'ordinamento, per regolare lo svolgimento di ogni attività umana non riconosca solo strumenti di certezza pubblica, primo fra tutti la sentenza, ma che anche i privati possano stipulare negozi diretti funzionalmente al raggiungimento della certezza in ordine a determinati rapporti giuridici. Così, mentre sul piano processuale la nozione di incertezza può essere rapportata alla sentenza di accertamento che ha la funzione di dichiarare, da un lato, la realtà dei fatti e, dall'altro, la regola di diritto che ad essi si applica, invece sul piano sostanziale l'incertezza può essere rapportata al negozio di accertamento.

2. Il problema dell'ammissibilità del negozio di accertamento. Origini storiche

L'elaborazione dottrinale sul tema del negozio di accertamento è talmente ampia e tormentata che è sembrata quasi "un'ironia della sorte" che un negozio destinato a rimuovere l'incertezza sia fonte di tante incertezze¹⁵. Emerge a tal proposito l'importanza dell'indagine storica al fine di sottolineare, nei vari passaggi dell'evoluzione della categoria, le differenti ricostruzioni dell'ordinamento ad essa sottese.

Non è in discussione che la nostra dottrina riprenda un concetto già noto nelle fonti antiche, ciò che però non risulta ben definito è la fissazione in ambito giuridico della struttura e dell'efficacia del negozio di accertamento.

Occorre preliminarmente dar conto del fatto che il sorgere del negozio di accertamento può essere rinvenuto nel sistema del Savigny ove venne inquadrato nella teoria degli equivalenti processuali. L'illustre autore ha avuto cura di individuare la categoria dei "surrogati della sentenza" in cui vengono fatti rientrare i due istituti della confessione e del giuramento, cioè gli atti con cui può avvenire l'eliminazione di una lite in via privatistica. L'autore osserva che l'equipollente della sentenza si riscontra solo quando effettivamente si ottiene la decisione di una controversia, benché a tale risultato si arrivi senza una sentenza del giudice. Da tali atti sono tenuti distinti quegli atti che producono sempre l'effetto di eliminare una lite, non mediante la decisione, ma dirimendo la lite stessa in forza di una trasformazione. Vengono fatti rientrare in tale categoria la transazione, la remissione o rinuncia, il compromesso, caratterizzati dal fatto che mediante lo strumento contrattuale si costituisce un nuovo rapporto giuridico al posto di quello controverso¹⁶.

¹⁵ PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, p. 125. L'autore osserva che in tema di negozio di accertamento "tutto è stato messo in forse e in discussione, non escluso quello che è stato scritto contro l'ammissibilità dell'accertamento negoziale".

¹⁶ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (traduzione di Scialoia), Torino, 1886, VII, 7ss. " già di sopra si è accennato alla natura di alcuni istituti giuridici che possono tenere il luogo della sentenza e quindi renderla superflua. Il concetto di tale surrogato si riscontra però solo quando effettivamente si ottiene la decisione di una controversia, benché per altra via che per la sentenza del giudice".

Si nota come alle sue origini il concetto viene sviluppato in ambito processuale in quanto il presupposto dell'accertamento è rinvenuto nell'eliminazione della lite, ponendosi l'accento sul concetto di accertamento come giudizio o, detto in altri termini, come surrogato della sentenza.

L'intuizione dell'accertamento negoziale come surrogato della sentenza venne successivamente sviluppata, sul piano sostanziale, dalla dottrina tedesca che ha riconosciuto ai privati, titolari di un rapporto incerto e controverso, uno strumento che consentisse loro di provare il proprio diritto davanti al giudice evitando l'eventuale ingiustizia di un accertamento giudiziale¹⁷. Si giunge a ritenere che il contratto di riconoscimento, svincolato della causa, crei una fonte autonoma di obbligazione: tale tesi verrà accolta dal § 781 B.G.B. in cui si afferma il riconoscimento astratto di debito quale fonte autonoma di obbligazione, indipendentemente dal precedente rapporto.

Il *Feststellungsgeschäft* venne così costruito dalla dottrina successiva come atto stragiudiziale, espressione dell'autonomia dei privati, volto ad uno scopo diverso da quello normale e cioè diretto alla sostituzione di rapporti giuridici incerti con rapporti giuridici certi o alla messa fuori contestazione del rapporto contestato. L'elaborazione tedesca ha tentato di dimostrare l'esistenza di una categoria di negozi privati diretti ad una funzione economica particolare, più precisamente alla creazione della certezza giuridica. Invero, si è ritenuto che, accanto alla funzione dei negozi giuridici volta ad operare uno spostamento della titolarità di un diritto da un soggetto ad un altro, quindi uno scopo attributivo giustificato dalle cause "credendi", "donandi" e "solvendi", il negozio possa avere una causa diversa o, meglio, che i privati perseguano uno scopo di accertamento (*Feststellungszweck*) della situazione preesistente¹⁸.

Gli studi degli autori tedeschi hanno esercitato una notevole influenza sul pensiero giuridico italiano, nonostante le notevoli differenze che corrono tra i due sistemi normativi, primo fra tutti il fatto che la figura del negozio di accertamento risulta sconosciuta al nostro codice civile contrariamente al B.G.B. tedesco, imperniato sulla categoria concettuale del negozio giuridico. La sorte del negozio di accertamento risulta inevitabilmente collegata alla teoria del negozio giuridico e tutta la speculazione della dottrina italiana riflette gli alti e bassi della categoria.

L'ingresso del tema in Italia si colloca nel secondo decennio del secolo scorso ed è legato al rapporto tra dichiarazione di volontà e successiva documentazione di questa. Il tema è veicolato dalla problematica del documento: mentre inizialmente, sulla scorta della

¹⁷ BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Leipzig, 1894, 129ss.

¹⁸ BEKKER, *System des Heutigen Pandektenrechts*, II B., Weimar, 1889, 240ss; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, (traduzione di Fadda e Bensa), Torino, 1925, 593ss; RUMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, I, in Arch. Fur die Civilistische Praxis, vol. 97, 1905, 290; PAGENSTECHE, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, 1905, 94.

dottrina tedesca, il fenomeno dei privati che, concluso un contratto oralmente, lo riproducono in forma scritta in un momento cronologicamente successivo, o perfezionato un contratto a mezzo di scrittura privata, lo ripetono per atto pubblico, veniva ricondotto allo scopo perseguito dalle parti di procurarsi un mezzo di prova più facilmente esperibile in un eventuale processo, successivamente si inizia a parlare di negozio di accertamento, non più come semplice mezzo di prova, ma come mezzo di creazione di certezza giuridica¹⁹.

La riflessione sul concetto di negozio di accertamento, oltre a quello indicato, è venuta in contatto con numerosi altri settori tra i quali, come si avrà modo di precisare nel corso della ricerca, la transazione dalla quale ha ereditato principalmente la questione relativa all'eliminazione della lite²⁰, la divisione alla quale si è fatto riferimento per spiegare la natura dichiarativa dell'accertamento²¹, con gli arbitrati liberi o irrituali quali mezzi di eliminazione privata di situazioni giuridiche incerte²², con i titoli di credito²³, nonché con il riconoscimento²⁴ e con la confessione²⁵.

Nonostante la ricca elaborazione dottrinale, le problematiche sottese alla figura del negozio di accertamento non possono ritenersi giunte ad un punto di arrivo. Lo stato della questione può essere ricostruito identificando principalmente due schieramenti contrapposti, all'interno dei quali si possono ulteriormente individuare ricostruzioni sostanzialistiche e processualistiche.

Secondo una prima impostazione, che potremmo definire negatrice e tradizionale, il negozio di accertamento non avrebbe alcuna rilevanza giuridica nel nostro ordinamento perché figura intrinsecamente contraddittoria.

Vi sarebbe un'impossibilità logica che il privato, mediante un negozio giuridico, inteso come atto di volontà, svolga un accertamento storico su una situazione della realtà

¹⁹ MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, 404ss; SEGRE', *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1926; CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925; CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942; Id., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940; Id., *Documento ricognitivo o rinnovativo*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1942; Id., *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942.

²⁰ SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 4ss; Id., *Nozione della Transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956; CARRESI, *La transazione*, Torino, 1966, §43ss.

²¹ MESSINEO, *Manuale il diritto civile e commerciale*, Milano; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione*, in *Comm. al cod. civ.*, Torino, 1980; MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. VI, Torino, 1975.

²² ASCARELLI, *Arbitri e ed arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Rivista diritto e procedura civile*, 1929. L'autore rileva che gli arbitratori sono terzi soggetti, dotati degli stessi poteri che avrebbero sul punto i privati e designati da questi ad emettere un giudizio generalmente definito di equità, sul fatto controverso. Questa pronuncia, producendo efficacia immediata tra le parti, analogamente ad una convenzione tra le stesse, è un negozio di accertamento

²³ ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932. L'autore considera i titoli di credito causali negozi di accertamento: se i titoli di credito contengono l'indicazione del rapporto sottostante si avrebbero più negozi ed in particolare, quello fondamentale e quello cartolare. Quest'ultimo può essere qualificato come negozio di accertamento perché accerta i diritti derivanti dal contratto originario e perciò sarebbe dotato di funzione dichiarativa.

²⁴ GRAZIANI, *Sugli effetti del riconoscimento di debito*, in *Giur. It.*, 1975; Id., *Riconoscimento di diritti reali*, Padova, 1979; CARBONE, *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977.

²⁵ FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993.

preesistente. Solo il giudice, in quanto “bocca della legge”, potrebbe riscontare la realtà dei fatti già verificati e trasporli in una sentenza che produrrà l’efficacia dichiarativa del giudicato; invece, i soggetti diversi dal giudice sarebbero autorizzati dall’ordinamento solo a porre in essere negozi giuridici, cioè “atti di volontà” che producono l’effetto di costituire, regolare o estinguere un vincolo giuridico. L’accertamento sarebbe l’effetto di un atto di volontà che come tale esiste solo dal momento che si manifesta la volontà stessa, ne consegue, secondo la tesi in esame, che la volontà attuale non può produrre un effetto per il passato perché non si può volere un qualcosa che è già accaduto. Non sarebbe razionale desumere che il negozio di accertamento produca gli stessi effetti della sentenza, la sola che possa avere effetti dichiarativi e retroattivi²⁶.

Altri autori sottolineano l’antagonismo tra il potere di disporre, proprio dell’autonomia privata, ed il potere di accertare, riservato solo al giudice, evidenziando la diversità di struttura del negozio con la funzione dell’accertamento: il negozio tende funzionalmente a modificare la situazione giuridica a cui si riferisce, esso dispone e perciò non può accertare. I privati mediante il negozio giuridico hanno, infatti, il potere di definire l’assetto dei propri interessi, ma non possono valersi di questo strumento per accertare quale fosse la sistemazione in atto²⁷.

All’interno di questa impostazione vi è poi chi, ancora più radicalmente, nega l’ammissibilità del negozio di accertamento ritenendo che il problema involga un diverso piano cioè quello della prova legale. Gli argomenti dell’accertamento atterrebbero alla materia processuale, come attiene al processo il tema della prova, così l’accertamento si

²⁶ LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, 1932, 274ss. L’autore distingue da un lato l’accertamento in senso storico, inteso come “atto intellettuale”, che significherebbe indagare e verificare la realtà dei fatti avvenuti nel passato e sarebbe irrilevante per il diritto; dall’altro l’accertamento in senso giuridico, inteso come “atto di volontà” che sostituisce una situazione certa a una incerta, rilevante giuridicamente. Partendo da questo dato l’autore confronta la sentenza di accertamento ed il negozio di accertamento evidenziando la differenza di effetti: mentre la sentenza ha “efficacia dichiarativa” ciò è escluso per il negozio. Questo è giustificato con il fatto che il giudice, in quanto “voce che manifesta la volontà della legge” può considerare il rapporto sottoposto al suo esame anche se avvenuto in un momento passato. La sentenza sebbene sia fondata su un accertamento storico ha quindi valore per il diritto per “l’atto di volontà” che è in essa contenuto e che è la volontà stessa della legge manifestata dal giudice, mentre nell’accertamento compiuto da un privato l’“atto intellettuale” non può avere rilevanza giuridica. L’autore nella sua ricostruzione si rifà alla tesi del CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 340. Il quale riguardo all’accertamento dei fatti che deriva dal giudicato ha osservato che “I fatti rimangono quelli che furono, né l’ordinamento giuridico pretende che siano considerati veri quelli che il giudice ritenne come base della sua decisione; esso anzi non si cura affatto di sapere come andarono realmente le cose, e si disinteressa completamente dei possibili errori logici del giudice, ma si limita ad affermare che la volontà della legge nel caso concreto è ciò che il giudice afferma essere la volontà della legge”. *Contra* FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993, secondo il quale il significato giuridico di accertare non è diverso dal suo significato storico, accertare anche in senso tecnico giuridico significherebbe compiere un’attività intellettuale, manifestare o comunicare una notizia, una constatazione, un apprezzamento, esprimere una valutazione o un giudizio di verità: non compiere un atto di volontà, che non sia anche come nel caso della sentenza un atto di autorità e insieme di giudizio.

²⁷ SANTORO-PASSARELLI, *L’accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 4ss. L’autore rileva che è il concetto stesso di autonomia privata che impedisce di considerare ammissibile il negozio di accertamento “la struttura del negozio come comando, destinato a valere per sé, impedisce di riconoscergli accanto alla funzione dispositiva che gli è propria, una funzione dichiarativa o di semplice accertamento”.

risolverebbe nella figura della confessione stragiudiziale, cioè una dichiarazione resa dalla parte fuori dal giudizio sulla verità dei fatti di causa²⁸.

In tale ambito si pone il pensiero di chi rileva che, mentre il negozio è una manifestazione dell'autonomia del volere, un atto di disposizione per l'avvenire, invece l'accertamento stragiudiziale è una manifestazione del pensiero, un atto di rappresentazione. Emerge allora un dilemma che non sembra consentire vie di mezzo: "o negozio, o accertamento; o disposizione, o rappresentazione; o volontà o conoscenza", ma non sarebbe consentito qualificare un negozio "di accertamento", perché "disposizione mediante rappresentazione, volontà normativa attuata attraverso dichiarazione di scienza", sarebbero tutte espressioni contraddittorie, i cui termini reagiscono negativamente gli uni sugli altri. Da ciò si fa derivare che l'accertamento stragiudiziale non può essere considerato un negozio, manifestazione della volontà, cioè un atto dispositivo diretto al futuro, ma piuttosto un atto dichiarativo da inquadrarsi nella categoria degli atti giuridici in senso stretto, non negoziali. Tale collocazione sarebbe giustificata dal fatto che non si potrebbe parlare di negozio di accertamento, ma tutt'al più di dichiarazioni rappresentative o di scienza che contengono una constatazione, un'affermazione con riferimento ad un'epoca passata o presente e non si sostanziano, invece, in un precetto della volontà rivolto a regolare dati interessi privati per il futuro²⁹.

Sul versante opposto al filone che abbiamo definito tradizionale ed originario, possiamo individuare la tesi dottrinali e giurisprudenziali, ormai prevalenti, che ritengono ammissibile il negozio *de quo* nel nostro ordinamento.

Occorre però porre in evidenza che non vi è uniformità di vedute, non solo per ciò che riguarda i risultati, ma anche per ciò che riguarda i presupposti ed i limiti della figura. Il ricorrente interesse per l'istituto oggetto della presente ricerca, ma anche le discordanti interpretazioni, derivano dal fatto che, come si sta cercando di mettere in evidenza, il

²⁸ I rapporti tra confessione stragiudiziale e negozio di accertamento saranno analizzati in seguito. Per ora si accenna solo al fatto che il legislatore nella disciplina della confessione prenda atto della coincidenza delle conseguenze pratiche prodotte dalla confessione rispetto a quelle della dichiarazione negoziale, ciò peraltro non deve indurre a ritenere che la dichiarazione confessoria sia stata considerata come un negozio giuridico. Tale sarebbe solo nell'ipotesi in cui la dichiarazione producesse immediatamente i suoi effetti sul piano sostanziale, mentre gli effetti si producono soltanto attraverso la pronuncia del giudice, che, per quanto vincolata, attesa la natura di prova legale della confessione, si frappone tra la dichiarazione confessoria e la disposizione del diritto. Ne deriva che la confessione non è dichiarazione di volontà, ma di scienza perché, nonostante il legislatore ne disciplini le conseguenze indirette, che sono in pratica assimilabili a quelle di una dichiarazione di volontà, rimane soltanto uno strumento di convincimento del giudice, ossia una prova. Anche la dichiarazione confessoria deve essere consapevolmente voluta, ma con una volontà che concerne la dichiarazione, non i suoi effetti. Cfr. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Torino, 2009, 158ss.

²⁹ FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993, 34ss. L'autore rileva che c'è un'impossibilità logica ispirata al profilo di giustizia che un soggetto possa esprimere un giudizio giuridico vincolante rispetto in ordine ad interessi che lo riguardano, rispetto ad un rapporto in esso è parte. "Nessuno può essere giudice in casa propria né dentro il processo né fuori di esso". In forza della posizione del giudice si spiega l'"essenza di giuridicità" del suo atto cioè della sentenza che è volontà concreta della legge provvista di sanzione: da ciò deriva l'imposizione di tale volontà alle parti. La sentenza è dunque "atto di giustizia" riparatorio contro un atto lesivo del diritto, il negozio invece è atto di libertà.

negozio di accertamento può collocarsi ai confini tra il diritto sostanziale ed il diritto processuale, tra attività negoziale e attività probatoria, tra dichiarazione negoziale e dichiarazione di scienza.

Nella dogmatica che potremo definire sostanziale possiamo individuare diversi orientamenti tanto da renderne difficile la riduzione ad unità. Cercando di semplificare, per quanto possibile, si può indentificare la tesi di chi³⁰ fa coincidere l'accertamento con la figura del riconoscimento negoziale che si caratterizza per la presenza di tre elementi essenziali. In particolare, è possibile individuare una funzione di accertamento essenzialmente dichiarativa, un contenuto obbligatorio che pone le parti in una situazione nuova rispetto alla preesistente, ed un oggetto che si sostanzia nel rapporto riconosciuto. L'autore precisa che il negozio di riconoscimento, sinonimo di accertamento, ha una funzione di carattere dichiarativo perché opera sul rapporto originario senza modificarlo. La funzione, quindi lascia immutata la situazione giuridica preesistente, ossia non modifica i rapporti giuridici riconosciuti, che vengono solo accertati. Il contenuto del negozio avrebbe, invece, carattere costitutivo perché alla concreta situazione preesistente si aggiunge un elemento ulteriore e cioè l'obbligo che vincola le parti ad intendere il rapporto così come è stato da esse fissato. L'assunzione di quest'obbligo forma il contenuto proprio del riconoscimento e ne giustifica la qualificazione negoziale. Il rapporto originario non individua il contenuto del negozio di riconoscimento, ma rappresenta solo l'oggetto del negozio, più precisamente il bene dedotto in obbligazione.

Si ricostruisce, quindi, un istituto con struttura costitutiva in cui le parti assumono l'obbligo di intendere come decisiva per l'avvenire la configurazione che esse stesse hanno dato al rapporto originario, e funzione dichiarativa perché il riconoscimento non porta ad uno spostamento della situazione preesistente. Non potrebbe costituirsi un contratto che abbia meramente struttura dichiarativa senza alcuna efficacia obbligatoria: il

³⁰ NICOLO', *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 394ss, con tale ricostruzione l'autore intende risolvere il contrasto tra la dottrina che afferma il carattere dichiarativo del riconoscimento e quella che afferma il carattere costitutivo, ipotizzando che non sia inconciliabile una struttura costitutiva con la funzione dichiarativa e precisando che "il riconoscimento causale, per la funzione propria (accertamento), non pone in essere, come il riconoscimento astratto, un nuovo rapporto obbligatorio dal contenuto economico identico a quello originario, ma pone in essere un rapporto di contenuto diverso che consiste nell'obbligo reciproco che le parti assumono, di attribuire al rapporto preesistente il significato e la configurazione su cui hanno raggiunto l'accordo". L'autore per dimostrare che il riconoscimento, per il contenuto e per la funzione che esplica, deve considerarsi, non come una nuova fonte negoziale del rapporto giuridico preesistente, ma come un negozio ausiliario, che si giustappone e si sovrappone al negozio originario coesistendo con esso, distingue un piano statico da un piano dinamico. L'obbligo che vincola le parti a considerare il rapporto preesistente così come l'hanno fissato "si manifesta nel suo atteggiamento statico finché in tale atteggiamento rimane il rapporto preesistente; si rivela nel suo atteggiamento dinamico (come pretesa di adempimento) quando il rapporto preesistente deve esaurirsi attraverso l'adempimento dell'obbligo che ne costituisce il contenuto". Tra i due negozi, quello originario e quello ausiliario, e quindi tra i due piani, statico e dinamico, vi è un elemento comune cioè "il rapporto giuridico che costituisce il contenuto del primo, rappresenta l'oggetto del secondo; il che giustifica la permanenza in vita non solo del rapporto ma anche del negozio originario e dimostra la completa possibilità di coesistenza dei due negozi, dimostra cioè che il riconoscimento va inquadrato, ove si tenga presente il problema generale della riproduzione del negozio, nella categoria dei negozi non risolutivi".

riconoscimento è dunque un contratto innominato che si caratterizza perché la funzione dichiarativa si realizza attraverso la costituzione di un obbligo che consiste nel dovere, per le parti, di tener ferma la configurazione dei rapporti originari. Le parti sentono l'esigenza di accertare l'esistenza ed il contenuto di un dato rapporto fra loro preesistente obbligandosi a rispettarlo per l'avvenire o a considerarlo come se sia esistito, nel modo da esse convenuto, fin dal momento in cui il rapporto è sorto.

L'autore configura, dunque, il riconoscimento come un negozio di secondo grado in cui l'obbligo assunto dalle parti di considerare il rapporto preesistente come risulta dalla seconda dichiarazione può operare anche retroattivamente limitatamente ai rapporti interni tra le parti. Se, tuttavia, il riconoscimento incide sulla sfera di soggetti terzi, estranei al contratto, si applica il principio generale secondo cui il contratto fa stato solo per l'avvenire, dal momento cioè in cui è stato concluso e, pertanto, il riconoscimento non può che operare *ex nunc*, escludendosi che abbia un'efficacia retroattiva³¹.

Sotto un diverso profilo di indagine è stato messo in rilievo che il negozio di accertamento è uno strumento volto ad eliminare l'incertezza e si caratterizza, sotto il profilo strutturale, per la circostanza che il bene sul quale è destinato ad operare è costituito da una situazione giuridica, incerta appunto, preesistente all'accertamento effettuato dalle parti. Il negozio in esame, non solo deve operare sulla situazione preesistente, ma deve avere proprio questa come oggetto immediato: più precisamente la funzione, intesa come lo scopo pratico che le parti hanno di mira nel porlo in essere, consiste nel *fissare*, come esistente o come inesistente, la situazione preesistente nel senso voluto dalle parti. Il contenuto della situazione preesistente ed incerta viene determinato nel senso voluto dalle parti³².

Secondo tale ricostruzione nella struttura del negozio di accertamento è possibile identificare due momenti: uno preliminare consistente nell'atto intellettuale del soggetto che valuta la situazione preesistente, ed uno finale in cui il soggetto dichiara che la situazione è nel modo da lui fissato. La funzione del negozio non può esaurirsi nel primo momento che consiste nel chiarire la situazione preesistente, nel togliere i dubbi che esistono su di essa, ma si sostanzia nel fissare il contenuto della situazione. Sul piano del

³¹ NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980. Evidenza che sebbene il riconoscimento abbia, come la sentenza, una funzione dichiarativa non sia possibile ammettere un'efficacia retroattiva reale, ma solo obbligatoria evidenziando così che solo per la sentenza si possa parlare di accertamento in senso stretto inteso come attività che non aggiunge nulla alla situazione giuridica preesistente. Le parti se vogliono che la loro attività rilevi per il diritto devono operare con lo strumento dell'obbligo, che opera necessariamente *ex nunc*, mentre solo il giudice, per la sua posizione di imparzialità con la situazione preesistente, potrà operare un accertamento in senso stretto.

³² GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 33ss. Osserva che il negozio di accertamento rientra nella categoria dei negozi di secondo grado perché la sua caratteristica strutturale si sostanzia nell'incidere una situazione giuridica preesistente. Tuttavia l'autore ritiene che questa qualifica costituisca solo un rilievo descrittivo della funzione, e non abbia un'importanza nella ricostruzione dell'istituto perché il dato essenziale consisterebbe nel determinare *come* il negozio incide sulla situazione preesistente.

diritto rileva, dunque, solo il secondo momento, perché determinando qual è secondo le parti il contenuto della situazione preesistente, si evitano future contestazioni.

L'autore osserva che il negozio, anche se ha una struttura costitutiva, non ha necessariamente una funzione dispositiva, perché non è detto che apporti un mutamento alla situazione preesistente. L'accertamento può avere uno scopo dichiarativo di una situazione preesistente che deve essere raggiunto mediante un comando. Il negozio giuridico per la sua struttura di comando, pur non operando sulla situazione modificandola, deve apportare alla situazione preesistente qualcosa di nuovo: novità che viene individuata, dalla teoria in esame, nella certezza. Conclusivamente si ammette che la funzione normale del negozio possa essere dichiarativa che nulla aggiunge e nulla toglie al contenuto della precedente situazione giuridica e non si ritiene incompatibile che tale funzione sia raggiunta attraverso la struttura costitutiva del negozio.

Il negozio di accertamento, secondo la teoria in esame, può adempiere la sua funzione se ad esso si attribuiscono gli effetti propri dei negozi con efficacia reale e ciò perché gli effetti che nascono dal negozio consistono nell'immediato mutamento della situazione giuridica preesistente, nel senso corrispondente all'intento delle parti. Corollario dell'efficacia immediata che il negozio di accertamento spiega sulla situazione preesistente è, altresì, la retroattività degli effetti. L'efficacia retroattiva è intesa nel senso che l'efficacia del negozio si produce nel momento del suo sorgere, ma si riverbera immediatamente sulla situazione preesistente, cioè sugli effetti che formano il contenuto di essa e che sono determinati, fissati dal nuovo negozio³³.

Menzione merita, inoltre, un ulteriore orientamento secondo il quale l'accertamento avrebbe efficacia innovativa precludendo alle parti la possibilità di contestazioni che possono derivare dal rapporto accertato. Si argomenta che l'accertamento avrebbe ad oggetto solo situazioni giuridiche, non fatti e l'unico modo che le parti avrebbero per eliminare l'incertezza sarebbe quello di incidere sul rapporto preesistente per renderlo certo. Accertare, in questo senso, vorrebbe dire sostituire con un atto di volontà una determinata situazione giuridica a un'altra precedentemente incerta. L'istituto in esame viene configurato come un negozio giuridico, necessariamente bilaterale, avente natura

³³ GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 107. L'autore spiega la natura giuridica del negozio distinguendo la struttura costitutiva del negozio stesso, dalla funzione dichiarativa ricalcando in questo la ricostruzione del NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, già in *Annali*, 1934, ma mentre quest'ultimo autore ritiene che i contratti debbano produrre necessariamente effetti obbligatori ed individua l'elemento di novità nel sorgere di un obbligo per le parti, il Giorgianni individua l'elemento di novità prodotto dal negozio nella situazione di certezza, novità riguardante l'efficacia del diritto, che quindi non modifica la situazione preesistente. L'autore esclude che assegnando al negozio la funzione di fissare il contenuto della situazione preesistente si arrivi ad una modificazione del fatto reale perché la funzione consiste solo nel rendere certa la situazione e quando si passa da una situazione giuridica incerta ad una certa si ha solo una modificazione dal punto di vista pratico nelle posizioni dei rapporti tra i soggetti, ma non sul piano giuridico. L'incertezza deve essere considerata come uno stato patologico della situazione giuridica, eliminato il quale questa continua a svolgere normalmente la sua funzione.

costitutiva, poiché pone in essere un comando diretto a costituire una situazione certa, ed è assimilabile alla sentenza nei risultati empirici³⁴.

Sul versante che, più sopra, abbiamo definito processualista assume importanza la tesi di chi³⁵ istituisce un parallelismo tra la sentenza, che non è soltanto dichiarativa, ma può avere anche carattere dispositivo, ed il contratto, che non è unicamente dispositivo, ma può anche avere carattere dichiarativo. Questo ragionamento viene dimostrato facendo ricorso al principio dell'equivalenza tra la composizione processuale e la composizione contrattuale della lite. La sentenza, dal punto di vista logico, ha la struttura di un giudizio più un comando, il giudizio è il *prius* ed il comando il *posterius*: il diritto attribuisce efficacia obbligatoria, cioè di comando, al giudizio. Giudizio e comando sono, quindi, propri della sentenza che risolve la lite giudicando della ragione o del torto ed imponendo un comportamento. Il negozio di accertamento, così come la sentenza, avrebbe la funzione risolutiva della lite, sia essa presente o futura, ma si tratterebbe di una risoluzione anticipata: i contraenti sostituiscono cioè alla decisione processuale un giudizio ed un comando che sono espressione della loro libertà negoziale.

Emerge, dunque, che sia le teorie che ammettono sia quelle che negano l'accertamento negoziale, sia quelle che affrontano il problema dal lato sostanziale sia quelle che lo affrontano in una prospettiva processualistica, ruotano attorno a quello che è stato definito come il "paradosso dell'efficacia dichiarativa". Attribuendo ad un fatto giuridico efficacia dichiarativa si rischia di incorrere nella contraddizione che un fatto, non produttivo di alcuna innovazione nella realtà giuridica preesistente e che mantiene inalterata la situazione giuridica su cui incide sia, come tale, irrilevante per l'ordinamento giuridico, in quanto, per definizione, un fatto giuridicamente irrilevante è quello che non produce alcuna novità nel mondo del diritto³⁶.

³⁴ CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, 92 "le parti, mostrando di accertare, vogliono in sostanza modificare i rapporti originari secondo un apprezzamento che esse sono riuscite a concordare. Invece di negozio di accertamento si dovrebbe parlare di negozio modificativo di accertamento". "il negozio di accertamento, come strumento dispositivo, adempie una sua funzione fisiologica solo se immuti la situazione preesistente, conformandola ad un progetto certo, mentre risulta del tutto inutile, se per mero caso il suo contenuto venga a coincidere con la situazione preesistente, di cui si aveva una nozione approssimativa e problematica". Ed anche Id. "Negozio di accertamento", in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1965, 201ss "l'attività dei privati nella fissazione non modificativa della situazione giuridica si esaurisce quindi in scambievoli dichiarazioni confessorie, che precostituiscono la prova normalmente decisiva delle ragioni, che fanno valere in giudizio. Con la stipulazione dei negozi di accertamento, i privati intendono andare ben oltre e vincolare l'apprezzamento del giudice anche nella valutazione degli stessi effetti giuridici: essi non intendono realizzare una giustizia, che a loro stessi sfugge, ma raggiungere la certezza che, se vi saranno contestazioni, la pronuncia del giudice non potrà discostarsi dall'interpretazione concordata dei reciproci rapporti. La loro attività riguarda il futuro, non il passato, i diritti e gli obblighi rispettivi e non i fatti e, poiché perseguono il bene della certezza a detrimento della stessa giustizia, il loro intento può essere realizzato esclusivamente attraverso la conformazione della realtà giuridica alle loro decisioni, cioè innovando sulla situazione originaria".

³⁵ CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, 3ss.

³⁶ FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, 494. "Un fatto che non produce alcuna innovazione nello stato giuridico preesistente e che ha come specifico ufficio quello di mantenere inalterata la situazione giuridica su cui incide, in che cosa riesce a distinguersi da un qualsiasi fatto giuridicamente irrilevante, se per definizione fatto giuridicamente irrilevante è quello che non produce alcuna novità nel mondo del diritto?" L'autore ha così posto in rilievo che il paradosso è solo apparente perché nel nostro ordinamento alle trasformazioni esterne tipiche degli atti

Una diversa ricostruzione dogmatica, al fine di superare tale paradosso, ha ritenuto di configurare un'efficacia preclusiva ovvero "ambivalente", insieme costitutiva e dichiarativa, in cui la situazione giuridica che la norma collega al fatto sorge indipendentemente dalla conformità o difformità della situazione giuridica preesistente. I fatti giuridici da cui derivano queste trasformazioni sono configurati dalla norma in modo tale che "prescindono" dalle situazioni giuridiche preesistenti e precludono, già sul piano sostanziale, ogni ulteriore effetto, rendendo irrilevante per il diritto la contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata, sulla base della sua validità storico-giuridica. Il fatto preclusivo, dunque, non rende irrilevante il passato giuridico, ma quando un fatto preclusivo fonda la validità dell'effetto è irrilevante che la situazione giuridica statuita dalla norma diverga dalla situazione preesistente o sia conforme ad essa.

Tra i fatti preclusivi particolare importanza acquistano i fatti di accertamento: si ritiene che tali fatti siano la risultante di un processo che, muovendo da una situazione iniziale di oggettiva incertezza, porta ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva mediante un'attività di chiarificazione della realtà. Nel fatto di accertamento si verifica una deviazione tra l'efficacia tendenzialmente indicata dalla struttura dell'atto, detta di conservazione, e l'efficacia che la legge assegna all'atto medesimo, appunto la preclusione. Ne consegue che alle parti sarebbe preclusa ogni interpretazione del rapporto diversa da quella sulla quale si sono accordate e ogni contestazione sul contenuto della situazione giuridica accertata sarebbe irrilevante³⁷.

Tale ultima teoria sembra essere stata accolta dalle nostre corti che, con formula ricorrente nelle motivazioni, riconoscono l'ammissibilità di un negozio di accertamento, posto in essere dai privati, con effetto preclusivo che si configurerebbe come un *tertium genus* tra efficacia dichiarativa e costitutiva e deve essere inteso nel senso di impedire per il futuro ogni ulteriore contestazione alle parti in ordine al rapporto accertato³⁸.

In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto in una serie di pronunce l'ammissibilità del negozio di accertamento come figura di carattere generale caratterizzata dall'imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio e che non produce effetti autonomi o diversi da quelli derivanti dal precedente rapporto: il

costitutivi, modificativi ed estintivi vanno contrapposti gli "svolgimenti interni" che non producono alcun mutamento esterno, ma solo interno "cosicché il mutamento passa attraverso la situazione lasciandone intatto il contenuto strutturale e sostanziale".

³⁷ FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 205ss. L'efficacia preclusiva si contrappone all'efficacia dichiarativa e a quella costitutiva le quali rispondono all'esigenza "di continuità nel tempo della realtà giuridica, esigenza che è garantita mediante la condizione di validità dell'effetto, posta dalla legge nel rapporto di difformità, e rispettivamente di conformità, rispetto alla situazione giuridica antecedente". Essa, quindi, risponde all'esigenza opposta determinando "il limite entro il quale la esigenza di continuità della realtà giuridica può essere mantenuta senza che si creino insormontabili intralci alla vita della comunità".

³⁸ Cass. civ., 5 giugno 1997, n. 4994, in *FI*, 1997, I, 2456, con nota di BRUNETTI. La Suprema Corte di Cassazione in tale pronuncia afferma che "l'efficacia immediata del negozio di accertamento consiste nel rimuovere l'incertezza e nel fissare i fatti e i rapporti. Mettendo fuori contestazione i fatti e i rapporti, esso comporta l'effetto preclusivo"; Cass. civ., 27 aprile 1982 n. 2634, in *RFI*, 1982, voce "contratto in generale", n. 65; Cass. civ., 6 dicembre 1979, n. 6332,

negozio avrebbe una “natura meramente dichiarativa” che non sarebbe incompatibile con la produzione di effetti preclusivi.

A tal riguardo è stato, tuttavia, osservato che la giurisprudenza, quando attribuisce al negozio di accertamento natura dichiarativa, sembra intendere tale nozione in senso “riduttivo”: detto in altri termini la dichiaratività del negozio significa solo che questo è idoneo a costituire diritti o a trasferire beni e deve far capo ad una fonte originaria che ne integra il fondamento³⁹. Non si intende cioè delineare una categoria concettuale distinguibile dall’efficacia costitutiva così come da quella preclusiva, ma l’effetto dichiarativo è utilizzato nell’accezione ampia della funzione di “regolare” il rapporto stesso, senza che da ciò nasca un’obbligazione⁴⁰.

Dall’elaborazione giurisprudenziale è possibile ricavare un indirizzo consolidato per quanto riguarda la struttura, i soggetti, l’oggetto, la causa e la forma del negozio oggetto di accertamento, aspetti su cui ci si soffermerà nel corso della ricerca, ma di cui si ritiene opportuno individuare fin da ora le linee di fondo.

Sotto il profilo della struttura si ritiene ammissibile non solo il negozio di accertamento bilaterale, ma anche quello unilaterale quando la dichiarazione provenga dalla parte che aveva interesse contrario alla rimozione della situazione d’incertezza preesistente. Quest’ultimo viene generalmente giustificato facendo ricorso al principio dell’autonomia negoziale che consentirebbe al privato, in virtù della disposizione di cui all’art. 1324 c.c., di concludere anche negozi unilaterali atipici⁴¹.

Secondo tale orientamento i soggetti legittimati al negozio devono essere tutti i soggetti muniti della capacità d’agire ed in particolare della capacità negoziale e deve trattarsi di soggetti coinvolti nell’incertezza che connota la situazione o il rapporto preesistente.

Le pronunce che si sono occupate della materia hanno per lo più ritenuto di individuare l’oggetto del negozio di accertamento in una preesistente situazione giuridica caratterizzata da incertezza. Si deve trattare di rapporti giuridici a contenuto patrimoniale

³⁹ Cass. civ., 12 marzo 2008, n. 6739, in *RFI*, 2008, voce “Contratto in generale”, n. 335, su cui il commento di BOZZI, *Negozio di accertamento ed effetti (non) “meramente dichiarativi”*, in *RDC*, 2009, II, 201 ss.

⁴⁰ FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Giur.* Rileva che secondo l’orientamento prevalente nelle decisioni, l’effetto del contratto non è obbligatorio, nel senso che le parti si obbligano ad intendere il rapporto pregresso nel modo accertato, ma immediatamente lo configurano secondo l’accertamento seguendo dunque la tesi del GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit. 48s. Così Cass. civ., 17 settembre 2004 n. 18737, in *RFI*, 2004 voce “Transazione”, n. 3; Tribunale di Messina 19 gennaio 1991, in *Giur. Civ.*, 91, i, 1611; Cass. civ., 5 novembre 1968, n. 3658. Solo alcune pronunce configurano l’effetto dell’accertamento negoziale come un’obbligazione a rispettare la conformazione del rapporto cui le parti siano pervenute Così Cass. civ. 23 agosto 1991, n. 9047; Cass. civ., 12 novembre 1981, n. 6001, in *FI.*, 1982, I, 1341; Cass. civ., 7 agosto 1979, n. 4570, in *RFI*, 1979, voce “Contratto in genere”, n. 70; Cass. civ., sezioni unite, 16 marzo 1978, n. 1323, in *RFI*, 1978, voce “Contratto in genere”, n. 62.

⁴¹ Cass. civ., 6 novembre 2004, n. 9651; Cass. civ., 6 novembre 1981, n. 5857; Cass. civ., 6 maggio 1980, n. 2976, in *G.it.*, I, 1, 253; Cass. civ. 29 ottobre 1979, n. 5663, in *Riv. not.* 1980, 566; Cass. civ., 3 luglio 1969, n. 2440, in *FI*, I, 1, 573 ha distinto il riconoscimento dal negozio di accertamento unilaterale, insistendo sulla diversità di funzione: il negozio di accertamento accerta e quindi presuppone un “quid” di incerto, mentre il riconoscimento non ha a monte un’incertezza.

ed occorre, inoltre, che i diritti siano disponibili⁴²: più precisamente il campo in cui può operare il negozio è costituito dai rapporti obbligatori, mentre non si riscontra una uniformità nell'ammettere che anche i diritti reali possano formare oggetto di accertamento⁴³.

Invero, nelle pronunce delle nostre corti è costante l'affermazione che il negozio di accertamento non è di per sé idoneo a trasferire la proprietà o altri diritti reali: la dichiarazione con la quale un soggetto riconosca che la proprietà di un immobile, sebbene a lui intestata appartenga in realtà ad un altro soggetto in base ad un accordo pregresso, non sarebbe di per sé idonea a trasferire la proprietà perché è necessario rispettare le regole in materia di forma degli atti dispositivi di diritti reali⁴⁴.

Accanto all'accertamento positivo la giurisprudenza sembra non ravvisi alcun ostacolo a riconoscere anche l'accertamento negativo, operante su una precedente situazione giuridica incerta per attestarne l'inesistenza. L'orientamento prevalente argomenta che il fenomeno dell'accertamento negativo assolve ad una funzione inversa rispetto all'accertamento positivo, essendo volto a fissare una situazione giuridica incerta ed a determinarne il contenuto in maniera negativa⁴⁵.

Quanto al profilo causale le pronunce, con formula ricorrente, affermano che scopo del negozio di accertamento è di eliminare l'incertezza e di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio attraverso un regolamento che ne definisca e precisi

⁴² Cass. civ., 9 luglio 1987, n. 5999; Tribunale Catania 4 settembre 2000.

⁴³ Sul tema dell'ammissibilità dei diritti reali come oggetto di negozio di accertamento ci si soffermerà nella seconda sezione di questo lavoro, in particolare § 4 L'accertamento di diritti reali.

⁴⁴ Cass. civ., 23 dicembre 1987, n. 9625, in *Corr. giur.*, 1988, 253 secondo tale pronuncia l'accertamento "la cui funzione è quella di rendere definitiva la situazione giuridica derivante dal rapporto preesistente...riferito ad un diritto reale non ha alcun effetto traslativo e pertanto...per la regolamentazione del relativo rapporto giuridico controverso deve farsi capo...alla fonte precettiva originaria che ne costituisce il fondamento"; Cass. civ., 16 dicembre 1987, n. 9358, in *GAI*, 1988, 411, secondo la Suprema Corte l'acquisto derivativo della proprietà di un bene immobile richiede un contratto a contenuto traslativo, intervenuto con il precedente titolare del diritto e soggetto alla forma scritta *ad substantiam*, mentre in difetto di questo non può discendere da un negozio di mero accertamento, il quale può eliminare incertezze sulla situazione giuridica, ma non costituirne il titolo costitutivo.

⁴⁵ Cass. civ. 13. 10.2004 n. 20198 in *Contr.*, 2005, 437; Cass. civ. 29.01.1991 n. 885 in *Nuova giur. civ. comm.* 1991, I, 449; Cass. civ., 6 gennaio 1979, n. 48, in *RFI*, 1979, voce "Contratto in generale", n. 74. Ritiene ammissibile il negozio di accertamento negativo anche GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 48ss il quale rileva che, anche se a prima vista il negozio che accerta come inesistente una situazione giuridica potrebbe sembrare che non abbia un oggetto, tuttavia il profilo di rilevanza sarebbe lo stesso dell'accertamento positivo perché l'oggetto sarebbe in entrambe le ipotesi costituito da una situazione incerta, che in un caso viene accertata come esistente, nell'altro come inesistente. Secondo tale ricostruzione, infatti, che la situazione preesistente sia inesistente viene accertato proprio nel momento in cui il negozio viene posto in essere, mentre prima di quel momento è incerto che lo sia. Il fenomeno dell'accertamento negativo viene spiegato assegnandogli la funzione di accertare la situazione incerta, cioè quella di determinare il contenuto negativo di essa. A conclusioni diverse giunge altra parte della dottrina che distingue tra accertamento negativo astratto e titolato. Nel nostro ordinamento non sarebbe ammissibile un accertamento negativo astratto perché non è diretto a realizzare alcun interesse giuridico delle parti contraenti. Il negozio sarebbe giuridicamente irrilevante perché l'inesistenza di una situazione giuridica soggettiva della quale non sia provato il fatto costitutivo consegue già alla regola generale dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. A una diversa conclusione deve giungersi nell'ipotesi di accertamento negativo titolato quando cioè le parti riconoscono la mancata esistenza di una situazione giuridica soggettiva di cui indicano i fatti costitutivi. Cfr. COSTANZA, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, Milano, 2006, 72.

l'essenza, il contenuto e gli effetti⁴⁶. L'istituto si configura, dunque, come un negozio di secondo grado che presuppone la preesistenza tra i contraenti di una situazione giuridica incerta cui esso si coordina attraverso un collegamento funzionale. Ne consegue che qualsiasi causa che comporti la mancanza, l'inesistenza e la nullità del precedente rapporto si ripercuote sul negozio di accertamento⁴⁷.

La figura ruota, come ci si appresta a precisare, attorno al concetto di incertezza, che ne costituisce il presupposto e che secondo l'orientamento della Corte di Cassazione deve essere intesa in senso soggettivo cioè nel dissenso esistente tra gli stessi soggetti del rapporto giuridico, in quanto è discorda e contrastante la valutazione che essi personalmente fanno della situazione giuridica in atto tra loro⁴⁸.

Prima di affrontare tale problematica pare, tuttavia, opportuno soffermarsi, seppur brevemente, su due ulteriori aspetti che saranno oggetto successivo di approfondimento: ci si riferisce al problema della forma e della trascrivibilità del negozio.

Per quanto riguarda la forma del negozio di accertamento, in difetto di qualsiasi previsione normativa, secondo la giurisprudenza non soggiace ad alcun vincolo di forma, e può perfezionarsi anche verbalmente o mediante attuazione idonea a realizzare immediatamente la volontà delle parti. Vedremo come questa soluzione non possa essere accolta pacificamente⁴⁹.

Per quel che riguarda la trascrizione, l'orientamento predominante ritiene che il negozio di accertamento non sia trascrivibile anche se ha per oggetto diritti per la cui costituzione o traslazione la formalità è richiesta: infatti anche ove il negozio abbia ad oggetto diritti reali immobiliari, non comporta il trasferimento o la costituzione di diritti, ma solo effetti dichiarativi in relazione ai diritti accertati.

⁴⁶ Cass. civ., 4 luglio 1962 n. 1701, in *Giur. Civ.*, I, 1963, 83ss; Cass. civ., 27 maggio 1971, n. 1572, in *FI*, 1971, I, 2237ss

⁴⁷ Cass. civ., 6 dicembre 1983, n. 7274, in *FI*, 1985, I, 238 per la quale “va cassata la sentenza d'appello che abbia dichiarato la nullità, per mancanza di causa, della dichiarazione intesa al riconoscimento di una determinata intestazione di una proprietà immobiliare, senza verificare se una precedente scrittura tra le stesse parti (ma non menzionata in quella successiva) costituisca titolo idoneo alla creazione della situazione giuridica osservata”.

⁴⁸ Cass. civ., 27 luglio 1964, n. 2070, in *Giust. Civ.*, 1965, I, 784ss.

⁴⁹ Il tema verrà affrontato nella sezione terza del presente lavoro. Si anticipa che forse sarebbe più corretto differenziare: se l'accertamento, infatti, ha per oggetto fatti non vi sarebbero ostacoli a ritenere applicabile il principio della libertà delle forme, ma se invece si configura come un negozio di secondo grado rispetto alla precedente regolamentazione sarebbe forse più corretto ritenere che la forma sia determinata *per relationem* a quella adottata dalle parti per il negozio originario. Cfr. Cass. civ. 5 giugno 1997, n. 4994, in *FI*, 1997, I, 2456ss. “L'incertezza sul confine tra due fondi può essere eliminata anche mediante un negozio di accertamento per “*facta concludentia*”, come nel caso in cui i proprietari dei fondi limitrofi erigono, d'accordo tra loro, una rete metallica per delimitarli, precludendosi così, attesa l'efficacia vincolante di tale negozio, l'esperibilità dell'azione di regolamento di confini.”; ed ancora in senso sostanzialmente analogo Cass. civ., 21 febbraio 2008 n. 4437 “L'incertezza sul confine tra due fondi può essere eliminata anche mediante un negozio di accertamento per *facta concludentia*, come nel caso in cui i proprietari dei fondi limitrofi erigono, d'accordo tra loro, una rete metallica per delimitarli”.

3. L'incertezza giuridica come presupposto di accertamento

Si è già accennato al fatto che lo studio dell'accertamento è strettamente legato all'idea di certezza, tuttavia diversi autori che si sono occupati dell'istituto non hanno raggiunto una visione concorde sul significato da riconoscere alla nozione di incertezza⁵⁰.

Deve avvertirsi che l'incertezza rimossa dal negozio di accertamento è solo quella che incide su situazioni passate, perché l'uomo non ha conoscenze sufficienti delle leggi di natura per prevedere con certezza il futuro svolgersi dei fenomeni⁵¹, più in particolare vi è anche chi ha sostenuto che il negozio di accertamento può avere ad oggetto solo situazioni giuridiche attuali⁵², al contrario per il futuro opera il potere costitutivo del negozio, non si accerta ma si crea.

Pur limitatamente al passato, è discusso se il negozio di accertamento sia volto a rimuovere l'incertezza oggettiva o quella soggettiva, o indifferentemente l'incertezza oggettiva e soggettiva.

Secondo una tesi il negozio sarebbe volto ad eliminare l'incertezza oggettiva ritenendo che trovi origine nella discrepanza tra *iussum* e *ordo*, cioè tra la norma giuridica concreta e l'ordine che regge il diritto, nel senso che la prima non riesce a realizzarsi nel secondo nella sua attuazione pratica. L'incertezza deve essere qualificata come obiettiva perché è insita nella struttura dell'esperienza giuridica e riguarda il formarsi di questa: con il processo si limita questo tipo di incertezza, invece quella soggettiva, intesa come stato psicologico delle parti o del giudice, non rileva⁵³.

Nella stessa linea parte della dottrina sottolinea come il processo e l'attività di accertamento privato sia un rimedio contro l'incertezza obiettiva: la sede naturale per l'eliminazione dell'incertezza delle situazioni presenti e passate è il processo, perché dall'incertezza scaturiscono inevitabilmente le liti. Più precisamente, i concetti di incertezza e lite sono in connessione tra loro, nel senso che l'incertezza genera uno stato di lite attuale o potenziale tra i soggetti. L'incertezza è vista come uno stato patologico della situazione giuridica, e come tale, non solo è considerata eccezionale, ma anche transitoria,

⁵⁰ FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 205 ss, secondo l'autore "certezza è una modalità della conoscenza. La conoscenza dei fenomeni della realtà in noi e fuori di noi può essere più o meno problematica: certezza è conoscenza problematica di qualunque fenomeno che perciò appare al soggetto come fenomeno reale, suscettibile di formare il contenuto di un'affermazione vera".

⁵¹ CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 288, secondo l'autore il negozio di accertamento elimina l'incertezza subiettiva delle parti, e non quella obiettiva del negozio condizionato: in tal caso un accertamento diretto ad eliminare siffatte incertezze non può aver luogo: l'incertezza si può eliminare solo rendendo puro e semplice-da condizionato che era-il rapporto; ma ciò vuol dire a priori e sempre modificare il rapporto non accertarlo.

⁵² GRAZIANI, *Riconoscimento di diritti reali*, Padova, 1979, sostiene che "il passato è storia e non si riconosce, ma si ricostruisce, si rappresenta. Invece nel riconoscimento di una situazione, di un rapporto l'autore della dichiarazione non ricostruisce il passato, e cioè non fa storia, ma afferma un modo di essere della realtà presente. Se però si tratta di una situazione appartenente al passato della quale si riconosce l'esistenza, questa si storicizza e viene rappresentata come fatto".

⁵³ CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 1938, 256ss; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1958, 227ss.

per questo si ritiene che l'ordinamento debba apprestare i mezzi per eliminarla. Non deve intervenire solo il potere giurisdizionale, ma anche i privati, mediante strumenti convenzionali, hanno la possibilità di realizzare un risultato analogo a quello della sentenza⁵⁴.

L'opposta corrente ritiene, invece, che l'incertezza come oggetto, sia uno stato soggettivo relativo alla conoscenza umana, caratterizzato dal dubbio intorno all'esistenza o al contenuto del rapporto giuridico⁵⁵.

Nello stesso senso si è però chiarito che l'incertezza soggettiva rilevante, non sia la riserva mentale perché se la nozione indica uno stato soggettivo di ignoranza, relativamente a fatti presenti o passati, sarebbe difficilmente apprezzabile nel campo delle relazioni sociali e perciò, almeno di regola, privo di rilevanza nell'ordinamento giuridico. L'orientamento prevalente ritiene, quindi, che l'incertezza in tanto può conseguire siffatta rilevanza in quanto da situazione psicologica si trasformi in fatto oggettivo e dunque socialmente apprezzabile, il quale può essere individuato nella diversità di valutazioni espresse dai due soggetti. Si argomenta che l'incertezza giuridicamente rilevante è quella manifestata ed esteriormente apprezzabile e non il mero dubbio interno, non esteriorizzato. Da tale stato d'incertezza scaturirebbe inevitabilmente una controversia, cioè un conflitto di interessi, in altre parole una lite⁵⁶.

A nostro parere l'analisi della nozione di incertezza, svincolata dagli effettivi caratteri del sistema, risulta essere fuorviante. Un particolare approfondimento non sembra del pari foriero di apprezzabili risultati applicativi. Sul punto ci sembra sufficiente ribadire che la nozione di incertezza attenga alla conoscenza e quindi necessariamente presupponga un soggetto che conosce e quindi è intrinsecamente soggettiva.

⁵⁴ GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, *Enc. diritto*, "l'incertezza delle parti o del giudice in ordine alle relazioni giuridiche, ove venga valutata non più nel suo momento psicologico, ma nel suo atteggiarsi sul concreto terreno dell'esperienza giuridica, assume sicuramente carattere obiettivo. Deve infatti qualificarsi obiettivamente incerto il rapporto rispetto al quale le parti si mostrano incerte, ed a maggior ragione il rapporto, rispetto al quale si possa prevedere che il giudice sarà incerto". Id. *Il negozio di accertamento*, cit. l'autore precisa che l'incertezza delle situazioni giuridiche può derivare da varie situazioni: in primo luogo può essere incerto il contenuto della norma sia perché la redazione della legge può essere incerta, sia perché è incerta la scelta della norma da applicare al caso singolo; inoltre può essere incerto anche il fatto da cui deriva la situazione giuridica che viene sussunta nella norma. Un fatto, anche se fenomenicamente sia già avvenuto può essere, infatti, incerto per il giudice che lo può conoscere solo tramite lo schermo del privato al quale spetta l'onere della prova: spesso sarebbe difficile provare il fatto costitutivo o estintivo del rapporto giuridico che si pretende sorto o estinto. Quanto al rapporto tra lite e incertezza l'autore precisa che "l'incertezza (della situazione giuridica materiale), presupposto eventuale del processo, non deve confondersi con l'incertezza (processuale) che deriva dall'instaurazione di un giudizio intorno ad una situazione giuridica, o dalla lite".

⁵⁵ CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *RTDPC*, 1940; 3ss l'autore ha escluso che possa esistere un'incertezza oggettiva, sottolineando che "...impostata sul terreno obiettivo, l'esigenza della incertezza del diritto è senz'altro contraria alla logica. Obiettivamente il diritto non può essere incerto: o è o non è; se l'incertezza vi è, non è nel fatto, ma nella mente dei litiganti". CORRADO, *Negozio di accertamento*, in *Nss. Digesto*, XI, Torino, 1965, 198; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 288; TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Eula*, III, Milano, 1957.

⁵⁶ FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit. considera oggettiva l'incertezza manifestata, e soggettiva quella non manifestata, ritendo che l'incertezza del secondo tipo sia del tutto irrilevante per il diritto. Non può essere la manifestazione all'esterno il criterio discreto tra incertezza soggettiva ed oggettiva, incertezze ambedue giuridicamente rilevanti.

Nella fisica classica i fatti avvengono o non avvengono, pertanto sul piano della realtà naturalistica, un fatto in quanto accaduto non è mai incerto. Dal momento che il diritto applica regole a fatti, si ha prima il fatto come fenomeno, poi la sua qualificazione giuridica che è regolata dalle norme. Più in particolare, per quanto si è detto, il fatto è sempre certo, del pari anche la qualificazione giuridica è sempre certa in quanto il sillogismo normativo è regolato dalla absolutezza delle conseguenze normative (cioè dato un certo fatto la norma che lo qualifica opera sempre) e, nel sistema, dal principio di non contraddizione. Per questi motivi una situazione giuridica non può essere mai oggettivamente incerta, mentre può difettare la conoscenza della stessa in capo ai soggetti e quindi, se di incertezza si può parlare, lo si può fare solo in senso soggettivo.

4. L'autotutela privata diretta all'eliminazione dell'incertezza

L'analisi delle diverse posizioni dottrinali deve essere completato dando conto della tesi di chi configura il negozio di accertamento come un'ipotesi di autotutela privata lecita e preventiva a cui privati ricorrerebbero per eliminare l'incertezza. Evidenziare che la figura in esame sia un'estrinsecazione dell'autotutela significa coglierne un aspetto più propriamente processuale⁵⁷.

Per spiegare tale ultima affermazione si è cercato di delimitare il concetto di autotutela nell'ambito del diritto privato e chiarirne la funzione. Infatti, una tutela di un proprio interesse posta in essere direttamente dallo stesso soggetto è, in linea di principio, vietata ai privati poiché è affidata al potere giurisdizionale. La difficoltà di configurare un'autotutela privata è resa maggiore dal fatto che l'ordinamento italiano non contiene alcun riferimento all'autotutela, a differenza dell'ordinamento tedesco ove il § 229 B.G.B. prevede il fenomeno del *Selbsthilfe* che viene tradotto con il termine "autotutela" o "difesa privata". Né un principio generale di autotutela potrebbe trarsi dall'esistenza, nell'ordinamento penale, di norme che puniscono l'esercizio arbitrario di proprie ragioni perché da tali disposizioni parrebbe piuttosto doversi desumere viceversa l'eccezionalità dell'autotutela, della quale sembrerebbe potersi parlare nei soli casi in cui sia la legge a consentire al soggetto di opporsi ad un altrui fatto lesivo o pericoloso senza che sia necessario il ricorso all'autorità giudiziaria.

Sarebbe, quindi, permesso al privato in varie circostanze, previste e determinate dalla legge, di provvedere a conservare ed attuare quello stato di fatto che sia conforme al suo diritto insoddisfatto o minacciato. Occorre, allora, domandarsi se i privati mediante delle convenzioni abbiano la facoltà di dar vita a poteri di autotutela c.d. consensuale perché

⁵⁷ BETTI, voce "Autotutela", in *Enc dir.*, IV, 1959, 529ss. L'autore evidenzia che la figura in esame si troverebbe in una zona di confine tra il campo dell'autotutela, dal quale esorbita, ed il campo dell'autonomia privata, nel quale rientra.

fondata sul preventivo consenso dell'altro soggetto del rapporto giuridico alla cui attuazione è preordinata⁵⁸.

Ammettendo che il fenomeno di autotutela consensuale si estrinsechi nei negozi di accertamento si vuole, infatti, evidenziare che l'autotutela si produce per effetto dell'accordo tra i contraenti del rapporto giuridico alla cui attuazione è preordinata⁵⁹. Le parti al di fuori del processo raggiungerebbero un accordo su un loro preesistente rapporto, precostituendosi così una prova di origine negoziale.

Non può sottacersi, peraltro, che la riconduzione nell'ambito dell'autotutela dei negozi di accertamento non sia pacifica.

Un primo filone interpretativo pone in evidenza come il negozio di accertamento, in quanto mezzo di composizione della lite, debba porsi sullo stesso piano dell'accertamento del giudice: le parti tenterebbero di superare la lite attraverso l'eliminazione del rapporto giuridico controverso e più in particolare attraverso l'eliminazione dell'incertezza. Ne consegue che, poiché tale vicenda si attua al di fuori del processo, l'accertamento rappresenterebbe una tipica espressione dell'autotutela privata⁶⁰.

Una diversa ricostruzione, pur negando che possa esservi correlazione tra *res dubia* ed accertamento, giunge comunque a ritenere che l'accertamento indichi una sorta di equivalente giurisdizionale inquadrabile nell'ambito dell'autotutela⁶¹.

⁵⁸ ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 212 "in sostanza l'autonomia privata si svolge sulla base dell'esercizio di due poteri fondamentali: l'uno che presiede all'azione giuridica, "conformata" nel suo procedimento sostanziale e formale, dall'ordinamento statale che ha il compito di renderla efficace; e tale azione è legata al principio dell'accordo. Il secondo presiede all'altra azione giuridica rivolta alla realizzazione dell'ordinamento nel senso di un'attuazione o di un mantenimento, in situazione di conflitto (interruzione del procedimento volontario). Quest'ultimo potere però si collega con la garanzia statale dell'efficacia e quindi il suo esercizio è prevalentemente pubblicistico. Quanto appartiene al campo privato di attività collegate all'esercizio di quel potere rappresenta atto di autotutela. In altri termini il concetto di autotutela nel diritto privato non può essere riferito all'intera attività di attuazione dell'ordinamento, ma soltanto a momenti ed elementi dell'azione, si intende in costanza di conflitto".

⁵⁹ GRANDE, *L'autotutela consensuale*, in *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, a cura di Gianniti, Padova, 2010, 227ss. L'autore evidenzia che costituiscono presupposti dell'autotutela privata a) la lesione o il pericolo di lesione di un interesse giuridicamente rilevante, attesa la condotta altrui obiettivamente pregiudizievole ed illegittima, che si realizza anche mediante un illecito negoziale (ad es. inadempimento); b) l'esistenza di un'apposita previsione di legge che attribuisca al soggetto interessato il diritto potestativo di provocare un determinato effetto giuridico nella sfera giuridica altrui.

⁶⁰ GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, 1939, 23ss. L'autore rileva che "i mezzi di vera e propria autotutela possono distinguersi a seconda che tendano alla più rapida e diretta realizzazione dei diritti dei privati o dell'equivalente economico di essi, o invece tendono all'eliminazione privata dell'incertezza. I mezzi di autotutela privata possono cioè far cessare la lite (attuale o potenziale) o soddisfacendo la pretesa (contestata) dell'avente diritto o eliminando l'incertezza intorno alla situazione giuridica". Ed ancora precisa che "Devonsi, invece, ascrivere tra le forme esclusivamente private di eliminazione dell'incertezza quegli istituti che adempiono tale funzione senza l'intervento di organi pubblici. Essi possono distinguersi a seconda che l'eliminazione della controversia sia dalle parti devoluta alla decisione di un terzo estraneo, o che invece sia opera delle parti stesse, cioè... a seconda che sia eterocomposizione o autocomposizione della lite". "La autocomposizione della lite può avvenire anzitutto a mezzo della transazione la quale, nella definizione del legislatore, è destinata a troncare le liti sorte tra i privati o a impedire che sorgano. Accanto alla transazione deve porsi, come altro mezzo di composizione della lite, il negozio di accertamento, il quale non rappresenta una modificazione dello schema, rigorosamente fissato dalla legge, della transazione, ma uno schema negoziale autonomo, che non può considerarsi rispetto a quello né un *genus* né una *species*".

⁶¹ PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, 132ss. L'autore ritiene che l'autotutela rappresenti uno dei momenti attraverso i quali si manifesta l'autonomia privata, pur evidenziando che l'inquadramento

A tale ricostruzione si oppone l'orientamento di chi ha escluso che possa esservi una interferenza tra autotutela ed autonomia privata e ha conseguentemente negato che i mezzi volti alla difesa privata di un interesse, o al componimento di un conflitto, costituiscano manifestazione dell'autotutela solo perché escludono il ricorso alla tutela giurisdizionale. L'accertamento negoziale non potrebbe, dunque, essere ricondotto nella categoria dell'autotutela privata che assumerebbe dei contorni indefiniti perché tipico atto di autonomia privata⁶².

dell'accertamento nell'ambito dell'autotutela non consegue all'affermazione del carattere negoziale dell'accertamento che viene compreso nel settore della giurisdizione privata in posizione prevalentemente subordinata al settore normativo, comprensivo dei negozi giuridici veri e propri. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit. 212, "risponde ad un concetto di autotutela l'accordo privato che elimina il conflitto attraverso un ripristino del procedimento volontario: accertamento, transazione (a parte gli atti unilaterali di una rinuncia o riconoscimento). Quest'attività, peraltro, non risponde al concetto di esercizio del potere di difesa rivolto all'attuazione "forzata", ma solo a quello di ripristino dei procedimenti di autonomia nell'ambito della fase normativa (accertamento) o esecutiva (transazione).

⁶² BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1974; Id., voce *Autotutela (diritto civile)*, in *Enc. giur.* 1988, 1ss;

SEZIONE SECONDA

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO: DELIMITAZIONE DELLA FIGURA

1. Inquadramento normativo

Nei paragrafi precedenti si è cercato di porre in evidenza come il termine accertamento nel linguaggio comune copra un arco di significati che vanno dall'attitudine del soggetto a conoscere qualcosa, cioè l'accertamento come processo della conoscenza, al fatto nel quale l'accertamento si estrinseca cioè il fenomeno della realtà che costituisce l'espressione oggettiva dell'accertamento, all'effetto proprio di un simile atto.

Il problema è ora capire cosa significhi quest'espressione per il diritto e quali spazi vi siano nel nostro ordinamento per un accertamento convenzionale. La nostra indagine proseguirà, dunque, con l'analisi delle norme nelle quali potrebbe trovare fondamento la figura oggetto specifico di questo lavoro e sarà volta a verificare se esista uno spazio per l'accertamento convenzionale come figura atipica.

Il quadro normativo di riferimento è ampio e disorganico, il che costituisce una delle principali cause della molteplicità di teorie sull'argomento. Le norme del codice civile che vengono in rilievo sono contenute in diverse parti: nel libro delle persone e della famiglia occorre considerare l'art. 250 c.c., relativamente al riconoscimento del figlio; nel libro secondo, delle successioni, saranno analizzati, l'art. 590 c.c. relativo alla conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle e, nel titolo sulla divisione, l'art. 757 c.c.; nel titolo delle donazioni vengono in rilievo l'art. 799 c.c. rubricato "conferma ed esecuzione volontaria di donazioni nulle" e l'art. 809 c.c. intitolato "norme sulle donazioni applicabili ad altri atti di liberalità"; nel libro terzo, sulla proprietà, tra le azioni petitorie deve essere presa in considerazione l'azione di regolamento dei confini disciplinata dall'art. 950 c.c., e nel titolo IV dell'enfiteusi, assume importanza l'art. 969 c.c.; nel libro quarto, delle obbligazioni, la nostra attenzione si soffermerà sull'art. 1193 c.c. relativo all'imputazione del pagamento, sull'art. 1195 c.c. concernente la quietanza con imputazione nonché sull'art. 1199 c.c. sul diritto del debitore alla quietanza; nel titolo II, dei contratti in generale, assume significato l'art. 1321 c.c. norma cardine dell'autonomia negoziale; nel titolo dedicato ai singoli contratti incontriamo poi l'art. 1870 c.c. sulla ricognizione della rendita, nonché l'art. 1965 c.c. sulla transazione; nella parte relativa alle promesse dovrà, inoltre, tenersi in considerazione l'art. 1988 c.c. con riferimento alla ricognizione di debito.

Nella ricostruzione dell'accertamento verranno, altresì, considerate alcune norme contenute nel libro sesto relativo alla tutela dei diritti: in particolare nella disciplina delle prove assume importanza la disposizione di cui all'art. 2698 c.c. relativamente ai patti

sull'onere della prova, ancora l'art. 2720 c.c. sull'efficacia probatoria degli atti di ricognizione e rinnovazione, nonché l'art. 2730 c.c. sulla confessione.

Prima di passare all'analisi della normativa, tuttavia, uno sguardo d'insieme merita la ricostruzione della dottrina che si è avvicinata al tema e può essere divisa in due linee di pensiero, anche se poi all'interno sono individuabili, come si è già osservato nella prima parte di questo lavoro, diverse sfumature.

Una parte della dottrina, come detto, nega che al privato possa competere un potere di accertamento, l'autonomia dei privati si concretizzerebbe nell'attribuire a questi un potere di disporre dei propri interessi attraverso il negozio. Solo eccezionalmente compete al privato un potere di accertamento del fatto in senso proprio, ma l'atto compiuto nell'esercizio di questo potere è un atto non negoziale. L'atto di accertamento non è dunque la fonte, ma solo il presupposto di una nuova situazione giuridica⁶³. Solo in casi eccezionali al privato sarebbe stato concesso il potere di accertamento e tali ipotesi riguardavano il riconoscimento del figlio naturale e la confessione stragiudiziale⁶⁴.

Tra gli autori che, invece, riconoscono la figura possono sostanzialmente individuarsi due ulteriori impostazioni. Una prima linea individua il negozio di accertamento come categoria generale caratterizzata dalla presenza di alcuni elementi all'interno della quale si inquadrano schemi tipici che vengono qualificati come negozi di accertamento. Seguendo questa strada si è giunti di volta in volta ad identificare un negozio di accertamento nella ripetizione di un negozio, nell'interpretazione autentica, nel riconoscimento, nella confessione, nella transazione, nella rinuncia alla pretesa, nella stima, nell'approvazione del conto, nell'approvazione del bilancio, nel concordato, nelle dichiarazioni degli arbitri nell'arbitrato libero, nell'emissione di titoli di credito causali, nel riconoscimento del figlio naturale, nella ricognizione del diritto del concedente da parte del possessore del fondo enfiteutico⁶⁵.

Un'altra possibilità è, invece, quella di valorizzare la circostanza che il negozio di accertamento non sia espressamente disciplinato dal legislatore e dunque sia un negozio atipico che eventualmente può ricevere rilevanza giuridica attraverso l'art. 1322, comma 2, c.c.. Secondo questa tesi, possono aversi fattispecie negoziali, le quali da un lato non

⁶³ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 177ss.

⁶⁴ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 305. Il riconoscimento del figlio naturale prima della novellazione del 1975 non era considerato come avente natura negoziale, ma come un atto giuridico in senso stretto. Vi fu, tuttavia, anche chi affermò la natura negoziale del riconoscimento del figlio naturale come ipotesi di negozio familiare. Non si sarebbe trattato di una dichiarazione meramente informativa o di scienza, ma di una dichiarazione alla quale inerisce una valutazione di dover essere secondo le vedute sociali. Così BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1952, 153. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948.

⁶⁵ CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 4; ASCARELLI, *Arbitri e Arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*; COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli.

integrano alcuna fattispecie tipica e dall'altro sono idonei a realizzare lo schema atipico di accertamento⁶⁶.

1.1. *L'accertamento convenzionale e il diritto di famiglia*

Nel primo libro del codice civile, nel titolo dedicato alla filiazione, vengono in considerazione le norme sul riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, o meglio le norme sull'accertamento privato della filiazione.

In particolare l'art. 250 c.c. al primo comma prevede che *“Il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'articolo 254, dalla madre e dal padre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Il riconoscimento può avvenire tanto congiuntamente quanto separatamente”*.

La disposizione ammette la possibilità che il dichiarante possa attestare, mediante un atto formale, di aver generato un'altra persona al di fuori del matrimonio, o meglio assume di essere genitore del proprio figlio. La peculiarità di tale riconoscimento è data, dunque, dall'oggetto che consiste in uno status.

Al pari della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, il riconoscimento accerta giuridicamente il rapporto di filiazione: il riconoscimento potrebbe definirsi come la dichiarazione di paternità o di maternità proveniente dal genitore.

In dottrina è controverso se il riconoscimento sia un negozio oppure un atto giuridico in senso stretto. Ci si chiede, in particolare, se il riconoscimento sia un atto di autonomia privata del genitore ovvero una dichiarazione di scienza⁶⁷.

⁶⁶ GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*. Padova, 1979, 140 *“la dottrina considera ipotesi di negozi di accertamento alcune fattispecie previste dalla legge. Riteniamo però che, se tale negozio dovesse ridursi ad un *genus* nel quale far rientrare alcune figure tipiche, la sua utilità pratica e dogmatica si ridurrebbe a ben poco: esso non sarebbe altro che lo strumento meramente descrittivo di una funzione-appunto quella di accertare-comune ad una pluralità di fattispecie tipicamente previste, le quali continuerebbero a trarre la loro disciplina fondamentalmente dalla legge. La categoria del negozio di accertamento può avere invece una sua indubbia e notevole rilevanza allorché venga applicata a una fattispecie negoziale atipica”*. Cfr. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Rass. Dir. civ.*, 1986, 582; GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983; D'AMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996; BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, L'autrice dubita della possibilità di individuare nella prassi negoziale figure accertative allo stato puro e preferisce parlare, pur nell'ottica dell'atipicità della fattispecie, di tipologie negoziali accertative, piuttosto di una figura autonomamente distinguibile.

⁶⁷ È dibattuta la natura della dichiarazione in esame. Parte della dottrina la qualifica come un negozio giuridico, in quanto l'autore del riconoscimento deve volere che si producano, in capo al riconosciuto, gli effetti della filiazione. Cfr. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, Torino, 1976, 297. Secondo altri autori sarebbe un atto giuridico in senso stretto. Vedi SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, 178. SESTA, in *Il diritto di famiglia*, Trattato Bessone, III, 85. Di dichiarazione parla anche COSTANZA, *Filiazione III, Filiazione naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, 3. Menzione merita la ricostruzione di FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit. 505 per il quale il riconoscimento del figlio naturale rientra tra le dichiarazioni di scienza con effetto costitutivo *“in quanto il fatto dichiarato non integra solo una fattispecie giuridica e non ha quindi potuto produrre ancora l'effetto giuridico. L'effetto nasce soltanto se il fatto ha formato oggetto di una apposita dichiarazione, cosicché la fattispecie costitutiva della situazione giuridica è composta insieme dal fatto e dalla dichiarazione del fatto. L'autore precisa che il riconoscimento rientra indubbiamente tra le dichiarazioni di scienza e si caratterizza per ciò che attesta un rapporto di fatto di filiazione naturale. Il rapporto di fatto non è stato però in grado di produrre l'effetto giuridico, lo status di filiazione naturale, con i doveri e i poteri, gli obblighi ed i diritti correlativi. La legge esige un fatto integrativo, l'attestazione che nelle forme prescritte faccia il genitore naturale della esistenza del rapporto di fatto ovvero l'attestazione ufficiale consacrata in una*

Non ci è dato in questa sede ripercorrere il dibattito dottrinario, ci limitiamo però a segnalare che i termini della questione sulla natura del riconoscimento sono rimasti invariati nonostante il mutato quadro normativo di riferimento a seguito della riforma del diritto di famiglia. Riconosciuto il diritto allo stato di figlio si può ritenere che il rapporto giuridico di filiazione non sia un atto che dipenda dalla volontà del genitore, ma che il riconoscimento sia piuttosto un atto di spontaneo accertamento della filiazione che rende superfluo l'accertamento giudiziale⁶⁸.

Seguendo questo ragionamento parte della dottrina ha ritenuto di inquadrare il riconoscimento tra i negozi di accertamento⁶⁹, o meglio tra gli atti di autonomia privata in funzione di accertamento. Questa funzione permetterebbe di escludere che il rapporto di filiazione possa dirsi creato o costituito dal riconoscimento del genitore. Il riconoscimento

sentenza. La dichiarazione del genitore, al pari della dichiarazione del giudice, pur riferendosi ad un fatto passato, è elemento necessario per il sorgere della situazione giuridica di filiazione naturale. Rientra perciò nella fattispecie complessa di cui fa parte pure il fatto di filiazione naturale e, insieme a questo, spiega l'effetto costitutivo dello status giuridico di figlio naturale". *Contra* BIANCA, *Diritto civile, II, la famiglia-le successioni*, 2001, 310 "non sembra condivisibile l'idea del riconoscimento quale atto giuridico in senso stretto, e più specificatamente come dichiarazione di scienza, dato che chi riconosce non si limita a manifestare una conoscenza (so che questo è mio figlio) ma intende assumere pubblicamente la posizione di genitore". Si segnala infine che anche tra coloro che escludono il carattere negoziale del riconoscimento è rimasta senza seguito l'opinione che riconduceva il riconoscimento ad un atto di confessione vedi: DUSI, *Della filiazione e dell'adozione*, Napoli-Torino, 1925, 590. Al riguardo è stato obiettato che la confessione ai sensi dell'art. 2730 c.c. è la dichiarazione della verità di fatti sfavorevoli al dichiarante, mentre la paternità e la maternità non possono essere qualificate come "fatti sfavorevoli": vedi CICU, *La filiazione*, Torino, 1969, 162.

⁶⁸ BIANCA, *Diritto civile, II, la famiglia-le successioni*, 2001. Osserva che il riconoscimento non è più l'atto con efficacia costitutiva del rapporto di filiazione poiché senza di esso solo eccezionalmente il figlio avrebbe potuto ottenere l'accertamento giudiziale del rapporto. Con la riforma, rimossi i limiti prima esistenti all'esercizio dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità, è stato introdotto il diritto allo stato di figlio, cioè il diritto all'accertamento giudiziale del rapporto di filiazione.

⁶⁹ Si è osservato che la dichiarazione costituirebbe un negozio unilaterale di accertamento (accertamento privato) perché volta ad attestare il fatto della generazione. Vedi AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2011. Nello stesso senso COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, 87 ritiene che il riconoscimento del figlio naturale sia un negozio di accertamento in senso proprio poiché con esso il genitore esercita il potere autonomo di dare certezza al fatto naturale della procreazione. Inserisce il riconoscimento nella categoria degli atti di accertamento aventi natura non volontaria, ma conoscitiva PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1964, 125. In senso negativo in considerazione dell'incidenza del riconoscimento su una sfera sicuramente sottratta all'attività di accertamento dei privati v. GIORGIANNI, *Accertamento, (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, 242 " qualunque sia la natura che si assegni al riconoscimento del figlio naturale, la esclusione dallo schema del negozio di accertamento discende dalla sua incidenza in una sfera che è sicuramente sottratta alla attività di <<accertamento>> dei privati". Questo si giustificerebbe, secondo l'autore con il fatto che l'attività di accertamento "opera esclusivamente sul terreno dei rapporti patrimoniali disponibili". Pertanto l'eccezionale rilevanza che alla volontà del soggetto viene attribuita in ordine alla <<ricognizione>> di un rapporto familiare, non dovrebbe avere nulla di comune con la sfera di autonomia riconosciuta ai soggetti nell'accertamento dei rapporti patrimoniali"; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit. 251, ritiene che il riconoscimento non possa essere ricostruito come dichiarazione di contenuto volitivo diretto ad eliminare la situazione di incertezza dello status di figlio naturale, data la mancanza del presupposto proprio del negozio di accertamento, e cioè dell'incertezza obiettiva, poiché prima del riconoscimento non esiste una relazione giuridica di natura familiare tra il genitore e il figlio naturale; CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, esclude che il riconoscimento del figlio abbia natura di accertamento poiché "il riconoscimento tende all'acclamazione della realtà effettuale, tant'è che può essere impugnato per non veridicità; e per questo motivo attribuisce uno status opponibile erga omnes, in materia sottratta alla libera disponibilità dei privati, circostante tutte che inducono a ritenere che l'istituto espliciti una funzione che esula dal ristretto campo di applicazione dell'accertamento sui fatti".

sarebbe l'atto con il quale il soggetto rende giuridicamente certa nei suoi confronti l'esistenza del rapporto di filiazione⁷⁰.

Il riconoscimento accerta il rapporto di filiazione e da questo accertamento consegue la titolarità formale della filiazione. Lo stato di figlio quale titolarità formale della filiazione è dunque, una conseguenza legale dell'accertamento del rapporto e il riconoscimento vale semplicemente come uno dei modi attraverso i quali il rapporto di filiazione è formalmente accertato⁷¹.

Limitandoci solo ai dati che rilevano per la nostra analisi si osserva che il riconoscimento è suscettibile d'impugnazione per difetto di veridicità, per incapacità di generare e per violenza. La possibilità d'impugnare per difetto di veridicità confermerebbe la natura di accertamento dell'atto di riconoscimento. Quest'ultimo sarebbe impugnabile anche quando il dichiarante fosse stato consapevole della insussistenza del rapporto di filiazione: si ha riguardo, quindi, all'obiettivo non corrispondenza della realtà con quanto dichiarato⁷².

1.2 L'accertamento convenzionale e il diritto ereditario

Nel libro secondo sulle successioni acquistano particolare importanza due disposizioni: l'una, l'art. 590 c.c., relativa alla conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle e l'altra, l'art. 757 c.c., sugli effetti della divisione.

L'art. 590 c.c. prevede che *"la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione"*⁷³. La disposizione prevede, dunque, un'ipotesi di conferma espressa mediante dichiarazione negoziale ed una conferma tacita per comportamento concludente di tipo esecutivo.

⁷⁰ BIANCA, *Diritto civile, II, la famiglia-le successioni*, cit. 310. Una diversa ricostruzione che però configura i poteri familiari secondo i modelli dei poteri pubblici, riconduce il riconoscimento all'esercizio di una potestà familiare attribuita al genitore per un interesse individuale vedi CICU, *La filiazione*, cit. 161

⁷¹ Sull'efficacia retroattiva del riconoscimento al momento della nascita CRIFÒ E PEZZANA, *Filiazione naturale*, in *Enc. dir.*, XVII, 483.

⁷² BIANCA, *Diritto civile, la famiglia-le successioni*, Milano, 2001, 310. Osserva che nel riconoscimento, a differenza della confessione si ha riguardo non all'errore del dichiarante, ma alla obiettiva corrispondenza della realtà con quanto dichiarato. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2011. Riconduce il riconoscimento ad un negozio unilaterale di accertamento ed osserva che pur essendo il riconoscimento un atto discrezionale del genitore, impugnabile per violenza ed incapacità, l'acquisizione dello stato di figlio non discende dall'arbitrio del medesimo: il figlio può ugualmente vedersi attribuito tale stato mediante la dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità.

⁷³ Secondo parte della dottrina le norme di cui agli art. 590 c.c. e 799 c.c. e costituirebbero un'eccezione alla regola posta dall'art. 1423 c.c. secondo cui i negozi nulli non si possono convalidare e la *ratio* delle deroghe viene ravvisata nel principio di conservazione di negozi che, per loro peculiarità, non possono essere rinnovati dai loro autori eliminando la causa di nullità: vedi GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, 1954, 216. Diversa l'interpretazione di altri autori come GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, 2009, 748 il quale obietta che non si possa parlare di eccezione alla regola per la semplice ragione che nella materia non esiste una regola e ciò perché tra la convalida del contratto e la conferma del testamento non vi è alcuna parentela "il testamento nullo resta nullo nonostante la conferma; e nessun effetto equiparabile alla convalida è prodotto con la conferma del testamento. L'art. 590 c.c. è un'applicazione testuale del divieto di venire *contra factum proprium*, a sua volta applicazione dell'*exceptio doli generalis*".

La conferma o l'esecuzione volontaria rilevano in quanto vi sia un testamento affetto da nullità o, secondo alcuni autori anche da annullabilità⁷⁴: occorrerebbe pur sempre un atto del testatore al quale sia riferibile il giudizio di invalidità⁷⁵.

La norma verosimilmente, pertanto, non potrà trovare applicazione nell'ipotesi di un testamento inesistente per mancanza di un atto di volontà imputabile al defunto, mentre potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi di testamento nuncupativo. La questione è importante al fine di poter stabilire gli effetti che derivano da tale atto di conferma.

Sul punto in dottrina non vi è una concordanza di opinioni. L'orientamento tradizionale assegna alla conferma efficacia preclusiva dell'azione di nullità nei riguardi del confermante. Sul piano teorico gli autori hanno, tuttavia, avuto difficoltà a spiegare come una disposizione testamentaria nulla possa essere produttiva di effetti. Tale teoria afferma, infatti, che con la conferma la vicenda successoria si sviluppa come se il testamento o la disposizione fossero stati validi *ab initio*: il destinatario della attribuzione, contenuta nella disposizione nulla confermata, acquisterebbe dal *de cuius* a titolo di eredità o di legato a seconda che la disposizione sia a titolo universale o particolare⁷⁶.

Secondo una diversa ricostruzione si avrebbe un negozio di attribuzione che non impedisce una successiva contestazione giudiziale: si configura una doppia attribuzione cioè *mortis causa*, dal *de cuius* al confermante, ed *inter vivos*, da questi al terzo chiamato con il testamento nullo⁷⁷.

Ai fini della nostra indagine può essere utile domandarsi se la disposizione in esame possa trovare applicazione nell'ipotesi in cui l'atto di "conferma" sia reso convenzionalmente dagli eredi che, nei limiti della disponibilità del rapporto, anziché esercitare l'azione, si decidano a rendere una dichiarazione di accertamento, per esempio in forma pubblica, davanti ad un notaio⁷⁸.

⁷⁴ In dottrina si ritiene che la norma sia applicabile non solo ai casi di nullità, ma anche di annullabilità STOLFI, in *GI*, 1977, I, 2, 357. Per la soluzione negativa GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 313 in quanto argomenta che la conferma quale autonoma fattispecie negoziale sarebbe fonte dell'effetto attributivo e la figura non sarebbe conciliabile con il testamento annullabile, ponendosi questo come fonte dell'effetto attributivo.

⁷⁵ FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 257. Osserva che l'operatività della sanatoria non è subordinata al riscontro di una volontà effettiva del defunto. Ciò non può svalutare la rilevanza della disposizione testamentaria, in quanto si tratta pur sempre di confermare o dare esecuzione ad un atto di autonomia testamentaria imputabile al suo autore secondo la generale regola negoziale.

⁷⁶ BIANCA, *Diritto civile, II, la famiglia, le successioni*, 733 il quale ritiene che la nullità non sia mai suscettibile di sanatoria e possa sempre essere fatta valere nei confronti del presunto erede o legatario, salvi gli effetti dell'usucapione. La conferma o l'esecuzione volontaria del testamento viene così configurata come un'ipotesi di caducazione legale dell'azione di nullità. "Questa caducazione dell'azione di nullità non rende valido il testamento, ma preclude l'azione a chi lo abbia confermato o eseguito. Sul piano sostanziale la conferma rende il testamento titolo efficace per il beneficiario, ma non opponibile agli altri legittimati ad agire per l'azione dichiarazione di nullità o per l'impugnazione. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 892.

⁷⁷ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2009, 518. "secondo la giurisprudenza e la dottrina dominanti, erede non sarebbe il successore legittimo confermante, che resterebbe estraneo all'intera vicenda successoria, ma pur sempre l'erede testamentario; laddove erede è invece l'erede legittimo confermante, ed il chiamato con il testamento nullo acquisterà da costui *inter vivos* per la teoria del negozio attributivo".

⁷⁸ PUCCINI, *Note in tema di legittimazione congiuntiva alla conferma di testamento affetto da annullabilità assoluta, nel quadro degli atti di accertamento privato*, in *Giust. Civ.*, 1983, II, 226. Secondo l'autore la conferma rappresenterebbe un atto di

O ancora potrebbe porsi il problema se possano assumere rilevanza e meritevolezza nel nostro ordinamento dichiarazioni con cui gli eredi accertino convenzionalmente la volontà del *de cuius*. I coeredi potrebbero, infatti, accordarsi, al fine di eliminare lo stato di incertezza in cui si trovino, per attribuire un dato significato alla volontà del testatore espressa nella scheda, attraverso un regolamento che ne definisca e precisi il contenuto.

Accordi di tal tipo potrebbero suscitare dei problemi poiché l'accertamento della volontà del testatore è materia che di regola viene delegata al giudice ed è dubbio se vi sia uno spazio per l'autonomia privata⁷⁹.

Passando ora all'esame degli effetti della divisione occorre soffermarsi sull'art. 757 c.c. che dispone "*ogni coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari*".

Con la norma in esame la legge prende in considerazione solo l'aspetto effettuale della divisione. Per la comprensione del discorso che si andrà ad affrontare occorre premettere che, ai fini della nostra analisi, interessa il contratto di divisione con il quale si determina lo scioglimento della comunione mediante l'assegnazione a ciascuno dei compartecipi di una porzione di beni di valore corrispondente a quello della quota⁸⁰.

disposizione privato, esercizio di un potere di accertamento svolto nell'ambito dell'autonomia privata: si attribuirebbe cioè efficacia giuridica al rapporto nato dal testamento invalido incidendo sulla *regula iuris* originaria. In particolare inquadra la conferma ex art. 590 c.c. tra gli atti di autotutela a scopo di accertamento privato: "atto di disposizione privato che rappresenta l'esercizio del potere di accertamento positivamente svolto nell'ambito dell'autonomia privata-rectius nel settore dell'autotutela-in alternativa e in sostituzione a quella dell'accertamento negativo che lo stato avrebbe svolto (seppur su iniziativa privatistica) in sede di giudizio di annullamento del negozio".

⁷⁹ Secondo la giurisprudenza la conferma espressa non dovrebbe rivestire alcuna forma particolare con la conseguenza che un testamento orale potrebbe essere confermato oralmente anche se nell'asse ereditario sono presenti beni immobili. Così Cass. civ., 11 luglio 1996 n. 6313: "L'atto con cui il notaio riceve le dichiarazioni dei legittimari dirette a confermare espressamente le disposizioni testamentarie rese in forma orale dal *de cuius*, sulle premesse - dai medesimi dichiarate - dell'inesistenza di un testamento formale e della ripetuta, dettagliata e mai revocata volontà del defunto, espressa oralmente, circa la destinazione dei propri beni, non invade i compiti di accertamento riservati all'autorità giudiziaria, in ordine (nella specie) all'esistenza ed alla nullità del testamento nuncupativo nonché alla intervenuta realizzazione della fattispecie sanante prevista dall'art. 590 c.c., e non è quindi suscettibile di esser disciplinarmente sanzionato, ai sensi degli art. 1 e 138 della legge notarile, atteso che la convalida non presuppone alcuna preventiva attività di accertamento circa la nullità delle disposizioni convalidate (ne, peraltro, preclude un tale accertamento, da parte dell'autorità giudiziaria in caso di successiva contestazione) e tenuto altresì conto che la fede privilegiata propria dell'atto notarile non si estende al contenuto della dichiarazione di convalida, rispetto al quale non è quindi configurabile alcuna attività di accertamento da parte del notaio." Più cauta parte della dottrina vedi MANZINI, *Il negozio di accertamento: inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, 1998, 1427, la quale precisa che "i verbali di constatazione sono atti pubblici con cui il notaio riporta dichiarazioni o descrive condotte. Il loro contenuto può consistere...nel diretto accertamento di circostanze di fatto (come per esempio l'accertamento della effettiva abitazione degli immobili trasferiti, per il conseguimento delle agevolazioni tributarie di cui alla 12 luglio 1949 n. 408) in tali casi la dottrina ravvisa una possibile violazione dell'art. 696 c.p.c." ed ancora precisa " in primo luogo: bisogna fare attenzione a che il negozio di accertamento bilaterale non venga utilizzato per realizzare di fatto un intento traslativo, oppure venga utilizzato per sopperire un titolo nullo. In secondo luogo nell'esercizio di questa facoltà di accertamento vi è il pericolo di invadere il campo riservato all'autorità giudiziaria".

⁸⁰ MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 25. "Tuttavia va precisato che ciascun condividente non ha diritto di conseguire, con il contratto di cui si discorre, una quantità di beni il cui valore sia uguale a quello della quota indivisa: il valore dei beni comuni indivisi di rado coincide con la somma dei valori che i singoli beni possiedono all'atto dell'attribuzione. Pertanto sembra corretto definire la divisione come il contratto con il quale i titolari dei diritti in comunione sciolgono la comunione stessa mediante l'attribuzione a ciascuno di essi di beni il cui valore, nei riguardi del

Il presupposto dell'atto di divisione è che il *de cuius* abbia istituito più eredi per quote ideali e non per singoli beni individuati e con l'atto di divisione si sostituisce allo stato di comunione, in cui ciascuno aveva diritto ad una quota dell'intera massa comune, una situazione diversa: ciascuno dei soggetti che partecipavano alla comunione ottiene la titolarità esclusiva su una parte determinata del bene, o dei beni che erano comuni, corrispondente per valore alla quota spettante nello stato di indivisione.

A ben guardare l'effetto essenziale non si rinviene nella norma in commento, ma nell'art. 764 c.c. che associa alla divisione gli atti di diversa natura che "abbiano per effetto di far cessare tra i coeredi la comunione dei beni ereditari". In seguito alla divisione si ha, dunque, lo scioglimento della comunione, fenomeno rispetto al quale l'apporzionamento a favore dei conviventi si pone con un nesso di consequenzialità. È a questo punto che si pone la regola della retroattività prevista dall'art. 757 c.c..

In particolare, la norma stabilisce che, all'esito delle operazioni di divisione, ogni erede è "solo ed immediato" titolare dei beni che costituiscono la sua quota: ciascun compartecipe è reputato proprietario "solo", cioè esclusivo, della propria porzione e "immediato", cioè fin dall'apertura della successione. Sembra che il legislatore abbia posto una regola di retroattività esplicita nella seconda parte della norma allorché si precisa "e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari".

All'efficacia retroattiva della divisione si riconnette la questione della natura costitutiva o dichiarativa dell'atto.

La tesi della natura dichiarativa si basa sull'efficacia retroattiva della divisione: in virtù di quest'efficacia il compartecipe si ritrova titolare di un diritto, cioè della porzione esclusiva di un bene, di cui è reputato titolare già anteriormente all'atto di divisione⁸¹.

valore di quanto ricevono gli altri comunisti, si pone nello stesso rapporto proporzionale in cui le quote di proprietà stavano tra loro".

⁸¹ FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit. 493 evidenzia che storicamente la problematica dell'effetto dichiarativo è legato proprio al contratto di divisione ed rileva che la ragione storica della teoria dichiarativa risiede nel fatto che nel periodo feudale era dovuto un tributo molto gravoso per ogni trasferimento, pertanto per evitare di pagarlo due volte, all'atto della successione e all'atto della divisione, si riuscì a far prevalere la tesi della natura dichiarativa della divisione. Questa concezione del contratto di divisione come contratto non traslativo e dichiarativo di un acquisto diretto dal *de cuius* venne accolta poi dalla dottrina francese. Ed è a questa concezione che occorre rifarsi per capire l'elaborazione italiana. In particolare l'autore evidenzia che due sono i momenti dell'elaborazione della dottrina francese di cui occorre tener conto "la funzione che l'atto dichiarativo assolve rispetto ad un diritto soggettivo preesistente; l'efficacia non innovativa dell'atto dichiarativo, il quale non costituisce né trasferisce il diritto soggettivo". L'effetto dichiarativo, inteso come mera rivelazione della situazione giuridica anteriore e privo di elementi innovativi, è stato poi collegato all'idea della retroattività. In Italia il tema dell'effetto dichiarativo si è iscritto nella problematica delle dichiarazioni di accertamento. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 365 "il contratto di divisione è sicuramente dichiarativo; in modo altrettanto netto è retroattivo". Ma si avverte che la dichiaratività non coincide con la retroattività, né può desumersi da questa. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2009, 525, "la divisione ha efficacia dichiarativa essendo già, sia pure in astratto, fissato quanto di spettanza di ciascun coerede: con l'assegnazione delle varie porzioni concrete, dunque, non si realizza una vicenda traslativa (che è già avvenuta al momento dell'apertura della successione, in seguito alla delazione e alla successiva accettazione).

La base teorica di questa tesi è tradizionalmente ravvisata nella parziale indeterminatezza dei diritti in comunione. La divisione avrebbe effetto dichiarativo in quanto verrebbe a determinare o ad accertare quell'oggetto.

Secondo questa impostazione la divisione sarebbe un'ipotesi di negozio di accertamento: la funzione consisterebbe nella rimozione di uno stato di incertezza derivante dallo stato di comunione, accertando i limiti e l'oggetto dei diritti dei singoli compartecipi⁸².

A tale ricostruzione si è contrapposta la tesi della natura costitutiva della divisione che trae argomento dal fatto che il passaggio dalla comunione alla proprietà crea un diritto nuovo. I sostenitori di questa teoria, infatti, ritengono che con il contratto di divisione si modifica un diritto preesistente, cioè la comproprietà sull'intero, con un diritto diverso, proprietà esclusiva di una parte del bene. Il fatto che la divisione operi retroattivamente non significa che la sua natura sia dichiarativa, ma semplicemente che i suoi effetti sono destinati a prodursi ex tunc anche nei confronti dei terzi.

Partendo da questo presupposto alcuni autori ne hanno sostenuto la natura traslativa, fondata sulla natura distributiva⁸³, mentre altri hanno preferito inquadrarla nella

⁸² CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 20 "il contratto, come il giudizio di divisione, logicamente non serve tanto a far diventare ciascuno dei condomini proprietario di una parte dei beni, che prima erano in proprietà anche degli altri, sibbene a far sapere quale tra essi di ciascun lotto di beni debba reputarsi proprietario fin dal momento, in cui la comunione si è costituita. La pratica, piuttosto intuitivamente che razionalmente consapevole del collegamento logico tra retroattività e accertamento, ha da un pezzo tradotto la norma dell'art. 1034 nella formula della natura dichiarativa della divisione e perciò del relativo contratto. Ora poiché non vi è differenza tra contratto di accertamento e contratto dichiarativo, che il contratto di divisione sia un contratto di accertamento non è più una scoperta". E precisa che "la forma, cioè il contenuto dichiarativo del contratto, è piuttosto artificiale che naturale, nel senso che la legge impone piuttosto che le parti attribuiscano alla dichiarazione tale significato: non i condividenti, nell'atto del dividere, intendono di accertare chi di loro sia stato, fin dal principio, proprietario di ciascun bene, ma la legge vuole che ciò sia dichiarato abbia questo valore". *Contra* SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 10 osserva che "la legge, per assicurare l'immediata successione dei condividenti al comune autore, ed anche per un *favor divisionis* che risale al diritto romano, fa retroagire l'efficacia specificativa e quindi tipicamente costitutiva della divisione al momento iniziale della comunione, con la soppressione della comunione intermedia; ma questa non è dichiaratività: è semplicemente retroattività. Retroattività compatibile con l'efficacia costitutiva propria del negozio e non con l'accertamento. Di particolare, nella divisione, si ha soltanto la retroattività del negozio modificativo della situazione giuridica preesistente opera anche in confronto dei terzi (retroattività assoluta); GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, cit. 242 Esclude che la divisione possa rientrare nello schema del negozio accertamento perché non presuppone "una incertezza alla cui eliminazione è preordinata"; nello stesso senso anche CORRADO, voce *Accertamento*, cit. "il contratto di divisione, che dissolve una situazione certa di comunione per costituire una pluralità di posizioni esclusive (anch'esse certe) a vantaggio dei singoli condomini, per lo meno nell'ipotesi in cui realizza a pieno la sua funzione".

⁸³ FORCHIELLI ANGELONI, *Della divisione, art. 713-768*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 2000, 63 il quale precisa che "la cosa comune è proprietà di tutti i partecipati non potendo negarsi che una certa modificazione, non inquadrabile nello schema dell'effetto meramente dichiarativo, viene necessariamente a determinarsi ogni qual volta dallo stato di comproprietà si passi, per effetto della divisione, ad uno stato di proprietà individuale. Non può perciò darsi torto a quella parte della dottrina che nel fenomeno divisorio ravvisa un effetto sostanzialmente traslativo, giacché il compartecipe per effetto della divisione, acquista la proprietà individuale sui beni a lui assegnati e questo suo acquisto dal punto di vista effettuale, non è diverso dall'acquisto che egli farebbe nell'ipotesi in cui egli divenisse cessionario esclusivo di quello stesso bene per consenso unanime dei compartecipi, in virtù di un normale negozio traslativo, indipendentemente da qualsiasi paradigma divisorio"... "i compartecipi non sono estranei alla cosa comune neppure durante lo stato di comunione e che, soprattutto, il fenomeno divisorio, riguardato dal punto di vista della sua realtà economica, non è strumento di scambio e neppure, più genericamente, strumento di circolazione dei beni, ma soltanto strumento distributivo".

surrogazione reale, con l'effetto di assistere allo slittamento del diritto dalla quota alla porzione concreta, argomentando dal dato normativo di cui all'art. 2825 c.c.⁸⁴

1.3. *L'accertamento di precedenti liberalità*

Proseguendo nell'esegesi normativa la nostra attenzione si soffermerà ora sul rapporto tra atto di accertamento e l'atto di liberalità⁸⁵.

Le norme che vengono in rilievo sono l'art. 799 c.c. rubricato "conferma ed esecuzione volontaria di donazioni nulle" e l'art. 809 c.c., posto a chiusura del titolo V, libro II, del codice civile, dedicato alla disciplina della donazione, intitolato "norme sulle donazioni applicabili ad altri atti di liberalità".

Il tema involge l'ammissibilità di un atto di autonomia privata a seguito della conclusione di una donazione nulla, nel primo caso, e di un atto liberale diverso della donazione, nel secondo caso.

La disposizione di cui all'art. 799 c.c. prevedendo che la donazione nulla possa essere confermata ad opera degli eredi o aventi causa dal donante pone una disciplina sostanzialmente analoga a quella già esaminata nell'art. 590 c.c. concernente la conferma di disposizioni testamentarie nulle. Partendo dunque dal presupposto che il legislatore sembra aver assimilato la donazione, dopo la morte del donante, alle attribuzioni *mortis causa*, si ritiene di poter far riferimento a quanto già detto in quella sede relativamente ad un atto di accertamento che intervenga successivamente ad una donazione nulla⁸⁶.

La nostra attenzione si soffermerà, quindi, sui problemi che pone un atto di accertamento di un precedente atto di liberalità⁸⁷: o meglio sugli accordi tra donante o autore della liberalità indiretta e beneficiario della stessa aventi ad oggetto "precisazioni"

⁸⁴ CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, ha fatto ricorso alla surrogazione reale dell'oggetto del diritto "sostituzione al bene quota di un bene determinato"; GAZZARA, voce *Divisione*, in *Enc. dir.* XIII, secondo l'autore non rimane che ricorrere alla surrogazione reale. Essa non sostituisce alla realtà una finzione, ma una nuova realtà. Non si tratterebbe di una funzione di accertamento di un diritto incerto, ma una surrogazione di beni determinati alla quota. Con ciò non si realizza l'accertamento di un rapporto giuridico o di beni che ne costituiscono l'oggetto, né la sostituzione di un diritto ad un altro di diversa natura, ma soltanto la determinazione di beni costituenti la quota di ciascun dividendo.

⁸⁵ CAREDDA, *Donazioni indirette*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I contratti gratuiti, a cura di Palazzo e Mazzaresse, Torino, 2008, 176 Evidenza che dall'esame normativo di riferimento si può comprendere che "l'area della liberalità non coincide totalmente con quella della donazione, che la prima è più vasta della seconda e che, se è certo che la donazione è un atto di liberalità, non è vero l'inverso, nel senso che non tutti gli atti di liberalità sono donazioni".

⁸⁶ Art. 799 c.c. "la nullità della donazione, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa dal donante che, conoscendo la causa della nullità, hanno dopo la morte di lui, confermato la donazione o vi hanno dato volontaria esecuzione".

⁸⁷ TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi negoziale*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, I Quaderni della fondazione italiana per il notariato, il Sole 24 ore, n. 1 del 2008, 83. La difficoltà è data dal fatto che l'area della liberalità non donative sembra refrattaria ad una ricostruzione unitaria. Secondo una prima ricostruzione il fenomeno della liberalità in senso lato indiretta o non donativa avrebbe una tendenza ontologicamente pluralista tale da indurre chi analizza il fenomeno a coglierne le caratteristiche differenziali non meno che i tratti unificanti. Secondo un'altra ricostruzione, invece, il fenomeno della liberalità non donativa andrebbe ricostruito in modo unitario mettendo in evidenza l'oggettivo arricchimento del destinatario della disposizione liberale.

sul valore degli oggetti della liberalità ovvero aventi ad oggetto l'individuazione stessa di liberalità atipiche sprovviste di *expressio causae*.

La norma di riferimento è contenuta nell'art. 809 c.c. che si limita a prevedere che le liberalità anche se diverse dalla donazione sono assoggettate ad alcune norme proprie di quest'ultima figura, ed in particolare alle norme che regolano la revocazione per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli e quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari.

Il legislatore individua un dato comune di tipo negativo degli atti liberali non donativi: si tratta di atti "diversi" dalla donazione o di "altri" atti (sempre rispetto all'atto di donazione)⁸⁸. Il problema ermeneutico fondamentale è dato dal fatto che gli atti previsti in questa disposizione e la donazione sono tutti qualificati come liberalità. Gli atti contemplati nell'art. 809 c.c. devono essere diversi dalla donazione, ma debbono essere anche, così come la donazione, atti di liberalità. Nel senso che i connotati essenziali della liberalità sono idonei ad essere presenti ed a caratterizzare svariati atti anche diversi dalla donazione.

Non ci è dato in questa sede soffermarci sul vasto ambito di applicazione degli atti liberali, ma per comprendere il discorso che si andrà a sviluppare, si può dire che si tratta di atti, negoziali o non negoziali, coscientemente e volontariamente diretti al risultato di incrementare la sfera giuridica del destinatario in modo disinteressato e senza compenso⁸⁹.

Ci si domanda che rilevanza abbia un atto negoziale posto in essere successivamente ad un atto di liberalità "negoziale" o "non negoziale" al fine di rimuovere ogni dubbio in ordine all'atto precedente nel quale, potremo dire, si estrinseca lo spirito di liberalità.

Detto in altri termini, occorre chiedersi se un atto di accertamento possa riguardare una liberalità non donativa.

⁸⁸ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 6 e 108. È evidenziato che "l'art. 809 c.c....mostra che esistono liberalità diverse dalla donazione o <<che risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769>>, che, per lo stesso motivo, gli atti di cui all'art. 769 sono liberalità e che, dunque, quest'ultima nozione è più ampia della prima. Ciò è confermato, anche, (per il rilievo che le si può attribuire) dalla rubrica dell'articolo. Ma l'art. 809 è significativo anche perché in esso la liberalità è vista come il risultato di un atto" ed ancora "l'art. 809 consente di individuare gli atti ai quali si riferisce anche sulla base del risultato che producono: ciò è come dire che la liberalità può essere individuata anche ponendosi dal punto di vista del beneficiario, e quest'angolazione attribuisce larghezza alla categoria. Infatti, vista dal lato del destinatario, la liberalità comporta l'acquisto di un diritto o, comunque, un incremento della sua sfera giuridico-patrimoniale (per esempio la liberazione da un obbligo, l'acquisto di un'eccezione ecc) che può derivare da tutti gli atti che risultino idonei a realizzarlo".

⁸⁹ CAREDDA, *Donazioni indirette*, cit. 214: distingue l'area entro la quale si può parlare di liberalità negoziale e non negoziale. In particolare evidenzia che l'ambito dell'indagine delle liberalità negoziali può comprendere "negozi che possono atteggiarsi ad atti di liberalità già nella loro configurazione tipica, come i contratti a titolo gratuito (meglio senza corrispettivo), le rinuzie e le remissioni; può comprendere negozi che - come i precedenti- sono idonei per loro intrinseca potenzialità a realizzare una liberalità con la predisposizione di particolare congegni pattizi (*negotium mixtum cum donatione*) o mediante il collegamento negoziale". Quanto alle liberalità realizzate tramite atti giuridici non negoziali o meri fatti giuridici evidenzia che "le ipotesi tradizionalmente riportate nell'area delle liberalità non negoziali sono quelle della costruzione, semina o piantagione su terreno altrui, in modo che il proprietario del suolo acquisti per accessione la proprietà della piantagione o dell'edificio, ed il comportamento consistente nel "permettere" che si compia l'usucapione in favore del possessore o nel lasciar decorrere la prescrizione perché se ne avvantaggi il debitore".

Si consideri l'ipotesi dell'intestazione del bene direttamente a nome del figlio da parte del padre che, di fatto, paghi il prezzo di vendita senza che tale suo adempimento emerga in alcun modo nell'atto. Un atto successivo con il quale si evidenzi la circostanza dell'adempimento del terzo in funzione di liberalità giova alla correttezza e alla disciplina applicabile.

A risultati non dissimili si giunge nell'ipotesi in cui il padre abbia acquistato a favore del figlio con un contratto a favore di terzo e nel relativo atto nulla sia detto a proposito dell'*expressio causae*. Dal momento che non è detto che lo schema negoziale utilizzato implichi presunzione di liberalità, il terzo beneficiario, cioè il figlio, si trova nelle condizioni di sottrarsi alla disciplina della collazione e riduzione. All'apertura della successione vi è incertezza in ordine alla sorte della disciplina giuridica dell'effetto a suo favore deviato dall'atto negoziale del padre.

Successivamente al perfezionamento di siffatte fattispecie le parti potrebbero avere interesse a formalizzare attraverso un accordo la liberalità indiretta che non era stata evidenziata nell'atto negoziale posto in essere⁹⁰.

Partendo dalla premessa che nelle liberalità realizzate tramite negozi ai quali non partecipa il beneficiario, o liberalità risultanti da fattispecie complesse di collegamento negoziale, ove non vi è coincidenza tra le parti del negozio stesso e le parti del rapporto di liberalità, come avviene ad esempio nel contratto a favore di terzo o nell'adempimento del debito altrui, può essere utile distinguere le parti tra cui interviene l'accordo successivo.

Per restare agli esempi ci si deve chiedere se nell'ipotesi di contratto a favore di terzo la dichiarazione successiva tendente ad esplicitare l'*animus liberalis* debba essere resa dallo stipulante oppure se possa essere resa anche dal terzo beneficiario. Ed ancora ci si può domandare, relativamente all'adempimento del terzo, se la dichiarazione debba essere resa dall'autore dell'atto originario e quindi l'autore della liberalità, oppure anche dal beneficiario.

Occorre quindi, per prima cosa, riflettere sull'ammissibilità e sul valore di una dichiarazione unilaterale che riconosca l'esistenza di un precedente atto di liberalità diversa dalla donazione.

Sembra non sussistano ostacoli a ritenere che la dichiarazione possa essere resa dall'autore dell'atto liberale che ha il potere di svelare il proprio *animus liberalis* fin dall'atto che dà luogo alla liberalità non donativa. L'autore della liberalità nel momento in cui compie tale atto non ha dubbi in ordine agli effetti del proprio agire, vuole cioè

⁹⁰ In dottrina è stato ritenuto ammissibile un accordo diretto a formalizzare in un atto notarile la donazione indiretta e ciò sul presupposto che "ciò che è era possibile al momento dell'atto non che essere legittimo anche successivamente. Non v'è ragione d'inibire l'esplicazione successiva, dal momento che essa, sul piano della disciplina conseguente, si considera addirittura auspicabile al momento della stipulazione originaria Cfr. TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi negoziale*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, I *Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, il Sole 24 ore, n. 1 del 2008, 83. t.

arricchire il beneficiario, la dichiarazione successiva non elimina dunque l'incertezza, almeno sul piano soggettivo, ma si limita a rappresentare una circostanza rilevante che avrebbe potuto essere rappresentata al momento dell'estrinsecazione della volontà diretta a produrre l'effetto liberale⁹¹.

Si può anche pensare che la dichiarazione concernente la ricorrenza dell'animo liberale sia contenuta in un atto proveniente dal beneficiario. In quest'ipotesi si può intravedere un'analogia con la posizione di chi ha interesse contrario al disvelamento dell'interesse, in particolare perché, per esempio, corre il rischio di trovarsi esposto alla revoca per ingratitudine o sopravvivenza di figli dell'autore della liberalità originaria, ovvero di restare travolto dall'esercizio dell'azione di riduzione da parte di eventuali legittimari dell'autore dall'atto lesi dalla liberalità⁹². Il beneficiario, disvelando *l'expressio causae* tende a chiarire l'incertezza concernente l'effetto dell'attribuzione liberale, rimuovendo ogni ostacolo all'applicazione della relativa disciplina.

Si potrebbe, altresì, ipotizzare che la dichiarazione vertente sulla precedente liberalità indiretta venga effettuata con un atto bilaterale dall'autore dell'atto di liberalità e dal beneficiario. Il negozio che intervenga su una precedente liberalità diversa dalla donazione avrebbe la funzione di documentare da una parte l'arricchimento del beneficiario ed il corrispondente impoverimento dell'autore dell'atto di disposizione, nonché lo spirito liberale dell'autore della liberalità.

In tale atto si possono scorgere i profili di un accertamento in quanto sarà volto ad accertare l'esistenza di una precedente liberalità, eliminando la situazione di incertezza circa la sussistenza della stessa. Qualificare l'atto, che intervenga successivamente alla liberalità indiretta, come negozio di accertamento può avere una importante funzione di composizione degli interessi fissando i caratteri della fattispecie e consentendo così di ricondurla sotto la disciplina dell'art. 809 c.c.. In tal caso potrebbe forse riconoscersi un rafforzamento sotto il profilo probatorio perché mentre può essere agevole dimostrare l'arricchimento del beneficiario e l'impoverimento del disponente, non sempre è facile la prova dell'*animus donandi*⁹³.

⁹¹ TORRONI, *L'accertamento negoziale di precedenti liberalità*, in *Rivista del notariato*, LXV, 445, "il riconoscimento della precedente donazione indiretta da parte del donante non sembra in grado di accertare definitivamente la situazione precedente con efficacia tipica del negozio di accertamento. Ciò in quanto manca la dichiarazione di volontà della parte che ha un interesse contrario all'accertamento della fattispecie".

⁹² TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi negoziale*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, I Quaderni della fondazione italiana per il notariato, il Sole 24 ore, n. 1 del 2008: "Il riconoscimento della precedente donazione indiretta effettuato dal donatario che dichiara ad esempio "riconosco che in occasione del mio acquisto dell'appartamento in...mio padre ha provveduto al pagamento del prezzo pari a...in favore del venditore per spirito di liberalità", la natura di negozio di accertamento, in quanto elimina l'incertezza sull'esistenza del precedente negozio indiretto, in forza del riconoscimento da parte del soggetto che poteva avere interesse contrario all'accertamento della donazione indiretta".

⁹³ KROGH, *Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità*, studio n. 107-2009/C approvato dalla commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale di Notariato, Studi e materiali, quaderni trimestrali, Ipsa n. 3 del 2009, 1015 evidenzia che nel caso di precedente dazione di somma di denaro senza il

1.4. L'accertamento di diritti reali

Passando ora al libro terzo sulla proprietà di particolare interesse ai fini della nostra analisi è l'azione di regolamento di confini nonché l'atto di ricognizione che il concedente di un diritto di enfiteusi può richiedere a chi sia nel possesso del fondo un anno prima del compimento del ventennio.

L'azione petitoria disciplinata dall'art. 950 c.c. è volta alla definizione giudiziale di un confine incerto⁹⁴. L'azione tutela, dunque, l'interesse del proprietario alla "certa" delimitazione del suo fondo⁹⁵. In dottrina ed in giurisprudenza si ritiene che le parti potrebbero addivenire al regolamento del confine anche senza ricorrere al giudice mediante un accordo tra i proprietari interessati. Tale accordo con su si "stabilisce" contrattualmente il confine "incerto" sarebbe inquadrabile tra i negozi di accertamento e avrebbe il valore di prova tra le parti⁹⁶.

Passando ora all'enfiteusi, nonostante sia un istituto non più attuale, la previsione di cui all'art. 969 c.c., concernente una situazione di diritto reale, suggerisce utili informazioni sull'atto di accertamento⁹⁷.

rispetto della forma vincolata dell'atto pubblico ricevuto in presenza di testimoni, l'atto di accertamento non sanerà la nullità conseguente al difetto di forma, ma integrerà la fattispecie della donazione indiretta di cui all'art. 809 c.c., se alla ricognizione dell'avvenuta dazione della somma di denaro seguirà la rinuncia del donante alla restituzione della somma stessa, in modo che nel suo complesso potrà essere qualificata come donazione indiretta attuata mediante remissione del debito.

⁹⁴ Art. 950 c.c. Azione di regolamento di confini: quando il confine tra due fondi è incerto, ciascuno dei proprietari può chiedere che sia stabilito giudizialmente. Ogni mezzo di prova è ammesso. In mancanza di altri elementi, il giudice si attiene al confine delineato dalle mappe catastali. Vedi GAMBARO, *Apposizione di termini e regolamento di confini (azione per)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988; MAGAZZÙ, *Confini (regolamento di)*, in *Enc. dir.*, VIII, 963; BIONE, *Regolamento di confini (diritto vigente)*, in *NDI*, XV, 256.

⁹⁵ DE MARTINO, *Beni in generale-proprietà*, in *Commentario Scialoja Branca* (art. 810-956), 1976, 546: "l'azione di regolamento di confini rimane nel diritto moderno un vero relitto storico...essa è sempre una sottospecie della rei vindicatio". Di diverso avviso BIANCA, *Diritto civile*, VI, La proprietà, 432 il quale evidenzia che l'azione di regolamento di confini mantiene una sua autonomia "in quanto non è diretta al recupero del bene, ma alla eliminazione di una particolare situazione di incertezza (l'incertezza sul confine). Essa si distingue anche rispetto all'azione di accertamento della proprietà in quanto tende ad eliminare un'incertezza che non concerne la titolarità del diritto di proprietà ma i limiti del fondo che ne è oggetto". In dottrina ed in giurisprudenza si ritiene che con questa azione non si contesti tanto la proprietà dei fondi, ma si intenda adeguare il fatto, cioè il confine, al diritto cioè alla estensione della proprietà in base al titolo. Cass. civ., 01 dicembre 1997 n. 12139 "L'azione di regolamento di confini non pone in discussione i rispettivi diritti di proprietà, ma mira esclusivamente ad eliminare l'incertezza sulla demarcazione tra fondi, adeguando la situazione di fatto a quella di diritto. Essa non perde tale natura ricognitiva neppure nel caso in cui l'eliminazione di quella incertezza comporti l'obbligo di rilascio di una porzione indebitamente posseduta.

⁹⁶ Cass. civ., 07 dicembre 1991 n. 13212 "Le convenzioni fra i proprietari di fondi contigui con le quali senza alcun contrasto si riconosca e determini l'esatta confinazione fra i fondi stessi in base ai relativi titoli d'acquisto, avendo il solo scopo di eliminare una situazione d'incertezza, rivestono, per il loro contenuto esclusivamente dichiarativo, il carattere di negozi di accertamento e, pertanto, non sono soggetti al requisito della forma scritta e possono provarsi per testimoni. Per contro, qualora le parti, non concordano sulla linea di confine, si rivolgono ad un terzo in funzione di perito contrattuale od arbitratore, cui conferiscono l'incarico anche di assegnare la zona marginale controversa, l'accettazione configura un negozio che non ha più funzione meramente dichiarativa, ma traslativa o transattiva, di guisa che riguardando diritti reali immobiliari, ove non venga tradotto in forma scritta ex art. 1350 c.c., è privo di valore e non preclude la proponibilità dell'azione di regolamento di confini". Cass. civ., 7 gennaio 1992 n. 41 attribuisce al regolamento amichevole della linea di confine il valore di mezzo di prova cui può farsi ricorso quando i titoli di acquisto risultino insufficienti.

⁹⁷ Art. 969 c.c. rubricato Ricognizione "il concedente può richiedere la ricognizione del proprio diritto da chi si trova nel possesso del fondo enfiteutico, un anno prima del compimento del ventennio". La ricognizione di enfiteusi troverebbe giustificazione nell'esigenza che il concedente (proprietario) abbia d'ottenere dall'altra parte (enfiteuta possessore) dichiarazione con cui quest'ultimo, riconoscendo il diritto dell'altro impedisca che il decorso del tempo possa, ad esso

Il proprietario, secondo la previsione normativa, può cioè esigere un atto di riconoscimento del suo diritto di proprietà sul fondo enfiteutico e l'atto può essere preteso ogni vent'anni, un anno prima della scadenza del ventennio; tenuto a tale riconoscimento è il possessore del fondo.

Il riferimento al possessore del fondo si spiega in ragione della finalità dell'atto, di preservare il proprietario dalla perdita della proprietà: il riconoscimento dell'enfiteusi serve dunque ad impedire che l'enfiteuta, che assuma di aver posseduto come proprietario, acquisti il diritto di proprietà per usucapione con la conseguente estinzione del diritto del concedente.

Sulla natura giuridica dell'atto di ricognizione del diritto del concedente si profilano due tesi: una che vi ravvisa una dichiarazione di scienza⁹⁸, l'altra che vi ravvisa un atto negoziale, e precisamente un negozio di accertamento⁹⁹.

La ricognizione si presenta come un atto che esprime la volontà di "accertare" la proprietà del concedente e che quindi potrebbe essere qualificato come negozio di accertamento¹⁰⁰.

dichiarante, giovare per l'usucapione cfr. GRAZIANI, voce *Ricognizione*, in *Enc. dir.* XL, 521. Diversa è la ricostruzione di GRANELLI, "*Ricognizione imposta al possessore del fondo enfiteutico e riconoscimento della proprietà*", in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1982, 44, individua la funzione dell'atto di ricognizione dell'enfiteusi nel "provocare la degradazione del possesso a titolo di proprietà in possesso a titolo minore"; ID. *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, 188 "quand'anche chi è insediato sul fondo enfiteutico stesse effettivamente maturando l'acquisto per usucapione della piena titolarità del fondo stesso, avendo in forza di idoneo atto di interversione, cessato di possedere *uti emphyteuta* per possedere *uti dominus*, la ricognizione avrebbe l'effetto non solo e non tanto...di provocare l'interruzione civile dell'usucapione ex comb. disp. 1165 e 2944 c.c., quanto quello di determinare un vero e proprio ritorno allo status *quo antea* nella situazione possessoria del dichiarante, degradando nuovamente il possesso di questi da possesso a titolo di proprietà a possesso a titolo di enfiteusi". MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949 e BRANCA, *Servitù prediali*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, art. 1058, 279 riconducono le fattispecie di cui agli art. 969 e 1988 c.c. tra i negozi unilaterali di accertamento.

⁹⁸ ORLANDO CASCIO, *Enfiteusi (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XIV, 920 "l'atto di ricognizione si presenta come una dichiarazione di scienza".

⁹⁹ TRIFONE, *Enfiteusi*, in *Comm. Scialoja e Branca*, art. 957-1026, 1978, 10 "l'atto ricognitivo è considerato come un negozio di accertamento, con il quale le parti, allo scopo di dare certezza giuridica ad un rapporto giuridico già in corso e consacrato in un precedente negozio, riconoscono e affermano l'esistenza di questo".

¹⁰⁰ Contrario LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970, 17 "la ricognizione del possessore del fondo enfiteutico non racchiude in sé il paradigma di una ricognizione del diritto di proprietà...essa ha un significato limitato all'attestazione che il dichiarante possiede a titolo di enfiteusi e che concedente è...colui al quale la ricognizione è resa". Circa l'anomalia di un riconoscimento obbligatorio di un diritto incerto cfr. GRANELLI, *Ricognizione imposta al possessore del fondo enfiteutico e riconoscimento della proprietà*, in *Riv. trim dir proc civ.*, 1982, "un certo margine di incertezza oggettiva è fisiologicamente immanente ad un rapporto, come quello enfiteutico, destinato ad essere perpetuo o, quanto meno, di lunga durata, ed in forza del quale, per di più, l'utilista è legittimato a tenere un comportamento per molti versi analogo a quello del proprietario". Non sembrano allora sussistere ostacoli logici ad ipotizzare che il legislatore "possa aver ritenuto di imporre al possessore, che non abbia dubbio sull'esistenza e sul contenuto del diritto del proprietario concedente, un periodico accertamento negoziale che elimini ogni possibile incertezza derivante dal modo in cui si atpeggia in concreto un rapporto enfiteutico". ID, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, 188 reputa che la ricognizione prevista dal codice sarebbe idonea a ricomprendere sia negozi di accertamento sia dichiarazioni di scienza e più in generale tutte le varie figure "attestanti l'attuale vitalità del rapporto enfiteutico". Ed ancora "se non vi è motivo per escludere che il possessore del fondo enfiteutico possa ottemperare all'obbligo di legge, anche solo rendendo una dichiarazione di scienza del diritto del proprietario concedente, purché dalla stessa traspaia la volontà di chi l'emette di possedere, per l'avvenire, animo emphyteutae e non animo domini- non vi è neppure ragione per negare all'utilista la possibilità di ottemperare al disposto dell'art. 969 c.c. ponendo in essere una dichiarazione di natura negoziale e, in particolare, una dichiarazione negoziale di accertamento del dominio eminente".

Importante è altresì porre in evidenza, oltre alla natura dell'atto, il tipo di effetto che gli è proprio. Seppur con una serie di sfumature intermedie, le diverse ricostruzioni della dottrina sembrano concordare sul fatto che l'atto ricognitivo non abbia efficacia costitutiva. Partendo dall'assimilazione della ricognizione enfiteutica a quella di debito, si giunge così a ritenere che, nel rapporto intercorrente con il proprietario, l'atto abbia valore probatorio dell'esistenza del diritto del concedente fino a prova contraria. Si argomenta che l'esonero dell'interessato dall'onere di provare il diritto riconosciuto è un effetto inerente a tutti gli atti ricognitivi in forza del principio di coerenza espresso dal *divieto di venire contra factum proprium*¹⁰¹.

1.5. *L'accertamento e il diritto delle obbligazioni*

Nel libro quarto delle obbligazioni sono numerose le norme che presentano punti di contatto con l'accertamento, in particolare saranno trattate l'imputazione di pagamento e la quietanza, ipotesi disciplinate rispettivamente dagli artt. 1193 e 1195 c.c., nonché dall'art. 1199 c.c.

Ci soffermiamo dapprima sulla disposizione dell'art. 1193 c.c. la quale prevede che se un debitore ha più debiti della medesima specie verso uno stesso creditore può dichiarare al momento del pagamento quale debito intende soddisfare.

Si tratta di un criterio previsto dal legislatore che rimette alla volontà del debitore la possibilità di individuare il debito a cui il pagamento deve riferirsi e che potrebbe configurare un atto unilaterale di accertamento. Il debitore ha facoltà di decidere quale dei propri debiti estinguere, senza che il creditore possa opporsi, con il divieto, tuttavia, di imputare il pagamento al capitale prima che agli interessi e alle spese, salvo il consenso del creditore¹⁰².

¹⁰¹ TRIFONE, *Enfiteusi*, in *Comm. Scialoja e Branca*, art. 957-1026, 1978, "la ricognizione dell'enfiteusi, quando è piena e completa, quando cioè non si limita alla sola menzione del titolo originario, ma ne riporta il contenuto e i singoli patti, senza alcuna sostanziale modificazione, fa piena fede dell'esistenza dell'enfiteusi e si sostituisce al titolo originario ove esso manchi"; GRANELLI, *Ricognizione imposta al possessore del fondo enfiteutico e riconoscimento della proprietà*, in *Riv. trim dir proc civ.*, 1982, ID. *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, si pronuncia invece contro la diretta applicabilità della norma sulla ricognizione di debito. Diversamente PALERMO, *L'enfiteusi*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, 1982, 69 afferma l'assimilabilità della ricognizione enfiteutica a quella di debito. Si segnala anche la ricostruzione di FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, 495. L'autore ritiene che la ricognizione di enfiteusi esemplifichi il sottotipo della efficacia dichiarativa cioè quella trasformazione della situazione giuridica interna che egli qualifica come "efficacia rafforzativa". Precisa che se l'enfiteusi preesiste, il riconoscimento la lascia sussistere così come era, tuttavia "una novità allora il riconoscimento la introduce nel diritto: e questa novità si coglie con evidenza raffrontando la situazione giuridica quale scaturisce dall'atto di ricognizione, più che alla situazione giuridica preesistente, a quella che si sarebbe avuta qualora l'atto di ricognizione non fosse intervenuto. Il diritto soggettivo è, diciamo così ringiovanito, ha acquistato tutta la sua originaria vitalità, ed è al sicuro, per tutto un altro ciclo di esistenza, dalla forza logoratrice del tempo: dunque si è rafforzato" ed ancora "il riconoscimento, che proviene dal soggetto tenuto a rispettare specificatamente o ad attuare il diritto soggettivo, ha precisamente l'effetto di restituire alla situazione giuridica la sua originaria efficienza. È questa, come detto, una novità giuridica che si esaurisce tutta all'interno della situazione giuridica.

¹⁰² La natura giuridica dell'imputazione volontaria è oggetto di contrasti in dottrina per una rassegna delle diverse opinioni in dottrina SCALISI, *Natura ed efficacia dell'imputazione di pagamento*, ex art. 1193 c.c., in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 512. Secondo una prima ricostruzione la dichiarazione di imputazione, come il pagamento, di cui costituisce atto accessorio, non ha natura negoziale, perché non ha un'autonoma efficacia estintiva, limitandosi a specificare la direzione

Un'ipotesi ricostruttiva di contratto di accertamento potrebbe, invece, ricavarsi dall'art. 1195 c.c. ai sensi del quale se il debitore, "avendo più debiti, accetta una quietanza nella quale il creditore ha dichiarato di imputare il pagamento ad uno di essi, non può pretendere un'imputazione diversa, se non vi è stato dolo o sorpresa da parte del creditore".

In presenza di più debiti della medesima specie riferibili ad un unico debitore nei confronti del medesimo creditore, la corrispondenza tra prestazione eseguita e prestazione dovuta riguarda una pluralità di rapporti. Si ha così una situazione di incertezza in ordine all'effetto estintivo del rapporto prodotto dall'adempimento. Con la previsione in esame il legislatore detta dunque un criterio per individuare il debito a cui il pagamento del solvens deve riferirsi.

Mancando una definizione di quietanza da parte del legislatore, difetta anche una indicazione relativa al contenuto della dichiarazione, sarà dunque compito dell'interprete individuarne i requisiti minimi.

In particolare, con la quietanza il creditore dà atto al debitore dell'avvenuto adempimento dell'obbligazione, e dal momento che si ammette che il debitore possa rifiutare, tale atto può essere qualificato come mera proposta.

Il legislatore ha previsto, dunque, un criterio con cui rimette alla volontà del creditore l'ordine di estinzione di rapporti obbligatori omogenei e poiché il debitore potrebbe anche rifiutare la quietanza, e pretenderne un'altra relativa ad un debito diverso, si può configurare un'imputazione convenzionale e non unilaterale di pagamento a parte creditoris. Una volta intervenuta l'accettazione, l'accordo così concluso potrebbe essere qualificato come un contratto consensuale bilaterale con causa solutoria che produce effetti che potremmo definire di accertamento¹⁰³.

Il legislatore, in tema di adempimento, fa menzione della quietanza anche nell'art. 1199 c.c. che riconosce all'obbligato adempiente il "diritto" di ottenere, dal "creditore che riceve il pagamento" il rilascio di una "quietanza"¹⁰⁴. I presupposti per cui si concretizzi la previsione di cui all'art. 1199 c.c. sono due: in primo luogo l'adempimento

oggettiva del pagamento, in relazione ai plures debita Cfr. MAGAZZÙ, *L'imputazione del pagamento*, Milano, 1971. Per la tesi prevalente, invece, l'accessorietà rispetto al pagamento non implica l'assimilazione dell'imputazione al pagamento sotto il profilo della natura giuridica. Infatti mentre il pagamento produce un effetto estintivo del rapporto che è legalmente determinato, l'imputazione del debitore produce il suo effetto, il riferimento della prestazione all'obbligazione da estinguere, conformemente alla volontà dell'autore dell'atto: è la decisione del debitore che destina la prestazione a quel determinato rapporto. Per cui nell'imputazione del debitore deve ravvisarsi un atto negoziale e precisamente un atto di destinazione. Cfr. BELELLI, *L'imputazione volontaria del pagamento*, Padova, 1989, 10 BIANCA, *Diritto civile, IV, l'obbligazione* 337; DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile*, 1994, 312.

¹⁰³ Evidenzia la natura convenzionale GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit. "il legislatore ha tutelato la libertà del volere nel momento in cui ha preteso che l'accettazione della quietanza da parte del debitore non possa essere frutto del dolo o della sorpresa operata dal creditore, intendendosi per sorpresa un raggio teso a sviare l'attenzione del debitore che si trova, di conseguenza di fronte a una situazione imprevista: tipico è il caso del creditore che in un primo momento comunica oralmente al debitore una certa imputazione e poi gli consegna una quietanza scritta con imputazione diversa, sorprendendo la buona fede".

¹⁰⁴ Art. 1199 c.c. "il creditore che riceve il pagamento deve, a richiesta e a spese del debitore, rilasciare quietanza e farne annotazione sul titolo, se questo non è restituito al debitore".

dell'obbligazione, che è l'antecedente logico rispetto alla formulazione del documento contenente la dichiarazione, ed in secondo luogo la richiesta da parte del debitore¹⁰⁵.

Come detto il legislatore non definisce cosa debba intendersi per quietanza: la dottrina sembra concorde nel ritenere si tratti di una dichiarazione scritta proveniente dal creditore e da lui rilasciata al debitore attestante il fatto dell'avvenuto pagamento di una determinata somma¹⁰⁶. Accanto a quello che può essere definito come il contenuto tipico, consistente nella certificazione dell'avvenuto pagamento, invero, la quietanza potrebbe assumere dei contenuti più complessi come quello della rinuncia, della transazione, della confessione stragiudiziale o ancora del negozio di accertamento¹⁰⁷.

Dal punto di vista della prova, la quietanza determina la presunzione dell'avvenuto pagamento e conseguentemente l'inversione dell'onere probatorio: spetta, infatti, a chi contesta il pagamento dare la prova del contrario. Secondo l'orientamento giurisprudenziale, peraltro, quando il creditore dà atto di aver ricevuto una somma a totale soddisfacimento delle sue spettanze e di non aver diritto ad altro, ciò non gli impedisce di pretendere quanto sia ancora dovuto dal debitore¹⁰⁸. Da ciò potremmo trarre che l'effetto giuridico dell'accertamento si sostanzia nell'inversione dell'onere della prova.

¹⁰⁵ Dalla relazione del Guardasigilli n. 566 emerge che la norma è stata introdotta nel codice civile con l'obiettivo di fornire al debitore un "documento probatorio" dell'adempimento, scongiurando così ulteriori pretese illegittime a suo danno. Tuttavia è stato osservato che tale obiettivo non poteva essere risolto semplicemente con la restituzione del titolo sia perché in alcuni casi il documento può non esistere, sia perché in altri esso non può essere restituito. Cfr. CECCHETTI, voce *Quietanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 161.

¹⁰⁶ Discussa è la natura giuridica della quietanza. Alcuni autori come TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009; DI PRISCO, *L'adempimento in generale*, in RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, vol 9, Milano, 1984, 111 ss qualifica la quietanza come una confessione stragiudiziale rivolta al debitore, muovendo dal presupposto che a quest'ultimo vengono riferiti fatti per lui favorevoli, ma sfavorevoli per il dichiarante. Altri autori ravvisano nella quietanza un atto giuridico non negoziale Cfr. MAGAZZÙ, *L'imputazione del pagamento*, Milano, 1971; BIANCA, *Diritto civile, Le obbligazioni*, 1990, 320 rileva che "la dichiarazione di quietanza non integra un negozio in quanto il creditore non dispone del suo diritto, ma certifica il fatto dell'avvenuto pagamento" riconoscendo che la quietanza ha natura dichiarativa. L'autore contesta la ricostruzione della quietanza come confessione poiché la quietanza "è dichiarazione obbligatoria mediante la quale il creditore deve certificare il fatto della prestazione ricevuta in attuazione del suo diritto". Diversa è la ricostruzione di CECCHETTI, voce *Quietanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 168, il quale pur concordando sul fatto che la struttura della quietanza sia quella di un atto in senso stretto e non un negozio giuridico, tuttavia ritiene che non si possa identificare con la confessione stragiudiziale, e preferisce qualificare la quietanza come un "autonomo mezzo di prova, analogo ma non coincidente con la confessione. La quietanza tende a partecipare ad un soggetto l'accadimento di un determinato fatto (adempimento) con le sue caratteristiche (somma versata e titolo) e viene rilasciata dall'altra parte, adempiendo ad uno specifico obbligo giuridico. D'altra parte essa, una volta rilasciata, assume valore di mezzo di prova precostituita, dato che l'interesse che realizza è quello del debitore adempiente a certificare ed opporre il fatto dichiarato al dichiarante stesso ed ai terzi".

¹⁰⁷ CECCHETTI, cit. rileva che "si ha negozio di accertamento quando l'intenzione del dichiarante appare diretta, attraverso le espressioni usate, ad accertare i limiti ed il reale contenuto di una situazione giuridica senza alcun intento abdicativo". GRANELL, voce *Quietanza, Digesto delle discipline privatistiche*, 162 rileva che nel linguaggio normativo il termine quietanza "è indifferentemente impiegato ora per indicare un documento (rappresentativo di dichiarazioni di contenuto eterogeneo, rese attraverso la formazione del documento stesso, dal creditore in connessione con il ricevimento della prestazione), ora per indicare invece la dichiarazione... Tutte le dichiarazioni, seppur materialmente rese attraverso la confezione di un unico "documento" conservano la propria autonomia e, conseguentemente, rimangono assoggettate alla disciplina tipica di ciascuna".

¹⁰⁸ Cass. civ., 14 ottobre 2003, n. 15371, in *Il civilista*, 2011, 7-8: "La quietanza liberatoria rilasciata dal lavoratore al proprio datore di lavoro - inserita nel caso di specie all'interno di un verbale di conciliazione - non può integrare una rinuncia a tutti gli eventuali diritti connessi al rapporto, e alle azioni esercitabili in dipendenza di essi, in difetto dell'ineffettibile presupposto che il lavoratore abbia avuto l'esatta rappresentazione dei diritti che intendeva dismettere

1.6. L'accertamento e il diritto dei contratti

Anche se nel nostro codice civile non è presente una definizione di negozio di accertamento, tuttavia, un referente normativo espresso di tale potere potrebbe essere ravvisato, nella norma cardine dell'autonomia privata cioè nel "regolare", che è uno dei risultati cui si dirige l'accordo nella definizione dell'art. 1321c.c.¹⁰⁹.

Il negozio giuridico è un fenomeno dinamico in cui l'attività negoziale è costruita secondo un procedimento bifasico nel senso che la norma attribuisce alla volontà dei privati, intesa come autonomia negoziale, di determinare gli effetti cioè di accordarsi. L'esito dell'attribuzione del potere sarà un contratto che ha forza di legge tra le parti. Tale contratto, inteso come fatto, sarà poi qualificato da una norma giuridica (l'art. 1322 c.c. o le norme di parte speciale che disciplinano i tipi contrattuali), la quale riconnette al fatto la produzione di un rapporto giuridico¹¹⁰.

Nella definizione legislativa di cui all'art. 1321 c.c. il contratto si identifica con l'accordo: è un atto consensuale avente ad oggetto un rapporto giuridico patrimoniale. L'accordo, in quanto atto di volontà, è finalizzato ad incidere su tale rapporto mediante la produzione di effetti giuridici. O meglio, il contratto si pone come lo strumento inteso, ed idoneo, al fine "di costituire, regolare o estinguere": la norma indica, quindi, le tipologie generali dei modi in cui gli effetti contrattuali incidono sulle posizioni giuridiche delle parti, e dunque sui loro rapporti ¹¹¹.

in favore del proprio datore di lavoro, ma può avere solo il valore di dichiarazione di scienza, ovvero di mera manifestazione del convincimento soggettivo del lavoratore stesso di essere stato soddisfatto in tutti i suoi diritti, e come tale, è del tutto inidonea a precludere l'azione giudiziaria volta a far valere diritti che non risultino soddisfatti effettivamente".

¹⁰⁹ SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*. Rileva che secondo l'opinione prevalente la legge adotta l'espressione "regolare" nell'altro e specifico senso di modificare: allo scopo di chiarire che il contratto non può propriamente regolare un rapporto (quasi fosse una norma). L'autore concorda con tale conclusione "purché si attribuisca all'espressione modificare il senso più ampio e comprensivo di qualsiasi tipo e misura di mutamento del rapporto preesistente".

¹¹⁰ SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Il codice civile non fa alcuna menzione esplicita al negozio come figura generale, ma tale concetto può essere estratto dal diritto positivo ed in particolare dalla disciplina dell'art. 1324 c.c. e dalle norme generali sui contratti che presuppongono la nozione di negozio giuridico. Esse non danno immediatamente il concetto di negozio né fissano gli elementi della sua fattispecie, ma si riferiscono tutte ad una nozione empirica di negozio. Il concetto empirico di negozio costituisce l'elemento materiale del fenomeno negoziale e dunque un fattore decisivo per la sua conoscenza. Avvalendosi poi di tale fattore per la individuazione delle norme che hanno riguardo al concetto di negozio diviene possibile conoscere l'elemento formale della figura, risultante da quelle norme; si può stabilire quale atteggiamento il diritto positivo assume rispetto al concetto di negozio, completando così la conoscenza della figura. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, 8, sottolinea come l'efficacia del contratto trovi la propria disciplina non nell'art. 1372 c.c. bensì nell'art. 1321 c.c.. L'autore evidenzia l'ampiezza del concetto espresso da quest'ultima disposizione che consente al contratto di "trasformare qualsiasi tipo di situazione giuridica soggettiva delle parti contraenti, purché abbia carattere patrimoniale, ossia tuteli un interesse suscettibile di valutazione economica".

¹¹¹ ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011. Osserva che la preposizione di scopo "per" indica che l'atto non ha funzione descrittiva o valutativa, bensì ha natura finalistica: le parti non si accordano su un giudizio, ma per un fine, che è incidere su un rapporto giuridico patrimoniale, mediante la produzione di effetti giuridici che toccano quel rapporto.

Soffermandoci sui soli effetti che derivano dal contratto, mentre appare chiaro il significato di “costituire” e di “estinguere”, meno agevole è individuare l’area del “regolare”.

Tradizionalmente la dottrina ha ricondotto al significato di regolare quello di modificare, ritenendo che tali trasformazioni rientrassero nella categoria dell’efficacia costitutiva. Nonostante la norma non faccia riferimento all’effetto di modificare, partendo dal presupposto che le vicende del rapporto possono essere la costituzione, la modifica o l’estinzione, si è fatto coincidere l’effetto del regolamento con la modifica. Si è così attribuito al contratto, insieme agli effetti di costituire ed estinguere, l’effetto di modificare rapporti giuridici patrimoniali¹¹².

Si è, tuttavia, osservato che regolare è termine più ampio di modificare: si può allora argomentare che si “regola” un rapporto non solo quando lo si modifica, ma anche quando, per esempio, lo si accerta¹¹³. L’art. 1321 c.c., d’altra parte, attribuisce al contratto l’effetto di “regolare” rapporti giuridici patrimoniali ed è a tale nozione che si dovrà guardare se si vuol trovare un riferimento normativo all’accertamento convenzionale¹¹⁴.

¹¹² BIANCA, *Il contratto*, cit. 523; ROPPO, *Il contratto*, cit. 511, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit. 945 “è sempre presente sul piano sostanziale, la nascita di una situazione giuridica atta a modificare i patrimoni dei contraenti, costituendo, modificando o estinguendo rapporti giuridici patrimoniali”.

¹¹³ SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, II, 11, “peraltro <<regolamento>> è termine più ampio di <<modificazione>>. Si regola un rapporto non solo quando lo si modifica, ma anche quando lo si accerta, quando si pattuisce un rovesciamento dell’onere di provare i fatti che lo determinano, quando si elimina o si rinuncia ad eliminare la vicenda costitutiva del rapporto (ossia quando si annulla l’atto che ha costituito il rapporto). L’espressione <<regolare>>, contenuta nell’art. 1321 c.c., apre la possibilità di far spaziare gli effetti del contratto in un settore molto ampio.

¹¹⁴ FALZEA, *Efficacia*, cit. 490 ha ricondotto tutte queste figure di trasformazione alla categoria dell’efficacia costitutiva, intesa come comprensiva di fenomeno innovativo di situazioni giuridiche soggettive. Il quale precisa che “per cogliere la differenza tra innovazione radicale e semplice modificazione occorre avere chiaro il significato delle due forme di efficacia costitutiva. Nella modificazione, su piano giuridico quel significato consiste in ciò che il mutamento lascia integra una parte notevole delle regole giuridiche di condotta che valevano a disciplinare i rapporti anteriori, mentre nella innovazione vengono introdotte regole giuridiche di condotta diverse dalla precedenti, non più idonee a regolare i nuovi rapporti... Tutte le volte in cui un fatto trasforma il sistema di interessi lasciandone intatto il nucleo fondamentale si ha modificazione; quando invece un fatto comporta una trasformazione che incide il nucleo fondamentale si ha innovazione”. Altra parte della dottrina si è interrogata circa il significato dell’espressione regolare soprattutto circa l’idoneità a definire un tipo di efficacia diversa da quella costitutiva. Un primo orientamento Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, *Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, Padova, 2009, 151ss assegna al termine “regolare un contenuto semantico molto ampio. Esso comprenderebbe le clausole volte a disciplinare le modalità di svolgimento del rapporto contrattuale: cioè sia le determinazioni concrete, suscettibili di un’unica applicazione (si fa l’esempio delle modalità di consegna della cosa venduta), sia le determinazioni astratte destinate ad applicazioni ripetute. A quest’ultima tipologia apparterebbero gli statuti delle associazioni e delle società, le cui clausole disciplinano il funzionamento dell’ente, nonché il regolamento condominiale, che ove non abbia natura contrattuale, ma di atto, è comunque sottoposto alle norme sui contratti ai sensi dell’art. 1324 c.c. Inoltre la funzione regolamentare si esplicherebbe attraverso determinazioni astratte, la cui applicazione è soltanto eventuale: ne è un esempio il contratto normativo con il quale le parti determinano in tutto o in parte il contenuto di futuri ed eventuali contratti che restano libere di concludere o meno. Secondo una diversa interpretazione Cfr. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, 9. L’effetto regolamentare andrebbe limitato alle clausole che senza produrre trasformazioni immediate delle situazioni giuridiche soggettive delle parti contraenti valgano a conformare la loro stessa autonomia negoziale in vista del compimento di futuri negozi giuridici. Avrebbero questo effetto i negozi di configurazione, con il quale le parti si accordano in ordine al modo in cui dovranno esercitare in futuro la propria attività negoziale, senza assumere alcun obbligo rispetto al se esercitarla. In tale accezione la funzione regolamentare viene attribuita, oltre che ai contratti normativi e agli statuti sociali e associativi, anche ai patti di forma. Oltre all’efficacia costitutiva e regolamentare la dottrina riconduce al “regolare” l’efficacia dichiarativa cfr. SIRENA, cit. “all’efficacia

Il termine regolare ha, infatti, un'accezione di disciplinare, cioè istituire, dare una regola e ordinare qualcosa che già esiste. Anche con il negozio di accertamento le parti "introducono una regola" perché con il negozio si introduce un fatto che sarà considerato esistente. Detto in altri termini, le parti presumono che il rapporto esista così come da esse accertato.

A tale ricostruzione si potrebbe obiettare che se si pone una regola allora si introduce qualcosa di nuovo, si modifica la situazione giuridica preesistente ricadendo così nell'identificazione tra regolare e modificare. In realtà si ritiene che i due ambiti non siano coincidenti e l'obiezione può essere facilmente superata perché le parti accertano obblighi e diritti del loro rapporto preesistente, e la regola che l'accertamento introduce non modifica la situazione sulla quale incide, ma è presuntiva del fatto giuridico accertato quindi pone una regola diversa.

Il perimetro dell'accertamento convenzionale può essere segnato non solo dalla norma generale di cui all'art. 1321 c.c., ma anche da tipi contrattuali e correlativamente, sul piano processuale, dall'arbitrato¹¹⁵.

Circoscrivendo la nostra analisi, le norme che potrebbero configurare ipotesi di accertamento e su cui ci si soffermerà sono l'atto unilaterale di ricognizione, in materia di rendita, previsto dall'art. 1870 c.c., nonché il contratto tipico della transazione, di cui all'art. 1965 c.c..

Come detto, un punto di emersione dell'accertamento potrebbe evincersi dalla figura della ricognizione di contratto: il riferimento è all'art. 1870 c.c. a norma del quale se la rendita, o altra prestazione annua, abbia una durata superiore ai dieci anni, il debitore debba fornire al creditore, a richiesta di quest'ultimo, un nuovo documento che riconosca il relativo diritto.

costitutiva del contratto, si deve affiancare quella dichiarativa, che sussiste quando esso non serve a costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive, bensì ad accertare la loro esistenza: si tratta del contratto di accertamento". Individua l'effetto accertativo come autonomo tipo di effetto giuridico del contratto BIANCA, *Diritto civile*, III, 526.

¹¹⁵ Lo studio sull'accertamento convenzionale oltre che alle norme sulla transazione si correla anche all'arbitrato irrituale: infatti laddove è consentito ai privati di comporre o di evitare una lite si propone il problema della negoziabilità degli strumenti offerti dall'ordinamento. Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Negoziato e giudizio*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 342ss. L'autore afferma la natura negoziale della transazione e dell'arbitrato irrituale in quanto sia nel primo le parti, sia nel secondo il terzo dispongono. Nell'arbitrato irrituale l'arbitro "trae la sua investitura soltanto dalla volontà delle parti ed è chiamato a compiere un'attività formalmente e materialmente identica a quella che le parti potrebbero svolgere". Nell'arbitrato rituale, invece, l'arbitro appresterebbe "il contenuto logico di una sentenza alla cui efficacia occorre il concorso dell'autorità giurisdizionale"; in questo caso, l'arbitro, dunque, "come il giudice, deve solo dichiarare accertando la situazione qual è, e non volere". La sua pertanto è un'attività di giudizio e non di volontà e il lodo che ne deriverà non può avere natura negoziale. *Contra* FAZZALARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto, Disc. Priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 4000 il lodo stesso "consiste in una volizione dell'arbitro, in un atto di disposizione di natura privatistica, corrispondente a quello che le parti hanno posto in essere col compromesso". In seguito all'omologazione, il lodo non ha solo efficacia esecutiva (come con una formula erroneamente riduttrice, indica l'art. 825 c.p.c.); con l'omologazione, il lodo viene munito di una imperatività (equivalente a quella della sentenza del giudice ordinario) che, oltre ad un contenuto esecutivo (in caso di condanna), può avere un contenuto costitutivo o di accertamento. Sul punto FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dell'arbitrato*, 1994, 7ss. Tale problematica esula tuttavia dalla nostra ricerca.

La disposizione prevede espressamente questo obbligo del debitore che sorge una volta che siano trascorsi nove anni dalla data del precedente documento che riflette l'obbligazione periodica. Si potrebbe argomentare che dall'atto ricognitivo del contratto di rendita derivino effetti di accertamento¹¹⁶.

Maggiore attenzione merita la norma relativa al contratto tipico di transazione e ciò perché potrebbe consentire di individuare, per differenza, i caratteri dell'accertamento: posto che l'una trova una compiuta disciplina nel codice civile, mentre l'altro trova riconoscimento espresso solo nella prassi negoziale¹¹⁷.

La disposizione di cui all'art. 1965 c.c. conferisce alle parti il potere di accordarsi al fine di porre fine ad una lite già cominciata o prevenire una lite che può sorgere tra loro. La transazione presuppone, dunque, l'esistenza di due posizioni in contrasto, le quali verranno abbandonate attraverso reciproche concessioni¹¹⁸.

Si tratta della c.d. transazione pura, che si distingue dalla transazione c.d. mista che è disciplinata nel secondo comma, ai sensi del quale "con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione fra le parti". Il capoverso dell'art. 1965 c.c. fornisce anche un suggerimento interpretativo sul significato da attribuire al termine lite: deve intendersi una controversia nascente da pretesa e contestazione¹¹⁹.

¹¹⁶ Tale ipotesi sarebbe del tutto analoga strutturalmente a quella di cui all'art. 969 c.c. afferente alla ricognizione di enfiteusi Cfr. TORRENTE, *Rendita perpetua, rendita vitalizia*, in *Comm. cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1966, 59. Contra, VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1961, 58, secondo il quale si tratterebbe di un mero atto giuridico, una semplice dichiarazione di scienza.

¹¹⁷ In dottrina si registrano opinioni contrastanti riguardo all'ambito lasciato all'autonomia privata per una funzione di accertamento distinta da quella della transazione. Secondo alcuni autori il negozio di accertamento non avrebbe alcuna autonomia perché sarebbe solo una delle possibili forme in cui può atteggiarsi il negozio transattivo cfr. CARRESI, *Note critiche in tema di accertamento negoziale*, in *RDC*, 1946, 62. Secondo altri autori, di contro, il negozio transattivo sarebbe una delle possibili incarnazioni del negozio di accertamento vedi CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, XVII, 1940, 4. Secondo altri autori le due figure sarebbero autonome e si differenzierebbero perché l'accertamento avrebbe come causa l'eliminazione dell'incertezza, mentre la transazione la composizione della lite cfr. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, 271. Mentre altri sottolineano che l'uno realizza una funzione dichiarativa attraverso una struttura costitutiva, mentre l'altra attraverso una struttura costitutiva realizza pure una funzione costitutiva vedi NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di Scritti*, Milano 1980. Vi è infine chi nega autonomia tanto alla transazione quanto al negozio di accertamento, sostenendo che la prima si risolve in un mezzo di rafforzamento, mentre la funzione di accertamento in un semplice motivo dei negozi giuridici. Vedi DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva*, Milano, 1948, 108.

¹¹⁸ Art. 1965, comma I, c.c. "la transazione è il contratto col quale le parti facendosi reciproche concessioni pongono fine ad una lite già cominciata o prevenendo una lite che può sorgere tra loro".

¹¹⁹ Secondo l'interpretazione della dottrina la transazione avrebbe il fine di porre fine ad una lite mediante una soluzione di compromesso tra le opposte pretese delle parti, questo però non chiarisce il tipo di efficacia da ascrivere alla transazione e quale sia il significato della parola lite. Quanto alla prima problematica il dibattito è stato impostato sulla natura dichiarativa ovvero costitutiva del negozio transattivo. L'interpretazione originaria, formulata sotto il vigore del codice previgente, ha ricostruito la transazione come contratto dichiarativo vedi STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, 60 "per diritto italiano la transazione è un negozio dichiarativo: siccome essa ha lo scopo di rimuovere l'incertezza delle parti rispetto al diritto già sorto a favore di una di loro, non può mutare i caratteri che questo aveva assunto, né tanto meno può darvi origine, ma ne rinvigorisce soltanto l'efficacia". Con l'introduzione della nuova formulazione della norma della transazione vi è stato ancora chi ha ricostruito la transazione con efficacia dichiarativa come VALSECCHI, *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 181ss; ID. *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXXVII, Milano, 1986; CARRESI, *Note critiche in tema di accertamento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 62; ID. *La transazione*, in *Tratt. Dir. civ. diretto da Vassalli*, IX, 3 Torino, 1966. Contro

Il significato etimologico della parola “transigere” composto dalla particella trans e dal verbo agere porta insito il concetto di superare: superare la lite è la funzione essenziale della transazione. Questo contratto nasce, dunque, necessariamente da una precedente vicenda della quale si vuole superare la lite.

È peraltro innegabile che tra il contratto di accertamento e la transazione vi sia un aspetto in comune, dato dal rapporto che necessariamente essi stabiliscono con il titolo sottostante, perché per entrambi questo è un presupposto: si può accertare solo qualcosa che già esisteva, ugualmente si può superare solo una lite nata da un rapporto preesistente¹²⁰.

questa ricostruzione si pone la ricostruzione di SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 13 il quale esclude che la transazione possa essere considerata come un negozio di accertamento poiché l'una non può che essere considerata come negozio dispositivo, mentre l'altro è un negozio dichiarativo. In particolare, il termine dispositivo viene inteso nel significato “che denota la costante attitudine del negozio a modificare la situazione giuridica cui si riferisce. Attitudine a modificare non vuol dire peraltro modificazione la quale è possibile ma non è necessaria rispetto alla situazione preesistente della transazione. Quindi la transazione, pur avendo natura dispositiva o, come si è detto costitutiva, può non importare una disposizione in senso stretto, e non essere un negozio traslativo”; nonché NICOLÒ, *Il riconoscimento cit.*, in *Raccolta di scritti*, cit., 438, secondo i quali la transazione ha una tipica funzione costitutiva. “Essa infatti non intende semplicemente raggiungere lo scopo neutro della composizione della lite, ma è destinata a realizzare uno scopo particolarmente qualificato e cioè la composizione della lite attraverso reciproche concessioni. *L'aliquid datum et retentum* è elemento caratteristico e inconfondibile della transazione e si pone di pieno diritto come un elemento dello schema causale del negozio transattivo. È proprio quest'elemento delle reciproche concessioni che colora il negozio transattivo e gli imprime, per lo meno in astratto, ossia dal punto di vista della norma, un'efficacia modificativa dei rapporti giuridici preesistenti. In altri termini le parti quando transigono compongono la lite, ma questo risultato che costituisce lo scopo empirico di molteplici figure e che di per sé non dice nulla sulla portata dichiarativa o costitutiva dei singoli schemi, esse l'ottengono non dichiarando i rapporti preesistenti ossia coll'intento di non provocare modificazioni o spostamenti, ma modificando la situazione derivata da un negozio o da un fatto lecito o illecito che ha già esaurito la sua efficacia funzionale, ossia mettendo in essere uno schema negoziale con tipica funzione costitutiva. Diversa è la ricostruzione del FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit. 503-509 che esclude che la transazione sia inquadrabile tra i fatti di accertamento, ma che abbia come questi ultimi un'efficacia preclusiva: “poiché il regolamento transattivo è concordato sul piano delle rispettive pretese e contestazioni risultano in astratto verificabili entrambe le eventualità: la più probabile è quella della modificazione dello stato giuridico anteriore, meno probabile ma sempre possibile quella della mera conservazione. L'effetto della transazione deve essere dunque in grado di contenere quella opposta eventualità, senza di che non si conseguirebbe il risultato della eliminazione della lite: deve essere cioè un effetto preclusivo” ed ancora “in presenza di reciproche concessioni la transazione è valida tanto se il suo effetto conserva quanto se modifica l'effetto anteriore; in assenza delle reciproche concessioni è invece invalida in entrambi i casi” e precisa che “esprime, dunque, la funzione pratica della transazione un tipo di efficacia che non consenta di mettere in contestazione la situazione giuridica perché identica o perché diversa da quella anteriore” ed ancora “non deve trarre in inganno, in sede di identificazione del tipo di efficacia della transazione, la possibilità di realizzare la soluzione di compromesso mediante la costituzione la modificazione o la estinzione di un rapporto giuridico diverso da quello oggetto della contestazione. L'efficacia costitutiva, in questo caso è logicamente superiore rispetto all'efficacia preclusiva, che essa presuppone e su cui si fonda. Per stabilire se ricorre il requisito essenziale delle reciproche concessioni occorre sempre riportare il regolamento del rapporto esterno al regolamento della situazione contestata; il primo infatti è null'altro se non l'equivalente giuridico e pratico del secondo. Il regolamento interno resta un momento immancabile della transazione e rappresenta un prius del regolamento esterno, anche se le parti abbreviano il cammino disponendo in modo espresso solo relativamente a quest'ultimo.

Non meno arduo è anche il problema relativo al significato della parola lite: dubbio è, infatti, se può formare oggetto di transazione una qualsiasi lite o una lite incerta, e sorgono anche questioni relativamente al significato che può darsi all'espressione legislativa “lite che può sorgere” soprattutto riguardo al requisito dell'incertezza. cfr. Codice Civile, *libro delle obbligazioni*, *Commentario*, Firenze,

¹²⁰ Cass. civ., 29 gennaio 1991, n. 885, in *Corr. Giur.*, 1991, 558, con nota di GRANELLI, *La Cassazione ritorna sulla differenza tra ricognizione di debito e negozio di accertamento*: “il negozio d'accertamento, anche se si limiti a stabilire l'esistenza e la consistenza di una singola obbligazione deve necessariamente indicare il rapporto con cui l'obbligazione stessa si ricollega”. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, individua osserva che “la condizione giuridica del sottostante rapporto può essere di vero e proprio conflitto, oppure può essere di semplice incertezza sul contenuto o sulla sua efficacia. Nel primo caso si avrà transazione, mentre nel secondo un contratto di accertamento”.

Se si vuole riconoscere rilevanza ad un accertamento convenzionale si dovrà dunque individuare l'ambito entro il quale sia ammissibile senza che questo comporti una transazione.

Si è sostenuto in dottrina che l'elemento che distingue il negozio di accertamento dalla transazione è la mancanza delle reciproche concessioni: il negozio di accertamento compone la lite dettando un regolamento congruente con la situazione giuridica controversa, la transazione dettando un regolamento intermedio tra le parti, realizzando *l'aliquid datum et aliquid retentum*, prescindendo dall'accertamento della situazione giuridica controversa¹²¹.

A tale ricostruzione si è obiettato che applicando il criterio della presenza o meno delle reciproche concessioni si giunge a conclusioni inaccettabili¹²² ed è stato così elaborato un diverso criterio discretivo tra accertamento e transazione: la transazione è volta funzionalmente ad eliminare la lite a mezzo di reciproche concessioni, il negozio di accertamento ad eliminare l'incertezza; nella transazione le parti non svolgono alcuna

Transazione, in *Enc. dir.*, XLIV, 819 osserva che la transazione presuppone la costante attitudine, sia pure potenziale, ad incidere sulla vicenda litigiosa ed è pertanto negozio dispositivo e non negozio di accertamento.

¹²¹ NICOLÒ, *Il riconoscimento* cit., in *Raccolta di scritti*, cit., 430 "il riconoscimento ha in comune con la transazione lo scopo empirico, ma la struttura e funzione tipica diversa. Non si tratta di due schemi fra loro distinti solo per differenza di gradi, come se essi fossero dei negozi di accertamento, sia pure diversamente qualificati, ma si tratta di due tipi negoziali che divergono profondamente. La funzione tipica della transazione è la composizione della lite attraverso reciproche concessioni, e l'eventuale accertamento non rientra nello schema causale del negozio; la funzione tipica del riconoscimento è invece l'accertamento è la composizione della lite è, se mai, uno scopo ulteriore e accidentale....La struttura della transazione è invece caratterizzata dalla necessità delle reciproche concessioni: e l'obbligo di non richiamarsi al rapporto originario al di fuori del riferimento operato con la transazione, non è un elemento del contenuto del negozio transattivo, ma un effetto dovuto alla situazione d'incompatibilità in cui si troverebbero diversamente il negozio originario e la transazione". E precisa "se è vero che la funzione (causa) della transazione consiste nella composizione della lite (attuale o potenziale), si vede che essa diverge...dalla funzione del riconoscimento la quale consiste nell'accertamento del rapporto o dei rapporti preesistenti e non presuppone né una lite in senso tecnico né necessariamente un'incertezza subiettiva delle parti, la quale, se mai, ove ricorra in concreto, rappresenterà il motivo per cui le parti hanno voluto stipulare il riconoscimento"; GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 77 "la transazione opera così direttamente sulla lite eliminandola, mediante la modificazione della situazione giuridica originaria" quanto alla differenza tra accertamento e transazione evidenzia che "un negozio strutturalmente e funzionalmente modificativo della situazione preesistente, non può ovviamente avere funzione di accertamento della medesima, essendo questa una funzione essenzialmente dichiarativa". CORRADO, voce *Negozio di Accertamento*, cit. 200, Sottolinea che la nozione di negozio di accertamento sia circoscritta ai contratti che tendono a risolvere controversie fuori dal processo e si diversifichi dalla transazione solo "perché pervengono alla composizione della lite senza avanzare pretese contrastanti e procedere a reciproche concessioni". Cass. civ. 20 giugno 1958, n. 2164, GC, 1958, I, 1893.

¹²² DI PAOLO, voce *Negozio di accertamento*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, secondo l'autore le opinioni sulla transazione cadrebbero nell'equivoco "di ritenere che transazione e negozio di accertamento siano in un rapporto di *genus ad speciem*, quasi che il negozio di accertamento sia una sottospecie della transazione nella quale è insita anche la funzione di accertare la situazione pregressa al fine di cristallizzarla definitivamente". Ed ancora precisa che "i due istituti presentano una distinzione ben marcata che non è solo quantitativa, ma qualitativa, e consente di configurare il negozio di accertamento come fattispecie autonoma dotata di una propria individualità a prescindere dall'accostamento con la transazione e dal tentativo di definire la funzione e la natura della transazione proprio dal rapporto con tale figura". SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, Effetti, a cura di Costanza, 76 evidenzia che "le reciproche concessioni tra le parti del contratto di transazione non richiedono affatto, contrariamente al comune intendimento che ciascuna di esse abbandoni la propria posizione nella lite, ma semplicemente che abbandoni la lite (effettiva o potenziale): la reciprocità consiste allora proprio nella comune volontà delle parti contraenti di porre fine alla lite o di prevenirla (laddove il contratto non potrebbe qualificarsi come transazione, ai sensi dell'art. 1965, c.1, qualora tale volontà fosse manifestata da una sola delle parti). Non vi è dunque nessuna difficoltà ad ammettere che la transazione si concluda con la dismissione pura e semplice della pretesa di una sola delle parti in lite ovvero con l'accettazione della stessa pretesa, o il riconoscimento della sua fondatezza, da parte dell'altra".

attività diretta alla conoscenza, alla formazione della certezza comune intorno alla situazione controversa¹²³.

Forse il modo per attribuire rilievo alle due figure in esame passa per due direttrici: così in primo luogo si potrebbe ritagliare uno spazio, in quelle vicende nelle quali l'incertezza delle parti non si è ancora trasformata in conflitto, perché in tal caso, ed in presenza delle reciproche concessioni, si ricadrà nella transazione¹²⁴; mentre sotto un secondo punto di indagine la linea discretiva potrà essere individuata sotto il profilo degli effetti: transazione ed accertamento potranno, quindi, differenziarsi in base alla diversa trasformazione che la parti vogliono delle loro situazioni giuridiche soggettive¹²⁵.

In definitiva, nel contratto di transazione è implicita l'intenzione di voler risolvere una lite, modificando la situazione preesistente: quest'attività dispositiva consente di superare la lite o quantomeno di dettare una regola esclusiva del rapporto in essa dedotto in vista di quel fine: nel proseguo dell'indagine cercheremo di identificare quali siano, invece, gli effetti prodotti dall'accertamento¹²⁶.

¹²³ FALZEA, voce *Accertamento*, *Enc. dir.*, I, Milano, 217 muove dal presupposto che la "la natura della fattispecie contrattuale non può dedursi che dagli effetti che ne definiscono il significato giuridico fondamentale" e considera che "le parti, nel dettare il regolamento transattivo dei loro rapporti in contestazione, muovono dalle rispettive pretese e tolgono di mezzo la lite mediante una composizione di tali pretese conseguita attraverso *aliquid datum et retentum*". E aggiunge "ponendosi dal profilo formale delle rispettive pretese è lontano dal loro proposito attuare una puntuale e fedele determinazione della realtà giuridica, che anzi attraverso la soluzione pratica da esse raggiunta, tendono appunto ad evitare le lungaggini e le difficoltà di un accertamento giurisdizionale; così come è lontano dai loro propositi di determinare necessariamente una modificazione della situazione giuridica anteriore. Da un canto l'eliminazione della lite non coimplica logicamente l'idea dell'efficacia dichiarativa, e dall'altro la necessità del requisito *dell'aliquid datum et retentum* non coimplica logicamente l'idea dell'efficacia costitutiva. Lungi dal volere l'accertamento i soggetti, con la transazione, intendono invece evitare l'accertamento, attraverso una soluzione pratica che, operando unicamente sul piano delle pretese, prescinde dalla effettiva portata della realtà giuridica su cui muove la contestazione". Seguito da PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato diritto privato, Obbligazioni e contratti*, V, diretto da Rescigno, 1985, 299.

¹²⁴ MINERVINI, *Il problema dell'individuazione dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Rass. Dir. civ.* 1986, 623 "il semplice rilievo che il regolamento della situazione è intermedio tra le reciproche pretese non basta a stabilire che si tratta di transazione. È invece necessario verificare se il negozio è volto a comporre la lite a mezzo di reciproche concessioni, prescindendo dall'accertamento della reale situazione giuridica, e si avrà transazione; oppure se il negozio è volto ad accertare la situazione giuridica come realmente preesistente, prescindendo dalle pretese formulate dalle parti (e prescindendo quindi dal fatto che la situazione, come accertata, sia intermedia tra le pretese delle parti) e si avrà allora negozio di accertamento.

¹²⁵ SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, Effetti, a cura di Costanza. "la transazione non serve affatto a ottenere l'accertamento di un rapporto giuridico (potenzialmente) controverso, bensì a evitarlo: essa produce, appunto, un effetto preclusivo, perché impedisce alle parti di mettere in contestazione la situazione giuridica che hanno convenuto, e perciò di provare che è identica ovvero diversa da quella anteriore".

¹²⁶ FRANZONI, *La transazione*, cit. 263 Evidenzia che "Sebbene il c.d. "accertamento privato" della lite implichi una disposizione, ciononostante la disposizione effettuata con la transazione non si identifica con il contratto di accertamento, nelle forme più diverse che esso può assumere" e precisa che "con la transazione non interessa alle parti conoscere chi ha ragione e chi ha torto, bensì importa superare una lite ponendo una nuova regola. Certo i transigenti, nella trattativa diretta a concludere la transazione, possono accertare la situazione di fatto e di diritto della lite. Ma questa attività non è tipica della causa transattiva, semmai può influenzare la determinazione delle reciproche concessioni, ossia l'oggetto immediato del contratto".

1.7 L'accertamento e le promesse unilaterali

Dopo le norme che vengono in rilievo valorizzando l'autonomia privata ed in particolare la struttura contrattuale dell'accordo, occorre ora soffermarsi sugli atti unilaterali ed, in particolare, sulla ricognizione di debito.

Il disposto di cui all'art. 1988 c.c. prevede che, se il debitore di un rapporto obbligatorio, promette o dichiara di riconoscere l'esistenza di un debito, nei confronti del creditore allora questo è dispensato dall'onere della prova del rapporto fondamentale¹²⁷.

Dalla proposizione normativa emerge, ad un primo esame, una relazione tra promessa e ricognizione da un lato e prova dall'altro che si esplica nell'affermazione di un onere probatorio a carico del dichiarante¹²⁸.

L'utilizzo di una terminologia probatoria "onere di provare", "presume", "prova contraria" ha indotto la dottrina a descrivere la regola dell'astrazione processuale: si tratterebbe, secondo una prima ricostruzione, in sostanza di una norma che prevede e regola mezzi di prova o che pone una presunzione legale relativa, in cui il fatto noto sarebbe rappresentato dalla dichiarazione ricognitiva o promissoria ed il fatto ignorato dal rapporto fondamentale¹²⁹. Secondo un'altra tesi, invece, la norma stabilisce una *relevatio ab onere probandi*: la promessa di pagamento e la ricognizione di debito sarebbero delle fattispecie negoziali a struttura unilaterale che produrrebbero come effetto un'inversione dell'onere della prova. Detto in altri termini l'effetto tipico delle dichiarazioni sarebbe la dispensa a favore del creditore dall'onere della prova dei fatti costitutivi della sua pretesa¹³⁰.

¹²⁷ Art. 1988 c.c. Promessa di pagamento e ricognizione di debito "la promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria". L'antecedente normativo dell'art. 1988 c.c. è rappresentato da tre distinti articoli del codice civile del 1865: l'art. 1104 contemplava la causa tra i requisiti di validità del contratto, pur essendo essa esclusa dagli elementi della definizione del contratto-accordo; l'art. 1120 "il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa", escludeva che l'enunciazione della causa nella dichiarazione contrattuale costituisse requisito di validità del contratto; l'art. 1121 "la causa si presume quantunque non ne sia espressa la causa", enunciava una regola probatoria stabilendo, indipendentemente dalla *expressio*, che la causa si presume sino a che non si prova il contrario, e poneva così a carico del promittente l'onere relativo; vedi: D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger, DI MAJO, *Promessa unilaterale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 51.

¹²⁸ Dal punto di vista classificatorio, alcuni autori contestano l'unificazione della disciplina di due fattispecie ontologicamente diverse, quanto alla natura e agli effetti: nella promessa si avrebbe l'assunzione di un'obbligazione; nel riconoscimento si avrebbe la dichiarazione di riconoscere l'esistenza di un debito. Vedi PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, nota a Cass. civ., 20 marzo 1947, n. 412, in *Giur. it.*, 1948, I, 1; GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984, 668. Altri autori trattano indifferentemente le due fattispecie, reputandole due formule diverse, benché equipollenti sul piano sostanziale, per esprimere un medesimo fatto, costituito dall'affermazione e dal riconoscimento dell'esistenza di un vincolo giuridico, affermandosi in sostanza che nella promessa di pagamento è implicito altresì un riconoscimento di debito. Vedi: FALQUI MASSIDDA, *Promessa unilaterale*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, XIV, 83; D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit. 427.

¹²⁹ CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 236; FERRI, *Le promesse unilaterali, i titoli di credito*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1972.

¹³⁰ D'ANGELO, op. cit. la formula dell'astrazione processuale sembra proprio significare che le dichiarazioni contemplate dalla norma non alterino l'originaria fattispecie costitutiva, come invece si suppone accadrebbe nel caso di previsione legale di un negozio materialmente astratto. La disposizione presuppone che la definizione della fattispecie costitutiva del rapporto obbligatorio sia operata da altre norme, mentre essa attiene alla disciplina della prova dei fatti cui l'ordinamento ricollega il sorgere del rapporto. Diversamente DI MAJO, *Promessa unilaterale*, *Enc. dir.*, XXXVII, 1988,

A tale ricostruzione altra parte della dottrina obietta che in realtà le figure in esame non possono essere qualificate come negozi giuridici, ma piuttosto come dichiarazioni di scienza, dichiarazioni *contra se* che provocherebbero un effetto sostanziale di rafforzamento della posizione giuridica del destinatario. Più precisamente, chi emette consapevolmente una dichiarazione oggettivamente contraria ad un proprio interesse è tenuto a subirne le conseguenze pregiudizievoli: tra cui quella di vedersi imputata, come vera, la dichiarazione emessa, fino alla prova contraria del fatto che ne costituisce il fondamento. La *relevatio ab onere probandi*, non configura, dunque, un regime probatorio dall'onere invertito, ma il normale regime probatorio scaturente dall'applicazione dei principi, primo fra tutti quello dell'autoresponsabilità¹³¹.

Circoscrivendo le osservazioni sulle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 1988 c.c. alla problematica dell'accertamento occorre osservare che qualificando tali dichiarazioni con il negozio giuridico unilaterale si è finito per ritenere che il negozio di accertamento non sia altro che una manifestazione della ricognizione¹³².

per spiegare il potenziamento e/o il rafforzamento di rapporti preesistenti ricorre alla formula della "semplificazione della fattispecie" per indicare che dalla preesistente fattispecie viene estrapolato un singolo effetto, così da renderlo "autonomo" rispetto alla fattispecie dalla quale esso è estrapolato.

¹³¹ SCALISI, *Negozio Astratto*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1978, 70. La ricognizione di debito, che lascia immutata la situazione di diritto sostanziale esistente tra le parti, limitandosi ad operare una *relevatio ad onere probandi* a favore del destinatario, del negozio giuridico non avrebbe "l'efficacia tipica normale, in quanto non consiste nella programmazione di un interesse storicamente nuovo o nella prescrizione di comportamenti futuri, e neppure produce una efficacia innovativa in senso proprio"; TROISI, voce *Negozio giuridico (negozio astratto)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; la tesi si riallaccia a FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, cit. 495 sull'efficacia conservativa degli atti dichiarativi, quale mero svolgimento interno della situazione giuridica. L'autore ritiene che il riconoscimento del debito sia un'ipotesi esemplificativa di un sottotipo dell'efficacia dichiarativa e che più precisamente abbia un'efficacia rafforzativa. Il riconoscimento si caratterizza, infatti, perché non è capace di modificare la situazione giuridica alla quale si riferisce. Se il debito preesisteva, il riconoscimento lo lascia sussistere così com'era, se invece il debito non sussiste il riconoscimento non serve a costituirlo. Ed ancora precisa che "saranno certo dimostrabili effetti costitutivo accessori: basterà citare l'effetto che ha il riconoscimento di debito sul regime della prova. Ma per definire il tipo di efficacia del riconoscimento- come di ogni fatto giuridico- occorre guardare all'effetto che ne rappresenta il significato fondamentale e non fermarsi agli effetti accessori, i quali appunto perché di ruolo secondario, non esprimono il valore esimente del fenomeno. Escludendo questi effetti, residua la constatazione sulla inidoneità del riconoscimento a modificare il diritto soggettivo preesistente. Ma una modificazione deve pur riscontrarsi se il riconoscimento è fatto giuridico e se in un evento di trasformazione deve necessariamente concretarsi la funzione pratica del fenomeno. Identificando questa funzione pratica si identifica pure il tipo di effetto di riconoscimento". Seguendo questo ragionamento si ritiene che "Il riconoscimento del debitore vale ad impedire che l'obbligazione si estingua per prescrizione" e si conclude che "le situazioni giuridiche che non stanno a presidio delle esigenze fondamentali e inderogabili della comunità (e in particolare i diritti soggettivi di contenuto patrimoniale) sono soggette a perdere man mano la loro efficacia che va affievolendosi via via la loro concreta attuabilità. Il riconoscimento, che proviene dal soggetto tenuto a rispettare specificamente o ad attuare il diritto soggettivo, ha precisamente l'effetto di restituire alla situazione giuridica la sua originaria efficienza. È questa una novità giuridica, ma una novità che si esaurisce tutta all'interno della situazione giuridica".

¹³² TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Ernesto di Eula*, 489 secondo cui la "ricognizione di debito è a considerarsi negozio unilaterale di accertamento...avendo tutti i requisiti dell'accertamento"; GIORGIANNI, voce *Accertamento*, cit. 233, ritiene che il riconoscimento sia una delle principali manifestazioni dell'accertamento "lo schema più comune, nel quale si manifesta il proposito di accertare, è costituito dalla dichiarazione con la quale le parti (o una sola di esse) riconoscono il rapporto o i fatti che stanno a base di esso" ed ancora "l'accettazione del linguaggio legislativo non impedisce di affermare che la fissazione dei fatti costituisce esplicitazione del potere negoziale di accertamento, al pari del riconoscimento dei rapporti". ROPPO, *Il contratto*, cit. argomenta che "sinonimo di <<accertamento>> è <<ricognizione>> (cioè riconoscimento): le parti riconoscono che il loro precedente rapporto si configura nel modo accertato". La differenza tra il riconoscimento del debito e la promessa di pagamento senza indicazione di causa ed il negozio di accertamento "è semplicemente che questo ha struttura bilaterale, risultando

A questa impostazione si obietta che non sarebbe ammissibile una tale assimilazione tra il negozio di accertamento e la ricognizione di debito perché quest'ultima deve essere qualificata come una dichiarazione di scienza: la dichiarazione consisterebbe in un giudizio su una realtà di fatto, cioè sulla posizione debitoria, ma non in un atto di volontà con cui il debitore si obbliga ad aderire a quanto affermato¹³³. Secondo un'altra opinione dottrinale, invece, l'elemento differenziale tra le figure è legato al fatto che le fattispecie di cui all'art. 1988 c.c. dovrebbero essere qualificate in termini di confessione, con conseguente effetto paralizzante della prova contraria circa l'esistenza del rapporto fondamentale¹³⁴.

I problemi che emergono dall'analisi normativa sono sostanzialmente due e cioè quello di verificare se al di là della disposizione normativa sia ammissibile una figura diversa che non sia riconducibile nell'ipotesi tipica di ricognizione, per esempio verificando se l'accertamento possa riguardare i diritti reali; nonché se sia possibile trovare un punto di contatto tra la figura oggetto del nostro studio e gli atti ricognitivi valorizzando gli effetti dell'accertamento, inteso come atto con cui si intende verificare o determinare l'esistenza di fatti o di rapporti giuridici.

dall'accordo delle parti", mentre gli altri sono "atti unilaterali". "Ma gli effetti sono sostanzialmente gli stessi: la creazione di una presunzione circa l'esistenza della posizione accertata come riconosciuta". La giurisprudenza a volte ha parlato genericamente di "negozio processualmente astratto" vedi: Cass. civ., 18 luglio 1974 n. 2162, in *Giur. It.*, 1975 I, 1, 1283 con nota di GRAZIANI, *Sugli effetti del riconoscimento di debito*; altre volte la ricognizione di debito è stata qualificata come un'ipotesi tipica di negozio unilaterale di accertamento da Cass. civ., 29 gennaio 1974, n. 241; in altre pronunce invece il negozio ricognitivo è stato contrapposto a quello di accertamento Cfr. Cass. civ., 3 luglio 1969, n. 2440. Alla ricostruzione che identifica le due figure si obietta che la ricognizione di debito si distingue nettamente dal negozio di accertamento sia sul piano dei presupposti che su quello degli effetti: dal primo punto di vista, la fattispecie di cui all'art. 1988 c.c. prescinde dalla ricorrenza di quella situazione di "incertezza" il cui superamento costituisce invece funzione tipica ed imprescindibile dell'accertamento; dal secondo punto di vista, la ricognizione di debito non fissa le posizioni preesistenti, rendendole definitive e immutabili nel senso indicato nella dichiarazione, ma lascia all'autore la possibilità di offrire, e con ogni mezzo, la dimostrazione dell'inesistenza del rapporto fondamentale. Cfr. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. comp. Corte Sup. Cass. civ.*, 1948, 155. Ed ancora l'autore ritiene che "il carattere esclusivamente processuale degli effetti non basta ad escludere la natura negoziale degli atti previsti dall'art. 1988 c.c., poiché nel campo dell'onere della prova l'autonomia privata può, entro certe condizioni, vincolare il giudice (art. 2698 c.c.)", tuttavia conclude per la non negoziabilità delle figure di cui si discute "in quanto la tipicità inalterabile degli effetti esclude ogni potere normativo della volontà del soggetto". Cfr. MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1951, 66.

¹³³ GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979, 53. Osserva che riconoscere non equivale ad accertare almeno perché difetta il requisito dell'incertezza, chi riconosce non è, infatti, incerto; GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, cit. 94 Argomenta che il riconoscimento di diritti reali abbia "tratti fisionomici analoghi a quelli propri della fattispecie delineata nell'art. 1988 c.c." e ritiene che "il riconoscimento di *iura in re*, inteso in senso tecnico" si identifichi "in una *pronuntiatio* avente a) contenuto contrastante con l'interesse del proprio autore; b) oggetto consistente, in via esclusiva, nell'asseverazione di un rapporto, di un diritto o, più in generale, di una situazione soggettiva contraddistinta dal connotato della realtà; c) natura non negoziale; d) struttura essenzialmente unilaterale recettizia".

¹³⁴ FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit. 275 L'autore afferma che le dichiarazioni di cui all'art. 1988 costituirebbero delle dichiarazioni di natura confessoria e che ad esse sarebbero applicabili le regole che la legge detta con riferimento alla confessione dei fatti, compresa quella di cui all'art. 2732 c.c.; in tal modo l'effetto di *relevatio ad onere probandi* dovrebbe ritenersi operante "in via assoluta col solo limite della controprova dell'errore di fatto e della violenza"; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit. "si tratta infatti non già di negozio di accertamento (come pure si sostiene, senza considerare che tale negozio pretende l'incertezza e quindi è necessariamente riferito al rapporto sottostante, ma di una dichiarazione latamente confessoria".

1.8. L'accertamento e le prove

Sotto un altro aspetto, si pone il problema individuare il confine tra l'accertamento e le convenzioni relative all'onere della prova: in particolare occorre vagliare quali spazi siano lasciati dall'art. 2698 c.c. che prevede la possibilità per le parti di invertire o modificare, mediante "patti", l'onere della prova.

La norma circoscrive l'autonomia privata poiché consente accordi in deroga all'art. 2697 c.c. solo entro certi limiti, cioè a condizione che siano disponibili i rapporti giuridici sottostanti e se l'accordo in deroga non renda alle parti, o ad una di esse, l'esercizio del diritto troppo difficile¹³⁵.

Tali accordi bilaterali stipulati dalle parti consentono, quindi, secondo il disposto dell'art. 2698 c.c., inversioni o modificazioni dell'onere della prova¹³⁶ e sono nulli solo nelle ipotesi indicate dalla stessa norma. Appare dunque esservi un riconoscimento da parte dell'ordinamento dei "patti" sulle prove¹³⁷.

In dottrina è discusso se tali patti abbiano natura di negozi di diritto sostanziale, come tali non incidenti direttamente sulla regola di giudizio, o se viceversa essi esplichino i loro effetti esclusivamente e direttamente nell'ambito del processo.

Secondo alcuni autori la natura sostanziale dei patti si desumerebbe dal fatto che l'autonomia privata non può disporre direttamente delle regole processuali riguardanti l'attività del giudice, stabilendo quale debba essere il contenuto della pronuncia in caso di dubbio. Attraverso questi accordi le parti attribuiscono una qualifica diversa da quella legale agli elementi costitutivi della fattispecie: la maggiore difficoltà o facilità della prova di fatti costitutivi o modificativi o estintivi di un diritto è una conseguenza che acquista

¹³⁵ PATTI, *Prove, Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987, 191 ss. Evidenzia che il legislatore sottoponendo la validità del patto alla condizione che si tratti di materia che rientra nella disponibilità delle parti ha considerato che attraverso un atto di disposizione degli oneri probatori le parti finiscono in realtà per disporre, sia pure in via indiretta e mediata, delle sorti del diritto posto ad oggetto della controversia: di qui la previsione delle nullità dei patti relativi all'onere della prova quando la causa verta su diritti indisponibili. La seconda condizione risponde alla finalità di evitare che una parte, accettando un accordo che inverte o modifica la distribuzione degli oneri probatori, finisca col danneggiare eccessivamente la propria posizione processuale. Questa condizione risponde ad una valutazione discrezionale che può vertere su ogni elemento che riguardi la prova dei fatti, come i costi o la difficoltà di procurarsi i mezzi di prova occorrenti per dimostrare l'esistenza del fatto che la parte non avrebbe l'onere di provare secondo regole generali.

¹³⁶ CAREDDA, *L'onere, Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013, 97: osserva che "L'art. 2698 a mio sommesso avviso riveste un particolare interesse perché dimostra, sia pure entro certi limiti, che l'onere della prova è disponibile dalle parti e perciò, oltre a dare qualche informazione sugli interessi che le regole sull'onere della prova sono volte a tutelare, fornisce anche un importante suggerimento sulla possibilità che i privati creino oneri di origine autonoma e non di fonte legale".

¹³⁷ La dottrina ha considerato valide le pattuizioni negoziali volte ad invertire convenzionalmente l'onere della prova. Qualche problema può sorgere nell'identificazione della volontà delle parti, che può essere indirizzata solamente verso l'inversione degli oneri probatori in caso di esistenza processuali della vicenda contrattuale, senza che ciò influisca in alcun modo sul rapporto; ovvero possono incidere anche sul rapporto contrattuale, derogando a norme dispositive e "configurando l'inversione probatoria quale mera conseguenza del nuovo regime": vedi COMOGLIO, *Le prove civili*, 1998, 163; PATTI, cit. ha ritenuto che i patti relativi alle prove non riguardano la verità del fatto, il cui accertamento è rimandato al giudice, quanto la regolamentazione di una futura ed eventuale attività probatoria.

autonoma rilevanza già fuori del processo, mentre la rilevanza all'interno di quest'ultimo è solo eventuale¹³⁸.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, con i patti in esame le parti incidono direttamente sul processo: i patti di inversione o di modificazione dell'onere della prova sono di natura processuale ed incidono sulla norma processuale di cui all'art. 2697 c.c.¹³⁹.

Aderendo alla dottrina che ritiene che gli accordi di inversione o di modificazione abbiano natura sostanziale ed abbiano ad oggetto una norma, l'art. 2697 c.c., che presenta forti connotazioni di diritto sostanziale, si pone il problema di distinguerli dal negozio di accertamento¹⁴⁰.

Nell'ambito delle prove ai fini della nostra indagine assumono rilevanza diverse norme su cui occorre ora soffermarsi. Menzione merita l'art. 2720 c.c. che attribuisce agli atti di ricognizione o di rinnovazione l'idoneità di fare piena prova delle dichiarazioni contenute nel documento originale, a meno che non venga dimostrato, ma soltanto attraverso la produzione del documento originale, che vi è stato errore nella ricognizione o nella rinnovazione¹⁴¹.

¹³⁸ COMOGLIO, *Le prove civili*, 1998: ritiene che si dovrebbe trattare non già di un'inversione puramente apparente degli oneri, bensì di una vera e propria modificazione pattizia degli oggetti di prova, con reale traslazione da una parte all'altra.

¹³⁹ DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, 57: "i patti relativi all'onere della prova comprendono tutti i patti probatori tecnicamente configurabili" e specifica che "al patto probatorio deve essere riconosciuta la sua vera essenza di una disposizione sul processo e sulla parte di esso che è procedimento probatorio", ed ancora "ciò consacra l'ingresso nel nostro sistema, di una nozione di fatto probatorio interamente disancorata da preoccupazioni sistematiche di indole materiale". ID. voce *Onere*, (*diritto proc. civ.*), in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, 123: il quale ritiene che "il negozio probatorio si mantiene in mezzo tra due poli: cambiamento di una situazione giuridica (creazione di una nuova situazione giuridica), e accertamento della situazione giuridica preesistente. I contraenti esercitano attività volitiva, ma solo nel senso strumentale. Alla domanda quale sia il contenuto della libertà che la legge accorda alle parti, ci pare fondato rispondere: esercitando o non esercitando la prova, o scegliendo fra i vari mezzi di prova che la legge offre. Ma la prima ipotesi corrisponderebbe ad un impegno a non esercitare la propria libertà di provare un determinato fatto: è chiaro che tale attività dispositiva trascende i confini della prova, in quanto l'impegno di non provare un fatto si può intendere solo nel senso di ritenere accertato il contrario. Il negozio quindi si muove nella direzione del negozio di accertamento...esso trascende lo schema dei patti sull'onere della prova".

¹⁴⁰ In dottrina si controverte sulla natura sostanziale o processuale della norma sull'onere della prova. Cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 216: ritiene che la regola sull'onere della prova abbia come suo principale destinatario il giudice "e la sua natura giuridica è dipendente da quella dell'ambiente in cui essa agisce, cioè il processo". Quindi ha natura processuale. Essa poi ha anche la funzione sussidiaria che "consiste nel creare una situazione sostanziale eventualmente diversa da quella esistente prima del processo". Tuttavia, secondo l'autore anche se l'applicazione della regola dell'onere della prova può comportare una modificazione della situazione preesistente "ciò non significa che essa abbia natura sostanziale"; DE STEFANO, voce *Onere* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, 123; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957. Sulla natura sostanziale della norma vedi PATTI, *Prove, Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987*, 48 ritiene che la tesi secondo cui la norma di cui all'art. 2697 c.c. avrebbe natura processuale sia errata perché "se si dice che le norme sull'onere della prova servono soltanto alla realizzazione del diritto nel processo, o sono regole di applicazione del diritto, si finisce per attribuire natura processuale a tutte le norme civilistiche. Ciò perché il diritto civile regola o presupposti di applicazione delle norme di tutela dei diritti e stabilisce - espressamente o tacitamente - gli elementi costitutivi della fattispecie negoziali".

¹⁴¹ Secondo l'interpretazione datane dalla dottrina la norma avrebbe una funzione analoga alla confessione, il criterio distintivo sarebbe fondato sul dato sul quale cade la dichiarazione "contra se", cioè sul fatto in sé e per sé considerato per la confessione, mentre sul documento dal quale risulta un certo fatto per gli atti ricognitivi o rinnovativi. Vedi CARNELUTTI, *Note in margine alle nuove leggi processuali. Documento ricognitivo o rinnovativo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, 233ss; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 137; GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983; IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 153: "nelle ipotesi dell'art. 2720 c.c., si hanno due dichiarazioni diverse (la prima contenuta nell'originale; la seconda di carattere confessorio, contenuta nel documento

La prima osservazione che possiamo fare attiene al significato da attribuire ai termini atti ricognitivi e rinnovativi: la collocazione della norma nel capo relativo alla prova documentale induce a ritenere che il legislatore abbia inteso far riferimento a documenti, più precisamente l'atto ricognitivo richiederebbe la sola dichiarazione dell'esistenza del documento originale, mentre quello rinnovativo conterrebbe anche la riproduzione del contenuto dell'originale¹⁴².

Il punto di contatto con l'accertamento può venire in considerazione se si considera che il contenuto di tali atti potrebbe essere qualificato come una dichiarazione di scienza o una nuova volontà negoziale sostitutiva della prima¹⁴³. La distinzione potrebbe non essere chiara anche dal punto di vista strutturale: l'art. 2720 c.c. prevede l'ipotesi di un atto che riproduce la dichiarazione originale e questo potrebbe avvenire anche con l'accertamento convenzionale con cui si ripeta il negozio originario, per accertarne l'esistenza¹⁴⁴.

Nell'ambito delle prove, occorre inoltre soffermarsi sulla disposizione di cui all'art. 2730 c.c. che definisce la confessione come la dichiarazione che una parte fa della veridicità di fatti a sé sfavorevoli ed al contempo favorevoli all'altra parte. Dall'analisi normativa si evince che la confessione è una "dichiarazione", consentendo di escludere che possa essere tacita o implicita, o consistere in un mero comportamento ed inoltre di chiarire che possa

ricognitivo o rinnovativo)". ANDRIOLI, *Atti di ricognizione e di riproduzione*, in *Nss. D.I.*, I, Torino, 1956, 1525, "l'atto riproduttivo costituisce la prova diretta del documento originario e la prova indiretta del fatto o del rapporto, che il documento originario ha rappresentato".

¹⁴² TOMMASEO, *Commento sub. Art. 2720 c.c.*, in *Commentario Cendon*, 200 evidenzia che "la duplicità dei termini non impedisce di ravvisare nel documento ricognitivo una struttura sostanzialmente unitaria, che si identifica nella sua idoneità a rappresentare la dichiarazione - effettuata dalle parti- dell'esistenza del documento originale e del suo contenuto". La distinzione tra ricognizione e rinnovazione è "molto labile e il legislatore nei pochi casi nei quali si riferisce a tale classe di documenti, non sembra farsi carico di preoccupazioni terminologiche: non v'è differenza sensibile, infatti, fra il documento di ricognizione di rendita perpetua (art. 1870) e la rinnovazione di documenti che, per espressa volontà di legge, non comporta la novazione del rapporto (art. 1231) a riprova della sostanziale identità delle due figure".

¹⁴³ Trattasi di dichiarazione di scienza, di natura sostanzialmente confessoria per TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, in Comoglio, Ferri, Taruffo, 2011, 524; viceversa per PATTI, *Della prova documentale*, 154 l'atto di ricognizione comporterebbe una dichiarazione di volontà, tendente al riconoscimento di un negozio giuridico precedentemente stipulato in forma scritta o per atto pubblico. La conseguenza che si trae dall'attribuire natura confessoria alla dichiarazione implica che essa debba provenire dallo stesso autore delle dichiarazioni contenute nel documento originario. Ma è stato anche rilevato che se si aderisce alla tesi della natura confessoria della ricognizione documentale, non è logico poi richiedere che la dichiarazione debba necessariamente provenire dall'autore del documento originale: infatti "l'atto ricognitivo è contra se non perché il dichiarante confessa di esse stato l'autore del documento originale a lui sfavorevole, ma perché egli dichiara l'esistenza del documento originale a lui sfavorevole, a nulla rilevando l'individuazione del suo autore". Vedi GRAZIANI, voce *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, 520.

¹⁴⁴ Sul piano della disciplina la riflessione sugli atti di ricognizione si riconnette agli artt. 2944 e 2966 c.c. che prevedono l'effetto interruttivo della prescrizione e, in determinate ipotesi, quello impeditivo della decadenza come conseguenza del riconoscimento dell'altrui diritto. Tali norme affermano che la prescrizione è interrotta e la decadenza può essere impedita dal riconoscimento del diritto proveniente dalla persona contro la quale il diritto stesso si deve far valere. Ipotesi esemplificative possono essere individuate negli art. 969 c.c. che disciplina l'atto di ricognizione del diritto del concedente da parte dell'enfiteuta e nell'art. 1870 c.c. relativo alla ricognizione del debitore della rendita perpetua. Cfr. GRAZIANI, *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, osserva che gli art. 968 e 1870 c.c. "non costituiscono altro che mere esemplificazioni della norma generale contenuta nell'art. 2944 c.c.". *Contra* GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983.

provenire esclusivamente dalla parte personalmente¹⁴⁵. Tale dichiarazione di parte deve, inoltre, avere ad oggetto dei fatti che si connotano per la loro rilevanza giuridica bifronte cioè per essere sfavorevoli alla parte che li dichiara ed al contempo favorevoli per la controparte¹⁴⁶.

In realtà, occorre osservare che i fatti storici di per sé non sono né favorevoli né sfavorevoli, ma sono un elemento neutro, pertanto per avere rilevanza per l'ordinamento devono essere ricollegati ad una fattispecie: infatti, se non si ricollega il fatto ad una situazione sostanziale, della cui fattispecie esso è elemento, non si può sapere se il fatto è favorevole o sfavorevole¹⁴⁷.

Inoltre, dobbiamo osservare che a seconda del luogo in cui tale dichiarazione viene svolta e quindi si costituisce il mezzo di prova la confessione si distingue in giudiziale, se viene cioè resa in giudizio, e stragiudiziale se viene resa fuori e prima di esso. Il punto di contatto con l'accertamento convenzionale può emergere con la confessione stragiudiziale poiché questa è una c.d. *probatio probanda* cioè una prova che a sua volta deve essere provata, perché il fatto rappresentativo è un fatto extraprocessuale ed in quanto tale deve essere dimostrato al giudice¹⁴⁸.

A fini della nostra analisi può, altresì, essere utile porre in evidenza l'efficacia della confessione che è, di regola, quella di prova legale, per la quale si rendono necessari i requisiti di disponibilità soggettiva e oggettiva. Più in particolare, per confessare è necessaria la capacità soggettiva di disposizione del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono e che i fatti confessati si riferiscano a diritti oggettivamente disponibili.

¹⁴⁵ FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.* VIII, Milano, 1961, 872. Precisa che *confessio* sembra derivare da *confiteri* che è composto da *fateri* e dalla particella *cum*: "parlare insieme", nel senso di dire la stessa cosa, concordare. L'autore inoltre evidenzia che "parlare di dichiarazioni *pro se e contra se* non può avere giuridicamente alcun senso con riferimento a rapporti o stati di diritto sostanziale non litigiosi, e perciò non incerti; mentre acquista un significato tecnico ben preciso e rigoroso con riferimento alle situazioni litigiose e ai giudizi instaurati per conoscere e per decidere in merito ad esse".

¹⁴⁶ Secondo l'elaborazione giurisprudenziale per aversi confessione occorre un elemento oggettivo che si riferisce all'oggetto della dichiarazione e di un elemento soggettivo che attiene al soggetto che la pronuncia. Cfr. Cassazione civile 29 settembre 2005 n. 19165 "Perché una dichiarazione sia qualificabile come confessione, essa deve constare di un elemento soggettivo, consistente nella consapevolezza e volontà di ammettere e riconoscere la verità di un fatto a sé sfavorevole e favorevole all'altra parte, e di un elemento oggettivo, che si ha qualora dalla ammissione del fatto obiettivo che forma oggetto della confessione, escludente qualsiasi contestazione sul punto, derivi un concreto pregiudizio all'interesse del dichiarante e al contempo un corrispondente vantaggio nei confronti del destinatario della dichiarazione. È inoltre necessario che la confessione abbia per oggetto un fatto storico dubbio, salva restando la possibilità di invalidarla qualora il confitente dimostri sia la inveridicità della dichiarazione sia che la non rispondenza di questa al vero dipende dall'erronea rappresentazione o percezione del fatto rappresentato".

¹⁴⁷ LUISO, *Diritto processuale civile, Il processo di cognizione*, II, Milano, 2009 "per determinare la portata confessoria di una dichiarazione, bisogna collocare il fatto dichiarato nella struttura della fattispecie del diritto dedotto in processo. Si deve quindi vedere se il fatto dichiarato integra l'esistenza o l'inesistenza di un fatto costitutivo, oppure di un'eccezione. Se colui che fa valere il diritto in giudizio, dichiara l'esistenza di un fatto costitutivo o l'inesistenza di un'eccezione, la dichiarazione è a lui favorevole, per cui non integra una confessione".

¹⁴⁸ BANDIERAMONTE, *Il negozio di accertamento*, 73, l'autore osserva che solo ragioni storiche inerenti alla sistematica di passati ordinamenti hanno condotto a relegare tra i mezzi di prova la confessione stragiudiziale che costituirebbe, invece, una tipica dichiarazione negoziale, avente funzione di rimuovere l'incertezza della situazione giuridica preesistente.

La natura probatoria che la legge attribuisce alla confessione postula che il giudice sia vincolato nel suo apprezzamento: la parte che confessa finisce per condizionare la pronuncia del giudice e così disporre del diritto al quale si riferiscono i fatti della causa. Ne consegue che la dichiarazione confessoria produce le stesse conseguenze di una dichiarazione negoziale, senza che, tuttavia, ciò comporti una completa assimilazione al negozio giuridico. Tale sarebbe solo nell'ipotesi in cui la dichiarazione producesse immediatamente i suoi effetti dispositivi nel campo del diritto sostanziale, ma poiché tali effetti si producono soltanto attraverso la pronuncia del giudice che, per quanto vincolata si frappone sempre tra dichiarazione confessoria e disposizione del diritto, ne consegue che la confessione possa essere considerata solo come dichiarazione di scienza e non di volontà¹⁴⁹.

Menzione merita, infine, la ricostruzione che inquadra la confessione tra i fatti tipici di accertamento nel processo, o meglio si tratterebbe di un particolare modo di atteggiarsi degli effetti preclusivi che esplicano la loro funzione, non sul piano sostanziale, ma processuale. La confessione viene configurata come una dichiarazione di scienza con efficacia preclusiva nel senso che l'effetto della prova legale rende irrilevante, nell'ambito del processo, la contestazione sulla realtà che forma oggetto della confessione. L'irrilevanza della contestazione comporterebbe come ulteriore e necessaria conseguenza che il giudice, anche se venga contestata la realtà su cui verte la confessione, deve considerare tale realtà come incontestata. L'effetto si ripercuote sul contenuto della sentenza e sul giudicato, con il quale la preclusione viene ad incidere sul piano dei rapporti sostanziali. Secondo tale ricostruzione, dunque, la confessione cioè il fatto di accertamento processuale tenderebbe alla rimozione della situazione di incertezza, ma il suo effetto sarebbe di grado minore rispetto al fatto di accertamento sostanziale, perché appunto limitato al processo¹⁵⁰.

¹⁴⁹ LUISO, *Diritto processuale civile, Il processo di cognizione*, II, Milano, 2009, "Ciò non toglie però che la confessione sia un atto in cui rileva la volontà del comportamento. Quando si rende una confessione è, infatti, irrilevante il perché lo si faccia o quale scopo o effetto giuridico il soggetto intenda raggiungere; è invece rilevante che il soggetto tenga volontariamente il comportamento dichiarativo. In ciò consiste l'*animus confitenti* che è richiesto per l'efficacia della confessione.....Non rileva, quindi, il mero fatto della pronuncia di certe parole o della sottoscrizione di un atto contenente certe dichiarazioni, rileva invece la volontà di rendere quella dichiarazione. La confessione è un comportamento in cui rilevano violenza ed errore di fatto, e che tuttavia è essenzialmente riconducibile al regime di un atto giuridico in senso stretto". Occorre dare atto del fatto che se questa sembra essere oggi l'opinione prevalente in dottrina attorno alla rilevanza dell'*animus confitenti* e al suo collocamento nella struttura della confessione sono sorti contrasti interpretativi. Cfr. a tal proposito FURNO, *Confessione*, (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.* VIII, Milano, 895 "nessuna autonomia concettuale, nessuna specifica funzione, nessuna rilevanza positiva è da attribuire all'*animus confitenti*".

¹⁵⁰ FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. dir.*, 214, l'autore distingue tra effetti preclusivi di accertamento di grado maggiore e di grado minore precisando che "l'effetto preclusivo, come del resto gli altri effetti giuridici, può operare direttamente sul piano sostanziale, ovvero incidere solo indirettamente su tale piano ed operare invece direttamente sul piano processuale. La preclusione processuale, nelle sue caratteristiche esemplificazioni, è null'altro che una specificazione dell'effetto preclusivo nell'ambito del processo....Riteniamo opportuno dunque distinguere due categorie di fatti di accertamento, a seconda che l'effetto preclusivo spieghi la propria funzione fondamentalmente direttamente sul piano dei rapporti giuridici sostanziali o invece sul piano del processo: fatti di accertamento sostanziali i primi e fatti di accertamento processuale i secondi. Gli uni producono un effetto giuridico di grado maggiore perché l'effetto preclusivo

2. Prime conclusioni

Dall'analisi normativa è emerso che il legislatore non utilizza il termine accertamento, e ciononostante abbiamo individuato sparse nel codice diverse ipotesi nelle quali è stato possibile rinvenire profili di accertamento inteso in senso lato.

Una prima riflessione che ne deriva è che nel riconoscimento, nella transazione, nella rinnovazione, i soggetti debbono prendere delle decisioni, per decidere devono valutare, per valutare debbono conoscere e, dunque, accertare la situazione rispetto a cui intendono compiere delle scelte. Al termine di questo itinerario vi sono contemporaneamente profili di conoscenza, di accertamento, di valutazione e le parti dettano una regola per i loro interessi. In questo percorso le parti vanno ad incidere su una situazione preesistente: si determinano a porre in essere un accertamento perché sono "incerte", profilo che attiene, dunque, alla sfera soggettiva della conoscenza.

Si è detto, con termine volutamente ampio, che l'accertamento può incidere su una "situazione preesistente", poiché è emerso dall'analisi condotta che l'accertamento inteso come "atto" può essere rivolto tanto verso un fatto storico, quanto verso una precedente disciplina negoziale. Sotto quest'ultimo profilo abbiamo individuato l'atto di conferma che presuppone un precedente testamento nullo o annullabile e la conferma di una donazione nulla; nonché le dichiarazioni di accertamento che intervengano su precedenti liberalità indirette (art. 809 c.c.).

Un ulteriore dato che è possibile fin da ora evidenziare è che si possa individuare un profilo di accertamento sia negli atti unilaterali come, l'imputazione di pagamento, la quietanza (1199 c.c.), la ricognizione di contratto (1870 c.c.) e la ricognizione di debito (1988 c.c.), ma anche nei contratti tipici come la divisione e la transazione (1965 c.c.).

Si potrebbe, dunque, tentare di immaginare che le norme indicate consentano di tracciare il confine, individuando un limite, da un lato, nel contratto di transazione e negli atti di riconoscimento di rapporti obbligatori e, dall'altro, nei patti sull'onere della prova, all'interno del quale possa poi trovare spazio l'accertamento convenzionale.

Possiamo, inoltre, osservare che il nostro diritto di matrice formalistica, può attribuire al fatto incerto un effetto giuridico, il diritto civile può in qualche modo andare a sovrapporsi, a manipolare le categorie della realtà. Un potere di tal genere potrebbe quindi

si svolge sugli stessi rapporti di diritto sostanziale, mentre gli altri producono un effetto giuridico di grado minore, perché l'effetto preclusivo è limitato nell'ambito del processo e sta in funzione del fatto di accertamento e del relativo effetto di grado maggiore, che è prodotto dal giudicato. Questa graduazione implica anche una gerarchia di ordine giuridico, perché l'effetto di accertamento sostanziale assorbe e supera ogni effetto di accertamento processuale, e così in caso di conflitto tra due effetti di accertamento di grado diverso vince sempre quello di grado maggiore. La confessione perde, ad esempio, il suo effetto preclusivo processuale qualora si sia formato il giudicato in senso difforme sulla medesima realtà alla quale ha fatto riferimento la confessione". ID. *Efficacia giuridica*, cit. 505, l'autore configura la confessione e il giuramento come dichiarazioni di scienza con efficacia preclusiva "perché sul loro effetto non influisce la falsità della dichiarazione e perché la loro presenza comporta il dovere del giudice di risolvere la *quaestio facti* ponendo come premessa della sua decisione il fatto dichiarato".

essere attribuito dal legislatore, ma ci si deve domandare se sia consentito anche ai privati nell'esercizio della loro autonomia. O, detto in altri termini, quali limiti incontra l'autonomia privata¹⁵¹.

L'autonomia privata è riconosciuta dalla legge ed in particolare dagli art. 1321 e 1322 c.c., è dunque un potere di autoregolamentare i propri interessi che gode del riconoscimento dello stato. Si manifesta nella libertà di concludere o meno il contratto; nella libertà di fissarne il contenuto, secondo quanto prevede l'art. 1322, comma 1, c.c.; nella libertà di scegliere la persona del contraente; nella libertà di dar vita a contratti atipici ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.. A fronte di questa libertà di principio sussistono però delle limitazioni poste dal legislatore: le principali manifestazioni o espressioni dell'autonomia privata sono sempre accompagnate dalla parola limite¹⁵².

¹⁵¹ L'autonomia è stata definita come la facoltà di autoregolamentare i propri interessi Cfr. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv.*, sezione civile, Torino, 1987, 517 "l'espressione indica la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua propria sfera, o in sfere altrui, ma con riflessi nella sfera dei suoi interessi)". BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2002, 30. Evidenzia che l'autonomia privata possa essere vista oltre che come potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale anche come un diritto di libertà e quindi come un diritto fondamentale della persona, ravvisandone il fondamento nell'art. 2 della Costituzione. L'autore precisa che "la nostra Costituzione sancisce la libertà effettiva di esplicazione della personalità umana (art. 3, comma 2, Cost.). Ora nei rapporti sociali il soggetto esplica la propria personalità principalmente mediante rapporti socialmente garantiti cioè giuridici. Il contratto moderno, fondato sul libero consenso delle parti, ha costituito il simbolo dell'affrancazione dell'individuo dagli antichi condizionamenti sociali (gli status) e il simbolo della libera circolazione dei beni". Ed ancora precisa che "il riconoscimento della libertà del soggetto di disporre dei propri beni e di impegnarsi verso gli altri secondo le sue scelte deve considerarsi a prescindere da una specifica formula normativa-un valore basilare dell'ordinamento. Nel campo dei rapporti economici questo valore trova riconoscimento nel principio della libertà di iniziativa (art. 41 Cost.), di cui l'autonomia privata è strumento necessario". Contra MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, 1 secondo l'autore l'art. 2 della Costituzione garantisce non già la libertà contrattuale in sé, quanto le concrete manifestazioni dell'autonomia privata volte a dar vita alle formazioni sociali e quindi la libertà di matrimonio e di associazione sindacale. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 76. Osserva che "la libertà contrattuale riceve una tutela costituzionalmente indiretta: è tutelata nella misura in cui sia funzionale ad altri valori costituzionalmente protetti...Nel campo patrimoniale i valori costituzionali direttamente tutelati e capaci di fondare l'indiretta tutela costituzionale della libertà di contratto, sono soprattutto due: l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e la proprietà privata (art. 42 Cost.). Il contratto è strumento essenziale per esercitare e valorizzare la proprietà, coacervo di facoltà di godimento e disposizione (art. 832 c.c.): disporre della cosa implica, quasi per definizione fare contratti; ma di contratti c'è bisogno anche per realizzare molte opportunità di godimento. Ancora più facilmente si coglie la necessaria strumentalità del contratto all'esercizio dell'iniziativa economica, che senza contratti sarebbe impraticabile". MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, evidenzia che l'iniziativa economica e privata prevista e disciplinata dall'art. 41 Cost. è qualcosa di diverso, anche concettualmente, dall'autonomia contrattuale. Sulla distinzione vedi anche MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Iustitia*, 1966, 103 richiama la sentenza della Corte Costituzionale 23 aprile 1965, n. 30, in *Giust. Cost.* 1965, 283 dove si riconosce la strumentalità della autonomia privata rispetto all'iniziativa economica. Ne consegue che nei rapporti economici la tutela dell'autonomia privata è inscindibilmente connessa alla tutela dell'iniziativa economica. Afferma, infatti, la sentenza: "poiché l'autonomia contrattuale in materia economica è strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite alla seconda, ed è legittimo, perciò solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti dalla costituzione". Nello stesso senso Corte Cost. 21 marzo 1969, in *FI*, 1969, I, 781 "l'autonomia contrattuale non riceve dalla costituzione una tutela diretta. Essa la riceve bensì indirettamente da norme della Carta fondamentale che, negli art. 41 e 42, riguardanti rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà, si riferiscono ai possibili oggetti di autonomia...che deve cedere di fronte a motivi di ordine superiore, economico e sociale, considerati rilevanti dalla Costituzione".

¹⁵² CAREDDA, *L'onere, Conversazioni sul diritto privato*, cit., 25 "L'autonomia richiama già da sé l'idea del limite. Oggi l'autonomia dei privati è limitata sotto diversi aspetti: è limitata nei suoi aspetti formali, è limitata nei suoi aspetti sostanziali, è limitata nei suoi procedimenti". E precisa che "le limitazioni sono molteplici, non enumerabili, ma suscettibili di essere suddivise in filoni diversi: limitazioni che operano sul contenuto regolamentare dell'atto di autonomia e limitazioni che incidono su livelli diversi, quali quelle che - senza ingerenza nelle scelte dei privati-

Soffermandoci sul solo tema del negozio di accertamento, possiamo osservare che l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, partendo dal presupposto che non fosse stato disciplinato dal legislatore alcun negozio tipico, si è soffermata sulla possibilità dell'autonomia privata di concludere contratti atipici, cioè diversi da quelli che il legislatore predispone e ai quali dedica una disciplina particolare. In particolare le riflessioni sono state incentrate sull'ammissibilità di negozi di accertamento che avessero una struttura non solo bilaterale, ma anche unilaterale; nonché sull'ammissibilità di concludere contratti aventi ad oggetto non solo rapporti obbligatori, ma anche diritti reali. Minore attenzione è, invece, stata dedicata alla possibilità che l'autonomia privata operi anche nei procedimenti di formazione del contratto e sulla possibilità di ricondurre al negozio di accertamento un atto di interpretazione autentica.

Sotto un altro aspetto rimarrà, inoltre, da valutare se l'autonomia privata incontri un ulteriore limite in ipotesi di conflitto tra le parti, ovvero se l'accertamento influisca in qualche modo nella decisione del giudice.

tendono a salvaguardare la consapevolezza di quelle scelte, la prevedibilità dei rapporti e dei loro sviluppi". Vi sono tuttavia anche tendenze che tendono a ampliare l'autonomia privata, vedi: PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011, 30 "Ribadisce la legittimazione di privati a foggare essi stessi le fattispecie e i procedimenti del loro agire negoziale, nonché a modulare in piena autonomia i tipi di operazioni volti a regolare i loro reciproci rapporti, appare pertanto irrinunciabile, essendo in gioco il principio di libera determinazione". Ma prima di lui ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 5 "la stessa autonomia nel suo aspetto dinamico e cioè di svolgimento di poteri è procedimento giuridico".

SEZIONE TERZA

NEGOZIO DI ACCERTAMENTO E LIMITI ALL'AUTONOMIA PRIVATA

1. Il negozio di accertamento: analisi della sua struttura e dei suoi effetti

Riprendendo le fila del discorso il problema che si pone alla nostra attenzione consiste nel verificare se il potere delle parti di porre in essere atti di accertamento nell'esercizio dell'autonomia privata incontri dei limiti. Il primo aspetto che verrà analizzato attiene all'atipicità della struttura del negozio, o meglio ci si domanda se sia ammissibile solo un negozio necessariamente bilaterale o anche unilaterale.

Una prima ricostruzione, dominante in passato, ma seguita tutt'ora da alcuni autori, partiva dal presupposto che fosse possibile ricondurre le figure tipiche della divisione e della transazione nella categoria del negozio di accertamento e giungeva a ritenere che anche quest'ultimo avesse struttura necessariamente bilaterale e natura dichiarativa. Questa teoria qualifica il negozio di accertamento come meramente dichiarativo e con efficacia retroattiva¹⁵³.

Più in particolare, il negozio di accertamento veniva qualificato come meramente dichiarativo: le parti non costituiscono, modificano o estinguono, bensì dichiarano, fissano mediante un apprezzamento vincolante, l'esistenza, il contenuto ed i limiti di una situazione preesistente¹⁵⁴. Stante la sua natura dichiarativa il negozio di accertamento non costituisce una fonte autonoma degli effetti giuridici previsti, in quanto rende solo definitiva la situazione connessa con il rapporto preesistente; per la regolamentazione della relativa situazione controversa si deve far riferimento alla fonte originaria che ne

¹⁵³ A tale conclusione si giunge talora identificando dichiaratività e retroattività come STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 57: "avuto riguardo alla decorrenza dei loro effetti, i negozi giuridici si distinguono in costitutivi e dichiarativi: - i primi hanno efficacia dal giorno della loro formazione in poi, perché danno origine ad un mutamento dei diritti soggettivi delle parti; - i secondi hanno effetto dal momento anteriore alla loro formazione, sicché finiscono per accertare che il mutamento è avvenuto in precedenza". Altri autori invece considerano la retroattività come conseguenza ineliminabile della dichiaratività: CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, 7-18ss il quale ritiene che tra negozio di accertamento, transazione e sentenza di mero accertamento vi sia identità di effetti. Più recentemente questa opinione è seguita da TORRENTE- SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli e Granelli, 2009, 100 il quale precisa che "il negozio di accertamento ha effetto retroattivo: lo stato di incertezza viene eliminato ab origine, come se non fosse mai esistito. Nella divisione, che...rientra nella categoria esaminata, questo effetto retroattivo (effetto dichiarativo della divisione) è scolpito dall'art. 757 c.c."

¹⁵⁴ Diversamente appare la nozione di effetto dichiarativo elaborata da FALZEA, in *Efficacia giuridica*, in *Enc. giur.*, XIV, il quale distingue tra effetto costitutivo, dichiarativo e preclusivo. Secondo tale tripartizione l'effetto dichiarativo si caratterizzerebbe per il fatto di connotare una novità di rango giuridico minore, consistente in uno svolgimento meramente interno alla situazione di riferimento, non tale cioè da determinare, diversamente dall'effetto costitutivo, un mutamento dell'identità di questa. "Sotto un primo profilo appare carattere costante degli svolgimenti interni il fatto che essi non determinano mai una modificazione degli elementi strutturali o del contenuto sostanziale della situazione giuridica...Il presupposto positivo, sarà, tuttavia che qualche mutamento occorra perché si abbia uno svolgimento interno: un mutamento che trasformi la situazione giuridica senza intaccarla nella sua struttura e nel suo contenuto sostanziale". L'autore dando una sistemazione a queste alterazioni interne della situazione giuridica delinea tre distinte figure di trasformazioni interne che rispecchiano le figure di trasformazioni esterne "esse per ipotesi hanno il loro spazio teorico dopo la costituzione e concretano un mutamento minore della modificazione. Corrisponde idealmente alla costituzione il "rafforzamento" della situazione giuridica; alla modificazione fa riscontro la "specificazione" ed alla estinzione, infine, "l'affievolimento" della situazione giuridica.

costituisce il fondamento, e che non può essere sostituita dal negozio di accertamento, i soli effetti funzionalmente diretti all'eliminazione dell'incertezza della situazione preesistente sorgono con il negozio di accertamento ed hanno come fonte esclusiva il negozio stesso. Ne consegue che secondo tale ricostruzione il negozio ha struttura e funzione dichiarative e può essere avvicinato alla sentenza come atto di giudizio compiuto dalle parti incerte su di un proprio affare¹⁵⁵.

Altra parte della dottrina, pur attribuendo natura dichiarativa al negozio di accertamento, ritiene che non sia ammissibile un negozio dichiarativo puro che abbia, cioè, struttura e funzione dichiarative. Non esiste negozio giuridico che non abbia struttura normativa, precettiva e che non si estrinsechi in un comando per le parti intorno ai propri interessi. È inammissibile un negozio con il quale le parti si limitino a dichiarare una situazione preesistente senza che ne derivi alcun regolamento: il negozio è un atto giuridico con il quale le parti sistemano i propri interessi, non un atto con il quale le parti compiono un'attività di giudizio. Si è affermata così l'idea che il negozio ha struttura costitutiva, ma funzione dichiarativa¹⁵⁶.

La maggior parte degli autori sembra, inoltre, concordare che a proposito dell'accertamento gli effetti si producano retroattivamente tra le parti contraenti: o meglio non si potrebbe configurare una retroattività reale o assoluta, ma solo obbligatoria o relativa¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Sostengono l'efficacia retroattiva in senso tecnico coloro che aderiscono alle teorie dichiarative: STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 136; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit. 283; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. proc. civ.*, 1940, 18. *Contra* FORNACCIARI, *Il negozio di accertamento, i contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti, diretto da Rescigno e Gabrielli*, 2005, 46. Alla ricostruzione che discorre di effetti dichiarativi del negozio l'autore ha obiettato che non fornisce indicazioni significative sul meccanismo di operatività dell'accertamento. In linea di massima esso si risolve in una mera formula verbale, priva di un reale contenuto che finisce solo per spostare i termini della questione: qualificato in termini dichiarativi l'effetto dell'accertamento si pone il problema di identificare in che cosa consista l'effetto dichiarativo.

¹⁵⁶ GIORGIANNI, *Il negozio di Accertamento*, Milano, 1939, 101: sottolinea l'efficacia immediata di rimuovere l'incertezza della situazione giuridica preesistente mediante la fissazione del contenuto della situazione giuridica stessa; l'accertamento avrebbe gli effetti propri di un contratto ad effetti reali e si caratterizzerebbe per il fatto che gli effetti consistano in un immediato mutamento della situazione giuridica preesistente nel senso corrispondente all'intento delle parti. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di Scritti*, Milano, 1980, 395. Con l'accertamento alla situazione giuridica si aggiungerebbe un elemento ulteriore dato dall'obbligo che assumono le parti, di ritenere cioè decisiva per l'avvenire la configurazione che hanno dato al rapporto originario. *Contra* FORNACCIARI, *Il negozio di accertamento, i contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti, diretto da Rescigno e Gabrielli*, 2005, 46. A tale opinione l'autore ha obiettato che l'accertamento non possa produrre effetti diversi a seconda del suo oggetto: partendo dal presupposto che l'accertamento possa avere ad oggetto sia fatti che situazioni giuridiche, se in relazione a queste ultime è possibile che l'accertamento incida sul proprio oggetto modificandolo, questo non sarebbe possibile in relazione ai fatti che sono e rimangono quelli che sono e non possono essere modificati dall'accertamento. Ne consegue che non sarebbe possibile spiegare l'effetto dell'accertamento nell'ottica di una modifica della realtà accertata.

¹⁵⁷ NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di Scritti*, Milano, 1980, 429: precisa che la retroattività reale del negozio di accertamento "dovrebbe essere un'eccezione, naturalmente legittimata dal sistema; ma invece né l'analogia di effetti con la sentenza, né l'analogia con la transazione può legittimare per il riconoscimento quella eccezione"; ritengono che il negozio di accertamento possa avere un'efficacia solo obbligatoria anche GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit. 105; CARRESI, *La transazione*, cit. 25, SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit. 32.

A tale ricostruzione si oppone la tesi secondo cui vi sarebbe un'incompatibilità logica tra retroattività e accertamento: quando si ha accertamento non può esservi retroattività, giacché la situazione accertata, per ipotesi, preesiste all'accertamento¹⁵⁸. Una volta riconosciuto che il negozio ha natura costitutiva come logica conseguenza si ritiene, infatti, che sia produttivo *ex nunc* di effetti modificativi e dispositivi: quando le parti vogliono eliminare una incertezza relativa ad una situazione dal suo sorgere, esprimono una volontà che tende non solo ad una modificazione attuale, ma anche a costituire *ex nunc* una situazione giuridica la quale produca quel risultato economico che si sarebbe avuto se il mutamento si fosse verificato in un periodo precedente¹⁵⁹.

Tra gli autori che hanno affrontato il tema dell'accertamento è emersa una sorta di scelta obbligata tra dichiaratività e costitutività che sembra essere stata superata dalla teoria, che forse ha avuto maggiore accoglimento nella dottrina successiva, dell'efficacia preclusiva. Secondo tale dottrina l'efficacia preclusiva consisterebbe in ciò, che la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla conformità o difformità della situazione giuridica preesistente, di modo che l'accertamento esige un effetto giuridico diverso da quello meramente dichiarativo: un effetto in cui è implicata necessariamente l'idea di una innovazione essenziale, che si traduce nella preclusione di qualsiasi indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e, pertanto, nella irrilevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata sulla base della sua validità storico giuridica¹⁶⁰.

¹⁵⁸ LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, "non si può parlare di negozi dichiarativi nel senso in cui è dichiarativa la sentenza. Perciò non mi pare accettabile l'opinione che afferma l'esistenza di negozi di accertamento con efficacia dichiarativa retroattiva. E questa mia affermazione non si fonda solo su questi argomenti di impossibilità logica, ma sul fatto che tale è l'ordinamento del nostro diritto positivo". "Perché effetto di un atto di volontà, l'accertamento esiste dal momento in cui esiste la volontà stessa. La volontà attuale non può produrre un effetto per il passato, perché non vi è alcuno che possa volere oggi che un determinato fatto sia avvenuto o non sia avvenuto in un momento precedente.

¹⁵⁹ CORRADO, voce *Il negozio di accertamento*, cit. 202 preferisce parlare di effetti di conformazione della situazione giuridica nei termini risultanti dall'attività conoscitiva. Il negozio avrebbe efficacia innovativa: non vi sarebbe alcuna contraddizione tra accertare e innovare, o meglio qualora il termine accertare si riferisca ad un comando, l'unico accertamento che un comando può operare è un accertamento innovativo. ID. *Il negozio di accertamento*, 109 ritiene che per il negozio di accertamento si debba parlare di "falsa retroattività in contrapposto alla retroattività vera o in senso tecnico, in quanto alcuna modificazione si opera sul passato e solo si costituiscono obblighi attuali che nel caso che a noi interessa devono creare una situazione economica equivalente a quella che si avrebbe avuta se la situazione fosse stata conforme all'accertamento già dal suo sorgere". *Contra* SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit. 28 "il negozio per sua natura dispositivo, cioè idoneo a modificare la situazione giuridica preesistente, non può che essere dispositivo, poiché è destinato a valere anche se il regolamento da esso dettato non sia congruente alla situazione che le parti avevano inteso accertare"

¹⁶⁰ FALZEA, *Accertamento (voce)*, cit. 209. ID. *Efficacia giuridica*, cit. L'autore ha teorizzato un autonomo tipo di effetto qualificato come preclusivo e che si distingue da quello costitutivo da un lato e da quello dichiarativo d'altro. Secondo il sistema da questi elaborato l'effetto costitutivo è costituito da un'innovazione nello stato giuridico anteriore e si caratterizza perché "la situazione giuridica statuita dalla norma diverge in modo netto e giuridicamente apprezzabile dalla situazione giuridica preesistente (non può spiegare efficacia giuridica una vendita di cosa già di proprietà dell'acquirente)". L'effetto dichiarativo si caratterizza per la conservazione dello stato o meglio "la situazione giuridica statuita dalla norma converge nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente (la ricognizione del rapporto enfiteutico può spiegare gli effetti che il diritto le assegna solo in quanto il rapporto preesista nella realtà giuridica)". L'effetto preclusivo si caratterizza per l'indifferenza rispetto allo stato anteriore, dalla capacità cioè di accogliere sia

Seguendo questa impostazione riuscirebbe, tuttavia, difficile distinguere il negozio di accertamento dal contratto tipico di transazione al quale si riconosce ugualmente efficacia preclusiva. Un discrimine tra le due figure potrebbe, invece, essere trovato proprio analizzando il meccanismo di produzione degli effetti.

Per questa ragione altra parte della dottrina ritiene che gli effetti del negozio di accertamento andrebbero desunti dalla figura tipica della ricognizione di debito: la differenza tra le due figure sarebbe, infatti, soltanto strutturale. Il contratto di accertamento, come il riconoscimento, non avrebbe l'effetto di costituire o modificare il rapporto giuridico investito dall'accertamento stesso, ma solo di rafforzarlo invertendo l'onere della prova a vantaggio del beneficiario dell'accertamento stesso¹⁶¹.

Più precisamente mediante l'accertamento le parti riconoscono reciprocamente obblighi e diritti inerenti al loro rapporto e l'effetto si sostanzia nella presunzione circa l'esistenza della posizione come accertata e riconosciuta. L'effetto dell'accertamento rilevarebbe pertanto sul piano probatorio, in quanto dispensa ciascuna parte dall'onere di provare il rapporto come accertato mentre pone a suo carico l'onere della prova contraria¹⁶².

l'ipotesi dell'innovazione che quella della conservazione dato che "la situazione giuridica stabilita dalla norma sorge indipendentemente dalla conformità o difformità della situazione giuridica preesistente". Mentre cioè l'effetto costitutivo e quello dichiarativo sarebbero entrambi legati al passato, l'uno nel segno della necessaria difformità, l'altro in quello della conformità, l'effetto preclusivo ne risulterebbe scollegato: esso darebbe vita a situazioni originarie, non legate a quelle preesistenti da alcun rapporto di derivazione ponendosi come elemento di discontinuità nella catena del divenire giuridico. Discontinuità della quale si avvertirebbe la necessità in due ordini di ipotesi: da un lato in presenza di situazioni di fatto, temporalmente consolidate; dall'altro in presenza di conflitti, che pregiudicano l'attuazione delle situazioni giuridiche. Nel primo ambito rientrerebbero istituti quali l'usucapione e la prescrizione, nel secondo l'accertamento e la transazione. *Contra* CORRADO, voce *Accertamento*, in *Nss Dig. It.* L'autore ritiene sia arbitrario sostenere che ogni atto di accertamento possa rendere definitiva la situazione accertata attraverso la preclusione di ulteriore sindacato "l'effetto preclusivo è disposto espressamente dall'art. 2909 c.c. rispetto alla sentenza ed è la riconferma del contenuto storico della stessa, nel senso che solo per l'intervento di una norma il suo accertamento diviene definitivo. In tal modo l'appoggio della forza (autorità) consente ad una opinione, formata peraltro attraverso indagini particolarmente approfondite, di valere, per le esigenze imprescindibili della pace sociale, come verità formale. Un apprezzamento dei privati, non confortato da un analogo intervento normativo, non può avere una analoga rilevanza e non è sufficiente la concomitanza di un atto di autonomia, che stabilisca una preclusione ad ogni ulteriore indagine sulla verità da parte dei giudici, per vincolare l'attività giurisdizionale"; Esclude che possa configurarsi un autonomo effetto preclusivo più recentemente anche FORNACCIARI, *Il negozio di accertamento, i contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, 2005, 46 il quale riconduce l'effetto preclusivo nell'effetto costitutivo.

¹⁶¹ BIANCA, *Il contratto*, cit. 527: " il contratto di accertamento può essere definito come il contratto mediante il quale le parti riconoscono l'esistenza o il contenuto di un loro rapporto giuridico. L'accertamento negoziale non ha efficacia costitutiva. L'accertamento è infatti diretto alla verifica di un rapporto preesistente ed è quindi inidoneo a creare un titolo cui non corrisponda la realtà del rapporto accertato. Conseguentemente le parti possono sempre provare che il loro rapporto è diverso rispetto a quello accertato. Funzione propria dell'accertamento negoziale è precisamente quella del riconoscimento"; ROPPO, *Il contratto*, cit., 495: ritiene che accertamento e riconoscimento siano sinonimi e che la differenza tra il riconoscimento del debito e la promessa senza indicazione di causa e l'accertamento sia solo di tipo strutturale in quanto "essi sono atti unilaterali: la loro differenza dal contratto di accertamento è semplicemente che questo ha invece struttura bilaterale, risultando dall'accordo delle parti. Ma gli effetti sono sostanzialmente gli stessi: la creazione di una presunzione circa l'esistenza della posizione come accertata e riconosciuta. Il contratto di accertamento è così il titolo in base a cui la parte può agire contro l'altra per attuare il proprio diritto in esso accertato: il diritto si presume. Si presume ma non si crea. Se l'accertamento risultasse non conforme al vero, perché la posizione accertata in realtà non esiste o ha contenuti diversi, il contratto sarebbe nullo per mancanza di causa".

¹⁶² BIANCA, *Il contratto*, cit. 527: secondo l'autore l'efficacia presuntiva dell'accertamento si desume dalla norma sulla ricognizione di debito, la quale trova fondamento nel principio della buona fede che vieta di creare falsi affidamenti nella

Questi sostanzialmente i problemi che si pongono se si parte dal presupposto che la struttura soggettiva adottata dall'ordinamento giuridico per la creazione di questo tipo di effetti sia necessariamente contrattuale. Difficoltà in parte diverse si pongono riguardo alla struttura dell'accertamento unilaterale e degli effetti che la dichiarazione di una parte sia in grado di produrre sulla sfera patrimoniale di un altro soggetto.

I dubbi sono legati al fatto che -una volta riconosciuto che gli atti ricognitivi tipici quali la ricognizione di debito, la ricognizione di contratto e l'imputazione di pagamento, come più sopra delineate, possono essere qualificate come ipotesi tipiche di accertamento- si ritiene che siano ammissibili solo negozi unilaterali di accertamento aventi ad oggetto rapporti obbligatori, ma non anche diritti reali.

L'ammissibilità di un negozio atipico di accertamento si intreccia, dunque, con la problematica dei negozi unilaterali atipici. I privati possono, infatti, in virtù del disposto dell'art. 1322 c.c. dar vita a contratti atipici che sono quelli non previsti dalla legge, né disciplinati negli elementi essenziali. Tale potere riconosciuto all'autonomia privata viene spiegato con il fatto che il contratto, al fine di perfezionarsi e di generare effetti, pretende l'accordo delle parti: gli effetti che si producono nella sfera giuridica degli interessati saranno il frutto di una volontaria e consapevole manifestazione di volontà.

Nel caso di negozio unilaterale, la regolamentazione degli interessi è espressione di una sola parte e gli effetti si producono in via diretta o indiretta nella sfera di terzi che sono rimasti estranei al perfezionamento del negozio, non essendo esso frutto di un accordo. La dottrina tradizionale, inizialmente, non riconosceva la validità e l'efficacia di negozi unilaterali non tipicamente contemplati dal legislatore: tale limitazione all'autonomia privata si basava sul dogma della relatività delle convenzioni, secondo il quale il negozio giuridico non può produrre effetti di alcun genere per soggetti diversi dal suo autore. A sostegno dell'assunto si adduceva anche il disposto dell'art. 1987 c.c. che stabilisce la nominatività delle promesse unilaterali, vale a dire dei negozi giuridici unilaterali con efficacia obbligatoria. Tale norma veniva letta in antitesi con l'art. 1322, comma 2, c.c.: secondo tale impostazione i privati potevano dar vita a schemi contrattuali diversi dai tipi legali, ma non a negozi unilaterali atipici. L'autonomia privata veniva, dunque, circoscritta perché si riteneva che il soggetto potesse vincolarsi, ma solo nelle ipotesi tassativamente previste e con i limitati effetti obbligatori che l'ordinamento vi riconnette: il singolo non era libero di creare un tipo di vincolo nuovo, né di far derivare dal tipo legale effetti obbligatori difformi da quelli già previsti in modo tassativo¹⁶³.

controparte: chi riconosce il proprio obbligo nei confronti del creditore suscita l'affidamento che quel riconoscimento non sarà smentito senza una ragionevole giustificazione.

¹⁶³ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, 236: il negozio non può in nessun caso intaccare la sfera giuridica di un soggetto che ne sia rimasto estraneo, ma non può neppure ampliarla senz'altro, aumentando i diritti del soggetto o diminuendone i doveri; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, 40; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 115; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 30;

Tale indirizzo è stato sottoposto a critica. Si è osservato che il principio dell'intangibilità della sfera giuridica altrui non opera in senso assoluto, ma al solo scopo di evitare che un soggetto subisca effetti svantaggiosi senza aver espresso il proprio consenso. Accanto al principio di relatività del contratto si deve ritenere che vi sia un'altra regola di pari dignità in base alla quale è ammessa la produzione di effetti diretti in capo al soggetto che non sia parte del contratto o autore del negozio giuridico unilaterale, purché si tratti di effetti favorevoli, ferma restando in ogni caso la facoltà di rifiutare¹⁶⁴.

La possibilità di giustificare un accertamento unilaterale ha seguito la stessa strada. In un primo momento, infatti, parallelamente all'esclusione di negozi unilaterali atipici, si è ritenuto inconfigurabile anche l'accertamento proveniente da una sola parte¹⁶⁵. Successivamente l'ammissibilità della figura è stata ricondotta al principio dell'autonomia negoziale che consentirebbe al privato, in virtù del richiamo disposto dall'art. 1324 c.c., di concludere anche negozi unilaterali atipici. In particolare, l'art. 1324 c.c., rimandando per gli atti unilaterali alla normativa generale sui contratti, comprende nel rinvio anche la norma sull'autonomia contrattuale che prevede la conclusione di negozi atipici¹⁶⁶.

CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 275. BRANCA, *Promesse unilaterali*, in *Comm. Scialoja e Branca, Art. 1960-1991*, 1974: forse più esattamente si potrà dire che non c'è diritto senza rapporto giuridico: che non c'è rapporto senza almeno due persone; che perciò la legge vede male i negozi giuridici unilaterali, in cui il rapporto viene creato o modificato e estinto per opera di una sola parte. Insomma la ragione dello sfavore legislativo, non è tanto la tutela del patrimonio del terzo quanto l'esigenza logica che almeno due parti influiscano su una situazione necessariamente bilaterale o plurilaterale.

¹⁶⁴ DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 68: indica l'appropriata conversione del principio dell'intangibilità delle sfere individuali in quello della loro protezione; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, 61 L'autore ha osservato che l'art. 1987 c.c. non si riferisce a tutti i negozi giuridici unilaterali, ma solo le promesse unilaterali individualizzate; inoltre essa trova la sua giustificazione non nella intangibilità della sfera giuridica altrui, ma nella diffidenza del legislatore per l'assunzione di obblighi che limitano la libertà del soggetto attraverso un atto unilaterale e non attraverso una causa contrattuale; BIANCA, *Il contratto*, 12 l'autore osserva che l'esame sistematico dei casi in cui la legge prevede che l'atto incida sulla sfera giuridica dei terzi attesta piuttosto che il limite generale di efficacia dell'atto negoziale è dato dal principio di salvaguardia della sfera giuridica altrui. La regola secondo la quale l'atto negoziale non può produrre effetti rispetto ai terzi deve intendersi nel senso che l'atto negoziale non può produrre effetti pregiudizievoli a carico di terzi. Può ammettersi invece che il negozio incida direttamente nella sfera giuridica altrui quando l'effetto sia insuscettibile di pregiudizio personale e patrimoniale. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, 191 Non esiste una categoria unitaria di negozio unilaterale: l'ordinamento mostra una varietà di figure che si graduano in vari schemi, diversi tra loro non solo quanto alla funzione, ma anche quanto alla struttura. Tra contratto e negozio unilaterale esiste una gradualità di categorie, che sfumano la tradizionale contrapposizione.

¹⁶⁵ CARRESI, *Concetto e natura giuridica della transazione*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1953, 398. L'autore ritiene che nel nostro ordinamento siano configurabili solo negozi unilaterali "tipici, in quanto non può per principio ammettersi che un soggetto possa influire nella sfera giuridica di un altro se non esiste una norma la quale espressamente lo autorizzi" ed è contrario ad ammettere negozi di accertamento che non siano contratti muovendo dalla premessa che "una parte non può imporre all'altra unilateralmente una determinata intelligenza della situazione giuridica". *Contra* GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., 119: il quale osserva che il negozio di accertamento unilaterale rispetto a quello bilaterale avrebbe effetti meno intensi che si riverberano esclusivamente nella sfera giuridica di chi accerta e solo di riflesso in quella dell'interessato.

¹⁶⁶ NICOLINI CANIATO, *Appunti sui negozi di accertamento unilaterale*, in *Rass. Dir. civ.* 1984, 171 definisce il negozio di accertamento unilaterale come "quel negozio che fissi ex uno latere una situazione giuridica preesistente e lo ritiene ammissibile ravvisando "nell'art.1173 c.c.- che comprende tra le fonti negoziali delle obbligazioni anche negozi unilaterali atipici- un richiamo del sistema enunciato in via generale dall'art. 1322, comma 2, c.c. In tal modo si vincola l'ammissibilità di figure unilaterali obbligatorie atipiche alla normativa dell'art. 1322, comma 2, c.c. e ai limiti da essa richiamati".

Seguendo questa strada non sembra però possibile risolvere il problema degli effetti di un atto unilaterale che vadano ad incidere sulla sfera del terzo o meglio il problema di compatibilità che tecnicamente si pone all'applicabilità dell'art. 1321 c.c. agli atti unilaterali, mancando una norma che autorizzi generalmente l'uso del negozio unilaterale per "regolare" un rapporto giuridico patrimoniale. In dottrina è stato così proposto di far riferimento all'art. 1333 c.c. a norma del quale la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte a cui è destinata¹⁶⁷. Tuttavia, la disposizione di cui all'art. 1333 c.c. è di difficile lettura, non essendo nemmeno pacifico che legittimi l'ammissibilità di negozi unilaterali e non configuri, piuttosto, semplicemente uno schema particolare di formazione del contratto¹⁶⁸. Inoltre riconducendo il negozio unilaterale di accertamento

¹⁶⁷ FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*, VII, 32. L'autore osserva che: "L'intangibilità della sfera del terzo a cui il negozio unilaterale accertativo sia indirizzato-che, quindi, deve considerarsi senz'altro recettizio-deve comunque ritenersi presidiata dalla possibilità di rifiutare l'effetto conformativo, che la giurisprudenza predica preclusivo di successive contestazioni, e considera esattamente suscettibile di costituire il vantaggio patrimoniale attribuibile al terzo, salvo rifiuto, ex art. 1411 c.c.: in tal caso, il risultato sostantivo sarà retroattivamente eliminato, ed il rapporto oggetto dell'iniziativa negoziale unilaterale rimarrà impregiudicato-rectius: non (ri)conformato-nella sfera patrimoniale delle parti. Il meccanismo di cui all'art. 1333, insomma, troverebbe applicazione non solo nell'ipotesi in cui l'atto sia idoneo a costituire (si pensi alla promessa unilaterale interessata e rifiutabile, che genera obbligazione) o ad estinguere (si pensi alla remissione, che estingue l'obbligazione salvo rifiuto del debitore) un rapporto giuridico patrimoniale, ma anche ove la sua efficacia venga in rilievo sub specie del mero regolare ex art. 1321 c.c."

¹⁶⁸ Le interpretazioni dell'art. 1333 c.c. che sono state fornite dalla dottrina sono molteplici. Secondo la teoria più risalente, c.d. teoria contrattuale pura, il meccanismo contrattuale si perfezionerebbe secondo lo scambio proposta-accettazione. Diversa è però l'individuazione delle modalità attraverso cui il mancato rifiuto viene equiparato all'accettazione nel procedimento di formazione del contratto. Secondo GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, III, t.1, Milano, 1988, 70, il contegno omissivo del destinatario della proposta rileverebbe come "dichiarazione tacita" di accettazione; SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, s.d., 13 ravvisa, invece, in tale silenzio "accettazione presunta". Critico SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Milano, 1966, 164-165, il quale osserva che il contegno omissivo dell'oblato assume valore di elemento della fattispecie in virtù di una scelta del legislatore, non essendo "di per sé idoneo ad esprimere un consenso"; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, 265, osserva che "è una finzione il ravvisare un'accettazione nel silenzio del promissario". Si è cercato, perciò, di edulcorare questa linea interpretativa, rilevando che "si è qui in presenza di uno di quei casi in cui la legge attribuisce al silenzio di un privato un valore giuridico non corrispondente al suo significato obiettivo, e in cui di conseguenza... una volizione negoziale sussiste solo se il soggetto che tace conosce gli effetti giuridici della propria inazione e tiene volontariamente e consapevolmente quel contegno" (così SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, 396). All'oblato sarebbe dato modo, in altri termini, di provare di aver ignorato il valore del proprio silenzio e di non aver voluto accettare. Altri, invece, ritiene che il significato legale di accettazione del silenzio ex art.1333 cc. non possa cedere innanzi ad una valutazione diversa, anche se nel caso concreto sussistano circostanze oggettive atte ad escluderlo in tal senso, MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, 1, Milano, 356; GIAMPICCOLO., *Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria di G.B. Funaioli*, Milano, 1961, 110 e 122. Secondo una diversa ricostruzione il contratto con obbligazioni del solo proponente sarebbe un normale contratto bilaterale che si caratterizza perché l'accettazione è costituita da un comportamento con valore legale tipico di accettazione. Cfr. SCOGNAMIGLIO *op.ult.cit.*, 164. Secondo diversa tesi, invece, il contratto si forma per volontà di una sola parte, ma è sottoposto alla condizione risolutiva potestativa del rifiuto cfr. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, 953.; Id., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, VI, 2, Torino, 1998, 17; CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 393 ss.; Id., *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXI, 1, Milano, 1987, 93 ss.; nonché da DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli-Camerino, 1982, 96-97. I rilievi più significativi mossi a tale ricostruzione attengono al piano sistematico, osservandosi, in una visione evidentemente "pancontrattualista", che ammettere la possibilità di concludere un contratto con una sola dichiarazione urterebbe, inevitabilmente, contro il dato normativo degli artt.1321, 1325 n.1 e 1326, comma I, del c.c., che danno centralità all'accordo nella formazione del contratto: vedi SCOGNAMIGLIO, *op.ult.cit.*, 164. Si è, inoltre, rilevato che, non tanto si porrebbe l'esigenza di

all'art. 1333 c.c. si dovrebbe concludere per l'ammissibilità solo di un negozio avente effetti obbligatori. L'ammissibilità di un negozio di accertamento unilaterale potrebbe trovare fondamento nel combinato disposto di cui agli artt. 1321, 1324, e 1411 c.c.¹⁶⁹.

2. Il negozio di accertamento come escamotage per introdurre nel nostro ordinamento un negozio astratto?

Strettamente connesso al problema dell'atipicità è il tema che involge il rapporto tra causalità ed astrattezza. Come si è accennato all'inizio di questo lavoro già la dottrina tedesca aveva costruito accanto ad un negozio di accertamento causale un negozio astratto, che fonda un'autonoma causa di obbligazione e che utilizza lo schema del negozio per creare nuovi diritti e obblighi. Questo tipo di negozio trova, in quell'ordinamento, il suo referente normativo nell'art. 781 B.G.B. che l'assoggetta ad un particolare requisito di forma. Nel momento in cui la figura è stata trasposta nel nostro sistema, la naturale conclusione, sotto il profilo della causa, è stata quella di ritenere inammissibili i negozi astratti vigenti il principio causalistico¹⁷⁰.

La tematica è di particolare importanza perché molte delle sorti dell'accertamento ruotano attorno al rapporto causalità/astrattezza, o meglio tra il principio causalistico, secondo il quale la causa è elemento essenziale del contratto, e degli atti patrimoniali tra

salvaguardare la nozione codicistica di contratto come accordo, quanto di garantire la "contrattualità" della fonte dell'obbligazione, che altrimenti s'imporrebbe autoritativamente, come nella legge e nell'atto unilaterale: BIANCA, *op. cit.*, 266. La tesi più recente segue la teoria del negozio unilaterale recettizio: atto unilaterale con struttura a rilievo bilaterale: vedi BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., spec. 185 ss., ma l'intuizione è già presente in Id., *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 1291 ss. Il destinatario è terzo rispetto all'atto, ma parte rispetto al rapporto. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit. che parla di promessa gratuita a persona determinata, che scardina il dogma della tipicità delle promesse unilaterali.

¹⁶⁹ Ammette un negozio di accertamento a favore del terzo, se il terzo non riceve danno dall'accertamento: GALGANO, *Commentario compatto al codice civile*, 2008, 1318 il quale richiama l'accertamento a favore del terzo stipulato dal soggetto danneggiato con il rappresentante dell'assicurazione a favore dell'assicurato. In giurisprudenza Cass. civ. 15 gennaio 2002 n. 375, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 63: la Corte ha ritenuto di ricondurre al meccanismo di cui all'art. 1411 c.c. il negozio atipico di accertamento: "Gli effetti del negozio di accertamento stipulato dal soggetto danneggiato con il rappresentante dell'assicurazione (con il quale il danno viene sottoposto a valutazione e quantificato in una somma di danaro che diviene l'oggetto di un rapporto obbligatorio autonomo derivante dal negozio che sostituisce quello dell'obbligazione "ex delicto") si estendono anche all'assicurato; l'atto si configura come contratto a favore di terzo, considerato che ricorre l'indicata figura contrattuale quando le parti attribuiscono una potestà o comunque un vantaggio giuridicamente apprezzabile al terzo, che lo acquista, pur senza aver partecipato direttamente o indirettamente alla stipulazione, in forza del contratto intercorso tra altri e non in virtù della sua accettazione, la quale ha l'unico effetto, anche se resa in forma tacita, di rendere definitiva l'obbligazione, ove intervenga prima dell'eventuale revoca dello stipulante".

¹⁷⁰ NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 391: osserva che "poiché il nostro codice non conosce il tipo di riconoscimento astratto, il quale sarebbe sicuramente, anche sotto l'aspetto funzionale, un atto a contenuto dispositivo, il tipo di riconoscimento causale che è per noi ammissibile, è dato da uno schema negoziale rivolto non alla creazione di rapporti giuridici nuovi, ma all'accertamento di rapporti originari. Il riconoscimento astratto trascende invece questa funzione di accertamento e si pone come la fonte di nuovi rapporti obbligatori. In altri termini l'obbligazione che forma l'oggetto del riconoscimento astratto, ne costituisce pure il contenuto, in quanto essa, nella sua configurazione di obbligazione astratta, non deriva dal negozio originario ma trova la sua fonte esclusiva nel nuovo negozio configurato come riconoscimento".

vivi cui si estende la disciplina del contratto secondo il disposto dell'art. 1324 c.c., e il principio di astrazione, per il quale il contratto produce effetti prescindendo dalla causa.

In linea generale possiamo dire che il nostro sistema accoglie il principio della causa e respinge il contrapposto principio dell'astrazione, dunque rifiuta il contratto astratto. Questa affermazione non può, tuttavia, essere accolta in maniera così netta e merita delle precisazioni.

È stato, infatti, osservato che l'ordinamento italiano non accoglie in modo totale ed incondizionato il principio della causa, ma fa delle scelte intermedie tendenti a bilanciare diversi interessi, ora maggiormente proiettate verso la causa, ora più sensibili verso l'astrazione¹⁷¹. Secondo l'interpretazione dominante non sarebbe, inoltre, ammissibile un'astrazione piena o assoluta intesa come completa irrilevanza della causa sul terreno sostanziale della validità del negozio, con la conseguenza che un negozio del tutto privo di causa sarebbe nullo¹⁷².

Tendenzialmente si riconoscono forme di astrattezza di minore intensità, quali l'astrattezza sostanziale relativa, caratterizzata da un'eccezionale separazione dei negozi dalla loro causa, in cui la mancanza o il vizio della causa non è del tutto irrilevante, ma dà luogo ad un'azione diretta a rimuovere le conseguenze del negozio¹⁷³.

Il negozio atipico di accertamento si inserisce in questa tematica. Occorrerà dunque distinguere e considerare separatamente le varie ipotesi: in primo luogo l'astrazione vera e propria dalla quale dipende la validità di un atto di accertamento e quindi l'esistenza della situazione accertata anche in assenza di causa, come questa viene intesa in campo negoziale; in secondo luogo la mancanza di menzione del rapporto preesistente o del relativo fatto costitutivo; in terzo luogo la validità dell'atto indipendentemente dalla sua conformità o meno al modo di essere della situazione preesistente.

Quanto al primo punto di indagine si deve rilevare che avrà un senso discorrere di astrattezza negoziale solo qualora si ritenga di poter ricondurre la fattispecie atipica dell'accertamento al disposto dell'art. 1321 c.c. ed individuare gli effetti del negozio nell'ampia nozione di "regolare". In tal senso l'accertamento consta di una dichiarazione di volontà di tipo accertativo che pone, non diversamente da qualunque tipo di dichiarazione, un problema di causa in senso proprio. Si esclude che l'accertamento negoziale, così inteso, possa rientrare in un'ipotesi eccezionale di negozio astratto in quanto può essere qualificato come una figura negoziale nella quale l'operazione indica

¹⁷¹ ROPPO, *Il contratto*, cit. osserva che alcuni sistemi, tra cui quello italiano, "sono più sensibili alla tutela del promittente o disponente contro gli impegni assunti senza ragione, quindi più marcatamente causalisti: ma ciò non toglie che anche questi sistemi avvertano in qualche misura l'esigenza di tutela dei terzi, e in nome di questa facciano aperture al principio dell'astrazione. In altri termini l'equilibrio si assesta su posizioni più favorevoli al principio dell'astrazione"

¹⁷² SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 256 BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2002; TROISI voce *Negozio giuridico (negozio astratto)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990;

¹⁷³ GIORGIANNI, voce *Causa*, (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 571; Contra FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 106.

già una ragione sufficiente di giustificazione di quell'atto. Il negozio di accertamento configura uno schema legalmente completo e perciò autosufficiente in relazione alle proprie funzioni¹⁷⁴.

Passando ora alla seconda accezione di astrazione, sopra menzionata, si pone il problema se l'accertamento debba menzionare o meno il rapporto preesistente o il relativo fatto costitutivo. Secondo una prima ricostruzione, seguita anche dalla giurisprudenza, il negozio di accertamento, per non assumere un carattere di astrattezza incompatibile con i principi cui si informa l'ordinamento, deve necessariamente contenere l'*expressio causae* cioè enunciare il rapporto cui inerisce l'obbligazione accertata¹⁷⁵.

Si può però obiettare che la circostanza che il negozio di accertamento non contenga una *expressio causae* sia irrilevante ai fini della qualificazione in termini di causalità e astrattezza in quanto la natura causale del negozio non viene meno per il fatto che la causa non sia espressamente indicata, ben potendo esso avere in concreto una propria funzione giustificativa¹⁷⁶.

Il problema della menzione del rapporto sottostante potrà, allora, essere risolto diversamente a seconda che si tratti di contratti ad effetti reali o contratti ad effetti obbligatori¹⁷⁷. Il meccanismo causale non si applica, infatti, con il medesimo rigore e talvolta cede ad esigenze della vita di relazione: la maggiore rigidità applicativa si verifica nei contratti ad effetti reali, i quali producono immediatamente, per effetto del solo consenso legittimamente manifestato, effetti traslativi e richiedono la massima cura nell'individuazione della ragione giustificatrice dello spostamento patrimoniale; nei contratti ad effetti obbligatori, invece, non sussiste alcun obbligo di esplicitare la causa, la cui esistenza è normalmente presunta¹⁷⁸.

Si è, infine, argomentato che il profilo di astrattezza nell'accertamento sarebbe da ravvisarsi nella circostanza che quest'ultimo sarebbe valido anche in caso di difformità dalla realtà accertata. L'accertamento, secondo tale ricostruzione, costituisce una riserva a

¹⁷⁴ BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit. 443, osserva che potrebbe accadere che l'interesse in concreto perseguito dalle parti potrebbe non coincidere con quello che risulta dall'atto stesso, ma in tal caso sarà il punto di vista dell'operazione a fungere da criterio di qualificazione e di valutazione causale. In mancanza di altre indicazioni, tuttavia, l'interesse risultante dalla struttura tipica dell'atto costituisce una sufficiente ragione pratica dell'operazione.

¹⁷⁵ DI PAOLO, voce *Negoziato di Accertamento*, cit. evidenzia che in tale aspetto si concreterebbe la differenza tra la ricognizione di debito e il negozio di accertamento il quale ultimo avrebbe la funzione di eliminare l'incertezza su di una situazione giuridica preesistente e "deve necessariamente contenere l'enunciazione quale *expressio causae*, della situazione obiettivamente incerta a cui è funzionalmente collegato e che esso si limita ad accertare attraverso un regolamento che ne definisce e ne precisa l'essenza, il contenuto e gli effetti, laddove invece la dichiarazione ricognitiva non deve contenere alcun riferimento al rapporto fondamentale"

¹⁷⁶ TROISI, voce *Negoziato giuridico (negoziato astratto)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990: "il problema che si pone in tali casi non è quello di una diversa qualificazione (in termini appunto di astrattezza), ma quello di verificare l'esistenza, effettiva, di un'adeguata giustificazione-causale del programma negoziale, comunque-anche, cioè oltrepasando i confini strutturali dell'atto-risultante.

¹⁷⁷ Per l'esame di tale problematica relativamente ai negoziati di accertamento aventi ad oggetto diritti reali si rinvia al paragrafo 4 di questa sezione.

¹⁷⁸ BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2002; ROPPO, *Il contratto, Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011.

favore della volontà dei contraenti: nel senso che, se sussiste una situazione di incertezza ed il contratto viene stipulato, il diritto diventa certo ed il giudice non potrà andare ad indagare se all'incertezza corrispondeva o meno la falsità di quanto accertato¹⁷⁹.

Tuttavia una volta ricostruita la causa in termini di rilevanza della funzione unitaria che concretamente caratterizza l'operazione negoziale si può ritenere che il negozio di accertamento non cessi di essere causale e come tale suscettibile della generale disciplina¹⁸⁰.

3. La funzione del negozio di accertamento

Riteniamo che, per individuare il valore della figura oggetto del nostro studio, sia necessario distinguere a seconda della situazione su cui interviene l'accertamento, o meglio se l'accertamento sia rivolto verso un fatto storico o verso una disciplina negoziale.

Nel primo caso l'accertamento è diretto a "regolare", ma potremo anche dire alla verifica di un fatto preesistente. Ne consegue che il negozio non ha efficacia costitutiva, non è cioè idoneo a creare un titolo cui non corrisponda la realtà del fatto accertato. Se il fatto accertato nel titolo deve essere conforme alla realtà allora si deve ritenere che le parti possano provare una divergenza tra accertamento e realtà¹⁸¹. Il meccanismo sotteso è

¹⁷⁹ SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, I, Torino, 2004 ritiene che il contratto di accertamento non viene annullato in giurisprudenza per errore di fatto o di diritto, e dunque, a maggior ragione, si rifiuterà l'annullamento per oggettiva falsità di quanto accertato. L'ulteriore deduzione è nel senso che tale contratto, oltre ad eliminare incertezze, potrebbe anche sostituire una posizione giuridica con un'altra a prescindere dalla causa oggettiva. Secondo l'autore l'accertamento ha la stessa logica della confessione e argomentando dalla non impugnabilità per falsità del fatto confessato ravvisa in questo istituto uno strumento di astrazione che i privati possono manipolare a piacere. Contra FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *Trattato dei contratti, Contratti di composizione delle liti*, I, 2005, 35 "l'irrelevanza della fedeltà o meno dell'accertamento, lungi dal poter essere qualificata in termini di astrattezza, rappresenta al contrario, esattamente il riflesso della causa di accertamento, posto che solo in tal modo questo può svolgere la propria funzione -i.e. realizzare la propria causa- di fissare quella certa ricostruzione della realtà preesistente accertata: in caso contrario, non di causalità sarebbe il caso di parlare, bensì di radicale inutilità dell'accertamento, il quale non sortirebbe effetto di sorta, risolvendosi in una mera opinione, priva di rilevanza giuridica.

¹⁸⁰ TROISI, voce *Negozio giuridico (negozio astratto)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990;

¹⁸¹ La giurisprudenza ritiene invece che, qualora il contratto abbia accertato il contenuto di una situazione giuridica effettivamente esistente, le parti non possono provare che essa è diversa da come è stato convenuto tra loro. cfr. Cass. civ., 21 febbraio 2008 n. 4437, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 2, 267; Cass. civ., 05 giugno 1997 n. 4994, in *Foro it.* 1997, I, 2456: "Con il negozio di accertamento (nella specie, avente ad oggetto la determinazione del confine tra due fondi), le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato fatto o rapporto giuridico, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione"; Cass. civ., 29 novembre 1996 n. 10626, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1625: "Il regolamento amichevole della linea di confine tra due fondi realizza un negozio di accertamento che vieta alle parti di chiedere in via giudiziale il regolamento stesso. L'anzidetto negozio postula un contrasto, sia pure virtuale, fra i confinanti in ordine alla linea di demarcazione tra i rispettivi fondi e non è pertanto configurabile nel momento stesso della vendita di uno dei due fondi limitrofi appartenente ad uno stesso proprietario ad altro soggetto, trattandosi in tale ipotesi solo di interpretare la volontà delle parti in ordine all'estensione del bene compravenduto lungo il confine con quello rimasto di proprietà del venditore". In senso contrario, un'indicazione favorevole alla tesi da noi seguita si può ritrovare in Cass. civ., 25 marzo 1987, n. 2886, in *Giust. civ. Mass.* 1987, 3: "In tema di regolamento di confini, il fatto che il convenuto abbia prestatato il proprio assenso alla misurazione dei terreni da parte di un consulente tecnico, non preclude al convenuto medesimo la possibilità di eccepire l'avvenuta usucapione relativamente a quella superficie di terreno che, ad indagine compiuta, non sia risultata compresa nell'area spettantegli in base al titolo di acquisto. Infatti, il negozio di accertamento di un diritto reale non ha alcun effetto traslativo, sicché, per la regolamentazione della relativa situazione giuridica controversa, deve farsi capo in ogni caso alla fonte precettiva originaria che ne costituisce il fondamento e che non è sostituibile da detto negozio".

dunque quello della presunzione, presunzione che dovrà essere correlata all'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 2698 c.c. come avremo modo di precisare¹⁸².

Si può ipotizzare, altresì, che l'accertamento verta non solo su un fatto storico preesistente, ma anche su una disciplina dettata da un precedente negozio. Le parti potrebbero accertare tra di loro quale sia il significato del loro accordo: si tratta, dunque, di stabilire se le regole poste dall'autonomia privata nell'attività di interpretazione, tradizionalmente riservata al giudice ed al legislatore, incontrino dei limiti. Il problema più generale che si pone è se le parti abbiano il potere di stabilire per contratto quello che è un dato storicamente determinato, se cioè rientri nella nozione di autonomia anche l'accertamento del rapporto giuridico¹⁸³.

È tuttavia preliminare la trattazione sulla ragione giustificativa dell'atto di accertamento che riteniamo vada trovata nella norma che governa l'autonomia privata. Se, infatti, riconduciamo l'accertamento alla struttura negoziale, il problema della sua funzione dovrà essere ricondotto in quella problematica.

Riprendendo l'impostazione già enunciata all'inizio di questo lavoro secondo cui l'ordinamento giuridico è un sistema convenzionale elaborato per regolare la realtà, la cui funzione è dunque quella di mettere ordine, occorre leggere anche la causa in tale prospettiva. Il problema della causa involge la relazione tra norma e realtà, o meglio si tratta di individuare la ragione del perché l'operazione dell'accertamento, attività propria del mondo reale, acquisti rilevanza giuridica.

Si dovrà cercare, dunque, la spiegazione che consente il passaggio dal fatto della realtà nel mondo nel mondo giuridico: la causa giustifica l'esplicitarsi della relazione causale tra l'atto di autonomia e gli effetti. Pur essendo una categoria normativa, elaborata da un sistema convenzionale, non può ignorare le regole della realtà¹⁸⁴.

¹⁸² MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Rass. Dir. civ.* 1986, 623: ritiene che il negozio di accertamento, al quale deve riconoscersi efficacia dispositiva, sia "valido anche se il regolamento da esso dettato non coincide con la situazione giuridica preesistente, a condizione che le parti non abbiano volontariamente e consapevolmente dettato un regolamento divergente dalla situazione preesistente. Se cioè le parti regolano la situazione giuridica incerta in modo diverso da quello risultante dalla svolta attività conoscitiva e quindi in termini divergenti dalla certezza raggiunta alla funzione di accertare si sovrappone altra funzione negoziale....qualora le parti consapevolmente e volutamente regolino la situazione incerta, in modo da innovarla e provocare attribuzioni patrimoniali, non vi è negozio di accertamento". Ammettono l'esperibilità dell'azione al fine di far valere la simulazione nel caso in cui le parti, attraverso lo schema del negozio di accertamento, vogliano in realtà modificare la situazione giuridica preesistente STOLFI, *Natura giuridica*, cit. 176; GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit. 114; NICOLÒ, *Il Riconoscimento*, in *Raccolta di scritti*, cit. 425. Cfr. anche Cassazione civile 24 agosto 2012 n. 14618. "Nel 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".

¹⁸³ Diverso è, invece, se le parti si limitino a conferire un determinato *nomen iuris* al negozio perché in tal caso il giudice non sarebbe vincolato alla qualificazione offerta Cfr. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit. Riconosce che il soggetto che ha emesso una dichiarazione di volontà abbia in prosieguo di tempo il potere di interpretarla sia nel suo complesso sia nei singoli punti. CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in Cassazione*, in *Riv. proc. civ.* 1926, I, 202, ritiene che si ha un'interpretazione autentica del negozio, accanto alla interpretazione autentica della legge.

¹⁸⁴ UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011, 106. Evidenzia che con riguardo alla teoria del negozio giuridico la dottrina ha offerto una pluralità di prospettive ermeneutiche. Specificamente si è osservato che "il negozio giuridico ha

Per individuare la causa dell'accertamento è necessaria una valutazione dell'interprete volta a ricostruire il significato dell'assetto di interessi perseguito dalle parti e del contenuto dell'atto posto in essere, criterio che consentirà di illuminare la funzione.

Ammessa la configurazione di un negozio causale discussi sono i contenuti della causa stessa: mentre nelle pronunce giurisprudenziali è costante l'affermazione che la fattispecie del negozio di accertamento sia caratterizzata, per ciò che concerne la causa, dall'intento comune delle parti di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica preesistente attraverso un regolamento che ne definisca e ne precisi l'essenza, il contenuto e gli effetti¹⁸⁵, in dottrina non si trova un'uniformità di vedute che rispecchia, peraltro, le differenze di impostazione seguite dai vari filoni interpretativi che più sopra abbiamo individuato.

Da un lato ritroviamo quegli autori che dilatano la nozione di autonomia privata fondata sulla volontà del privato: a tale volontà si riconosce non solo la capacità di creare obbligazioni o di trasferire diritti, ma anche di fissare fatti o rapporti preesistenti. L'impostazione che individua nell'accertamento efficacia dichiarativa desume che la ragione giustificativa del negozio risieda nell'incertezza della situazione preesistente. La causa del negozio, intesa come la ragione per la quale la norma gli assegna effetti nel mondo del diritto risiede nella situazione preesistente in quanto incerta.

Corollario di tale impostazione è che, se la situazione giuridica non è incerta, il negozio non avrà alcuna efficacia perché difetta la causa, allo stesso modo che quando la situazione preesistente manchi o sia illecita. L'ordinamento giuridico riconoscerebbe, dunque, meritevole di tutela un negozio che trovi la propria giustificazione nella situazione di incertezza e che eliminandola apporti eventualmente una modificazione nella situazione giuridica stessa¹⁸⁶.

da sempre manifestato alla dottrina la sua carica normativa, così che non può non assumersi come un dato la sua differenza rispetto al mero fatto giuridico. La straordinaria opera di indagine svolta dagli studiosi di ogni tempo, qualora si ricerchi il nucleo che accomuna tutte le opinioni proposte, prescindendo da quelle del tutto scettiche generate <<dalla crisi del negozio>>, sta ad attestare questa consapevolezza e la forza persuasiva di tale affermazione".

¹⁸⁵ Cass. civ. 4 luglio 1962, n. 1701; Cass. civ., 5 novembre 1968, n. 3658; Cass. civ., 2 marzo 1973, n. 5831, esclude che il negozio di accertamento sia astratto per il fatto che esso si ricollega a una situazione preesistente incerta con funzione di eliminare tale incertezza.

¹⁸⁶ GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 56: parte dal presupposto che "l'elemento causale cioè la ragione per la quale la legge assegna effetti giuridici ad un negozio avente contenuto patrimoniale, consiste in un rapporto giuridico, economico o sociale, preesistente cronologicamente, o anche soltanto tra disponente e arricchito, posto che un concetto corretto di causa non può essere limitato ai negozi patrimoniali o, per dir meglio ai negozi che importino uno spostamento patrimoniale". Ed ancora ID. *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 571, la peculiarità della funzione accertativa consente all'autore di escludere la riconduzione della figura in esame all'interno delle prestazioni isolate. "Di astrattezza vera e propria dovrebbe invece parlarsi qualora le parti, attraverso una nuova manifestazione di volontà, avessero il potere di sostituire in maniera completa il rapporto preesistente. Codesta sostituzione potrebbe essere conseguenza di un nuovo negozio che avesse in sé stesso la sua causa (ad esempio, transazione ovvero negozio di accertamento), nel qual caso la astrazione ha un ruolo assai modesto, considerando da un canto la prevalenza della funzione del nuovo negozio, dall'altro la reazione esercitata talora sul nuovo negozio della mancanza o dei vizi del rapporto preesistente. Quando invece quella sostituzione non è contenuta in un negozio causale può dubitarsi se la pura volontà delle parti possa rompere del tutto i legami con la causa del rapporto preesistente: in base alla disciplina della novazione il dubbio dovrebbe risolversi negativamente". Accanto a questa teoria si pone chi

La giurisprudenza proprio al fine di individuare il tratto caratterizzante dell'accertamento pone in evidenza il collegamento voluto dalle parti con la relazione preesistente oggetto di accertamento. Ricorrente è, infatti, la massima in cui si evidenzia che tra la situazione presupposta, che potrà consistere in una situazione giuridica o in un rapporto giuridico preesistente, e l'atto accertato ad opera delle parti o della parte, in caso di negozio di accertamento unilaterale, debba necessariamente sussistere un collegamento che è definito "funzionale".

Il riferimento al collegamento funzionale consentirebbe di individuare il tipo di influenza che la situazione preesistente è in grado di esplicare sull'atto di accertamento ad esso collegato e potrebbe forse servire a porre in evidenza la peculiarità della causa nell'accertamento convenzionale in quanto deriva dal peculiare atteggiarsi dell'autonomia privata¹⁸⁷. L'elemento che consente di colorare una causa di per sé debole, come quella rappresentata dal mero interesse soggettivo di chi accerta, e le consenta di rafforzare il contratto, può dunque essere costituito dalla circostanza che il negozio incida su un preesistente fatto o rapporto fra le parti.

Seguendo questo ragionamento l'accertamento potrebbe essere qualificato come negozio gratuito atipico obiettivamente interessato in quanto tendente a conservare rafforzandola una situazione giuridica soggettiva dopo averne eliminato l'incertezza, o detto in altri termini la funzione sarebbe quella di ridistribuire l'onere probatorio tra le parti¹⁸⁸. La causa dell'accertamento non si identifica, infatti, con alcuno spostamento

partendo dal presupposto che il nostro ordinamento non ammette un accertamento astratto configura un accertamento causale rivolto, non alla creazione di rapporti giuridici nuovi, al riconoscimento di rapporti originari. Dal punto di vista della causa non si postula uno spostamento nella situazione giuridica preesistente perché il riconoscimento presuppone un rapporto originario che verrà solo accertato e non sostituito o modificato vedi: NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, cit. 391, "quel che interessa è il regime di coesistenza fra la nuova obbligazione, contenuto del riconoscimento, e l'obbligazione preesistente, contenuto del negozio originario. Le due obbligazioni o meglio i due rapporti come non si identificano, così non si può dire che siano necessariamente incompatibili; essi invece coesistono ed anzi il rapporto originario può reagire, sia pure attraverso il rimedio della *condictio* sul rapporto nuovo. Viceversa i fautori di un rigido principio causalistico, confinano necessariamente sul terreno probatorio la rilevanza di dichiarazioni prive di *expressio causae* vedi FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit. 50ss, 173-174. L'autore ritiene che il concetto di accertamento negoziale causale sia una mera illusione, perché l'incertezza è combattuta preventivamente, dall'ordinamento, in via stragiudiziale, con un sistema di mezzi idonei a fondare la certezza, mediante un insieme di mezzi di prove in ordine allo stato di fatto, ed è contrastata, successivamente, con un meccanismo idoneo ad eliminare l'incertezza che coincide col meccanismo del processo pubblico. L'accertamento preventivo che avviene fuori del processo ha un carattere positivo (fondazione della certezza); l'accertamento processuale successivo a una manifestazione obbiettiva di incertezza giudica ha, soprattutto, carattere negativo (eliminazione dell'incertezza). In tal maniera si dimostra che l'accertamento preventivo stragiudiziale, è carente di causa materiale, non ha funzione sostanziale autonoma e, come tale, non può concepirsi negozialmente con natura ed efficacia obbligatoria. MONTESANO, *In tema di accertamento negoziale e di astrazione della causa*, in *GCCC*, 1951, 782, 786, nonché ID., *Confessione e astrazione processuale*, in *RDPr.*, 1951, 65ss.

¹⁸⁷ PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile, metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951, 119: sostiene che "la causa del negozio è la sua funzione giuridica fissata dalla sintesi di suoi effetti giuridici essenziali"

¹⁸⁸ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, definisce contratti gratuiti atipici "accordi diversi dai contratti gratuiti aventi una disciplina determinata, nei quali il beneficiario acquista un diritto senza sopportare alcun sacrificio, ovvero quelli nei quali il disponente ritrae un vantaggio dal proprio sacrificio, ma tale vantaggio non è legato al sacrificio del destinatario in modo da stabilire con esso un rapporto di scambio. Un problema di qualificazione in ordine a questi contratti si pone se si ammette che i privati nell'esercizio della loro autonomia, possano forgiare schemi

patrimoniale, ma la funzione è più propriamente quella di comportare un'inversione dell'onere della prova¹⁸⁹.

Il problema si sposta, dunque, sulla valutazione della meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, intesa come qualificazione che non deve porsi in contrasto con l'utile sociale. La meritevolezza dell'interesse può essere allora individuata nel perseguire la certezza di un fatto o di un rapporto preesistente tra le parti. Con il negozio di accertamento le parti eliminano l'incertezza che avvolge un fatto o un rapporto preesistente e lo ridefiniscono su basi di certezza¹⁹⁰.

4. Atipicità del negozio di accertamento di diritti reali

In dottrina è discusso se, fra i poteri conferiti dall'autonomia privata, vi sia anche quello di compiere atti non aventi funzione dispositiva, ma di accertamento con specifico riferimento agli atti negoziali aventi ad oggetto la proprietà o altri diritti reali minori¹⁹¹.

In particolare il tema ha riguardato, non tanto i contratti di accertamento, dei quali si ammette generalmente che possano avere ad oggetto la proprietà ed i diritti reali, quanto piuttosto gli atti unilaterali¹⁹². La dottrina tendenzialmente riconosce l'ammissibilità di negozi unilaterali di accertamento aventi ad oggetto rapporti obbligatori, mentre è controverso se si possa accertare anche l'esistenza o il contenuto di un diritto reale. In proposito si deve dire che, mentre in materia di obbligazioni vi è una norma generale, l'art. 1988 c.c., che ammette il riconoscimento di debito, invece in materia di diritti reali, non vi sarebbe una parallela figura generale di riconoscimento di diritto reale¹⁹³.

negoziali che, da un lato, non si identificano con la donazione e, dall'altro, siano irriducibili al pur vasto modulo del contratto di scambio".

¹⁸⁹ ROPPO, *Il contratto*, cit. 525, ritiene che la causa dell'accertamento sia "la semplificazione probatoria di una posizione soggettiva preesistente, e non una causa che implichi spostamenti patrimoniali".

¹⁹⁰ Questo consentirebbe di ricondurre l'accertamento tra i contratti gratuiti vedi ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 355. Nello stesso senso FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento, VIII*, diretto da Sacco, 2013, 32, "l'accertamento negoziale è l'autodeterminazione dei privati al riesame di un precedente rapporto in funzione della genesi di una norma giuridica di (ri)configurazione di esso, e di conseguente, automatica conformazione dei contenuti del rapporto primario, pur senza determinarne la sostituzione. In quest'ordine di idee, specificamente ci troviamo di fronte ad una funzione gratuita- nel senso che non integra uno scambio in senso economico individuale e come tale meritevole di tutela, a perseguire la certezza dei rapporti intesa in senso disposizionale".

¹⁹¹ GAZZONI, *Manuale di diritto civile*, cit. 61 il quale ritiene che "nel caso di diritti di credito sussiste un vero e proprio rapporto giuridico, consistente nella relazione intersoggettiva che si instaura tra creditore e debitore. Tale rapporto non è invece ravvisabile nel caso di diritti assoluti dove non sussiste un rapporto tra soggetti data dall'indeterminatezza del soggetto passivo, ma solo una relazione tra il titolare del diritto e il bene".

¹⁹² BIANCA, *Diritto civile, VI, la proprietà*, Milano, 1999, 326; SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto, diretto da Roppo, III, Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006; DIENER, *Il contratto in generale, manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2011; ROPPO, *Il contratto*, cit. 525 "la dichiarazione unilaterale con cui A riconosca che B è comproprietario con lui di un bene non ha la forza di esonerare B, che voglia far valere la comproprietà, dal provare il titolo. Se invece l'atto con il medesimo contenuto fosse concordato con B (un contratto di accertamento tra loro) avrebbe fale forza".

¹⁹³ GRAZIANI, *Il riconoscimento di diritti reali*, Padova, 1979, 283: secondo l'autore l'istituto sarebbe direttamente disciplinato dall'art. 1988 in virtù di un'interpretazione estensiva del termine "debito" che vi compare, e "nell'ambito della previsione dell'art. 1988 entra a pieno titolo il riconoscimento dell'altrui diritto reale come figura generale dotata di efficacia probatoria"; GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, 329, fa invece leva

La giurisprudenza appare orientata in senso negativo argomentando che non sarebbe possibile estendere in via analogica alle dichiarazioni ricognitive di diritti reali la regola dettata per le obbligazioni¹⁹⁴. Il timore che c'è alla base di questa impostazione restrittiva deriva dal fatto che le dichiarazioni ricognitive di diritti reali vincolerebbero solo chi compie l'atto unilaterale e sarebbe difficile conciliare tale efficacia relativa con la caratteristica strutturale dei diritti reali cioè l'assolutezza¹⁹⁵. Il destinatario della dichiarazione di accertamento potrebbe far valere il suo diritto solo nei confronti dell'autore dell'accertamento e non *erga omnes* secondo la regola generale in materia di proprietà e di diritti reali. Tuttavia tale obiezione può essere superata se si ammette che gli atti ricognitivi della proprietà e degli altri diritti reali di godimento abbiano efficacia probatoria. Tali atti avrebbero comunque un valore relativo costituendo una prova solo a carico di colui che compie il riconoscimento¹⁹⁶.

In verità, così come abbiamo avuto modo di precisare, il nostro ordinamento sembra riconoscere alcuni atti tipici di accertamento di diritti reali: ci si riferisce in particolare all'art. 969 c.c. che riguarda il riconoscimento del diritto dell'enfiteusi da parte dell'enfiteuta. Se, dunque, non sembra sussistano ostacoli di ordine logico e giuridico¹⁹⁷ ad

sull'argomentazione analogica e reputa inammissibile il riconoscimento relativo a diritti la cui fonte non possa consistere che in un atto negoziale a forma vincolata (quali le servitù volontarie non apparenti, che possono stabilirsi mediante contratto o testamento). In tal senso un argomento indiretto è tratto dalla norma sulla confessione (2739 c.c.) che esclude la possibilità di provare mediante confessione la stipulazione di negozi a forma solenne. *Contra* DI MAJO, *Promessa unilaterale*, cit., il quale ritiene che qualora lo scopo della dichiarazione non sia quello di innovare nell'ordine distributivo esistente, ma di rafforzare o potenziare la posizione di colui che figura quale destinatario della dichiarazione non si possa applicare lo schema dell'art. 1988 c.c. poiché nello schema della norma "è presente un fenomeno di scomposizione analitica della fattispecie che sembra difficilmente esportabile oltre il terreno suo proprio. Quanto si predica in sostanza con riguardo alla causa della promessa non può essere meccanicamente trasportato alle attestazioni in materia di diritti reali.

¹⁹⁴ Cass. civ., 19 marzo 1999 n. 2526 in *Giur. it.*, 1999, n. 2251, "L'atto ricognitivo unilaterale di servitù non vale a determinare quella presunzione di esistenza del diritto ricollegata alla ricognizione di debito, essendo questa norma inapplicabile ai diritti reali"; Cass. civ., 24 agosto 1990, n. 8660 "L'atto ricognitivo unilaterale di servitù previsto con efficacia costitutiva dall'art. 634 c.c. abrogato non è contemplato dal codice vigente, nè vale a determinare quella presunzione di esistenza del diritto ricollegata alla ricognizione di debito dall'art. 1988 c.c., essendo questa norma inapplicabile ai diritti reali; né lo stesso può configurare, infine, un atto di ricognizione con gli effetti di cui all'art. 2720 c.c. in ipotesi di preteso acquisto della servitù per usucapione o in alternativa per destinazione del padre di famiglia, giacché in tali casi fa difetto il titolo costituito dal documento precedente di cui si prova l'esistenza ed il contenuto mediante il riconoscimento".

¹⁹⁵ GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, cit. 104, individua nel timore che la dichiarazione ricognitiva di diritti reali possa costituire un facile mezzo per eludere le prescrizioni in tema di forma *ad substantiam* e nel timore che possa fungere da strumento di evasione del principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali le principali ragioni dell'atteggiamento di aperto sfavore della dottrina e della giurisprudenza.

¹⁹⁶ SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto, diretto da Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006: osserva che l'obiezione secondo cui l'accertamento unilaterale del diritto reale non sarebbe ammissibile perché l'accertamento vincola solo chi compie l'atto ricognitivo unilaterale, mentre il diritti reali sarebbe caratterizzati da assolutezza "prova troppo, perché essa può valere anche, nei suoi stessi termini, riguardo al contratto di accertamento (di diritti reali), della cui ammissibilità, tuttavia, la giurisprudenza non dubita: pure in questo caso, infatti, l'effetto dell'accertamento è relativo, perché si produce esclusivamente tra le parti contraenti".

¹⁹⁷ BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, cit.: l'ammissibilità di massima del riconoscimento di diritti reali trova conferma nella norma che consente al concedente di pretendere periodicamente dall'enfiteuta la ricognizione del proprio diritto (art. 969 c.c.).

ammettere che le dichiarazioni ricognitive possano avere ad oggetto diritti reali bisogna individuare la linea di confine con le ipotesi atipiche di accertamento unilaterale.

Occorre a tal proposito precisare che le dichiarazioni accertative intervengono su situazioni determinate da preesistenti situazioni negoziali o fattuali tra loro differenti e sulle quali la dichiarazione qualificata svolge funzioni diverse, così che il tema del negozio di accertamento dei diritti reali si colora di problematiche e di prospettive di volta in volta diverse. Può essere, allora, utile esemplificare e chiedersi quale efficacia debba attribuirsi a dichiarazioni con cui chi appare formalmente intestatario di un bene, la cui titolarità risulti da determinati registri (ad esempio dai pubblici registri immobiliari o automobilistici, dai libri sociali) attesti che in realtà esso appartiene alla controparte della dichiarazione, o ad un suo destinatario se essa è unilaterale, in via esclusiva ovvero in comunione pro indiviso con esso dichiarante o con terzi.

Dichiarazioni di tal genere sono ben conosciute nella prassi¹⁹⁸ e l'orientamento della giurisprudenza si mostra incerto. I giudici tendono a ricondurre le dichiarazioni *contra se* aventi ad oggetto l'asseverazione di un determinato diritto reale al negozio di accertamento, ricollegando alle stesse gli effetti di tale tipo negoziale o in alternativa ritengono si tratti di dichiarazioni prive di efficacia vincolante¹⁹⁹.

Le ipotesi che si riscontrano nei repertori di giurisprudenza sono varie: e così può verificarsi che la parte voglia, con detta dichiarazione, far emergere l'interesse ad adeguare la situazione formale alla non collimante situazione economica sottostante e vera, come quando il dichiarante intende far emergere l'incidenza economica che altre persone hanno avuto nell'acquisto, pagando, per esempio, al venditore parte del corrispettivo; oppure l'interesse a smascherare congegni simulatori assoluti o relativi precedentemente strutturati²⁰⁰.

¹⁹⁸ DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.* XXXVII, 50, Riferisce che "Possono farsi esempi del tipo "l'immobile a me intestato appartiene a te avendolo io acquistato in mio nome in esecuzione di un mandato da te ricevuto". In altra fattispecie un soggetto ha rilasciato ad un altro una dichiarazione del seguente tenore "Io sottoscritto...dichiaro di avere comperato la terra assieme a Tizio il quale è da considerarsi...quale socio di detta terra". Sono frequenti altresì ipotesi in cui due coniugi all'atto della separazione "si riconoscono" reciprocamente singole proprietà e ciò nel contesto di pattuizioni con cui si disciplinano rapporti patrimoniali".

¹⁹⁹ Critico GRANELLI, op. cit. il quale ha osservato che si tratti di un'interpretazione riduttiva dal momento che dall'esame delle pronunce giurisprudenziali non è dato riscontrare che le corti abbiano affatto raggiunto un comune consenso in ordine al problema degli effetti che possono conseguire all'accertamento negoziale. Da un lato si pongono quelle pronunce che ritengono che manifestazioni come quelle di cui si discute costituiscano vere e proprie manifestazioni d'accertamento negoziale, atte a porre definitivamente fuori contestazione, nel senso da esse indicato, il diritto dominicale del destinatario. Cass. civ., 6 dicembre 1979, n. 6332; Cass. civ. 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Fl*, 1985, I, 238. Dall'altro un lato non poche decisioni negano che *contra se pronunciations* possano costituire negozi di accertamento del diritto reale argomentando nel senso che l'accertamento sarebbe inidoneo a produrre ex se effetti traslativi di *iura in re* v. Cass. civ., 14 novembre 1979, n. 5924; o invocano l'inammissibilità nell'ordinamento di un trasferimento astratto Cass. civ., 4 luglio 1962, n. 1701; o ancora la necessità che siano rispettate le regole in materia di forma degli atti dispositivi di diritti reali; l'esigenza che il negozio di accertamento si ricollegli funzionalmente ad una preesistente situazione che si presenti caratterizzata dall'incertezza sia della potenziale attitudine a conseguire gli effetti fissati nel negozio di accertamento.

²⁰⁰ Su rapporti tra accertamento e simulazione: Tribunale Cagliari 19 febbraio 1985, in *Rivista giuridica Sarda* 1987, 82 con nota di LA ROCCA e LOCHE, *Su un caso di simulazione, soggettiva, accertamento convenzionale e ricognizione di diritto reale*.

Ad esempio dichiarazioni con le quali il mandatario riconosca che il bene da esso acquistato appartiene in realtà al mandante²⁰¹ o gli accordi assunti dai coniugi nella separazione²⁰² o quello del conferimento in società di beni che figurano originariamente di proprietà di uno dei soci²⁰³ si caratterizzano per il fatto che il dichiarante afferma che altri è titolare del bene a lui intestato²⁰⁴. Il problema deve essere risolto in via interpretativa: dall'analisi della disciplina dei rapporti patrimoniali tra i soggetti potrebbe, infatti,

“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, costituisce negozio di accertamento, con l'effetto di rendere definitiva e vincolante la situazione preesistente, caratterizzata da uno stato di obiettiva incertezza.” Nel qual caso le dichiarazioni ricognitive sono equipollente della manifestazione dell'accordo simulatorio. Secondo parte della giurisprudenza (Cass. civ., 4 agosto 1997, n. 7187, in *Foro it.*, 1998, I, 145) seguita anche da alcuni autori (Cfr. VALENTINI, *Efficacia della dichiarazione ricognitiva di diritti reali su beni immobili*, in *Contratti*, 2005, 437), le enunciazioni di riconoscimento del diritto reale, che per l'appunto sarebbero l'equivalente - con altra terminologia- dell'accordo simulatorio, in capo all'interponente devono provenire da tutte le parti del negozio simulato, ed essere provate per iscritto, in quanto, al fine di far emergere l'intento simulatorio, la dichiarazione unilaterale di riconoscimento dell'esistenza dell'intesa volta all'intestazione fittizia, se rilasciata dall'interposto, appare sufficiente in quanto dichiarazione *contra se* che, nell'economia della fattispecie complessa, serve a collegare il negozio simulato a quel negozio dissimulato, intercorrente tra alienante, interponente ed interposto che, questo sì, dovrà vedere partecipi necessariamente tutti e tre gli attori della vicenda simulata e deve avere per forza un corpo (scritto) diverso da quello del negozio simulato che del primo costituisce la maschera (si vedano al riguardo Cass. civ. 22 aprile 1986, n. 2816, in *Foro it.*, 1986, I, 1830)

²⁰¹ PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro Pad.* 1953, III, 90 sottolinea che la dichiarazione-anche di natura non negoziale- con cui il mandatario riconosce che il mandante è proprietario del bene acquistato in esecuzione del mandato, sarebbe idonea, quanto meno ove la stessa faccia riferimento al mandato e al rapporto che da esso è sorto, a far effettivamente acquistare al mandante la titolarità anche formale del cespite. GIAMPICCOLO, In il Contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà, Milano, 1954, 321, rileva che di fronte ad una dichiarazione testamentaria con cui il de cuius attesta che altri è proprietario di taluni beni dallo stesso acquistati a nome proprio, l'unica indagine a porsi dovrebbe essere diretta a stabilire, sulla base dei normali criteri di interpretazione del testamento se, piuttosto che confessione o riconoscimento, non ricorra per volontà del testatore l'adempimento dell'obbligo di ritrasferire, val quanto dire il legato della proprietà di Caio.

²⁰² Cass 7 giugno 1966, n. 1495, in *Giust. Civ.*, 1966, I, 2220, la quale era chiamata a pronunciarsi in ordine ad una convenzione in cui nel contesto delle pattuizioni con le quali due coniugi regolavano i reciproci rapporti patrimoniali all'atto della separazione personale, era dato rinvenire una dichiarazione con cui il marito riconosceva la proprietà della moglie sulla casa di abitazione, sebbene non vi fossero dubbi che il bene fosse intestato esclusivamente al primo. La suprema corte cassando la decisione di merito indicava al giudice del rinvio di appurare se l'accordo di separazione e la clausola di apparentemente “ricognitiva” in esso contenuta non potessero essere interpretati nel senso che effettivamente le parti vollero porre in essere una convenzione sostanzialmente e formalmente completa, con la quale onerosamente, attribuivano la proprietà dell'immobile alla moglie, al fine di parzialmente estinguere l'obbligo del mantenimento”

²⁰³ Cass. civ. 11 gennaio 1962, n. 20 in *Giust. Civ.* 1962, I, 2240, in una fattispecie in cui Tizio e Caio dichiaravano di costituire una società per la gestione di un'azienda già esistente e si dichiarava che Tizio era comproprietario della metà dei beni aziendali. Il dilemma posto ai giudici era sempre tra atto ricognitivo di una situazione preesistente ed atto solo formalmente ricognitivo, ma in realtà a contenuto traslativo reale.

²⁰⁴ GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, 50 “il riconoscimento che il bene intestato appartiene in realtà ad altri non può sicuramente costituire accertamento dell'altrui diritto dominicale. ...nel caso concreto vi è una divergenza tra chi è formalmente titolare e chi lo è sostanzialmente, meglio vi è una dissociazione tra “titolarità giuridica”, conforme all'intestazione formale, e “situazione di apparenza economica”. Ed ancora “in riferimento a pronunciations come quelle appena ricordate risulta perciò del tutto fuori luogo non solo parlare di negozio accertativo valido, difettando nella fattispecie un presupposto essenziale di esso e cioè il collegamento funzionale con una situazione preesistente che si presenti, quanto meno astrattamente e potenzialmente, idonea al conseguimento degli effetti fissati nel negozio stesso; ma addirittura parlare del negozio accertativo tout court: nelle ipotesi di cui si tratta oggetto della dichiarazione è infatti, non già l'altrui diritto dominicale, bensì l'altrui situazione di appartenenza economica di un determinato bene. Trattandosi di dichiarazioni che attestano circostanze di fatto appaiono inidonee a fare acquisire la titolarità del bene, essendo indispensabile per l'effetto acquisitivo, una valida manifestazione negoziale. La figura in esame potrebbe, allora, valere come riconoscimento dell'obbligo di ritrasferire il bene, assoggettato alla disciplina della ricognizione di debito. Ritene che in tali ipotesi che si caratterizzano per il carattere innovativo della situazione preesistente sia dato riscontrare delle ipotesi di trasferimento DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv)*, *Enc. dir. cit.*

emergere che in tali ipotesi si sia in presenza di mutazioni della titolarità di diritti reali, e non tanto di atti di riconoscimento di diritti reali. La dottrina di fronte ad atti di trasferimento di beni in adempimento di doveri di mantenimento o di doveri di contribuzione societaria, o ancora quando un mandatario riconosca che il bene acquistato appartiene al mandante, sembra prevalentemente orientata a riconoscere a tali atti carattere innovativo dell'ordine preesistente²⁰⁵.

Maggiori difficoltà sorgono per dichiarazioni volte soltanto a chiarire situazioni proprietarie incerte, attestanti semplicemente l'altrui titolarità del diritto senza indicare espressamente la causa o il titolo in base al quale il riconoscimento dell'altrui diritto reale viene effettuato. È riguardo a queste ultime ipotesi che il tema dell'accertamento dei diritti reali assume i connotati di più difficile soluzione, trovandosi, in tali casi, la dichiarazione disancorata da altre dichiarazioni che la sorreggono e la giustificano causalmente²⁰⁶.

L'orientamento maggiormente seguito in giurisprudenza con specifico riferimento ai beni immobili esclude che possa riconoscersi efficacia traslativa poiché il trasferimento dei diritti reali è soggetto al principio del consenso traslativo legittimamente manifestato e ribadisce la necessità del rispetto delle regole in materia di forma, mentre gli atti privi dell'*expressio causae* sarebbero da considerare nulli²⁰⁷.

²⁰⁵ GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva dei diritti reali*, Milano, 1983, passim.

²⁰⁶ Tribunale di Roma 19 giugno 1991, in *Giurisprudenza di Merito*, parte prima, 1111. Vengono riportate due dichiarazioni poste a fondamento dell'azione una in fotocopia del seguente tenore "ad ogni effetto di legge, la sottoscritta Omissis dichiara: tutte le proprietà a me intestate, compresa la farmacia, sono a metà con Omissis. In fede"; ed una in originale "scrittura privata. Io sottoscritta dott. Omissis a valere per ogni effetto di legge, dichiaro: che i seguenti immobili a me intestati in Roma, in via Annia Regilla, via Tre Taberne, (compreso l'esercizio della farmacia), la villa a Trigonina in via Leonida Lay sono in comproprietà al cinquanta per cento con Omissis. In fede". Il tribunale qualifica le dichiarazioni riportate come contra se pronunciations escludendo che possano farsi rientrare in un negozio di accertamento unilaterale di un diritto reale, in una confessione, o in un atto di ricognizione e ritenendo che "i documenti a firma apparente della Omissis fin qui esaminati rappresentano, dunque, solo una giuridicamente non vincolante opinione della loro attrice circa la proprietà dei beni; di qui la loro irrilevanza (quand'anche in ipotesi autentici) al fine di decidere". Cfr. DI MAJO, *Promessa unilaterale*, cit. Ritene che in tali ipotesi sia difficile riconoscere si tratti di atti di trasferimento perché il mancato rispetto della forma, in base al quale la causa del trasferimento deve risultare dallo stesso documento con il quale si provvede ad effettuare il riconoscimento, sembra di ostacolo ad ammettere che dichiarazioni di tal genere abbiano un'efficacia costitutiva-traslativa. DI PAOLO, *Negozi di accertamento*, in *Dig. Disc. Priv.*, 54 secondo l'autore la norma sul riconoscimento, dettato per i diritti di obbligazione, non possa riguardare anche i diritti reali che sono soggetti ad una disciplina più rigorosa che ne condiziona il trasferimento al consenso delle parti legittimamente manifestato.

²⁰⁷ Cass. civ. 23 dicembre 1987 n. 9625 in *CG*, 1988, 253, con nota di MARICONDA: "L'acquisto, derivativo della proprietà di un bene immobile postula che un contratto, a contenuto traslativo, intervenuto con il precedente titolare del diritto e soggetto alla forma scritta "ad substantiam", mentre, in difetto, di questo, non può discendere da un negozio di mero accertamento, il quale può eliminare incertezze sulla situazione giuridica, non sostituirne il titolo costitutivo". Cass. civ. 6 dicembre 1983 n. 7274, in *FI*, 1985, I, 238 "Nel 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"

Riteniamo che per individuare il valore di tali dichiarazioni ed eventualmente qualificarle come negozi di accertamento si dovrà di volta in volta indagare sulla loro natura e sugli effetti che in concreto sono in grado di produrre. Forse un modo che consenta di riconoscerne rilevanza a tale figura negoziale, di distinguerla dai contratti aventi un'efficacia costitutiva e di escludere che rientri tra i modi di acquisto della proprietà potrebbe essere quello di ritenere che valga a far presumere tra le parti l'esistenza della situazione giuridica così come accertata²⁰⁸. La peculiarità dell'effetto dell'accertamento si sostanzierebbe, dunque, nel fatto che non crea o modifica il diritto reale, ma una redistribuzione dell'onere della prova.

Ne consegue che il negozio di accertamento del diritto di proprietà o di altro diritto reale libera il suo destinatario dall'onere di dare la prova dei fatti costitutivi. Quando la situazione giuridica accertata sia un diritto reale il titolare non dovrà provare i fatti costitutivi di tale situazione e potrà esercitare nei confronti dell'autore dell'accertamento

²⁰⁸ BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, 326, riconosce che "la proprietà o altri diritti reali possano essere oggetto di negozi di accertamento", e precisa che "essi valgono a provare tra le parti l'esistenza della situazione giuridica accertata, salva la possibilità, per ciascuna parte, di provare la diversa situazione realmente esistente". Di "efficacia rafforzativa" parla, a proposito della ricognizione dei diritti soggettivi, FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 495, il quale vede in essa un sottotipo dell'efficacia dichiarativa. DIENER, *Il contratto in generale, manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2011: ritiene che nell'ipotesi in cui il contratto di accertamento abbia ad oggetto diritti reali occorre sempre "dare per presupposto un valido titolo costitutivo di tale diritto, sul quale le parti intervengono solo per fare certezza su alcuni punti oscuri. Non deve infatti dimenticarsi che il negozio di accertamento ha un'efficacia di tipo dichiarativo (giammai di tipo costitutivo), dal momento che il negozio si limita a fissare il contenuto di una situazione giuridica preesistente, senza che le parti si propongano alcun intervento modificativo. Il negozio di accertamento cioè non può mai sostituire la fonte precettiva originaria del diritto reale". È controverso se i negozi di accertamento aventi ad oggetto diritti reali immobiliari debbano rivestire la forma scritta e se debbano essere trascritti. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit.: osserva che la soluzione di ritenere necessaria la forma scritta sarebbe coerente con la funzione di certezza di tali negozi "desumibile in via analogica dalla norma sulla forma delle transazioni. L'inapplicabilità analogica delle norme eccezionali porta tuttavia a ritenere che la mancanza di forma scritta non comporti la nullità del negozio pur privandolo della sua pratica utilità". Nello stesso senso GIORGIANNI, voce *Accertamento*, cit. 236 "se si pone mente che spesso l'incertezza della situazione giuridica deriva dalla mancanza di questa forma (scritta), è indubbio che le parti, se vogliono veramente eliminare l'incertezza, dovranno rivestire la loro dichiarazione della forma scritta". Quanto alla problematica della trascrizione la dottrina dominante sembra sostenere la tesi negatrice in quanto la funzione del negozio di accertamento non è quella di modificare la situazione giuridica precedente, bensì quella di dichiarare un rapporto preesistente. vedi GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1998, I, 450 "è escluso che il negozio di accertamento possa essere trascritto agli effetti di cui all'art. 2644, pur se l'accertamento investisse, sotto l'aspetto interpretativo o di migliore specificazione, un atto soggetto a trascrizione". Nello stesso senso CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, cit. secondo cui l'accertamento non necessita di trascrizione anche se ha ad oggetto diritti per la cui costituzione o traslazione la formalità è richiesta: nell'accertamento infatti è fondamentale il criterio che gli effetti essenziali delle parti restino affidati al primo negozio"; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, 1973, 152 ha peraltro sostenuto che sia possibile ai sensi dell'art. 2651 c.c. trascrivere l'accertamento documentale dell'usucapione, ma soltanto con la funzione di pubblicità notizia. Ma com'è precisato da GAZZONI, *ult. op. cit.* tale trascrizione non risolverebbe l'eventuale conflitto tra chi vanta l'usucapione e il terzo il quale acquista dal proprietario che l'avrebbe subita, dovendosi a tal fine accertare se sussistono o meno i presupposti di cui all'art. 1158 c.c. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, rileva che "ai sensi dell'art. 2655, comma 4, c.c. debbano essere annotati i contratti i quali accertano la nullità, l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revocazione, l'avveramento della condizione dell'atto trascritto o iscritto. Tale annotazione, risolvendo il conflitto tra l'alienante e gli aventi causa o i creditori dell'acquirente, produce gli stessi effetti della trascrizione non già degli atti di cui all'art. 2643 bensì delle domande di cui all'art. 2652 c.c." ed ancora precisa che "qualora sia annotato ai sensi dell'art. 2655, comma 4, c.c. il contratto di accertamento di cui si tratta sarà inopponibile soltanto ai terzi che abbiano anteriormente trascritto il loro titolo: sarà invece opponibile ai terzi che lo abbiano trascritto o che lo abbiano trascritto posteriormente". Nello stesso senso FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*, VII, 32.

tutte le azioni a difesa del suo diritto. Il negozio di accertamento del diritto di proprietà consentirà, altresì, al suo destinatario di esercitare l'azione di rivendicazione ovvero quella negatoria nei confronti del suo autore.

Non sembra vi siano ostacoli ad estendere tale ragionamento ai negozi unilaterali perché in tal caso l'assunzione dell'onere di dare la prova contraria da parte di chi ha effettuato l'accertamento non si estende ai terzi, nei cui confronti continuerà a valere la regola generale dell'art. 2697 c.c.²⁰⁹

5. Meccanismo di produzione degli effetti

Abbiamo ipotizzato che mediante il negozio di accertamento le parti verifichino la situazione giuridica preesistente e diano luogo alla presunzione di esistenza del fatto così come accertato. Tuttavia, questa ricostruzione deve essere corroborata alla luce delle norme dell'ordinamento giuridico: più precisamente, poiché il legislatore sembra disciplinare le sole presunzioni legali e quelle tratte dal giudice, occorre chiedersi se all'autonomia privata sia consentito creare delle presunzioni convenzionali e, conseguentemente, se il negozio di accertamento possa essere ricondotto in tale ambito.

Letteralmente il termine presunzione indica un'attività del pensiero umano, che si affianca all'immaginare, al credere, al sapere: queste espressioni indicano un processo di tipo interiore, impossibile da classificare, descrivibile come un procedimento che porta, o che può portare, dall'idea iniziale alla certezza del sapere. Da questo tipo di presunzione dovrà essere distinta quella posta dal legislatore che, pur essendo una presunzione in senso giuridico, non può considerarsi come un'attività della mente umana: la legge, infatti, non può presumere.

Il legislatore definisce le presunzioni nel libro VI, relativo alla tutela dei diritti, titolo II, delle prove, all'art. 2727 c.c. come le "conseguenze" tratte da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato²¹⁰. La presunzione consiste dunque in un'inferenza che partendo dal fatto conosciuto permette di formulare una serie di ipotesi: le conseguenze.

²⁰⁹ VERDE, *L'inversione degli oneri probatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 730, ritiene che non sussistano ostacoli ad estendere la disposizione di cui all'art. 2698 c.c. anche ai negozi unilaterali: "sebbene l'art. 2698 c.c. parli di <<patti>>, quasi alludendo ad un meccanismo di scambio tra i contraenti, è facile estendere la portata della norma ai negozi unilaterali". SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, Effetti, a cura di Costanza, Milano, 2006

²¹⁰ Art. 2727 c.c. nozione: "Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato". Nonostante la norma sia inserita nel capo relativo alle prove vi è chi osserva che prova e presunzioni si pongono tra loro in un rapporto di alternatività, nel senso che un fatto non deve essere provato se costituisce oggetto di presunzione legale: vedi PATTI, *Prova testimoniale, presunzioni*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Libro sesto: tutela dei diritti art. 2721-2729, Bologna-Roma, 2001, 77: "mentre la disciplina dei mezzi di prova è distribuita tra il codice civile e il codice di procedura civile, quella delle presunzioni è contenuta unicamente nel primo. Già in base alla collocazione delle norme in tema di presunzioni si afferma pertanto la sicura appartenenza dell'istituto al diritto sostanziale. Per quanto concerne le presunzioni legali, l'appartenenza al diritto sostanziale trova conferma nel fatto che prescindono dal convincimento del giudice. L'efficacia probatoria delle presunzioni è infatti fissata dalla legge ed esclude un apprezzamento discrezionale. L'eccezione è evidente nel caso delle presunzioni assolute, poiché esse derogano altresì al principio generale del contraddittorio riguardante l'ammissibilità di prova contraria e, in definitiva, si pongono oltre i confini concettuali della prova. Ma anche le presunzioni che ammettono

Preliminare è chiarire la natura delle norme sulle presunzioni tratte dal legislatore e di quelle tratte dal giudice così come disciplinate dal codice²¹¹.

Secondo l'orientamento della dottrina le presunzioni legali relative²¹² non rientrerebbero tra i mezzi di prova, ma rilevano sul piano sostanziale in quanto servono a ripartire l'onere della prova: la legge ritiene un fatto come certo fino a prova contraria. Esse dispensano dalla prova imponendo al giudice di considerare determinati fatti come veri in mancanza di prova contraria. Se si ritiene che le presunzioni legali *iuris tantum* siano strumenti di distribuzione dell'onere della prova si deve concludere che siano assimilabili all'art. 2697 c.c. e che svolgano la stessa funzione: la norma da ultimo citata sarebbe dunque applicabile ove non sussista una regola particolare concernente l'onere della prova, norme tra le quali rientrerebbero anche quelle sulle presunzioni relative²¹³.

prova contraria, se quest'ultima non viene fornita, sostituiscono alla (eventuale) certezza del giudice una certezza legale". Inquadra le presunzioni tra le prove critiche: FABBRINI, voce *Presunzioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, sezione civile, 279: "nel sistema complessivo dei mezzi di prova le presunzioni vengono a distinguersi sia dalle prove dirette (in cui il giudice percepisce direttamente il fatto da provare) sia dalle prove rappresentative (in cui il giudice percepisce un atto compiuto o una cosa idonea per la rappresentazione del fatto da provare) e vengono qualificate come prove critiche, come prove cioè che consentono di affermare l'esistenza di un fatto né percepito né rappresentato di fronte al giudice, attraverso la conoscenza di un fatto diverso da lui raggiunta per percezione o per rappresentazione".

²¹¹ SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 407. L'autore evidenzia che: "questa confusione fra la presunzione-illazione e la presunzione regola probatoria deriva da un'arcaica concezione della presunzione legale relativa come particolare tipo di illazione formulata dal legislatore stesso, e quindi come giudizio logico, o sillogismo, fondato sul calcolo delle probabilità. Questo insegnamento, già dominante tendeva a considerare la presunzione legale relativa come un vero mezzo di prova, analogo alla presunzione semplice, e non come una formula per designare l'onere della prova. Contro tale criterio si è obiettato da tempo che la presunzione legale relativa, a differenza delle prove, non vale a persuadere il giudice, ma determina semplicemente un suo dovere di comportarsi in un modo dato". Ed ancora precisa che la presunzione legale non "fissa il fatto, ma fissa solo le conseguenze giuridiche della mancata prova del fatto opposto a quello presunto". ANDRIOLI, <<*Presunzione (diritto civile e diritto processuale civile)*>>, in *NN.D.I.*, XIII, Torino, 1966, 767: dubita della possibilità di ricondurre presunzioni legali e semplici nella stessa categoria perché "non fungono da elemento connettivo né la struttura né la funzione", quando lo schema della presunzione è utilizzato dal legislatore, quando cioè è fissato in una norma di legge, può solo porsi come strumento interpretativo della *ratio legis*, mentre quando è usato dal giudice si presenta come strumento di controllo della sufficienza dei collegamenti logici per la deduzione dell'esistenza di un fatto dalla conoscenza di un altro. PATTI *Prova testimoniale, presunzioni*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Libro sesto: tutela dei diritti art. 2721-2729, Bologna- Roma, 2001, 84: "nonostante la definizione unitaria e la funzione in parte comune, presunzioni legali e presunzioni semplici rappresentano fenomeni alquanto diversi. Si consideri, anzitutto, che le presunzioni legali sono stabilite da norme giuridiche, mentre le presunzioni semplici vengono di volta in volta elaborate nel giudizio. Le prime hanno l'efficacia prevista dalla legge e impongono al giudice una determinata decisione per tutti i casi a cui in astratto si riferiscono. Le seconde, al contrario, costituiscono le premesse logiche della decisione e hanno valore soltanto per il caso deciso".

²¹² Le presunzioni legali si distinguono in presunzioni assolute e presunzioni relative. Le presunzioni assolute sono disciplinate dall'art. 2728, comma II, c.c. e contro di esse non è ammessa prova contraria, salvo che questa sia consentita dalla legge. Le presunzioni legali relative, o *iuris tantum*, secondo quanto stabilisce l'art. 2728, comma I, c.c. <<dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali sono stabilite>>. Vedi LUISSO, *Diritto processuale civile*, II, *il processo di cognizione*, 79: evidenzia che "la presunzione legale assoluta altro non è che una norma di diritto sostanziale che modifica la fattispecie", mentre la "presunzione legale semplice opera un'inversione dell'onere della prova. Al verificarsi del presupposto previsto dalla norma, avviene nella fattispecie uno scambio: quello che normalmente è un fatto costitutivo diventa un'eccezione; quella che è un'eccezione diventa un fatto costitutivo e quindi correlativamente allo spostarsi del fatto da un settore della fattispecie all'altra, si inverte l'onere della prova. Se l'eccezione diventa fatto costitutivo, sarà l'attore a doverlo provare e non il convenuto; e viceversa. Conseguentemente il rischio della mancata prova passa dall'una all'altra parte a seconda della modificazione che la presunzione produce nella struttura della fattispecie".

²¹³ CAREDDA, *L'onere*, cit. 96: osserva che "le presunzioni legali *iuris tantum* non sono tanto mezzi di prova quanto strumenti di distribuzione dell'onere della prova. In questo senso sono norme assimilabili all'art. 2697 c.c. e svolgono la

Mentre le presunzioni legali servono, dunque, ad esonerare la parte che, in base all'art. 2697 c.c. sarebbe onerata dalla prova, le presunzioni semplici operano, invece, come strumenti conoscitivi in sede di accertamento dei fatti controversi. La definizione fornita dal legislatore nell'art. 2727 c.c. potrebbe essere riferita solo alle presunzioni tratte dal giudice: il ragionamento presuntivo è basato, dunque, su un'inferenza che, assumendo come premessa maggiore il fatto noto conduce a formulare conclusioni sull'esistenza o inesistenza di un fatto ignorato²¹⁴.

In particolare, la presunzione semplice è un modello di ragionamento logico fondato sulla conoscenza e sull'inferenza abduttiva, cioè dalla considerazione del fatto A si risale al fatto B sulla base di calcoli probabilistici²¹⁵. Detto in altri termini, il giudice mediante un procedimento probabilistico, partendo da un fatto provato, arriva a considerare esistente un altro fatto, ignoto e non direttamente provato.

Posto che la presunzione si basa su un ragionamento logico-abduttivo, la norma di cui all'art. 2729 c.c. prevede che il giudice nella formazione del suo convincimento debba ammettere solo presunzioni "gravi, precise e concordanti": l'accertamento del fatto controverso si deve basare, dunque, su precisi requisiti idonei a giustificare l'inferenza presuntiva²¹⁶.

stessa duplice funzione: da un lato di distribuzione degli oneri probatori tra le parti e dall'altro regola di giudizio, regola questa che impone di considerare soccombente chi non ha dimostrato i fatti che sarebbe stato tenuto a provare". MICHELI, *Onere della prova*, Padova, 1966, 199: afferma "nella loro vera essenza ritengo che tanto le presunzioni relative, quanto le inversioni sull'onere della prova (verità interinali) non siano che modi di formulare la fattispecie. Lo strumento di questa formulazione è l'attribuzione dal carico della prova, ma la funzione resta quella di regolamentare dati rapporti".

²¹⁴ TARUFFO, voce *Presunzioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, osserva che la presunzione semplice come risultato del ragionamento del giudice "è l'affermazione della probabile verità del fatto ignorato, fondata sulla conoscenza del fatto noto e su un criterio induttivo di conoscenza per cui il primo è probabile sulla base del secondo".

²¹⁵ Aristotele, *Organon, Analitici primi*, II, 25: Il termine abduzione, che letteralmente deriva dal latino *ab ducere*, <<condurre da>> fu usato per la prima volta da Aristotele che la distingueva sia dall'induzione che dalla deduzione ed indica un sillogismo in cui la premessa maggiore è certa mentre quella minore è solamente probabile. L'abduzione ha una minore valenza dimostrativa poiché nel sillogismo che la rappresentava, mentre la premessa maggiore era certa, quella minore era dubbia per cui la conclusione era caratterizzata dalla probabilità.

²¹⁶ PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit. 130: evidenzia che "i requisiti della gravità, precisione e concordanza, contrariamente a quanto risulta dalla lettera dell'art. 2729 c.c., non devono riferirsi alle presunzioni, ma piuttosto agli elementi o indizi in base ai quali è possibile pervenire alla presunzione. In altri termini, ciò che la legge richiede non è tanto la possibilità di costruire una molteplicità di presunzioni quanto la univocità di conclusioni a cui si spingono elementi indiziari gravi precisi e concordanti. Se infatti si muove dal presupposto che secondo cui la presunzione, intesa in senso dinamico, non è altro che un ragionamento, un'argomentazione, risulta evidente che la forza della conclusione a cui il giudice perviene dipende dalle basi del ragionamento stesso, e quindi dalla presenza di elementi che presentino le caratteristiche richieste, mentre sarebbe illogico prospettare la necessità di una molteplicità di ragionamenti". FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit.: osserva che "grave e precisa deve essere l'attività logica che il giudice svolge, accettabili, sul piano del ragionevole collegamento probabilistico tra il fatto che serve da punto di partenza ed il fatto al quale si giunge al termine del ragionamento, le regole di inferenza tra fatti indiziari e fatti rilevanti. Il requisito della concordanza predica invece che gli indizi devono essere coerentemente convergenti verso uno stesso fatto e dunque nell'ipotesi di concorso di prove critiche il giudice deve stare attento a discernere le presunzioni che si sommano da quelle che si elidono. Ciò non significa però che il giudice possa fondare le sue conclusioni anche su una presunzione unica, in considerazione della particolare tenuta delle regole di esperienza applicate, ma significa solo che quando più sono gli indizi questi devono essere collegati in una serie dalla quale possa scaturire che l'esistenza o l'inesistenza del fatto da provare".

Le presunzioni in senso stretto hanno l'effetto di rendere superflua la prova che la parte onerata dovrebbe fornire. Ne consegue che il compito della parte su cui incombe la prova risulta facilitato: in questo senso può, pertanto, parlarsi di un'inversione dell'onere. Detto in altri termini, la controparte avrà l'onere di provare fatti in grado di dimostrare che l'effettivo svolgimento dei fatti rilevanti è diverso da quello ipotizzato in base alle regole di esperienza utilizzate dal giudice per affermare la presunzione.

Il legislatore sembra, dunque, aver preso in considerazione le sole presunzioni legali e quelle tratte dal giudice, e non le presunzioni convenzionali. Tuttavia collegando le norme che disciplinano le presunzioni legali e quelle semplici con l'art. 2698 c.c., norma che consente gli accordi in deroga all'art. 2697 c.c., si può ritenere che anche le parti, nell'esercizio della loro autonomia ed entro certi limiti, possano creare presunzioni convenzionali. Tale passaggio deve essere precisato.

Abbiamo già avuto modo di osservare che gli accordi di cui all'art. 2698 c.c. consentono inversioni o modificazioni dell'onere della prova e che tali patti sono ammissibili solo a condizione che siano disponibili i rapporti giuridici sottostanti e se l'accordo in deroga non rende alle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto. Sulla base di tale disposizione alcuni autori hanno argomentato che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, potrebbero creare delle *inversioni* sull'onere della prova che si sostanzierebbero nella creazione di presunzioni convenzionali.

In particolare, le parti presumono la sussistenza di un fatto che altrimenti dovrebbe essere provato dall'interessato, sollevando così quest'ultimo dalla prova del fatto positivo che sta alla base della sua domanda e imponendo all'altra parte l'onere di provare il fatto negativo corrispondente²¹⁷.

È stato, tuttavia, osservato che dalla pattuizione di una presunzione e dall'inversione dell'onere della prova derivano effetti in parte diversi: il meccanismo delle presunzioni legali è simile ad un'inversione dell'onere della prova, ma più limitato. O meglio, secondo questa ricostruzione, le presunzioni determinano un'inversione dell'onere della prova con

²¹⁷ LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, 93: "la legge permette che in certe materie e a determinate condizioni anche le parti possono convenzionalmente stabilire delle presunzioni: tale è infatti il vero contenuto dei c.d. patti che invertono o modificano l'onere della prova". VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, 129 a proposito dell'art. 2698 c.c. precisa che "le deroghe convenzionali non possono mai riguardare particolari aspetti del trattamento normativo riservato ai singoli elementi della fattispecie. In altre parole esse possono disporre che il regime degli oneri probatori sia diverso, non alterare il ruolo del fatto così come previsto nella fattispecie legale. Se questo, pertanto, era un fatto costitutivo, resta tale, e la convenzione stipulata al riguardo ha il solo effetto di dispensare le parti dall'onere della prova o, in altre parole, di creare una presunzione in via convenzionale. Id., *L'inversione dell'onere degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 729: parla, a proposito dell'art. 2698 c.c., di "creazione di presunzioni volontarie in ordine all'esistenza del fatto", in particolare osserva che "nell'esperienza vissuta la ripartizione del rischio tende a sovrapporsi alla maniera concreta con cui la parte cerca di superarlo ed il giudice di ritenerlo superato, ma ciò non toglie che l'ordinamento lasci all'autonomia una sfera dentro la quale può legittimamente operare. L'art. 2698 c.c. non lascia spazio per dubbi in proposito. Così che sarebbe vano escludere che le parti possano, con atti negoziali, operare in questo campo, anche se è inevitabile pensare che la loro attività, risolvendosi nel dare ad un fatto un diverso rilievo qualora in giudizio non ne sia offerta una prova sufficiente, abbia per oggetto la creazione di presunzioni volontarie in ordine all'esistenza del fatto stesso".

riferimento allo specifico fatto presunto. Nella presunzione convenzionale l'onere della prova si inverte relativamente al solo fatto oggetto della presunzione, viceversa in un patto sull'inversione dell'onere della prova, l'inversione ha carattere più generale e può riguardare tutti i fatti che possono contribuire al convincimento del giudice e che vengono sottoposti dalle parti alla sua attenzione²¹⁸.

Ora, se non sembra sussistano ostacoli, seppur con i limiti previsti dall'art. 2698 c.c., a ritenere che l'autonomia privata possa creare delle presunzioni di origine convenzionale, occorre verificare se tale schema sia compatibile con il negozio di accertamento.

Abbiamo ipotizzato che il ragionamento logico seguito dalle parti per accertare la situazione giuridica preesistente sia retto da un'inferenza abduttiva cioè un'argomentazione che mira a ricostruire la causa, cioè il fatto incerto, dagli effetti, cioè il fatto così come accertato. Si tratta dunque dello stesso meccanismo delle presunzioni, con l'ulteriore conseguenza che le presunzioni, pur incidendo sulla sostanza del fatto sottostante, producono effetti sul piano dinamico determinando una redistribuzione dell'onere probatorio. In tal caso potremmo ritenere che anche l'effetto accertativo, pur non modificando la situazione preesistente, determini un'inversione dell'onere della prova, seppure limitata al fatto così come accertato: o meglio, il negozio di accertamento dispensa ciascuna parte dall'onere di provare il fatto come accertato, mentre pone a suo carico l'onere della prova contraria.

Un ragionamento in parte diverso deve essere svolto per l'accertamento che verte su un precedente negozio intervenuto tra le parti: in tal caso sarebbe configurabile un negozio di secondo grado²¹⁹. Detto in altri termini, le parti potrebbero avere interesse a ritornare sulla disciplina del negozio già concluso, per "regolarlo", per chiarirne il significato.

Siamo, dunque, nell'ambito dell'interpretazione autentica effettuata dalle parti successivamente alla conclusione di un contratto ed avente ad oggetto la ricostruzione di una fattispecie negoziale oscura, incerta. Non rientrano, invece, nella nostra analisi gli accordi di interpretazione del contratto stipulati contestualmente al suo perfezionamento ovvero anteriormente al suo perfezionamento. Questo per una ragione logica, poiché la figura dell'accertamento negoziale, per definizione, è rivolta al passato ed allora non

²¹⁸ CAREDDA, *L'onere*, cit., 97: osserva che "l'art. 2698 consente sia i patti volti alla creazione di presunzioni convenzionali, un po' più ristretti, sia le inversioni dell'onere della prova in termini più generali". PATTI, *Prove*, cit., 256: "la presunzione che un certo fatto si sia verificato, pur se rispetto al fatto specifico preso in considerazione equivale ad un'inversione dell'onere della prova, può non coprire l'intero *thema probandum* e quindi non determinare gli stessi effetti collegati all'inversione dell'onere della prova, che presenta normalmente carattere più generale. In quest'ultimo caso, infatti, l'onere probatorio non riguarda il fatto determinato oggetto della presunzione ma (il fatto o) tutti i fatti che possono contribuire a formare il convincimento del giudice con riferimento all'intero oggetto della controversia.

²¹⁹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Vassalli, Torino, 1952: teorizza che l'accertamento rientri tra i negozi di secondo grado, precisando che in tale categoria si riconducono tutti quei negozi diretti a regolare in qualsiasi senso (fissare, confermare, interpretare, risolvere, assorbire) negozi giuridici in precedenza conclusi tra le parti stesse.

potranno esservi ricondotti accordi, diversamente da quanto accade per quelli stipulati successivamente al contratto, nella sua versione costituita dall'interpretazione autentica, che non implicino un riferimento al primo negozio²²⁰.

Il tema è dunque quello della derogabilità o meno, in forza di un atto di autonomia, delle regole di ermeneutica contrattuale dettate dal codice civile e della configurabilità di un negozio di accertamento.

Alcuni autori ritengono che all'autonomia privata non sia consentito accertare un rapporto giuridico, sul presupposto che le parti non possano derogare a norme interpretative, che sono norme cogenti il cui destinatario è il giudice²²¹. A questa opinione è stato obiettato che, se il giudice deve tenere conto della comune intenzione delle parti, allora dovrà anche considerare una determinata interpretazione data da queste all'accordo tra loro intercorso ed esplicitamente manifestata in un contratto²²².

²²⁰ Diversa è la ricostruzione di ONORATO, *L'accordo di interpretazione*, Milano, 2009, *passim*: il quale ha ritenuto che quello degli accordi di interpretazione del contratto costituisca fenomeno unitario, che a prescindere dalla relazione temporale con il contratto oggetto di interpretazione-presenterebbe sempre una medesima natura e, conseguentemente, sarebbe sempre assoggettato ad una medesima disciplina "non realizzando disposizione di rapporti giuridici patrimoniali", gli accordi di interpretazione non sarebbero mai "collocabili nella categoria del contratto"; costituirebbero semplicemente "uno degli indici suscettibili di manifestare la comune intenzione, con la quale sciogliere la polisemia del contratto", seppur siano innegabilmente dotati di una "attitudine significativa" del tutto "peculiare", in quanto "a differenza degli altri elementi dell'agire complessivo, l'accordo in esame enuncia un significato in via diretta" da attribuire al contratto da interpretare.

²²¹ Evidenzia i profili di distinzione tra accertamento, interpretazione autentica e accordo interpretativo: ONORATO, *L'accordo di interpretazione*, Milano, 2009, "se è vero che il negozio di accertamento come pure la convenzione semantica rimandano a uno stato di incertezza", che ne costituisce l'elemento di omogeneità-non è men vero, tuttavia, che "l'incertezza alla base del negozio di accertamento riguarda il modo d'essere di un rapporto giuridico", mentre "alla base dell'accordo di interpretazione vi è l'incertezza sul significato del testo". In altri termini, il negozio di accertamento sarebbe rivolto a "fissare" una determinata "situazione giuridica", mentre "alla base dell'accordo di interpretazione autentica sarebbe rivolto a "fissare" il "significato del testo": la diversità di oggetto impedirebbe di ricondurre il secondo (i.e. l'accordo di interpretazione autentica) al primo (i.e., al negozio di accertamento); e conseguentemente di ricollegare al secondo (i.e. all'accordo di interpretazione autentica) quell'efficacia di rendere "definitive ed immutabili situazioni di obiettiva incertezza", "con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo".

²²² GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit.: osserva che "quando la dichiarazione è di per sé chiara, una posteriore dichiarazione che la concerne, o coincide con essa, ed allora è un *nilhil agere*, o se ne discosta, ed allora costituisce modificazione. Cosicché, vi può essere interpretazione autentica solo quando la dichiarazione è incerta nel suo contenuto, ed è questa la circostanza che permette di inquadrare l'attività interpretativa delle parti entro lo schema del negozio di accertamento". Ed, ancora, l'autore rileva che l'interpretazione autentica avrebbe sempre come presupposto una situazione di incertezza, ma non sull'esistenza di un fatto o di una situazione giuridica, ma piuttosto "sul contenuto di una manifestazione di volontà, nel senso che una parola o una clausola negoziale si prestano ad essere intese in due o più modi, facendo di conseguenza sortire effetti diversi". L'autore ritiene ammissibile oltre alla interpretazione autentica di un contratto fatta da ambedue le parti, anche un'interpretazione unilaterale configurando in tal modo un negozio di accertamento unilaterale. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1926, 181, 204: nega la negoziabilità dell'atto di interpretazione nel limitarsi quest'ultimo esclusivamente a chiarire, togliere ambiguità e oscurità ad un testo, non avendo altra funzione che far emergere quanto già disposto dalle parti. L'interpretazione autentica dovrebbe considerarsi come un negozio giuridico solo quando dall'interpretazione si passa all'accertamento. La semplice interpretazione farebbe, invece, tutt'uno con la dichiarazione originaria. Si avrebbe negozio di accertamento quando, piuttosto che chiarire una dichiarazione, una clausola la si vuole sostituire con un'altra. Secondo CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, art. 1362-1371, in *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, 1992, Bologna-Roma l'interpretazione autentica del contratto operata con il negozio di accertamento configurerebbe sempre un contratto modificativo. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento, Regolamento, II*, in *Trattato del contratto a cura di Vettori*, Milano, 2006: ritiene sia ammissibile un'interpretazione autentica del contratto che "varrà quale negozio di accertamento con efficacia normalmente retroattiva; ove si tratti di un accordo caratterizzato da elementi di <<novità>> nel senso che introduca un senso estraneo al testo o escluso dal contesto esso avrà carattere innovativo e non potrà valere retroattivamente".

Successivamente alla stipula del contratto da interpretare, le parti, in presenza di una situazione di «incertezza», in ordine al significato da attribuire al testo negoziale potrebbero aver interesse a chiarire i loro reciproci rapporti, presumendo che il significato è così come da esse accertato.

Nel momento in cui le parti interpretano d'accordo il loro contratto esse esprimono implicitamente una nuova volontà contrattuale, per questo si ritiene che, a differenza dell'attività giurisdizionale, nell'apprezzamento di questa, le parti non si debbano attenere ai criteri legali di interpretazione²²³. Questo comporta, altresì, che a differenza dei negozi di accertamento su fatti, non sia necessaria una corrispondenza tra accertamento e realtà²²⁴.

Vi è, tuttavia, il rischio che, se le parti superano il limite del significato che risulti dall'atto, in applicazione dei criteri d'interpretazione, il negozio perda la sua funzione di interpretazione, ed integri piuttosto una modifica del contratto originario²²⁵. Anche questa obiezione può essere superata sostenendo che in realtà l'alternativa tra interpretazione e modifica sia priva di rilevanza rispetto alle parti; rispetto ai terzi, invece, troverebbe applicazione il principio che tutela coloro che abbiano in buona fede acquistato diritti sulla base del significato apparente del contratto²²⁶. Diversa questione è poi se il giudice risulti vincolato all'interpretazione proposta dalle parti²²⁷.

²²³ GRANELLI, *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli accordi sull'interpretazione del contratto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 647: osserva che optare per l'alternativa secondo cui l'interpretazione autentica è solo quella in cui le parti sciolgono il dubbio ermeneutico seguendo i canoni legali significa tradire completamente la funzione dell'interpretazione autentica, che " - è bene non dimenticarlo - consiste nel rendere «incontrovertibile» il significato precettivo dell'originario testo contrattuale, «precludendo» alle parti (ed anche al giudice) «ogni altra possibilità interpretativa»: sarebbe infatti sufficiente dimostrare che l'interpretazione concordata fra le parti non coincide con quella che si otterrebbe applicando i criteri legali per far prevalere la seconda (quella condotta secondo i canoni ermeneutici dettati dagli artt. 1362 ss. c.c.) sulla prima (quella consensualmente selezionata dalle parti). In buona sostanza, l'interpretazione autentica sarebbe completamente inutile: o coincide con quella offerta dai canoni legali, ed allora sarebbe superfluo il richiamarsi; o non coincide con quella offerta dai canoni legali, ed allora risulterebbe - sempre - irrimediabilmente soccombente rispetto a quest'ultima".

²²⁴ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, 126: nell'ambito dell'autonomia rientra la legittimazione ad accertare il significato e la portata di un precetto posto in precedenza, e l'interpretazione autentica privata, a differenza di quella giurisdizionale e amministrativa, non è vincolata strettamente alla situazione giuridica preesistente, e può, nell'apprezzamento di questa, discostarsi dall'osservanza dei comuni canoni ermeneutici.

²²⁵ SACCO, *Il Contratto, II*, in *Trattato di diritto civile*, diretto Sacco, Torino, 2004, 382: "l'interpretazione autentica mira a rendere incontrovertibile tra le parti il significato del precetto. Essa vincola, ha una sua efficacia giuridica, è un negozio di accertamento. Le parti configurando quell'atto come interpretativo, non possono non volerlo retroattivo. Ma se le parti, dicendo di voler interpretare, operano senza il rispetto delle regole logiche e legali sull'interpretazione, il loro nuovo accordo è - deve considerarsi - innovativo. GRANELLI, *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli accordi sull'interpretazione del contratto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 647: l'accordo di interpretazione autentica di un testo contrattuale è - come si è detto - riconducibile alla più ampia figura dell'accertamento negoziale".

²²⁶ BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit. 444: il quale evidenzia che il problema di tutela dei terzi riguarda tutte le ipotesi di divergenza tra il significato normalmente desumibile dal testo contrattuale e quello particolare che le parti vi attribuiscono. "il problema che si pone è precisamente il problema dei terzi che fanno affidamento sul significato apparente del testo, e tale problema involge in generale tutte le ipotesi in cui il testo contrattuale non ha il significato normale. L'esigenza di tutela dei terzi, che qui si avverte, trova appropriata risposta nel principio adottato in tema di simulazione. Questo principio consente ai terzi di buona fede, che abbiano acquistato diritti sulla base del significato apparente, di opporre tale significato alle parti". ROPPO, *Il contratto*, cit., 442: evidenzia che "vincolati alle regole

6. Autolimiti e vincolatività per il giudice del negozio. Conclusioni.

Dobbiamo ora soffermarci su un ulteriore aspetto che concerne il rapporto tra autonomia privata e poteri del giudice nel processo, cioè il principio dispositivo inteso come proiezione dell'autonomia privata in sede processuale, ed in particolare sulla possibilità di incidere mediante accordi contrattuali sulla disciplina del processo.

Preliminarmente occorre osservare che i principi e le regole dell'autonomia privata non possono essere utilizzati nel processo allo stesso modo – e semplicemente con gli stessi limiti – in cui essi disciplinano le vicende contrattuali. Può aggiungersi che nel moderno processo civile a causa della crescente complessità, dal punto di vista tecnico ed economico, delle fattispecie sottoposte all'esame del giudice, oppure per la posizione di forza di una delle parti, hanno acquistato sempre maggiore importanza la ripartizione pattizia dell'onere della prova e gli accordi sulla possibilità o meno di utilizzare determinati mezzi di prova²²⁸.

È sempre più frequente, infatti, che i contraenti disciplinino i mezzi di prova utilizzabili in vista di una eventuale controversia e la ripartizione dell'onere probatorio in modo da limitare il rischio della prova e le incertezze collegate all'operazione economica regolata dal contratto²²⁹. In tale ultimo ambito riteniamo che possa trovare collocazione anche il negozio di accertamento²³⁰.

interpretative possono essere anche i terzi, variamente interessati al contratto. Il terzo a cui favore le parti hanno contrattato ex art. 1411 c.c. può vantare diritti verso il promittente nei soli limiti segnati dal senso che quelle regole attribuiscono al contratto”.

²²⁷ La vincolatività per il giudice dell'interpretazione autentica vedi: SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, Temi, 1963, 1135: Il quale afferma l'autonomia del giudice nel procedere alla ricostruzione del significato giuridicamente rilevante del contratto in quanto tale significato, rappresentando un regolamento e quindi un valore, sfugge ai normali principi che attengono alla ricostruzione giudiziale della realtà extraprocessuale. Esclude che il giudice possa ritenersi vincolato dal negozio di accertamento: CARRESI, *L'interpretazione del contratto, art. 1362-1371*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, 1992, Bologna-Roma: “come il negozio giuridico è espressione dell'autonomia riconosciuta ai privati di dare assetto ai loro interessi di natura patrimoniale, giacché tale autonomia può giustificare sul piano sostanziale la conclusione di nuovi accordi fra le parti eventualmente anche se diretti a fissare in modo vincolante il significato di un loro precedente regolamento negoziale (cosiddetto negozio di accertamento), ma non può risolversi sul piano processuale in alcun limite ai normali poteri di accertamento che sono stati concessi al giudice al fine di consentirgli, nell'esercizio della sua funzione, di giungere alla composizione della lite sottoposta al suo esame”.

²²⁸ VERDE, *L'inversione degli oneri probatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 719: osserva che “la lettura dei casi giurisprudenziali pone in evidenza come non di rado i giudici sono portati ad immaginare come esaurito il carico probatorio che secondo il diritto sostanziale sarebbe addossato alla parte quando risulti provata una porzione della complessiva fattispecie”. Ed ancora “l'inversione, allora, diventa uno strumento per proteggere la parte che avrebbe difficoltà probatorie (cioè che i tedeschi chiamano *Beweisnot*) ovvero per concedere protezione alla parte che nello svolgimento del rapporto sostanziale è in indubbia posizione di debolezza”.

²²⁹ PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2013, 1 gli accordi possono riguardare il normale svolgimento del processo, cioè il decorso delle diverse fasi processuali, così come disciplinate dal codice di rito, oppure la possibilità di esercitare poteri processuali concessi alle parti.

²³⁰ PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario c.c., a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, Roma, 1987, 194. Non si dubita della validità degli accordi che limitano l'utilizzabilità di mezzi di prova, in quanto essi trovano fondamento nel diritto delle parti di disporre. Con riferimento ai contratti che hanno ad oggetto la ripartizione dell'onere della prova si tende ad escludere la liceità di quelli che prevedono presunzioni senza possibilità di prova contraria, i quali comunque incidono solo indirettamente sulla ripartizione dell'onere in quanto, considerando esistente un fatto, in realtà precludono un non liquet, invece, si ritengono leciti i patti che stabiliscono una presunzione con possibilità di prova contraria.

Tale opera dell'autonomia privata incontra dei limiti perché per tal via non deve essere violato il diritto di difesa, come avverrebbe se la parte si assumesse un onere probatorio eccessivamente gravoso. Inoltre le materie oggetto di accertamento non dovranno riguardare diritti indisponibili perché l'inversione dell'onere probatorio reagisce, seppur indirettamente, sul diritto preesistente.

Il legislatore stabilisce, infatti, la nullità dei patti sull'onere della prova con i quali le parti escludono o limitano l'esercizio dei diritti oltre il confine segnato dall'"eccessiva difficoltà" dell'esercizio stesso, nonché di quelli che riguardano diritti indisponibili.

Per quanto riguarda il limite relativo all'indisponibilità dei diritti in dottrina si ritiene, che la possibilità per le parti di stipulare patti sull'onere della prova sia preclusa, non soltanto quando i diritti non sono disponibili, ma anche quando, pur vertendosi in materia di diritti rimessi alla disponibilità dei privati, il legislatore abbia introdotto una norma espressa per l'individuazione del soggetto "onerato" oppure una presunzione legale, così manifestando l'intento di disciplinare in modo cogente la ripartizione del rischio di soccombenza per la mancata prova.

Per quanto concerne il limite relativo all'eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto, in dottrina è stato osservato che l'autonomia negoziale in materia di convenzioni probatorie potrebbe determinare che una parte, spesso la parte "debole" del rapporto sostanziale, accettando l'accordo che inverte o modifica la distribuzione degli oneri probatori, finisca col danneggiare eccessivamente la propria posizione processuale²³¹.

Il limite della "non-eccessiva difficoltà" dell'esercizio del diritto dovrà, allora, essere valutato in concreto dal giudice, avendo riguardo delle specifiche caratteristiche della singola fattispecie e della natura dell'atto da compiere. Il giudice dovrà tener conto di ogni elemento che riguardi la prova dei fatti, come i costi e la concreta possibilità, per la parte onerata, di procurarsi i mezzi probatori occorrenti per dimostrare l'esistenza del fatto che la parte non avrebbe l'onere di provare secondo le regole generali. Il giudice sarà, perciò, chiamato a verificare se l'inversione o la modificazione convenzionale degli oneri probatori renda, per la parte onerata, eccessivamente difficoltoso il reperimento di mezzi di prova idonei a supportare le sue affermazioni in fatto; se cioè, l'inversione o la modificazione convenzionale degli oneri probatori, svuotando il dibattito processuale di ogni reale contenuto, finisca per imporre al giudice una sentenza senza prove, dando

²³¹ PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, Roma, 1987, 195: precisa che "il secondo limite fissato dall'art. 2698 serve a completare un sistema di garanzie che trova precisa espressione in numerose norme del codice civile, tendenti a non fare venire meno il senso di responsabilità di un contraente nei confronti dell'altro, consentendo un comportamento indifferente rispetto alla finalità stessa del contratto. Si devono innanzitutto richiamare le norme che considerano inammissibili i patti di esonero o di limitazione di responsabilità (art. 1229 c.c.), ma in tale contesto rilevano anche le norme che prescrivono la correttezza e la buona fede (art. 1175, 1366, 1375 c.c.) e soprattutto quella in tema di decadenza convenzionale (2965 c.c.)". VERDE, *L'inversione degli oneri probatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 719.

luogo, così, ad un vero e proprio, quanto inammissibile, meccanismo di predeterminazione convenzionale della soccombenza²³².

In questo senso, il limite della “non-eccessiva difficoltà” della prova si giustifica non soltanto con la necessità di garantire la parità di trattamento delle parti nel processo o con la necessità di far sì che l’eventuale volontà di rinunciare al diritto venga perseguita con gli strumenti offerti dal diritto sostanziale senza l’uso improprio del processo o, ancora, con l’esigenza di tutelare la parte debole del rapporto dagli eccessivi limiti che all’esercizio del suo diritto potrebbero essere “imposti” *ante causam* dalla controparte; ma anche e soprattutto, per quel che riguarda il fine conoscitivo del processo, con la necessità di garantire l’effettività del contraddittorio e il reale confronto dialettico tra le parti nell’accertamento del fatto.

Quando il giudice accerta che, in seguito all’inversione o alla modificazione convenzionale dell’onere probatorio, il limite della “non-eccessiva difficoltà” della prova è stato superato, egli deve dichiarare la nullità dell’accordo, che, pertanto, viene riconosciuto inidoneo ex tunc a produrre qualsiasi effetto giuridico. In questo caso, caduta la convenzione tra le parti, al giudice non rimane che ricorrere alla ripartizione dell’onere della prova secondo la regola generale di cui all’art. 2697c.c.²³³.

La possibilità di stipulare negozi di accertamento che invertono l’onere della prova, secondo il disposto dell’ art. 2698 c.c., seppur limitatamente al fatto o al rapporto accertato, può, pertanto, essere visto come una manifestazione dell’autonomia privata che, esplicita al di fuori del processo, si ripercuote su quest’ultimo e precisamente sui poteri del giudice.

Abbiamo detto che mediante l’accertamento, le parti presumono che il fatto o il rapporto è così come da esse accertato, tale meccanismo non costituisce o modifica la situazione preesistente, ma la rafforza nel senso che, nell’ipotesi di un eventuale successivo conflitto intervenuto tra le stesse parti, il beneficiario dell’accertamento è esonerato dall’onere di provare il fatto su cui egli fonda la propria domanda o eccezione.

Sulla base della presunzione il fatto preesistente all’accertamento è ritenuto come vero, ma è concesso alla controparte di provare il contrario: ne consegue che, in un eventuale giudizio, la parte, su cui la presunzione fa gravare l’onere della prova contraria, può sottoporre all’attenzione del giudice fatti tendenti a dimostrare che il fatto posto alla base

²³² LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, 1999, 313. il limite della “non-eccessiva difficoltà” dell’esercizio del diritto non è altro che un’applicazione del criterio della “non-eccessiva difficoltà” della prova, che opera nel caso di ripartizione legale degli oneri probatori e che qui, anziché essere ricavato dai principi di cui all’art. 3 e 24 della costituzione, trova invece una specifica previsione nel dettato del diritto positivo.

²³³ TARUFFO, voce “onere della prova”, cit., 74; VERDE, *L’onere della Prova nel Processo Civile*, cit., 128 ss; ID, *L’inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., 1992, 721 ss.; LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., 310; PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, cit.,181; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 163 ss.; MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell’onere di prova*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, III, 38; BETTI, *Su di una pretesa inversione dell’onere della prova per fatto concludente*, in *Giur. It.*, 1950, I, 264; DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 28.

dell'accertamento non è vero. Il giudice incontrerà un limite nel senso che dovrà tener conto della diversa redistribuzione dell'onere concordata tra le parti, ma i fatti sottoposti alla sua attenzione tendenti a dimostrare la non veridicità del fatto accertato saranno liberamente valutati secondo il principio del libero convincimento del giudice²³⁴.

Si deve escludere, quindi, che il negozio di accertamento incida sulla valutazione delle prove, ma operi esclusivamente sul rischio dell'onere della prova, redistribuendolo in modo diverso da come risulterebbe in base alla regola generale dell'onere della prova. Fermo restando che il tema della prova contraria non esonera la parte dall'onere di allegare i fatti costitutivi del rapporto fondamentale: con ciò configurando un'ipotesi di astrazione processuale²³⁵.

²³⁴ PATTI, *Prova testimoniale, presunzioni*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca, Libro sesto: tutela dei diritti art. 2721-2729*, Bologna- Roma, 2001, 107 "presunzioni legali relative e regole di ripartizione dell'onere della prova presentano quindi caratteri di somiglianza anche sotto il profilo del limite al principio della libera valutazione delle prove e del libero convincimento (art. 116 c.p.c.)".

²³⁵ La tesi qui sostenuta sembrerebbe non trovare riscontro in giurisprudenza che segue maggiormente la tesi dell'effetto preclusivo, piuttosto che quello dell'inversione dell'onere della prova. La tesi trova invece riscontro in parte della dottrina: cfr. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit.; ROPPO, *Il contratto*, cit.; SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto, diretto da Roppo, III, Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006

BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI, *Atti di ricognizione e di riproduzione*, in *Nss. D.I.*, I, Torino, 1956, 1525.
- ASCARELLI, *Arbitri e ed arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Rivista diritto e procedura civile*, 1929.
- ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932.
- AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2011.
- AUSTIN, *La determinazione del campo della teoria del diritto*, 1932.
- BANDIERAMONTE, *Il negozio di accertamento*, 73, 2010.
- BATTISTI-ALESSIO, *Dizionario etimologico italiano*, Firenze, 1951.
- BELELLI, *L'imputazione volontaria del pagamento*, Padova, 1989, 10.
- BELVEDERE, *Le definizioni nel Codice Civile*, Milano, 1977.
- BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 191
- BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 1291 ss.
- BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, 126.
- BETTI, *Ricognizione di debito e promesse di pagamento secondo nuovo codice*, in *Studi in memoria di Segrè*, Milano 1943, 5 ss.
- BETTI, voce "Autotutela", in *Enc dir.*, IV, 1959, 529ss.
- BETTI, *Teoria Generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 256 ss.
- BIANCA, *Diritto civile, II, la famiglia-le successioni*, 2001, 310
- BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2002.
- BIANCA, *Diritto civile, IV, l'obbligazione*, Milano, 1995.
- BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, Milano, 1999.
- BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1974;
- BIONE, *Regolamento di confini (diritto vigente)*, in *NDI*, XV, 256.
- BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996.
- BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.
- BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p 161.
- BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000.
- BRANCA, *Servitù prediali*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, art. 1058, 279.
- CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.
- CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925.

CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento, Regolamento, II*, in *Trattato del contratto a cura di Vettori*, Milano, 2006,

CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 1938, 256.

CARBONE, *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977.

CAREDDA, *Donazioni indirette*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I contratti gratuiti, a cura di Palazzo e Mazzaresse, Torino, 2008, 176.

CAREDDA, *L'onere, Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013, 97.

CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 6 e 108.

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 288.

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli.

CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 236;

CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942.

CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in Cassazione*, in *Riv. proc. civ.* 1926, I, 202.

CARNELUTTI, *Note in margine alle nuove leggi processuali. Documento ricognitivo o rinnovativo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, 233ss

CARRESI, *Accertamento e interpretazione nel contratto*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, II , Tomo I, p.143 ss.

CARRESI, *Concetto e natura giuridica della transazione*, in *Riv. trim. dir e proc civ.*, 1953, 398.

CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 393 ss.;

Id., *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXI, 1, Milano, 1987, 93 ss.

CARRESI, *L'interpretazione del contratto, art. 1362-1371*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, 1992, Bologna-Roma

CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. Dir. civ. diretto da Vassalli*, IX, 3 Torino, 1966.

CARRESI, *La transazione*, Torino, 1966, 43ss.

CARRESI, *Note critiche in tema di accertamento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 62;

CATRICALÀ A., *Accertamento (negozio di)*, In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Roma, 1988;

CECCHETTI, GRANELLI, voce *Quietanza*, *Digesto delle discipline privatistiche*, 162.

CECCHETTI, voce *Quietanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 161.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 340.

CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948.

CICU, *La filiazione*, Torino, 1969, 162.

CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, 271.

CORRADO, *Negozio di Accertamento*, in *Nuovissimo Digesto*, XI, Torino, 1965 p.196 ss.

COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, 87

COSTANZA, *Filiazione III, Filiazione naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, 3.

CRIFÒ E PEZZANA, *Filiazione naturale*, in *Enc. dir.*, XVII, 483.

D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger.

D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit. 427.

DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996.

DAMBROSIO, *La risoluzione per inadempimento nel negozio di accertamento*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di Giorgio De Nova, Milano, 1994, p 915 ss.;

DE MARTINO, *Beni in generale-proprietà*, in *Commentario Scialoja Branca (art. 810-956)*, 1976.

DE STEFANO, *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*

DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva e negozio di accertamento*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1948, p. 182 ss.

DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva*, Milano, 1948, 108.

DEL PRATO, *Transazione*, in *Enc. dir.*, XLIV, 819.

DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1948.

DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile*, 1994, 312.

DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.* XXXVII, 1988, 50.

DI PAOLO, *Negozio di accertamento*, in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995, 55.

DI PRISCO, *L'adempimento in generale*, in *RESCIGNO, Trattato di diritto privato*, vol 9, Milano, 1984, 111 ss.

DI TILLIO, *Ricognizione di debito e negozio di accertamento*, in *Rassegna di diritto civile*, VIII\3, 1987, 793 ss.

DONISI., *Il contratto con se stesso*, Napoli-Camerino, 1982, 96-97.

DUSI, *Della filiazione e dell'adozione*, Napoli-Torino, 1925, 590.

FALQUI MASSIDDA, *Promessa unilaterale*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, XIV, 83;

FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 205 ss.

FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 495.

FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dell'arbitrato*, 1994, 7ss.

FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*, VIII, diretto da Sacco, 2013, 32.

FERRI, *Le promesse unilaterali, i titoli di credito*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1972.

FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 257

FORCHIELLI ANGELONI, *Della divisione, art. 713-768*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 2000, 63.

FORNACCIARI, *Il negozio di accertamento, i contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti, diretto da Rescigno e Gabrielli*, 2005, 46.

FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Milano, 2012.

FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001,

FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993, 34ss.

NICOLO', *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980.

FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.* VIII, Milano, 1961, 872

GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, III, t.1, Milano, 1988, 70.

GALGANO, *Trattato di diritto civile, II, Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, Padova, 2009, 151.

GAMBARO, *Apposizione di termini e regolamento di confini (azione per)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988.

GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 313

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998, I, 450

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2009, 518.

GHIRONI, *Gli interessi non patrimoniali tra norma giuridica e realtà, Liber Amicorum Angelo Luminoso*, 2012.

GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, 1954, 216.

GIAMPICCOLO., *Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria di G.B. Funaioli*, Milano, 1961, 110 e 122.

GIANNATASIO, *Delle successioni. Divisione*, in *Comm. al cod. civ.*, Torino, 1980;

MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. VI, Torino, 1975.

GIANNINI M.S. , *Accertamento: b) Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Enciclopedia del Diritto I*, Milano, 1958, p. 219 ss.

GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 571.

GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939.

GRANDE, *L'autotutela consensuale*, in *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, a cura di Gianniti, Padova, 2010, 227ss.

GRANELLI, *“Ricognizione” imposta al possessore del fondo enfiteutico e riconoscimento della proprietà*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1982, 44,

GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva dei diritti reali*, Milano, 1983, passim.

GRANELLI, *Ricognizione imposta al possessore del fondo enfiteutico e riconoscimento della proprietà*, in *Riv. trim dir proc civ.*, 1982,

GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell’atto ricognitivo*, Padova, 1979, 53.

GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984, 668.

GRAZIANI, *Sugli effetti del riconoscimento di debito*, in *Giur. It.*, 1975;

GRAZIANI, voce *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XL,520.

GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.

IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 10ss.

IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 6 ss.

JORI-PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995.

LAZZARO G., *La causa del negozio di accertamento*, in *Giustizia Civile*, 1963, I, p.85 ss;

LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970, 17.

LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Padova, 1932, 274ss.

LUISO, *Diritto processuale civile, Il processo di cognizione*, II, Milano, 2009.

MAGAZZÙ, *Confini (regolamento di)*, in *Enc. dir.*, VIII, 963.

MAGAZZÙ, *L’imputazione del pagamento*, Milano, 1971.

MANZINI, *Il negozio di accertamento: inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, 1998, 1427.

MENEGUZZO, *Il negozio di accertamento*, in *Rivista di diritto civile*, XXXIII\II, 1987, p.643 ss.;

MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997

MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Iustitia*, 1966, 103

MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, 1, Milano, 356.

MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949 .

MESSINEO, *Manuale il diritto civile e commerciale*, Milano.

MICHELÌ, *L’onere della prova*, Padova, 1966.

MINERVINI , *Il Problema dell’individuazione del “negozio di accertamento”*, in *Rassegna di diritto civile*, VII\3, 1986, p.581 ss.;

MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 25.

MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Rass. Dir. civ.* 1986, 623.

MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1951, 66.

MONTESANO, *In tema di accertamento negoziale e di astrazione della causa*, *GCCC*, 1951, 782, 786,

MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. comp. Corte Sup. Cass. civ.*, 1948, 155.

MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 365.

MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, *Enc. giur.*, XVII,

MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, 404ss.

NICOLINI CANIATO, *Appunti sui negozi di accertamento unilaterale*, in *Rass. Dir. civ.* 1984, 171.

NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, già in "Annali di scienze Giuridiche dell' Università di Messina", VII, 1934.

ORLANDO CASCIO, *Enfiteusi (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XIV, 920.

PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1964, 125.

PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato diritto privato, Obbligazioni e contratti*, V, diretto da Rescigno, 1985, 299.

PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011, 30

PALERMO, *L'enfiteusi*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, 1982, 69.

PAOLINI, *Il Contratto di accertamento*, Padova, 1997.

PATTI, *Prove, Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987, 191 ss.

PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009.

PIZZORUSSO, *Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di Tito*.

PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958.

PUCCINI, *Note in tema di legittimazione congiuntiva alla conferma di testamento affetto da annullabilità assoluta, nel quadro degli atti di accertamento privato*, in *Giust. Civ.*, 1983, II, 226.

PUGLIATTI, *Della Transazione*, in *Commentario D'Amelio – Finzi*, II, 2°pt ,Firenze, 1949, p 448 ss;

PUGLIATTI, *Diritto civile, Metodo-teoria-pratica, Saggi*, Milano, 1951.

PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro Pad.* 1953, III, 90.

PUGLIATTI, voce "Conoscenza", in *Enc. dir.*, Milano, 1958.

ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 5

ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011.

SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, 953 ss.;

SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, I, Torino, 2004

FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *Trattato dei contratti, Contratti di composizione delle liti*, I, 2005, 35 .

SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv.*, sezione civile, Torino, 1987, 517

SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, s.d., p.13 .

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, 178.

SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956.

SANTORO PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 342ss. FAZZALARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto, Disc. Priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987,

SANTORO PASSARELLI, *Nozione della Transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956;

SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (traduzione di Scialoja), Torino, 1886, VII, 7ss.

SCALISI, *Natura ed efficacia dell'imputazione di pagamento, ex art. 1193 c.c.*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 512.

SCALISI, *Negozio Astratto*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1978, 70.

SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1995;

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 256.

BIANCA, *Il contratto*;

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*.

SEGRE', *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1926.

SESTA, *Il diritto di famiglia*, in *Trattato Bessone*, III, 85.

SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, 9.

STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, 60.

STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 136;

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, 283;

STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 57.

TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pp.70 ss..

TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Eula*, III, Milano, 1957.

TARUFFO, in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, 2011, 524.

PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni. Commentario al codice civile Scialoja Branca, libro VI: tutela dei diritti art. 2721-2729*, Bologna Roma, 2001.

THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951;

TOMMASEO, *Commento sub. Art. 2720 c.c.*, in *Commentario Cendon*, 200.

TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 892.

TORRENTE- SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli e Granelli, 2009, 100

TORRENTE, *Rendita perpetua, rendita vitalizia*, in *Comm. cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1966, 59.

TORRONI, *L'accertamento negoziale di precedenti liberalità*, in *Rivista del notariato*, LXV, 445, KROGH, *Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità*.

TRIFONE, *Enfiteusi*, in *Comm. Scialoja e Branca*, art. 957-1026, 1978.

TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi negoziale*, in *Liberalità non donative e attività notarile, I Quaderni della fondazione italiana per il notariato, il Sole 24 ore*, n. 1 del 2008, 83.

TROISI, voce *Negozio giuridico (negozio astratto)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.

TTAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, Torino, 1976, 297.

UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011, 106.

VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXXVII, Milano, 1986.

VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1961, 58.

VALSECCHI, *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 181ss;

VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1952, 153.

VERDE, *L'inversione degli oneri probatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 730.

VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 2013.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, (traduzione di Fadda e Bensa), Torino, 1925, 593.

