



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche ed Internazionali

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE
E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO

CICLO XXX

Il n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c.:
la trascrizione degli accordi di mediazione che accertano l'usucapione

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Dottoranda: Beatrice Stefenelli

Capitolo I

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO: DALLA DISCUSSA
AMMISSIBILITÀ AL N. 12-BIS DELL'ART. 2643 C.C.

1. Il dibattito dottrinale classico sull'ammissibilità e sugli effetti del negozio di accertamento	1
2. Le teorie	5
2.1. <i>Le teorie dichiarative</i>	5
2.2. <i>Le teorie costitutive</i>	8
2.3. <i>La teoria dell'efficacia preclusiva</i>	11
3. La genesi legislativa del n. 12-bis dell'articolo 2643 c.c.	13

Capitolo II

ACQUISTO PER USUCAPIONE E CIRCOLAZIONE
IMMOBILIARE

1. Sentenza dichiarativa dell'usucapione e circolazione immobiliare	19
2. <i>Usucapio libertatis</i> ed efficacia retroattiva dell'usucapione	21
3. Efficacia <i>ultra partes</i> della sentenza dichiarativa dell'usucapione	30

Capitolo III

L'ACCORDO DI MEDIAZIONE ACCERTATIVO
DELL'USUCAPIONE

1. Note introduttive e qualificazione strutturale dell'«accordo delle parti»	35
1.1. <i>Inquadramento tradizionale del negozio di accertamento e previsione del n. 12-bis dell'art. 2643 c.c.</i>	35
1.2. <i>La trascrizione ex art. 2644 c.c. del contratto di transazione</i>	39
1.3. <i>Dichiarazioni ricognitive aventi ad oggetto un diritto reale</i>	45

2. La causa dell'accordo accertativo dell'usucapione.	53
2.1. <i>Accordo accertativo dell'usucapione e circolazione immobiliare: primi cenni in tema di funzione della presente figura contrattuale.</i>	53
2.2. <i>Ricostruzione della vicenda dispositiva: note introduttive.</i>	57
2.2.1. <i>Accertamento negoziale dell'usucapione come vicenda regolativa o modificativa in senso lato.</i>	59
2.2.2. <i>Accordo accertativo dell'usucapione ed efficacia preclusiva.</i>	66
2.2.3. <i>Conclusioni relative alla configurabilità dell'accordo accertativo dell'usucapione quale vicenda regolativa.</i>	68
2.3. <i>Accordo accertativo dell'usucapione e produzione di effetti traslativi.</i>	72
2.4. <i>Causa dell'accordo accertativo dell'usucapione e ricostruzione della vicenda dispositiva: conclusioni.</i>	87
2.5. <i>Onerosità dell'accordo accertativo e ricostruzione del sinallagma.</i>	90
2.6. <i>Definizione del rapporto tra l'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione e il contratto di transazione.</i>	91
2.7. <i>Conclusioni relative alla questione della difformità tra l'esito dell'accertamento e la situazione effettivamente esistente.</i>	94
3. Il "ruolo" dell'usucapione e l'oggetto dell'accordo accertativo	103
3.1. <i>Expressio causae e funzione dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione: ricorre un'ipotesi di astrazione materiale?</i>	103
3.2. <i>Acquisto per usucapione e presupposizione</i>	112
3.3. <i>L'oggetto dell'accordo accertativo</i>	115
3.4. <i>Il ruolo dell'usucapione nell'accordo accertativo: conclusioni.</i>	118
4. Contestabilità e patologie dell'accordo accertativo dell'usucapione	119
4.1. <i>Accordo di mediazione che accerta l'usucapione e processo ordinario</i>	119
4.2. <i>Annullabilità dell'accordo accertativo per vizi del consenso e rilevanza dell'attività conoscitiva</i>	125

4.3. <i>Risoluzione dell'accordo accertativo dell'usucapione</i>	129
4.4. <i>Motivi e simulazione dell'accordo accertativo dell'usucapione</i>	130
5. L'accordo accertativo dell'usucapione ed i terzi: dai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale al contratto per persona da nominare	134
6. Cenni relativi al procedimento di mediazione e alla forma	142
7. Riflessi dell'introduzione del n. 12-bis sul dibattito classico relativo all'ammissibilità del negozio di accertamento	143
Capitolo IV	
ACCORDO ACCERTATIVO DELL'USUCAPIONE E	
ACQUISTO DEL DIRITTO	
1. Accordo accertativo quale titolo d'acquisto del diritto?	151
2. Qualificazione dell'acquisto dell'usucapiente accertato	163
3. Accertamento negoziale dell'usucapione e risoluzione dei conflitti circolatori.	168
3.1. <i>Pubblicità dichiarativa ed applicazione del principio di continuità ex art. 2650 c.c.</i>	168
3.2. <i>Accertamento negoziale dell'usucapione e trascrizione delle domande giudiziali.</i>	170
3.3. <i>Accertamento dell'usucapione e regime tavolare.</i>	172
Bibliografia	173
Indice cronologico delle decisioni	189

Esposizione riassuntiva

Con il presente lavoro di ricerca, si è inteso ricostruire la figura dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione, la cui trascrizione è stata prevista dall'art. 84-*bis* del d. l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

Il percorso di ricerca ha preso avvio dalla ricognizione del dibattito tradizionale sull'ammissibilità e sugli effetti del negozio di accertamento nonché delle principali criticità relative alla circolazione degli immobili acquistati per usucapione.

Nel ricostruire la figura contrattuale di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., seguendo idealmente l'ordine tracciato dall'art. 1325 c.c., si è considerata, in primo luogo, la struttura dell'«accordo».

Larga parte dell'analisi è stata quindi dedicata alla causa dell'accordo accertativo dell'usucapione e alla correlata ricostruzione della vicenda dispositiva. Adottando un approccio ricostruttivo di tipo analitico, si sono vagliate le principali prospettazioni elaborate sia con riferimento all'accordo di mediazione che accerta l'usucapione, sia relativamente, più in generale, al negozio di accertamento.

Si è quindi proceduto all'autonoma analisi del ruolo dell'usucapione all'interno della figura contrattuale di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., prospettando una triplice alternativa qualificatoria: l'usucapione potrebbe astrattamente costituire, in primo luogo, oggetto di una c.d. *expressio causae*, in secondo luogo, oggetto *tout court* dell'accordo accertativo e, infine, potrebbe rilevare quale presupposizione.

Ricostruita la vicenda dispositiva, si sono approfondite le tematiche del rapporto dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione con il processo ordinario, della contestabilità del medesimo per vizi del consenso, della risoluzione, della simulazione e, infine, della sua efficacia nei confronti dei terzi.

L'ultimo capitolo della tesi è stato dedicato all'analisi dei conflitti circolatori che possono riguardare un accordo di mediazione accertativo dell'usucapione e alla definizione della vicenda giuridica dell'acquisto del diritto, avuto riguardo, in primo luogo, alla possibilità di inquadrare tale contratto quale titolo d'acquisto e, in secondo luogo, alla qualificabilità dell'acquisto dell'usucapiente accertato secondo le tradizionali categorie della derivatività e dell'originarietà.

Abstract

This study aims to analyse the n. 12-*bis* which has been recently introduced in the article n. 2643 of the Italian Codice Civile and states the registration, in the real estate registers, of agreements through which private people, instead of accessing to justice, with the assistance of a mediator, can make certain the accomplishment of an acquisition by adverse possession.

The analysis starts from the study of the traditional debate about the admissibility and the effects of the contract through which private people can ascertain an uncertain – or even contentious – situation, as well as of the critical issues regarding the circulation of real estate rights which has been acquired through adverse possession.

Following the sequence of the article n. 1325 of the Italian Codice Civile, which identifies the essential elements of the contract, the analysis starts from the structural definition of the «agreement».

Wide part of the analysis is focused on the cause of this sort of ADR agreement and on the definition of the *role* of the adverse possession and, consequently, on the relationship with the access to justice, on the relevance of the vices which eventually occurred, on simulation and on the termination of the contract and on the definition of the effects towards people who hadn't been part of the agreement.

In the last chapter of the thesis, the analysis is focused, in the former part, on the definition and qualification of the acquisition of the property or other real estate rights and, in the latter part, on the circulatory conflicts which can involve this sort of ADR agreements about adverse possession.

Capitolo I

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO: DALLA DISCUSSA AMMISSIBILITÀ AL N. 12-BIS DELL'ART. 2643 C.C.

1. Il dibattito dottrinale classico sull'ammissibilità e sugli effetti del negozio di accertamento

In tempi non recenti, la stessa ammissibilità del negozio di accertamento costituiva oggetto di discussione in dottrina. In particolare, si ravvisava un'insanabile incompatibilità tra l'accertamento, considerato di esclusiva pertinenza del potere giurisdizionale, e il negozio; si rilevava infatti come il primo non costituisca frutto di un atto di volontà, ma di un giudizio, mentre il secondo sia espressione di una volontà dispositiva¹.

¹ Già all'inizio degli anni Trenta, E.T. LIEBMAN – in *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, p. 274ss. – evidenziava un'incompatibilità di carattere logico tra funzione di accertamento e negozio, osservando come la prima sia priva di quegli effetti costitutivi, modificativi ed estintivi, tipici del secondo: «perché preesiste al processo la volontà della legge di essere interpretata ed applicata dal giudice, il diritto considera che la volontà della legge sia sempre stata riguardo al rapporto accertato così come il giudice l'ha dichiarata e indiscutibilmente affermata». In senso contrario, si è pronunciato anche M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 256 ss.: l'atto negoziale non può mai svolgere l'effetto, tipico della sentenza, di accertare, in modo definitivo e con efficacia assolutamente retroattiva, la realtà di fatto e giuridica di una situazione presente o passata. Il potere di accertare in via definitiva, e di vincolare l'ordinamento all'accertamento del rapporto, è proprio di una funzione esclusiva dello Stato, e cioè della attività giurisdizionale. Anche quando un accordo tra i privati venga rivolto ad interpretare, accertare una determinata situazione e ad adeguare i rapporti futuri a quelli che essi considerano essere stata la situazione pregressa, la realtà oggetto dell'accertamento privato rimane fissata dai suoi dati reali, non dal risultato dell'accertamento.

Ai privati viene quindi riconosciuto esclusivamente il potere di modificare la realtà giuridica e di disporla per il futuro in conformità alle proprie decisioni; per quanto attiene alle situazioni passate, gli stessi non possono che svolgere un'attività di interpretazione e giudizio. Laddove quindi le parti intendano accertare un rapporto già esistente in funzione dell'adeguamento ad esso della situazione giuridica futura, necessariamente dovranno dapprima chiarire, con un'azione di interpretazione, il rapporto pregresso e, per il tramite di un negozio dispositivo, adeguare la situazione giuridica all'oggetto dell'accertamento.

In definitiva, secondo l'Autore, l'unico strumento che i privati hanno a disposizione per chiudere una controversia o, più semplicemente, per eliminare un'incertezza, è quello di costituire un rapporto che, anche qualora sia realizzato sulla base

In questo senso, si sosteneva quindi il negozio non potesse mai costituire atto di accertamento – al contrario della sentenza – perché sempre espressione di una volontà dispositiva, non ravvisabile nell'accertamento in sé e per sé inteso.

Secondo la più rilevante delle voci dottrinali che si sono espresse in senso contrario all'ammissibilità del negozio di accertamento², il potere di disporre è incompatibile con il potere di accertare³: il negozio è per sua natura dispositivo, cioè funzionalmente tendente a modificare la situazione giuridica preesistente e destinato a valere anche se il regolamento da esso dettato non sia congruente alla situazione che le parti avevano inteso accertare. La funzione del negozio di accertamento potrebbe tutt'al più consistere nella sostituzione di una situazione giuridica certa ad una incerta⁴: dal momento che il negozio presuppone una volontà e che questa può essere diretta solo a determinare una situazione certa, la certezza che per il suo tramite è ottenibile è una «certezza creata, non una certezza trovata»⁵. In definitiva, a parere di questa parte della dottrina, solo un atto privato non negoziale può operare un accertamento.

dell'interpretazione che le parti danno della situazione preesistente, prescinda però dalla corrispondenza con questa per la sua validità ed efficacia. Solo così si potrà realizzare il sicuro superamento della controversia ed evitare che, ponendo in discussione l'esattezza del giudizio dato dalle parti sulla realtà controversa, le questioni attinenti al rapporto controverso si ripropongano nella nuova situazione.

² F. SANTORO - PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 6 ss.

In senso contrario all'ammissibilità nel nostro ordinamento di un negozio avente la funzione di eliminare puramente e semplicemente un'incertezza in ordine ad un precedente negozio o agli elementi di questo, si sono espressi anche G. LASERRA, *Riconoscimento del debito e promessa di pagare*, in *Dir. e giur.*, 1949, p. 241 ss.; F. DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva*, Milano, 1948, p. 97 ss.; L. MONTESANO, *In tema di accertamento negoziale ed astrazione della causa*, nota a Cass., 28 aprile 1951, n. 1043, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, p. 782.

³ Il potere di accertare non si può quindi considerare come espressione del potere di disporre e tale affermazione non ha mai costituito oggetto di approfondimento, finendo sostanzialmente per essere assunta a postulato da parte della dottrina dell'accertamento negoziale.

⁴ Tale ricostruzione trova origine nella dottrina tedesca; per i relativi riferimenti bibliografici, si rinvia a A. FOÀ, *Sulla natura giuridica delle dichiarazioni riproduttive*, in *Temi Emiliana*, 1928, II, 5 ss., col. 65; LIEBMAN, *op. ult. cit.*, p. 274.

⁵ In tal senso, SANTORO - PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 6: per conferire certezza ad una situazione giuridica incerta, non è idonea un'attività di volontà, ma è necessaria un'attività meramente conoscitiva e solo in questo significato può continuarsi a parlare di attività di accertamento, intesa cioè come volontà «diretta a determinare la situazione certa, in conformità del comando negoziale espresso dalle parti». In definitiva, per accertamento si intende l'eliminazione della litigiosità o anche della semplice incertezza della situazione esistente, attraverso un negozio da cui risulta che la situazione resta stabilita in un certo modo; «è chiaro che non si tratta di un accertamento in senso proprio, e comunque dell'accertamento caratteristico dell'attività giudiziale».

Il negozio di accertamento difetterebbe quindi di una causa propria: non sarebbe infatti configurabile una causa meramente accertativa, dal momento che i problemi connessi alla certezza delle situazioni giuridiche avrebbero rilevanza solo sul piano processuale e potrebbero, conseguentemente, trovare soluzione solo attraverso il mezzo di prova.

Secondo altra dottrina, il negozio di accertamento non sarebbe ammissibile a causa delle diversità inconciliabili tra l'accertamento privato e l'accertamento giudiziale: in particolare, da un lato, l'incertezza della situazione soggettiva non costituisce presupposto necessario per ricorrere all'accertamento giudiziale; dall'altro, costituisce effetto costante di quest'ultimo l'applicazione della sanzione⁶.

Secondo la ricostruzione di gran lunga maggioritaria, al contrario, il potere di accertamento dovrebbe essere riconosciuto ai privati, sulla base di un argomento *a fortiori*: come gli stessi sono titolari di poteri dispositivi volti alla realizzazione di un determinato assetto di interessi, così deve riconoscersi loro il potere di intervenire su quest'ultimo in via meramente accertativa⁷. In questo senso, il potere di accertamento costituirebbe un *minus* rispetto ai più penetranti poteri dispositivi⁸.

Alla luce di quanto da ultimo detto, la convenzione avente mera finalità accertativa supera il vaglio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.⁹ e viene da taluni considerata manifestazione del potere, riconosciuto

⁶ Cfr. C. FURNO, *Accertamento convenzionale e astrazione processuale*, Firenze, 1948, pp. 29 - 113.

⁷ Nel senso che il potere di disporre comprenderebbe quello di accertare, si veda G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 177; G. TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, Milano, 1957, III, p. 473; NICOLETTI, *Alcune considerazioni intorno ai rapporti tra negozio e processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1498; T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 325 ss.

In tal senso, Cass., 27 maggio 1971, n. 1572, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 984 e in *Foro it.*, 1971, I, c. 2236.

⁸ Dell'accertamento come «*minus*» rispetto alla disposizione parla STOLFI, *op. ult. cit.*, p. 177.

⁹ L'interesse ad eliminare l'incertezza, proprio del contratto di accertamento, deve ritenersi socialmente apprezzabile e meritevole di tutela, essendo la certezza dei rapporti giuridici un valore protetto dall'ordinamento giuridico. In tal senso, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, I, p. 196.

In giurisprudenza, Cass., 27 maggio 1971, n. 1572, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 984 e in *Foro it.*, 1971, I, c. 2236 ha affermato: «la fattispecie del negozio di accertamento caratterizzata dall'intento delle parti di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica preesistente, attraverso la precisazione dell'essenza, del contenuto e degli effetti di essa e ricompresa nella categoria dogmatica del «riconoscimento causale», è ammessa nell'ordinamento giuridico italiano, soprattutto in virtù dell'elaborazione giurisprudenziale, la quale, superando l'ostacolo della cosiddetta tipicità delle cause, in precedenza frapposta, l'ha definitivamente inserita nel sistema giuridico delle fonti negoziali».

ai privati dall'art. 1321 c.c., di «regolare tra loro un rapporto giuridico patrimoniale»¹⁰.

Ulteriore argomento a sostegno dell'ammissibilità del negozio atipico di accertamento viene rinvenuto nell'esistenza di alcuni istituti, di diritto processuale e di diritto sostanziale, dall'analisi dei quali è lecito asserire che, in presenza di una lite su diritti rientranti nella disponibilità delle parti, l'ordinamento giuridico ritenga preferibile preservare la pace sociale rispetto alla soluzione della controversia in base all'applicazione dello *strictum ius*. Più precisamente, gli indici su cui si fonda tale argomento si rinvergono nel principio dispositivo¹¹, nel fatto che spetti ai privati dare l'impulso in base al quale si mette in moto il processo, nonché negli accordi sull'onere della prova (art. 2698 c.c.), nella conciliazione (art. 185 c.p.c.)¹² e nella transazione¹³. Si è poi affermato che il riconoscimento alle parti del potere di emettere dichiarazioni riproductive,

In senso conforme, Cass., 30 marzo 2009, n. 7640 in *Immobili & dir.*, 2010, p. 44; Cass., 23 maggio 1975, n. 2055, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 726; Cass., 15 gennaio 1970, n. 84, *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 90; Cass., 30 giugno 1969, n. 2374, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 86; Cass., 25 settembre 1964, n. 2413, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 89; Cass., 27 luglio 1964, n. 2070, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 91; Cass., 4 luglio 1962, n. 1701, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 80.

In alcune pronunce più recenti, la legittimità del negozio di accertamento viene sostanzialmente data per presupposta: Cass., 1 dicembre 1992, n. 12819, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, p. 1799; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Riv. not.*, 1985, p. 424; Cass., 10 gennaio 1983, n. 161, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 1 e in *Riv. not.*, 1983, p. 1190; Cass., 6 novembre 1981, n. 5857, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, fasc. 11; Cass., 3 marzo 1980, n. 1427, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2175.

¹⁰ TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, cit., 475.

¹¹ Sul punto, si veda ancora M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 20: se l'ordinamento giuridico permette che i privati non solo diano l'impulso perché la macchina del processo sia messa in moto, ma che inoltre essi possano direttamente influire sui vari atti di cui essa consta, in modo da influire in definitiva sulla decisione del giudice, significa che lo Stato si preoccupa solo che la composizione della lite venga raggiunta, qualunque siano i mezzi coi quali ad essa si pervenga.

Il principio della disposizione delle parti, da un lato, consente di giustificare perché i privati possono ricorrere, per il componimento della lite, ad altri strumenti diversi dal processo, dall'altro, consente di individuare i limiti di tale facoltà, nel senso che, di regola, quando non vi è quel potere nel processo, corrispondentemente non vi è possibilità del ricorso a quegli altri strumenti.

¹² Sul punto, si rinvia a SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 47.

Cfr. anche F. CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1965 p. 47 ss.; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 596 ss.

¹³ In questi termini, GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 20; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, II, 1949, p. 454; NICOLETTI, *Alcune considerazioni intorno ai rapporti tra negozio e processo*, cit., p. 1498.

ai sensi dell'art. 2720 c.c., implicitamente ricomprenda il riconoscimento alle stesse di emettere dichiarazioni riproduttive a scopo di accertamento¹⁴.

Costituiscono manifestazioni delle difficoltà incontrate nella ricostruzione del negozio di accertamento due tendenze diffuse nella dottrina tradizionale. La prima, che più marcatamente rivela le perplessità sorte attorno alla configurabilità di una autonoma causa di accertamento, si sostanzia nell'inclusione di tale figura negoziale entro l'ambito di fattispecie tipiche, quali la transazione, il riconoscimento¹⁵, la confessione e la novazione. La seconda tendenza assume diverse sfumature e trova manifestazione nella configurazione del negozio di accertamento in termini di più generale di categoria classificatoria entro cui ricomprendere fattispecie negoziali aventi il medesimo scopo pratico – individuato nell'eliminazione dell'incertezza, potenzialmente fonte di lite – ma diverse per struttura e funzione¹⁶.

2. Le teorie

2.1. Le teorie dichiarative

Secondo parte della dottrina, il negozio di accertamento non sarebbe diretto a costituire una situazione giuridica in tutto o in parte

¹⁴ In questo senso, R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali di scienze giuridiche dell'Università di Messina*, 1932 - 33, p. 400 ss. e 414 ss.

¹⁵ Secondo GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 145, il riconoscimento rientra a pieno titolo nello schema del negozio di accertamento, trovando il suo fondamento nell'incertezza della situazione preesistente e nel conseguente intento di accertare.

¹⁶ Parte della dottrina include la stessa transazione tra i negozi di accertamento e, in considerazione del fatto che la legge le dedica una disciplina apposita, ne trae argomento a favore dell'esistenza di una causa generica di accertamento che, in quanto tale, sembra ignota al legislatore.

In questo senso, F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 4ss.; STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, cit., 133; ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 285; in particolare, CARRESI, *op. cit.*, 51ss. Della transazione come negozio di accertamento, ma senza attribuire a questa figura negoziale funzione dichiarativa parla anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, XV, II, Torino, 1960, p. 263 ss.

Traggono dalla transazione argomento a sostegno dell'esistenza di una causa generica di accertamento, STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, loc. ult. cit.; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit. p. 4; *contra*, ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 223 ss.

nuova, ma a dichiarare, in conformità all'intento delle parti, la situazione giuridica preesistente¹⁷.

Si ritiene inconcepibile che una modifica della situazione preesistente sia causata dal negozio di accertamento in considerazione del fatto che le parti non manifestano alcun intento dispositivo¹⁸. L'unico mutamento compatibile con tale contenuto volitivo è quello dichiarativo, analogo a quello prodotto dalla sentenza, che si sostanzia nel conferimento del carattere di certezza ad un vincolo preesistente.

Altra parte della dottrina sostiene che un ravvicinamento tra sentenza dichiarativa – *rectius*, di mero accertamento – e negozio di accertamento si possa realizzare sul piano funzionale¹⁹, dal momento che entrambi risultano finalizzati al superamento della lite. Dal punto di vista strutturale, mentre la prima si basa su un giudizio, cui segue un comando, nel secondo si realizza l'inversione logica di questi due elementi, perché si avrebbe un comando cui sarebbe attribuito il carattere di giudizio²⁰.

¹⁷ In tal senso, ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 255; ID., *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 220; CARRESI, *La transazione*, cit., p. 115 ss. Configurano il negozio di accertamento come negozio ausiliario: NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, loc. ult. cit.; CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1926, p. 186 ss., spec. p. 189.

¹⁸ Così, STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, cit., p. 137.

La situazione accertata deve essere considerata, sia dalle parti sia dai terzi, nel modo in cui è stata fissata dal negozio accertativo, in virtù dell'intervento di una finzione giuridica. Si ritiene inoltre che, essendo il mutamento dichiarativo - accertativo previsto con riferimento al contratto di transazione, non sussistano ragioni ostative all'estensione delle norme regolatrici dello stesso ad ogni negozio diretto all'eliminazione dell'incertezza.

¹⁹ In tal senso, CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., p. 4 ss. Nell'elaborazione della teoria degli equivalenti giurisdizionali, l'A. ha tentato di costruire un fenomeno globale dell'accertamento, il quale si esprimerebbe nell'accertamento processuale, in quello negoziale, ed attraverso le leggi interpretative che costituirebbero l'accertamento legislativo. Mentre la statuizione del giudice è sempre espressione di una regola predeterminata dall'ordinamento – ragione per cui si parla di dichiaratività della sentenza – e la sentenza dispositiva, frutto di una valutazione discrezionale del giudice, costituisce figura particolare nel contesto della funzione giurisdizionale, così il negozio dichiarativo – in cui si sostanzia l'accertamento negoziale – si porrebbe come dato singolare nell'ambito dell'atto negoziale. Il potere di accertamento costituisce espressione di un potere che va oltre il potere di disposizione e si affianca a quest'ultimo con una caratterizzazione autonoma.

Il negozio di accertamento costituisce un genere cui appartengono tre diverse figure caratterizzate dalla finalità della composizione della lite: la transazione, la rinuncia e il riconoscimento.

²⁰ Quanto ai rapporti tra negozio di accertamento ed efficacia retroattiva, si osserva che, a differenza del contratto dispositivo che, in quanto espressione di un comando, non può regolare il passato, il contrario non può logicamente spiegarsi se non con ciò che il comando contrattuale abbia carattere di un giudizio e cioè la funzione di

Nonostante tale inversione, la presenza delle due componenti – comando e giudizio – consente di configurare il negozio di accertamento privato come «equivalente negoziale» del processo.

Secondo un'altra ricostruzione, il contenuto della situazione preesistente incerta viene determinato nel senso che le parti stabiliscono e quindi funzione del negozio di accertamento – e scopo pratico perseguito dalle parti – è la fissazione della situazione giuridica preesistente nel senso dalle parti o dalla parte voluto²¹. Mediante tale fissazione, non si realizza alcuna modificazione della situazione preesistente – se non quella consistente nel renderla certa – né si crea una nuova situazione; in questo senso, la funzione perseguita dal negozio di accertamento è eminentemente dichiarativa, perché nulla si aggiunge o si toglie al contenuto della precedente situazione giuridica. La peculiarità di questa ricostruzione risiede nell'osservazione secondo cui la fissazione della situazione giuridica preesistente, in cui si concreta la funzione dichiarativa del negozio di accertamento, viene ottenuta per il tramite di uno strumento, il negozio giuridico, avente struttura costitutiva²².

accertamento. Si riconosce quindi che la retroattività è la ragione e l'indice del suo contenuto dichiarativo. Cfr. ancora CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., p. 7.

²¹ Così GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 34. A differenza delle altre ricostruzioni, pur sempre orientate in senso dichiarativo, l'Autore ritiene che il negozio di accertamento incida direttamente sulle situazioni preesistenti incerte, senza che sia necessario configurare una sovrapposizione di rapporti giuridici. Secondo l'Autore, costituisce necessaria conseguenza dell'effetto accertativo, così configurato, la retroattività dell'accertamento al momento in cui è sorta la situazione accertata.

²² Sul punto, si veda ancora GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 52, secondo il quale, per determinare la natura giuridica del negozio, se ne deve considerare non solo la funzione, ma anche – e soprattutto – la struttura. Quanto alla funzione del negozio di accertamento, la stessa non può certamente dirsi né modificativa della situazione preesistente, né creativa di una nuova situazione; può qualificarsi, negativamente, come funzione non modificativa e, positivamente, come funzione dichiarativa. Quanto alla struttura dello strumento realizzativo di tale funzione dichiarativa, il negozio giuridico può certamente qualificarsi in termini di costitutività. Si osserva infatti che «se è vero che il negozio giuridico è espressione di un volere attuale, è cioè manifestazione della volontà di voler raggiungere un determinato risultato (pratico), non ha senso dire che (talora) esso possa avere struttura meramente dichiarativa».

L'A. citato puntualizza poi ulteriormente che il fatto che il negozio giuridico abbia necessariamente struttura costitutiva non significa che esso abbia, in ogni caso, funzione dispositiva. Il negozio di accertamento, in particolare, persegue una funzione dichiarativa, presenta struttura costitutiva, ma non ha funzione dispositiva: non apporta alcun mutamento alla situazione preesistente, ma solamente conferisce certezza alla stessa. Il negozio di accertamento è diretto alla fissazione dei fatti o dei rapporti preesistenti senza avere come conseguenza la nascita di nuove obbligazioni o la modifica della situazione preesistente; su questo presupposto, si è affermato che la sua efficacia è assimilabile all'efficacia immediata riconosciuta a taluni schemi negoziali, quali, ad esempio, i cosiddetti contratti traslativi reali.

2.2. Le teorie costitutive

La dottrina assolutamente maggioritaria afferma l'incompatibilità tra negozio giuridico ed efficacia meramente dichiarativa²³. Come già accennato nel paragrafo precedente, l'impossibilità di riconoscere al negozio di accertamento efficacia dichiarativa discenderebbe dalla naturale dispositività del negozio giuridico e dall'idoneità dello stesso a modificare la situazione giuridica preesistente²⁴. Risulterebbe quindi incompatibile con le caratteristiche del negozio giuridico affermare che il comando posto dal negozio di accertamento possa valere solo se ed in quanto conforme alla situazione giuridica in atto; al contrario, lo stesso è destinato a valere anche se il regolamento dettato non sia congruente alla situazione che le parti intendevano accertare. Il negozio giuridico è sempre diretto a creare una situazione giuridica nuova; la stessa può concretarsi sia nella costituzione di un rapporto giuridico, sia nella regolamentazione o modificazione dello stesso, sia nella sua estinzione. In questo senso, non è concepibile un negozio meramente dichiarativo, con cui le parti si limitino a fissare una situazione preesistente, senza dar vita ad una nuova situazione giuridica.

In definitiva, la configurazione del negozio di accertamento in termini di dichiaratività poneva essenzialmente due problemi: il primo concerneva la compatibilità del tipico strumento dell'autonomia privata con l'accertamento; il secondo traeva origine dalla difficoltà di fornire giustificazione della possibile divergenza tra la situazione preesistente e quella fissata nell'accertamento stesso²⁵. Il rilievo assunto da queste due problematiche condusse all'elaborazione delle teorie c.d. costitutive, che ricollegano all'accertamento negoziale l'insorgere di nuove posizioni giuridiche o la sostituzione di situazioni giuridiche²⁶.

²³ Sulla base di ciò, come detto, parte della dottrina è giunta ad espungere la figura in esame dall'ambito dei negozi giuridici²³; parte maggioritaria si è invece dedicata, con una certa varietà di configurazioni, alla ricostruzione della stessa in termini costitutivi.

²⁴ Così, SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., 26 - 27: solo un atto non negoziale può operare un accertamento con effetti meramente dichiarativi. La struttura del negozio come comando impedisce di riconoscergli, accanto alla funzione dispositiva che gli è propria, una funzione dispositiva o di semplice accertamento. Nello stesso senso, TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, cit., 472.

²⁵ Di fronte all'eventualità di un accertamento difforme dalla realtà – che sembra porsi in clamoroso contrasto con l'essenza stessa dell'accertamento – le soluzioni prospettate sono state sostanzialmente due: configurare l'accertamento in termini costitutivi o sostenere che lo stesso operi solo se conforme alla realtà accertata.

²⁶ La dottrina tedesca risulta prevalentemente orientata nel senso della costitutività del negozio di accertamento; si osserva infatti che mentre il giudice accerta il diritto ritrovato, i privati fissano la situazione incerta secondo il loro arbitrio, cioè

La natura dispositiva o costitutiva del negozio di accertamento si manifesta in ciò che il comando posto dal negozio non è destinato a valere solo in quanto conforme alla situazione, perché trattasi di un comando nuovo, nettamente distinto da quello precedente. In linea generale, costituisce elemento comune delle varie ricostruzioni afferenti al novero delle cosiddette teorie costituite l'affermazione secondo cui al negozio di accertamento consegue la costituzione di una situazione giuridica, il cui elemento di novità viene individuato nella certezza raggiunta in ordine alla situazione precedentemente incerta²⁷.

Secondo una prima ricostruzione, solo apparente deve considerarsi l'inconciliabilità tra causa dichiarativa e definizione di negozio giuridico come atto costitutivo, traslativo, modificativo o estintivo: all'accertamento privato deve riconoscersi, accanto alla funzione dichiarativa, una struttura costitutiva e l'effetto dello stesso deve intendersi in termini di obbligo di intendere la realtà accertata secondo quanto fissato dalle parti e, quindi, di non dare al rapporto preesistente un'interpretazione o una valutazione diversa da quella determinata dal fatto di accertamento²⁸. In altri termini,

innovando. Il negozio di accertamento risulta, di conseguenza, costruito o come negozio con efficacia obbligatoria o come negozio concretante una disposizione patrimoniale, a seconda della natura del rapporto accertato.

Secondo le più risalenti ricostruzioni della dottrina tedesca, l'efficacia del negozio di accertamento si esaurisce sul piano processuale. Da questo punto di vista, si ritiene che alla stipula di un negozio di accertamento consegua l'inversione dell'onere della prova o l'imposizione reciproca dell'obbligo di accettare come provato ciò che si è accertato, senza possibilità di esigere una prova ulteriore. Sul punto, si veda R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, pp. 75 - 83.

Di sostituzione di una situazione certa ad una incerta quale effetto del negozio di accertamento, parla LIEBMANN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., p. 277; FOÀ, *Sulla natura giuridica delle dichiarazioni riproduttive*, cit., p. 5 ss., col. 65.

²⁷ In tal senso, TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, cit., 473. Secondo l'Autore, il potere di accertare rientra in quello di sistemare i propri interessi: si giunge a tale sistemazione non solo creando un nuovo rapporto, ma anche chiarendo un precedente rapporto che le parti ritengono incerto.

Diversamente argomentando – restringendo quindi il concetto di sistemazione dei rapporti alla sola creazione – si giungerebbe all'assurdo di non comprendervi nemmeno la modificazione di elementi di un rapporto preesistente.

²⁸ Causa del negozio sarebbe l'accertamento dichiarativo del rapporto preesistente; contenuto l'obbligo formale di non intendere il rapporto che nel modo accertato; oggetto lo stesso rapporto preesistente.

In questi termini, R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., pp. 400ss. e 414ss. Nello stesso senso, CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., p. 186; ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 326; FOÀ, *loc. ult. cit.*; CANDIAN, in *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive di negozi giuridici*, in *Saggi di diritto*, I, Padova, 1931, pp. 177 ss. - 203; LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., p. 280; V. ANDRIOLI, voce *Confessione*, in *Noviss. Digesto it.*, IV, Torino, 1959.

l'accertamento della situazione preesistente viene realizzato dalle parti, in via mediata, non incidendo direttamente sulla stessa, ma dando vita ad una nuova situazione che si pone accanto a quella preesistente incerta e che si sostanzia nell'obbligo delle parti di considerare la stessa certa e fissata secondo il loro comune apprezzamento²⁹.

Il superamento dell'incertezza, secondo altra parte della dottrina, consegue, più radicalmente alla sostituzione di una situazione certa a quella incerta, che rimane estinta³⁰.

Secondo un'altra ricostruzione, mediante il negozio di accertamento, le parti intendono incidere immediatamente sulla situazione da accertare, senza dare vita alla costituzione o estinzione di rapporti, ma ponendo in essere una vicenda modificativa del rapporto obiettivamente incerto. Tale ricostruzione trae origine da una considerazione di carattere empirico: a fronte dell'incertezza circa il contenuto del rapporto giuridico, cui le parti intendono porre rimedio per il tramite di un mezzo negoziale, è inverosimile – non impossibile, ma frutto di una mera casualità – la realizzazione di una perfetta coincidenza tra il contenuto del negozio di accertamento e quello del rapporto originario³¹. Accanto a tale

In senso critico rispetto a tale ricostruzione, si osserva che, se veramente all'accertamento conseguisse la costituzione di un obbligo, per i soggetti interessati, di intendere la realtà preesistente così come si è accertato, lo stesso non riuscirebbe concretamente a svolgere la sua funzione, perché non vi sarebbe modo di imporre il contenuto dell'accertamento. La configurazione dell'effetto accertativo nei termini di un «obbligo di intendere» può solo garantire, nel caso di sua violazione, il risarcimento del danno, ma non risulta sufficiente ad assicurare che la raffigurazione della realtà preesistente, fissata nell'accertamento, si imponga anche contro la volontà delle parti. Risulta quindi impossibile giungere ad un'autentica messa fuori contestazione, in quanto il rapporto originario non è stato innovato e continua ad esistere nella sua originaria configurazione.

Per i rilievi critici, si veda L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 275; CARRESI, *La transazione*, cit., p. 48 ss.; CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur.*, I, 1988, p. 1 ss.; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 26 ss.; G. FABBRINI, *L'accertamento privato (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, I, p. 631 ss.; FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, 1958, I; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., p. 82 ss.; G. GIACOBBE, *Note brevi in tema di accertamento negoziale*, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1893; G. LAZZARO, *La causa del negozio di accertamento*, in *Giust. civ.*, 1963, 84. Sul punto, cfr. GIORGIANNI, *Negozio di accertamento*, cit., p. 99.

²⁹ Aderisce a questa ricostruzione anche TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, cit., p. 475.

³⁰ Così, L. FERRARA, *La giustizia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, I, p. 215.

³¹ In questo senso, CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., 94: «le parti, mostrando di accertare, vogliono in sostanza modificare i rapporti originari secondo un apprezzamento che sono riusciti a concordare. Invece di negozio di accertamento, si dovrebbe più propriamente parlare di negozio modificativo a scopo di accertamento».

considerazione di carattere fattuale, si osserva come parlare di «fissazione di una situazione incerta» abbia un rilievo meramente descrittivo e non possa quindi ritenersi dirimente ai fini della definizione dell'efficacia del negozio di accertamento³².

La messa fuori contestazione del rapporto incerto si realizza solo apparentemente attraverso la costituzione di un rapporto – che si estrinseca nella assunzione, da parte dei contraenti, dell'obbligo di intendere in un certo modo i loro rapporti – destinato a coesistere con quello originario; in realtà, le parti danno una configurazione definitiva della situazione incerta, incidendo in senso innovativo sui profili di divergenza.

2.3. La teoria dell'efficacia preclusiva

Autorevole dottrina, realizzando la complessiva ricostruzione delle categorie dell'efficacia giuridica, ritiene che al negozio di accertamento debba ascriversi un'efficacia di tipo preclusivo³³. Mentre, secondo l'impostazione tradizionalmente diffusa in dottrina, l'efficacia giuridica deve intendersi essenzialmente come efficacia trasformativa o innovativa, secondo tale ricostruzione, nel mondo complesso dei fenomeni giuridici, è possibile individuare tre distinti tipi di efficacia:

a) efficacia costitutiva, in presenza della quale la situazione giuridica stabilita dalla norma diverge, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente;

Secondo l'Autore, nella volontà di accertare, è implicita la retroattività della modificazione: «le parti non vogliono solo la modificazione, ma anche la retroattività obbligatoria del mutamento».

Ricostruendo il negozio di accertamento come vicenda modificativa, si esclude in radice la possibilità di un accertamento del giudice relativo alla situazione originaria.

³² Più precisamente, si ritiene che, essendo il comando negoziale diretto alla volontà, sia contro la logica ritenere che lo stesso possa giungere ad un accertamento. L'eliminazione di un dubbio delle parti relativo ad un certo rapporto individua un'attività rilevante esclusivamente sul piano intellettuale e quindi non risulta dirimente ai fini della definizione dell'efficacia di una dichiarazione negoziale.

³³ Ci si riferisce a A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, III edizione, 1985, Milano, pp. 59-92 e 242-432, ID., voce *Accertamento* in *Enc. dir.*, I, 1958.

Secondo l'Autore, «né l'accettazione ormai pressoché incontrastata dell'esistenza di fatti giuridici con efficacia dichiarativa né la constatazione che i fatti di accertamento mirano a determinare la realtà giuridica anteriore e non già a trasformarla o modificarla costituiscono ragioni sufficienti per considerare fondata l'implicazione tra fatto di accertamento ed effetto dichiarativo».

Rientrano nel quadro dei fatti preclusivi, oltre ai fatti di accertamento, l'usucapione, la prescrizione e la transazione.

b) efficacia dichiarativa, che realizza la convergenza, nell'essenziale, tra la situazione giuridica stabilita dalla norma e quella preesistente³⁴;

c) efficacia preclusiva, in presenza della quale «la situazione giuridica stabilita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente».

L'accertamento, da intendersi quale fatto preclusivo, conduce alla costituzione di un titolo formale, in grado di imporsi ai soggetti della contestazione e di vincolarli al suo contenuto³⁵: per suo tramite, si pongono le condizioni affinché il valore o interesse giuridico, la cui realizzazione era in precedenza posta in dubbio dall'esistenza della contestazione³⁶, possa trovare attuazione.

L'accertamento rende quindi totalmente irrilevante non già il passato giuridico, ma l'alternativa possibile, della conformità o della difformità, del senso positivo o negativo, di quella determinata realtà giuridica alla quale l'effetto preclusivo fa riferimento. L'incertezza, intesa nei termini di stato di contestazione capace di paralizzare la realizzazione di interessi giuridici, può essere rimossa solo da un effetto la cui validità è svincolata da qualsiasi rapporto di convergenza o divergenza con la situazione giuridica anteriore.

A differenza degli effetti costitutivi e dichiarativi, l'effetto preclusivo – non essendo condizionato dal rapporto di conformità o difformità rispetto alla situazione giuridica anteriore – non risponde all'esigenza di continuità nel tempo della realtà giuridica³⁷. Intervenuto il

³⁴ Caratterizzata da tale tipo di efficacia è la ricognizione del rapporto enfiteutico: la stessa può infatti spiegare gli effetti previsti *ex art.* 969 c.c. solo in quanto il rapporto preesista nella realtà giuridica.

³⁵ Dal momento in cui tale titolo formale di accertamento si costituisce, perde qualsiasi rilevanza ogni ulteriore contestazione, che perciò non è più in grado di paralizzare la realizzazione dell'interesse.

³⁶ Pone in rilievo il rapporto tra contestazione e incertezza oggettiva, G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903, ora in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, p. 85.

Conoscenza e accertamento costituiscono strumenti preposti alla realizzazione dei valori giuridici e si distinguono tra loro perché la prima è necessaria e sufficiente finché non sorga contestazione giuridicamente rilevante sull'interesse che si tratta di realizzare; indispensabile risulta il ricorso allo strumento formale di accertamento quando la realizzazione dell'interesse è paralizzata da una contestazione giuridica o da altra situazione di incertezza socialmente apprezzabile. Cfr. FALZEA, voce *Accertamento* in *Enc. dir.*, I, 1958.

³⁷ L'effetto preclusivo rappresenta il limite entro cui l'esigenza di continuità della realtà giuridica può essere mantenuta senza che si creino insormontabili intralci nella vita della comunità; i fatti preclusivi rispondono quindi alla necessità di «sciogliere gli innumerevoli nodi che l'intricata rete dei rapporti giuridici va via via ponendo nella vita della comunità».

fatto di accertamento³⁸, una ulteriore contestazione è non già vietata, ma resa irrilevante e quindi privata della potenziale idoneità a porsi come ostacolo rispetto alla realizzazione del valore giuridico.

3. La genesi legislativa del n. 12-bis dell'articolo 2643 c.c.

Sotto l'impulso del legislatore comunitario³⁹, con il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, il legislatore nazionale ha introdotto uno strumento di carattere negoziale, teso a deflazionare il ricorso alla tutela giurisdizionale⁴⁰. La mediazione civile e commerciale, ai sensi dell'art. 5, n. 1 del citato decreto, è obbligatoria nei casi in cui si tratti di «condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari».

³⁸ Il fatto di accertamento viene definito dall'Autore in parola come la risultante di un processo che muove da una situazione iniziale di oggettiva incertezza e, attraverso l'attività spirituale di chiarificazione della realtà, porta ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva. Individuate le componenti essenziali del negozio di accertamento, ne deriva l'impossibilità di qualificare propriamente come di accertamento tanto una dichiarazione emessa sul presupposto di una situazione oggettivamente certa quanto la dichiarazione con efficacia preclusiva che, emessa a fronte di un'iniziale situazione di incertezza, prescinde dal momento intermedio dell'attività di chiarificazione della realtà.

Nel caso in cui manchi l'oggettiva incertezza della situazione iniziale, si sarà in presenza di un atto meramente dichiarativo, praticamente giustificato da esigenze di rinnovazione o di riproduzione; la mancanza dell'attività spirituale di chiarificazione della realtà costituisce la ragione fondamentale per cui non è possibile considerare la transazione come fatto di accertamento in senso tecnico.

³⁹ Si veda, in particolare, la Direttiva Europea n. 2008/52/CE, emanata con lo specifico «obbiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale».

⁴⁰ A presidio dell'effettività di tale strumento, il legislatore ha elevato l'attivazione del procedimento di mediazione a condizione di procedibilità del giudizio.

Ai sensi dell'art. 5, n. 3 del citato decreto, la domanda, salva la sua trascrivibilità, è improcedibile e il Giudice, su eccezione del convenuto o anche d'ufficio, può rilevarne in prima udienza l'improcedibilità e contestualmente assegnare alle parti «il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione», termine durante il quale il processo rimane sospeso.

Analogo meccanismo risulta previsto anche per il giudizio di appello, nel corso del quale, ai sensi dell'art. 5, n. 2, d. lgs. citato, il Giudice «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione», fissando, in caso di adesione all'invito, la successiva udienza dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 5, n. 1 del decreto.

Per ulteriori dettagli, si veda G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d. l. 4.3.2010, n. 28* in *Riv. not.*, 2012, 3, I, pp. 546 - 548.

Con riferimento alle materie citate, il legislatore ha introdotto una figura di vera e propria giustizia condizionata alla preventiva proposizione dell'istanza di mediazione.

Prima dell'introduzione del n. 12-*bis*, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si era concentrata principalmente su due questioni: in primo luogo, l'applicabilità della mediazione obbligatoria anche alle controversie in materia di usucapione; in secondo luogo, la trascrivibilità dell'accordo raggiunto in sede di mediazione. Quanto al primo profilo, si riteneva, in via maggioritaria, che il riferimento alle controversie in materia di diritti reali sia comprensivo anche di quelle relative all'acquisto dei medesimi per intervenuta usucapione⁴¹. Per quanto riguarda la seconda questione oggetto di discussione, il dato normativo di partenza era costituito dall'art. 11, comma 3, d. lgs. n. 28/2010, ai sensi del quale: «se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso, la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato»⁴². La spiegazione del richiamo all'art. 2643 c.c. quale criterio discriminante ai fini della trascrivibilità dell'accordo di mediazione risiedeva nella molteplicità di configurazioni che concretamente lo stesso poteva assumere⁴³.

⁴¹ In questo senso, Trib. Roma, decr. 7 luglio 2011. Si è espressa in senso contrario all'inclusione delle controversie relative all'usucapione tra le materie per cui vige la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1, d. lgs. n. 28/2010 la pronuncia del Tribunale di Varese, ord. 20 dicembre 2011. A sostegno di tale assunto, si pone essenzialmente la ritenuta indefettibilità della pronuncia giudiziale, a sua volta giustificata dalla non equivalenza dei risultati conseguibili rispettivamente mediante l'accordo conciliativo e la pronuncia giudiziale.

Si ritiene che una diversa interpretazione non risponderebbe al criterio costituzionale della ragionevolezza, con particolare riguardo al caso in cui si imponga la mediazione cd. obbligatoria nella consapevolezza che i litiganti non potranno comunque pervenire ad un accordo conciliativo: «se il processo non è evitabile, l'istituto è un'appendice formale imposta alle parti con irragionevolezza (e, quindi, in violazione dell'art. 3 Cost.)».

⁴² La disciplina della mediazione civile e commerciale si differenzia da quella in materia di arbitrato relativamente alle formalità necessarie ai fini della trascrivibilità. L'art. 825 c.p.c. ricollega la trascrivibilità del lodo all'omologa giudiziale; l'accordo di mediazione, ai sensi dell'art. 12, d. lgs. n. 28/2010, diviene titolo esecutivo – per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale – in forza dell'omologa che, su istanza di parte e previo accertamento della regolarità formale, viene concessa con decreto del presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di mediazione.

⁴³ L'accordo potrà concretamente integrare un contratto di transazione, un negozio di accertamento, un'offerta di riduzione ad equità del contratto, una clausola compromissoria, un arbitrato, un contratto di arbitraggio, una rinuncia abdicativa o anche ricorrere nei casi di conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio, conciliazione giudiziale e stragiudiziale delle controversie agrarie e di lavoro, soluzione negoziale delle controversie nel diritto di famiglia.

Con particolare riguardo all'accordo di mediazione risolutivo di controversie sorte relativamente all'acquisto per usucapione, la giurisprudenza di merito, espressasi sul punto, non ne riteneva possibile la trascrizione e, a sostegno di tale conclusione, poneva essenzialmente due argomenti.

In primo luogo, si riteneva impossibile ricomprendere l'accordo *de quo* entro le fattispecie di cui all'art. 2643 c.c.: lo stesso, consistendo in un mero negozio di accertamento, finalizzato a rimuovere l'incertezza, mediante la fissazione del contenuto della situazione giuridica preesistente e, come tale, dotato di efficacia dichiarativa e retroattiva, non era infatti produttivo di alcun effetto costitutivo, modificativo o estintivo⁴⁴. Il richiamo all'art. 2643 c.c. risultava quindi sostanzialmente irrilevante dato che, in assenza delle reciproche concessioni, doveva parimenti escludersi la natura transattiva dell'accordo⁴⁵.

Sul presupposto dell'impossibilità di ascrivere in capo all'accordo di mediazione in parola efficacia costitutiva, modificativa o estintiva non si poteva trarre argomento a favore della trascrivibilità dello stesso nemmeno dall'art. 2645 c.c., che prevede la trascrivibilità di «ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluni degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c.».

Esclusa la trascrivibilità dell'accordo di mediazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2644 c.c., il secondo argomento portato a sostegno della intrascrivibilità traeva origine dalla considerazione dell'atto e si appuntava sulla impossibilità di equiparare lo stesso alla sentenza di accertamento dell'intervenuta usucapione, ai fini di un'eventuale trascrizione disposta in funzione di pubblicità notizia⁴⁶. Consentire la trascrizione del verbale di

Sul punto, si veda S. VIOTTI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, quale misura normativa ed alternativa a valenza strategica*, in *Giur. merito*, 2010, 5, p. 1232.

⁴⁴ In questi termini, Trib. Roma, ord. 22 luglio 2011, n. 6563 in *Giur. merito*, 2011, 12, p. 3126 e in *Guida dir.*, 2011, n. 43, p. 31. La pronuncia in esame richiama la consolidata giurisprudenza che, con riferimento alla sentenza, esclude la trascrivibilità di un atto negoziale produttivo dello stesso effetto dichiarativo o retroattivo della sentenza di accertamento dell'usucapione.

Allo stesso modo, non si ritiene trascrivibile il verbale di conciliazione giudiziale, ancorché il giudice abbia prestato la propria collaborazione ai fini del raggiungimento dell'accordo, in quanto, trattandosi di atto negoziale, riconducibile alla volontà delle parti, non può essere ricompreso nelle sentenze né può essere alle stesse equiparato. Nello stesso senso, Trib. Roma, decr. 8 febbraio 2012; Trib. Catania, decr. 24 febbraio 2012.

⁴⁵ Così, Trib. Catania, decr. 24 febbraio 2012.

⁴⁶ Sul punto, si veda ancora Trib. Roma, decr. 22 luglio 2011, n. 6563, cit.: «tale impostazione, ad avviso del Collegio, non può essere rimeditata in considerazione dell'obbligatorietà della mediazione in materia di usucapione, solo perché, altrimenti ragionando, si renderebbe poco appetibile l'istituto della mediazione, non potendo le

conciliazione ai sensi dell'art. 2651 c.c. avrebbe infatti condotto a porre seriamente a rischio la certezza dei rapporti giuridici, cui risulta preordinato l'istituto della trascrizione⁴⁷. La trascrizione della sentenza di accertamento dell'acquisto per intervenuta usucapione determina infatti la conclusione della catena precedente, facente capo al proprietario usucapito, e dà vita ad una nuova catena di acquisti a titolo derivativo; in virtù della retroattività dell'usucapione, l'acquisto poi risale al momento in cui inizia il possesso *ad usucapionem* e travolge tutti gli atti dispositivi posti in essere dal precedente titolare, anche se debitamente trascritti. In considerazione di tale particolare rilievo dell'usucapione in sede pubblicitaria, consentire l'ingresso nel sistema dei registri immobiliari di atti equipollenti alla sentenza di accertamento avrebbe potuto pregiudicare la sicurezza nella circolazione immobiliare.

Si riconosceva quindi ai privati la limitata possibilità di accertare – con effetti esclusivamente *inter partes* – il ricorrere dei soli presupposti di fatto del possesso *ad usucapionem*, non potendo essere demandato all'autonomia negoziale l'accertamento, con valenza *erga omnes*, dell'effetto conseguente allo stesso, consistente nell'acquisto del diritto per intervenuta usucapione⁴⁸.

parti, in difetto di trascrizione, ottenere una tutela esaustiva equiparabile a quella che otterrebbero in sede di tutela giurisdizionale».

La pronuncia puntualizza ulteriormente che deve escludersi che il verbale di conciliazione in questione perda il suo carattere negoziale in caso di omologa da parte del Presidente del Tribunale: detta omologa può essere concessa solo ove l'accordo sia regolare dal punto di vista formale e non contrario all'ordine pubblico o a norme imperative e non altera la natura di esso.

⁴⁷ Le parti potrebbero infatti utilizzare tale istituto non per la composizione di una lite effettiva, ma per dissimulare operazioni negoziali a danno di terzi. In particolare, la pronuncia citata nella nota precedente paventava il rischio di utilizzo improprio dello strumento in esame con riferimento all'eventualità in cui il convenuto non fosse l'effettivo proprietario del bene.

⁴⁸ In questi termini, Trib. Roma, decr. 8 febbraio 2012, cit.: «l'accertamento di cui si discute può avere ad oggetto solo il possesso *ad usucapionem* con effetti limitati alle parti, non potendo essere demandato all'autonomia negoziale l'accertamento del diritto di proprietà per intervenuta usucapione con valenza *erga omnes*, in quanto simile accertamento sfugge alla disponibilità delle parti, essendo riservato al giudice. Trattasi di controversia non disponibile per coinvolgere interessi di carattere generale, primo fra tutti l'interesse alla sicura e pacifica circolazione dei beni, che verrebbe ad essere compromessa ove si consentisse alle parti un accertamento di tal tipo. Ed invero, consentire l'accertamento con effetto *erga omnes* dell'intervenuto acquisto del diritto per usucapione, andrebbe a minare la funzione di certezza dei rapporti giuridici, ben potendo le parti utilizzare tal istituto non per la composizione di una lite effettiva ma per dissimulare operazioni negoziali illecite, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni e alla tutela dell'affidamento dei terzi».

Il Tribunale di Roma ha poi ulteriormente precisato che, in assenza di contestazioni circa la sussistenza dei presupposti di fatto necessari ai fini del perfezionarsi dell'acquisto del diritto per usucapione, l'usucapiente potrà direttamente instaurare il processo dinanzi all'autorità giudiziaria, senza esperire preliminarmente un tentativo

Parte minoritaria della dottrina riteneva al contrario trascrivibile l'accordo di conciliazione, ai sensi dell'art. 2643, n. 13 c.c., riconoscendo come il contesto normativo di riferimento – individuato nell'art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2010 e negli artt. 2657, 2651 e 2643, n. 13 c.c. – non consentisse di deporre in senso contrario: il negozio con cui si riconosca l'avvenuto acquisto del diritto per usucapione non costituisce un accertamento retroattivo, ma esplica i medesimi effetti «riconducibili a qualsiasi negozio giuridico in quanto atto di volontà»⁴⁹.

Avuto riguardo al rapporto tra accertamento negoziale e sentenza di accertamento, soggetta a trascrizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2651 c.c., altra parte, sempre minoritaria, della dottrina riteneva possibile procedere alla trascrizione del negozio di accertamento «anche nell'ipotesi in cui contenga l'accordo con cui le parti accertano documentalmente l'intervenuto acquisto dell'usucapione», ai sensi dell'art. 2651 c.c., in forza di un'interpretazione estensiva⁵⁰.

di conciliazione. Si dovrà parimenti fare ricorso all'autorità giudiziaria quando, superata – con l'accordo conciliativo – la controversia in fatto tra le parti, le stesse vogliano ottenere l'accertamento *erga omnes* dell'intervenuto l'effetto acquisitivo. In conclusione, secondo la pronuncia in esame, la sentenza e il negozio di accertamento hanno in comune solo l'effetto consistente nella fissazione della situazione preesistente, ma il negozio di accertamento rimane *tamquam non esset* rispetto ai terzi. L'intervento del giudice si può concretare tanto nella partecipazione attiva alla formazione dell'accordo, quanto nella mera registrazione dell'accordo intervenuto direttamente tra le parti, ma in ogni caso si limita ad attribuire all'accordo di conciliazione garanzie di carattere esclusivamente formale, dovendo lo stesso controllare solo la regolarità dal punto di vista formale, la conformità all'ordine pubblico e alle norme imperative.

⁴⁹ In questi termini, D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1305. Nello stesso senso, M. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in *Società*, 2012, 82 ss.

Afferma che nel verbale di mediazione non vi è altro che una transazione e, in quanto tale, lo stesso risulta senza dubbio trascrivibile ai sensi dell'art. 2643, n. 13 c.c., la pronuncia del Tribunale di Como, sez. distaccata di Cantù, ord. 2 febbraio 2012: «l'accordo di mediazione avrà ad oggetto il diritto reale, ma non il fatto attributivo di esso, ossia l'avvenuta usucapione. La parte che si vedrà trasferito il bene lo acquisterà a titolo derivativo in quanto lo strumento utilizzato per la traslazione è il verbale di mediazione e non a titolo originario come invece nel caso di accertata usucapione mediante sentenza». Nello stesso senso, Trib. Palermo, sez. distaccata di Bagheria, 30 dicembre 2011.

Per una ricognizione della giurisprudenza in materia, si veda C. TROISI, *Il nuovo articolo 2643, n. 12-bis, c.c. La trascrivibilità dell'accordo di mediazione che accerta l'usucapione*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 837 ss.

⁵⁰ Cfr. E. PAOLINI, *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, in *Contratti*, 1996, 519: «così come le sentenze, anche le convenzioni che accertano l'avvenuto acquisto o l'estinzione di un diritto come conseguenza di un fatto, possono essere rese pubbliche ai sensi dell'art. 2651 c.c., a cura del notaio che ha ricevuto l'atto».

Con il decreto c.d. "del fare"⁵¹, il legislatore ha realizzato il sostanziale superamento dei profili problematici che la disciplina previgente, come sinora riferito, poneva. La principale novità normativa introdotta dal decreto risiede infatti nell'inserimento del n. 12-*bis* nell'art. 2643 c.c.⁵², attraverso il quale si è prevista la trascrizione degli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

⁵¹ La disciplina dettata dal d.lgs. n. 28/2010, nella parte in cui prevedeva, per una serie di materie, un sistema di mediazione obbligatoria è stata profondamente incisa dalla sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272. La normativa non è stata fatta oggetto di censura nel merito, ma per un eccesso di delega, in cui il Governo era incorso a fronte della legge di delega n. 69/2009. A fronte di questa censura, la materia è stata nuovamente fatta oggetto dell'attenzione del legislatore, con il decreto legge c.d. "del fare" (d.l. n. 69/2013, convertito con l. n. 98/2013). Con quest'ultimo intervento legislativo, si è realizzato il ripristino della mediazione obbligatoria per quasi tutte le materie per cui era stata originariamente prevista - è stata esclusa la materia del risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti - e si è inciso su altri diversi aspetti della mediazione.

È stata fatta oggetto di modifica anche la definizione stessa di mediazione, di cui all'art. 1, d.lgs. n. 28/2010, che ora ne parla in termini di "attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa". Si è quindi posto in evidenza il carattere del tutto eventuale della proposta di mediazione, essendo il fine della mediazione sempre e comunque quello di ricercare un accordo tra le parti.

Sono state quindi apportate altre modifiche al testo del d. lgs. n. 28/2010: è stata modificata la competenza territoriale degli organismi di mediazione, si è limitata a quattro anni l'efficacia della disposizione relativa all'obbligatorietà della mediazione (prevedendo che dopo due anni, sia condotta un'opera di monitoraggio sugli esiti della sperimentazione), si è prevista la partecipazione obbligatoria di un avvocato in tale sede e si è infine regolamentata l'efficacia esecutiva dell'accordo di conciliazione.

⁵² Introdotto dall'art. 84-*bis*, d.l. 69/2013.

Capitolo II

ACQUISTO PER USUCAPIONE E CIRCOLAZIONE IMMOBILIARE

1. Sentenza dichiarativa dell'usucapione e circolazione immobiliare

Mediante l'introduzione della previsione del n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., il legislatore ha inteso perseguire una finalità di deflazione del ricorso all'autorità giudiziaria per la pronuncia dichiarativa dell'usucapione, nel tentativo di rendere così più agevole la circolazione degli immobili acquistati per usucapione.

Come noto, le modalità acquisitive del diritto per usucapione conducono alla disapplicazione delle regole della pubblicità immobiliare e alla conseguente risoluzione dei conflitti *lato sensu* circolatori alla stregua della sola disciplina sostanziale⁵³. Nel caso di conflitto tra un acquisto a titolo derivativo e un acquisto a titolo originario, l'eventuale prioritaria trascrizione dell'acquisto a titolo derivativo non costituisce quindi criterio risolutivo del conflitto⁵⁴.

⁵³ La sentenza di accertamento dell'usucapione è meramente dichiarativa e, non costituendo requisito costitutivo dell'acquisto, conferisce certezza ad un acquisto il cui momento perfezionativo non coincide con quello della pronuncia. Cfr. Cass., 11 agosto 2016, n. 17033, in *Guida al diritto*, 2016, 44, p. 75: «il momento determinante l'acquisto del diritto "ad usucapionem" [...], attesa la natura meramente dichiarativa della domanda giudiziale, si identifica con la maturazione del termine legale d'interrotto possesso richiesto dalla legge». Nello stesso senso, Cass., 23 luglio 2008, n. 20296, in *Notariato*, 2009, p. 351 ss.; Cass., 3 novembre 2000, n. 14347, in *Giur. it.*, 2001, p. 1848; Cass., 20 marzo 1991, n. 2983, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, p. 319.

⁵⁴ In tal senso, Cass., 3 febbraio 2005, n. 2161, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 2, 350 con nota di E. VARANO, *Conflitto tra acquirente per usucapione e avente causa dall'usucapito nel sistema della trascrizione immobiliare*. Costituiscono precedenti conformi le pronunce Cass., 6 dicembre 2000, n. 15503, in *Arch. civ.*, 2001, 313; Cass., 28 gennaio 1985, n. 443, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Trascrizione*, n. 14; Cass., 28 maggio 1980, n. 3508, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Trascrizione*, n. 12.

A proposito della trascrizione della sentenza di accertamento dell'usucapione, si deve registrare come parte della giurisprudenza di merito neghi la trascrivibilità della domanda di accertamento dell'usucapione, argomentando essenzialmente dalla tassatività delle domande trascrivibili in funzione prenotativa.

In questi termini, Trib. Catanzaro, ord. 14 novembre 2012, in *Giur. it.*, 1013, p. 6 ss.; ritengono ammissibile la trascrizione di questa domanda giudiziale Trib. Varese, decr. 15 novembre 2012; App. Milano, 22 novembre 2006, n. 559, in *Vita not.*, 2007, p. 1063.

Nel senso della trascrivibilità della domanda giudiziale di accertamento sembra poter condurre l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, favorevole ad ammettere che l'art. 2653, n. 1 c.c. sia suscettibile di interpretazione estensiva. In tal senso,

Il tema dell'alienazione di un bene acquistato per usucapione ha assunto autonoma rilevanza con la pronuncia della Corte di Cassazione n. 9884 del 24 novembre 1996. In questa sentenza, è stato infatti affermato che, perché possa costituire oggetto di un contratto di compravendita, il compimento dell'acquisto per usucapione deve essere dapprima accertato e dichiarato nei modi di legge: solo in presenza di un provvedimento giudiziale che accerti l'intervenuta usucapione a favore dell'alienante, sarebbe infatti ammissibile la vendita dell'immobile usucapito⁵⁵.

Così argomentando, il possesso continuato e non viziato da violenza o clandestinità, diviene mero presupposto per l'acquisto della proprietà del bene e non esaurisce la fattispecie di acquisto a titolo originario. Il provvedimento di un organo giurisdizionale non assolve più, in questa prospettiva, alla funzione di accertare il verificarsi degli elementi costitutivi della fattispecie acquisitiva, ma finisce per rivestire il ruolo di elemento costitutivo della stessa.

In senso critico rispetto a tale sentenza, si è osservato come alla sentenza di accertamento dell'usucapione non possa riconoscersi natura costitutiva, trattandosi di mera pronuncia dichiarativa. A tal proposito, è pacificamente riconosciuto infatti che l'effetto acquisitivo si produce, in presenza dei requisiti normativamente prescritti, una volta compiutosi il periodo di possesso *ad usucapionem*.

L'arresto giurisprudenziale citato, che sottendeva la sostanziale identificazione della presente questione con la tematica della trasferibilità di un mero periodo di possesso⁵⁶, slegato – per mancato compiersi del

Cass., SS. UU., 12 giugno 2006, n. 13523, in *Giur. it.*, 2007, 4, p. 935, che ha riconosciuto la trascrivibilità di una domanda di accertamento negativo.

⁵⁵ Secondo un'isolata decisione di merito (Trib. Napoli, 26 novembre 2003), in difetto di accertamento giudiziale, l'atto di alienazione *de quo* sarebbe addirittura nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto.

La nullità discende, in particolare, dall'aver assunto come oggetto dello stesso la situazione possessoria, non considerandosi come, in presenza dei requisiti richiesti, questa si sia già convertita in una posizione di titolarità. L'inaccettabilità di una simile conclusione è evidente: il rischio connesso all'alienazione di un bene asseritamente usucapito, in assenza del relativo accertamento giudiziale, è che l'usucapione si riveli non perfezionata e che quindi che l'atto di disposizione si sostanzi nella vendita di bene altrui. Rispetto a quest'ultima, a favore dell'acquirente, sono previsti strumenti risolutivi, risarcitori e restitutori, ma in alcun caso, si rientra nell'area delle invalidità negoziali.

⁵⁶ Questa sorta di identificazione discendeva dai fatti di causa e, in particolare, dalla prospettazione, in via alternativa, quale fondamento della pretesa attorea, di una compravendita di possesso e del compimento dell'acquisto per usucapione.

A proposito della vendita del possesso, si deve registrare come, mentre la dottrina è sostanzialmente divisa rispetto alla sua ammissibilità, la giurisprudenza, nelle occasioni in cui ha avuto modo di esprimersi sul punto, ne ha escluso la legittimità. In dottrina, in senso favorevole, G. OBERTO, *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di Bin, I, Padova, 1994, p. 435; R. LUZZATO, *La compravendita*,

termine richiesto *ad usucapionem* – da una situazione di titolarità, ha costituito quindi oggetto di ripensamento da parte della giurisprudenza di legittimità.

La Cassazione ha, in tempi più recenti, riconosciuto la validità⁵⁷ di un atto di alienazione con cui venga trasferito il diritto di proprietà di un immobile sul quale il venditore abbia esercitato il possesso per un tempo sufficiente al compimento dell'usucapione, anche nel caso in cui l'acquisto della proprietà da parte dell'usucapiente non sia stato giudizialmente accertato.

2. Usucapio libertatis ed efficacia retroattiva dell'usucapione

In considerazione delle particolari modalità acquisitive di un diritto per usucapione, si pone il problema della sorte degli atti di disposizione, costitutivi di diritti reali di godimento o di garanzia⁵⁸, posti in essere dal proprietario del bene, prima del compiersi dell'acquisto a titolo originario.

Torino, 1961, p. 187; in senso contrario, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, VII, Torino, 1993, p. 200 ss.; G.B. FERRI, *La vendita*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XI, Torino, 1984, p. 209; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1971, p. 79 ss.; in giurisprudenza, Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, in 1997, in *Corr. giur.*, 1997, II, p. 162.

⁵⁷ In tal senso, Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Riv. not.*, 2007, p. 1443 ss.: la Suprema Corte ha correttamente rilevato come, laddove si accedesse all'interpretazione secondo cui, per la validità della compravendita avente ad oggetto un immobile acquistato per usucapione, sarebbe necessario ottenere previamente la pronuncia dichiarativa del medesimo, si introdurrebbe una limitazione del potere spettante al proprietario, del tutto estranea alla disciplina codicistica.

Analogamente, in una pronuncia meno recente – Cass., 7 agosto 2000, n. 10372, in *Riv. not.*, 2001, p. 172 – la Suprema Corte ha avuto modo di riconoscere che l'acquisto per usucapione si perfeziona con il mero decorso del tempo accompagnato dal requisito del possesso e non con la sentenza che lo accerta; ha sancito quindi la contraddittorietà dell'affermazione secondo cui l'usucapiente non potrebbe disporre validamente del bene fino a quando il suo acquisto non sia accertato giudizialmente, perché incompatibile con il normale contenuto del diritto di proprietà.

In tal senso, si vedano anche le pronunce citate nella nota n. 53.

⁵⁸ Proprio in relazione alla tematica in esame si è giunti a dubitare dell'esaustività della ricomprensione dell'usucapione entro la categoria degli acquisti a titolo originario. Si è in particolare prospettata la possibilità di considerare l'usucapione quale modo di acquisto appartenente ad un *tertium genus*: la persistenza dei diritti reali limitati, in particolare, mal si concilierebbe con la natura originaria dell'acquisto della proprietà e potrebbe indurre a ritenere che l'usucapione presenti caratteri propri degli acquisti a titolo derivativo.

Cfr. RUPERTO, *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1025 riconosce come l'acquisto per usucapione metta in crisi la tradizionale distinzione tra

A tal proposito, le tematiche che vengono in rilievo sono quelle note della retroattività dell'usucapione e della c.d. *usucapio libertatis*⁵⁹, in relazione alle quali non è rinvenibile, in dottrina, un orientamento che possa dirsi con certezza maggioritario⁶⁰.

acquisti a titolo derivativo e acquisti a titolo originario, impiegate per indicare rispettivamente i casi in cui il diritto del nuovo titolare sia definito attraverso la relazione con il diritto del precedente titolare, dai casi in cui ciò non sia possibile. Come si vedrà, queste problematiche si ripropongono relativamente alla qualificazione dell'acquisto accertato in sede di mediazione. Non è un caso, sulla base di quanto si è appena riferito, che in dottrina si sia giunti a qualificare tale acquisto come un «ibrido» (in questo senso, M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione* in *Studio CNN* n. 718 - 2013/C).

⁵⁹ Nel diritto romano, l'*usucapio libertatis* costituiva requisito necessario ai fini dell'estinzione delle servitù urbane per non uso: queste, diversamente dalle servitù rustiche, venivano meno solo se al mancato esercizio per il tempo stabilito si accompagnava uno stato di fatto del fondo servente incompatibile con il diritto.

A proposito delle origini storiche della problematica in esame, se ne trova traccia già ai tempi del codice del 1804; nel codice del 1865, non furono poi riprodotte le disposizioni del codice parmense (artt. 2373 e 2375) e della legislazione estense (art. 2304) che esplicitamente ammettevano l'*usucapio libertatis*.

Tra le posizioni storicamente più risalenti, in senso negativo, si è espresso A. MONTEL, *Il possesso della cosa libera in rapporto all'usucapione*, in *Riv. dir. priv.*, 1931, I, p. 171 ss.; in senso positivo, A. CICU, *Usucapio libertatis*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 294 ss., in critica ad App. Bologna, 4 luglio 1938; ID., *Usucapio libertatis*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 86 ss., in critica ad App. Brescia 26 aprile 1939; in giurisprudenza, in senso positivo, Cass., 12 gennaio 1940, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 908 ss.

In sede di redazione del codice civile vigente, il dibattito fu particolarmente vivace e le due disposizioni, presenti nel progetto della Commissione Reale, che prevedevano rispettivamente l'estinzione dei diritti reali limitati nel caso di usucapione di beni mobili (art. 582) e la conservazione di tali diritti nell'ipotesi di beni immobili (art. 365, secondo comma), non sono state poi riprodotte nel codice. Per una sintesi del dibattito creatosi sul punto in sede di redazione del codice vigente, si veda G. SEGRÈ, in *Relazione della Commissione Reale sul progetto preliminare*, Roma, 1937, n. 15, p. 248 ss., nella quale si osserva come, nonostante le conseguenze cui la scelta di non ammettere l'*usucapio libertatis* conduce, la stessa trovi una sua «giustificazione dogmatica nella differenza fra il possesso della proprietà e quello degli altri diritti reali, nell'impossibilità di una *possessio libertatis* e nell'incompatibilità nella stessa persona del possesso come proprietario e come titolare di un *ius in re aliena*».

⁶⁰ Autorevoli autori hanno, nel corso del tempo, rivisto la loro posizione sulla questione. Si veda G. DEIANA, in G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, V, 1, 2, Torino, III edizione, 1963, p. 1099, il quale afferma: «nelle precedenti edizioni noi ci eravamo dichiarati favorevoli alla tesi che le servitù possano estinguersi per effetto di un'usucapione decennale o ventennale del fondo come libero. Ma ora ci siamo convinti che per il diritto attuale questa tesi non è corretta».

Una certa variazione sembra riscontrabile anche nell'opinione di Luigi Mengoni, il quale dapprima – cfr. *L'acquisto "a non domino"*, Milano, 1949, p. 261 – risulta orientato in senso decisamente negativo e successivamente – cfr. *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1994, p. 138 ss. – sembra fornire soluzione positiva alla configurabilità dell'effetto estintivo in parola.

Si deve, sin da subito, rilevare come la risoluzione della presente questione richieda, nella prassi, di considerare anche le modalità con cui è stato concretamente esercitato il possesso *ad usucapionem*. In questo senso, nell'ipotesi in cui il possesso *ad usucapionem* sia stato esercitato in modo incompatibile con eventuali diritti o pretese di soggetti terzi⁶¹, la loro estinzione potrebbe fondarsi sul principio *tantum praescriptum quantum possessum*, nonché sull'argomento secondo cui, laddove i terzi avessero voluto impedire la produzione di tale effetto estintivo, avrebbero potuto porre in essere atti di esercizio del loro diritto. Nel diverso caso in cui il possesso sia stato esercitato con modalità compatibili con la permanenza dell'altrui diritto, sembra ragionevole ammettere che il diritto del terzo continui a permanere sul bene⁶². Come è evidente, le maggiori difficoltà di inquadramento si riscontrano rispetto all'ipotesi in cui il possesso *ad usucapionem* venga esercitato in maniera indifferente rispetto ad eventuali diritti di terzi sul bene.

Riprendendo i termini del relativo dibattito, la principale argomentazione su cui si fonda la posizione di quanti negano l'ammissibilità dell'*usucapio libertatis*⁶³ risiede nella considerazione del rapporto intercorrente tra il diritto di proprietà e i diritti reali limitati, la costituzione dei quali non si determina in virtù di una divisione del contenuto della prima o dell'estrazione dalla medesima di facoltà destinate a comporre un nuovo e diverso diritto, ma per un «processo di moltiplicazione del diritto», con conseguente riproduzione di facoltà omologhe a quelle del proprietario⁶⁴. In questo senso, il possessore del bene non usucapisce la piena o la nuda proprietà a seconda del fatto che

⁶¹ È evidente come il problema in esame si ponga esclusivamente con riferimento al caso in cui il possesso *ad usucapionem*, esercitato in maniera incompatibile con l'esistenza di un altrui diritto reale limitato, abbia condotto all'acquisto del diritto di proprietà per usucapione abbreviata. A tal proposito, è necessario precisare come l'estensione del diritto acquistato dipenderà non solo dal possesso, ma anche dal contenuto del titolo su cui la stessa si fonda.

Nel diverso caso in cui tale possesso si sia protratto per vent'anni, l'estinzione dei diritti reali limitati si dovrebbe ricollegare alla loro prescrizione per non uso.

⁶² Più precisamente, nel caso di usucapione ventennale, il diritto del terzo non potrebbe estinguersi per non uso. In presenza di un'usucapione abbreviata, si dovrà distinguere a seconda del contenuto del titolo trascritto: solo nel caso in cui il diritto del terzo non risulti dal titolo, potrà rendersi necessario un accertamento delle modalità del possesso.

^a L'importanza pratica dell'*usucapio libertatis* si coglie precipuamente con riferimento all'usucapione abbreviata, in ragione della mancata coincidenza tra il periodo di possesso decennale necessario ai fini dell'acquisto dei diritti reali su immobili e quello ventennale richiesto per la prescrizione dei diritti reali limitati.

⁶⁴ La costituzione di diritti reali limitati pone quindi il problema di regolare l'esercizio di facoltà omologhe, quelle in cui si sostanzia il diritto reale limitato e le medesime di cui rimane titolare il proprietario. Cfr. L. MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, p. 262 ss.

abbia posseduto senza limitazioni o in concorso di un altrui possesso di diritti, ma «usucapisce in ogni caso la proprietà, con il suo contenuto tipico, salva la precedenza di esercizio spettante ad altrui diritti limitati, esistenti sulla cosa al momento dell'acquisto»; diversamente argomentando, si dovrebbe infatti sostenere che al possesso non pieno consegua la costituzione del corrispondente diritto reale limitato in capo all'eventuale possessore del medesimo⁶⁵.

In senso contrario alla configurabilità della c.d. *usucapio libertatis*, si pone poi la mancanza di una previsione analoga a quella posta dal secondo comma dell'art. 1153 c.c.: da questo punto di vista, si ritiene che la liberazione della proprietà dai diritti reali parziari non possa considerarsi come conseguenza dell'acquisto a titolo originario⁶⁶, ma debba sempre costituire oggetto di esplicita previsione.

Ad ulteriore sostegno dell'inammissibilità dell'*usucapio libertatis*, si osserva poi come, dal disposto del secondo comma dell'art. 1166 c.c., emerga chiaramente che l'estinzione dei diritti reali limitati può realizzarsi solo per prescrizione e non anche in forza dell'*usucapio libertatis*: stante il riferimento del primo comma dell'art. 1166 c.c. alla sola usucapione ventennale e la coincidenza tra il termine per il suo perfezionamento e quello richiesto ai fini dell'estinzione dei diritti reali limitati per non uso, si ritiene che la stessa sia prefigurabile solo nel caso dell'usucapione ventennale e che discenda non già dall'usucapione, ma dal non uso⁶⁷.

Secondo altra parte della dottrina, l'*usucapio libertatis* trova, al contrario, fondamento nell'incompatibilità che viene a determinarsi tra il

⁶⁵ Cfr. MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, cit., p. 264 ss.

Nello stesso senso, MONTEL, *Il possesso della cosa come libera*, cit., p. 181 ss., il quale osserva come solo la configurazione dei diritti reali limitati come porzioni di dominio potrebbe consentire di affermare che chi esercita il diritto di proprietà in forma piena acquista il bene per usucapione libero da pesi. Al contrario, configurando – correttamente – i diritti reali su cosa altrui quali diritti a sé stanti, distinti dalla proprietà, non sarebbe possibile affermare che chi possiede il bene come libero acquisti accanto alla proprietà anche altri diritti reali. In definitiva, l'usucapione ha in ogni caso quale effetto l'acquisto del «diritto di proprietà, che può essere più o meno limitato dall'esistenza di diritti spettanti ad altri».

⁶⁶ Cfr. G. DEIANA, in G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, III ed., cit., p. 1116 ss.; R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 1988, p. 407.

Richiamano l'art. 1153, secondo comma c.c. anche L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano, 1952, p. 418 e M. D'AMELIO, *Del possesso*, in *Codice Civile. Commentario*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1942, p. 984.

Contra, F. S. GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. sist. civ. e comm.* diretta da W. Bigiavi, Torino, 1977, pp. 387 ss. e 438 ss.

⁶⁷ In questo senso, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 266; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, p. 408 ss.; secondo D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, p. 290, il non uso opera «da sé come causa estintiva».

diritto reale limitato ed «il diritto di proprietà libero da ogni peso»⁶⁸ nonché nella difficoltà di ammettere che il diritto di proprietà – imprescrittibile – si estingua per usucapione e lo stesso non possa invece accadere per i diritti reali limitati.

Si osserva ulteriormente come all'argomentazione sopra riferita che, traendo fondamento dal superamento della configurazione dei diritti reali limitati come porzioni del dominio, giunge a escludere che chi possiede il bene come libero possa acquistare accanto alla proprietà anche altri diritti reali, possa obiettarsi come, così ragionando, si finisca per negare la possibilità di un possesso pieno a titolo di proprietà⁶⁹.

Secondo questa parte della dottrina, si devono poi diversamente interpretare gli indici normativi cui si è già fatto sopra riferimento: in primo luogo, si ritiene che tanto nell'acquisto *ex art.* 1153, quanto nell'acquisto per usucapione, ciò che si acquista non sia il diritto di proprietà del precedente proprietario, ma «una proprietà nuova»⁷⁰; in secondo luogo, si esclude che dalla previsione dell'*art.* 1166 c.c. sia

⁶⁸ G. DEIANA, in G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, I ed., cit., p. 813 ss. A parere della citata dottrina, l'estinzione dei diritti reali limitati non è riconducibile al non uso, ma all'incompatibilità che si determina tra il diritto *in re aliena* ed il diritto di proprietà libero da ogni peso; lo stesso, in definitiva, troverebbe quindi il proprio fondamento nelle norme concernenti l'usucapione della proprietà. La distinzione tra estinzione per non uso ed estinzione per incompatibilità risulta particolarmente rilevante con riferimento alle servitù negative, per le quali, mentre il non uso necessariamente implica un'attività positiva contrastante con il diritto, il possesso del fondo come libero potrebbe realizzarsi anche in assenza di tale attività. Secondo lo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 859-2008/C, *Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell'usucapione*, cit., riconoscendo valore giuridico all'*usucapio libertatis*, l'acquisizione del bene libero da pretese altrui, alla stessa conseguente, troverebbe la sua giustificazione non nel mancato esercizio o nel non uso del diritto da parte del terzo, ma nell'incompatibilità della pretesa del terzo con la nuova posizione giuridica soggettiva nascente dall'usucapione. L'estinzione dei diritti altrui non dovrebbe quindi ricondursi alla prescrizione, ma ad «una potenziata affermazione del diritto acquistato a titolo originario dall'usucapiente».

⁶⁹ In questo senso, A. CICU, *L'usucapio libertatis nel progetto del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 303 ss., secondo il quale proprio perché i diritti reali limitati non sono porzioni staccate del dominio, il possesso pieno porta all'acquisto della piena proprietà.

Ad ulteriore sostegno dell'ammissibilità dell'*usucapio libertatis*, si osserva poi che se il proprietario – il quale, per conservare il suo diritto, non ha bisogno di usarlo – perde la proprietà di fronte all'usucapiente, *a fortiori* si deve sostenere che il titolare di un diritto reale limitato – che per conservarlo, deve usarlo – lo perda di fronte all'usucapiente.

⁷⁰ In questi termini, G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, pp. 520, 580 ss., secondo il quale la proprietà nuova può essere sottoposta a limiti solo nel caso in cui gli stessi risultino dal modo di acquisto, cioè solo nel caso in cui gli stessi «restringano la stessa portata del modo di acquisto».

possibile trarre argomento a favore o contro l'ammissibilità dell'istituto in parola⁷¹.

Mentre in dottrina, come visto, non sembra rinvenibile un indirizzo maggioritario, la giurisprudenza nega espressamente l'ammissibilità nel vigente sistema normativo dell'*usucapio libertatis* e riconosce efficacia retroattiva all'usucapione⁷², al compiersi del quale consegue l'estinzione delle iscrizioni e trascrizioni risultanti a nome del precedente proprietario⁷³. La giurisprudenza stessa rileva come il riconoscimento di efficacia retroattiva all'usucapione si esponga ad obiezioni notevoli: tra le principali, quella secondo cui la retroattività, quale effetto eccezionale, deve essere espressamente prevista dal legislatore e quella secondo cui

⁷¹ *Contra* G. GROSSO, *Usucapione della cosa come libera?*, nota a Trib. Napoli, 5 novembre 1955, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 274 ss.

⁷² Le tematiche dell'*usucapio libertatis* e della retroattività dell'usucapione, per quanto distinte, sono sostanzialmente convergenti avuto riguardo agli esiti cui potrebbero condurre: in particolare, facendo retroagire gli effetti dell'acquisto per usucapione all'inizio del possesso, non avrebbe praticamente più senso interrogarsi circa la configurabilità della c.d. *usucapio libertatis*.

Cfr. G. CIAN, *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 251 ss.

⁷³ La prima pronuncia intervenuta in materia è Cass., 15 maggio 1925, in *Giur. it.*, 1925, I, 1, p. 839, nella quale la Suprema Corte ha affermato che se un terzo possiede un immobile senza titolo trascritto, il compimento dell'usucapione estingue le iscrizioni ipotecarie iscritte o rinnovate al nome del precedente proprietario, quantunque non siano perente, precisando altresì che tale effetto deve farsi risalire non già ad una *usucapio libertatis*, ma all'efficacia retroattiva dell'usucapione. Negli stessi termini, si sono espresse, da ultimo, 28 giugno 2000, n. 8792, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1325 e in *Vita not.*, 2000, 1607 e, più di recente, Cass., 11 agosto 2016, n. 17033, cit.

Sul punto, si rinvia anche alle pronunce Cass., 27 maggio 1966, n. 1379, in *Rep. Foro it.*, 1966, voce *Usucapione*, c. 3013, n. 9; Cass., 21 novembre 1978, n. 5413, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Usufrutto*, c. 2734, n. 3. Cass., 27 marzo 2001, n. 4412 in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 595. Con riferimento alle servitù prediali, si vedano le pronunce Cass., 5 gennaio 1963, n. 10, in *Rep. Foro it.*, 1963, voce *Servitù*, c. 2570, n. 163; Cass., 28 maggio 1981, n. 3505, in *Rep. Giur. it.*, 1981, voce *Servitù*, c. 3348, n. 85; Cass., 17 novembre 1973, n. 3092; App. Catania, 14 dicembre 1948, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Usucapione*, c. 1720, n. 15, e in *Mon. Trib.*, 1949, p. 71 ss.; Trib. Napoli, 5 novembre 1955, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 274 ss.; Trib. Palermo, 11 maggio 1956, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Usucapione*, c. 2701, n. 11 e in *Foro it.*, 1957, I, c. 1337 ss.; Trib. Napoli, 12 luglio 1965, in *Dir. e giur.*, 1966, p. 649 ss.

In dottrina, sulla retroattività dell'usucapione, si rinvia a S. RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992, pp. 49 - 54; ID., *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1042 ss.; CIAN, *Usucapione e comunione legale dei beni*, cit., p. 270 ss.; CICU, *L'usucapio libertatis nel progetto del nuovo codice*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, II, in *Seminario giuridico dell'Università di Bologna*, XLII, Milano, 1965, p. 365 ss.; F. S. GENTILE, *Il possesso*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1977, pag. 317; R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, 2000, p. 515 ss., B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu e Messineo, XII, Milano, 1967, p. 510 ss.

potrebbe ritenersi assurdo che i diritti concessi dal vero proprietario debbano cedere dinanzi a quelli costituiti dal possessore che non aveva usucapito⁷⁴. Cionondimeno si ritiene che la retroattività sia connaturata alla stessa funzione dell'usucapione, che è quella di dare certezza ai rapporti giuridici. In particolare, a confutazione delle riferite obiezioni, rileva il fatto che, laddove si volesse riconoscere efficacia all'alienazione compiuta dal proprietario in pendenza del termine per il maturarsi dell'usucapione, bisognerebbe coerentemente riconoscere alla stessa l'effetto di paralizzare l'usucapione o di eliminarla, nel caso in cui la stessa si fosse già compiuta⁷⁵, introducendo così una causa impeditiva del perfezionarsi dell'acquisto per usucapione che può concretamente non importare una soluzione di continuità nel possesso.

In dottrina, si osserva poi come, a sostegno della retroattività dell'usucapione, si ponga la considerazione degli esiti cui si giungerebbe negando che, al perfezionarsi della stessa, consegua l'estinzione retroattiva del diritto del precedente titolare. In primo luogo, non si potrebbe riconoscere efficacia agli atti di disposizione *medio tempore* posti in essere dall'usucapiente⁷⁶, ma la si dovrebbe riconoscere a quelli compiuti dal precedente titolare; in secondo luogo, nel caso di possesso in mala fede, il proprietario usucapito avrebbe diritto alla restituzione dei frutti e al risarcimento, sino al termine di prescrizione dell'azione risarcitoria⁷⁷.

⁷⁴ Sono obiezioni cui espressamente si fa riferimento nella sentenza Cass., 28 giugno 2000, n. 8792, cit.

⁷⁵ Testualmente, da Cass., 28 giugno 2000, n. 8792, cit.

Ad ulteriore sostegno della retroattività dell'usucapione, si pone la mancata introduzione nel codice della previsione di cui all'art. 365 del progetto preliminare del secondo libro del codice, che disponeva la salvezza dei diritti acquistati dai terzi verso il vero proprietario anteriormente alla pubblicazione della domanda od eccezione tendente a far dichiarare verificata la prescrizione acquisitiva.

La disposizione – che, nelle originarie intenzioni, mirava ad evitare l'esito, considerato iniquo, di attribuire prevalenza a coloro che acquistano da chi non aveva potere di disporre (gli aventi causa dall'usucapiente), rispetto a chi, al contrario, acquista da chi era titolare di tale potere (il proprietario) – non venne poi introdotta nel codice perché avrebbe praticamente annullato l'efficacia dell'usucapione ed avrebbe costretto colui che ha usucapito ad iniziare in ogni caso un giudizio per l'accertamento del suo acquisto, per evitare il pericolo che, malgrado l'avvenuta usucapione, l'*ex dominus* potesse ancora costituire diritti sulla cosa.

⁷⁶ Senza ricorrere alla prospettazione dell'efficacia retroattiva dell'usucapione, l'efficacia degli atti posti in essere *medio tempore* dall'usucapiente potrebbe essere salvaguardata in forza del divieto di *venire contra factum proprium* o mediante l'applicazione, in via analogica, del disposto del secondo comma dell'art. 1478 c.c., relativo alla vendita di cosa altrui. In questo senso, G. CIAN, *Usucapione e comunione legale dei beni*, cit., p. 270 ss.; S. RUPERTO, *L'usucapione*, cit., pp. 49 - 54.

⁷⁷ Anche rispetto a questi esiti, non sarebbe necessario invocare la retroattività dell'usucapione. La restituzione dei frutti è infatti obbligazione accessoria rispetto a quella di restituzione del bene. L'obbligazione risarcitoria costituisce mera

Dall'analisi dei repertori giurisprudenziali, emerge come tale questione sia stata principalmente affrontata con riferimento all'opponibilità del giudicato pronunciato tra l'acquirente per usucapione ed il precedente proprietario nei confronti del creditore ipotecario di quest'ultimo. Tale limitazione dell'oggetto delle pronunce, del resto, risulta pienamente giustificabile in considerazione del fatto che un diritto reale di garanzia non si estrinseca in alcun potere di fatto sulla cosa e non sarebbe quindi possibile distinguere tra possesso pieno e possesso limitato dall'esistenza del diritto altrui e, diversamente da quanto potrebbe avvenire con riferimento ai diritti reali di godimento, la sua costituzione non importa un'interruzione del possesso.

La Cassazione ha, in diverse occasioni, avuto modo di affermare l'efficacia della sentenza di accertamento dell'usucapione nei confronti del creditore del proprietario nei cui confronti sia stata giudizialmente dichiarata l'usucapione, riconoscendo al medesimo la facoltà di contestare gli effetti della decisione, nel solo caso in cui la stessa sia frutto di dolo o collusione, mediante la proposizione dell'opposizione di terzo c.d. revocatoria, disciplinata dall'art. 404, secondo comma, c.p.c.⁷⁸.

L'effetto estintivo del diritto reale di garanzia viene quindi motivato facendo ricorso principalmente a due argomenti: in primo luogo, l'estinzione dei diritti reali di garanzia viene considerata quale conseguenza della riconosciuta efficacia retroattiva dell'usucapione; in secondo luogo, a sostegno della conclusione in parola si deve considerare l'ontologica diversità tra acquisti a titolo derivativo e acquisti a titolo originario, la quale conduce ad escludere che, a carico del possessore, sia possibile porre un onere di conoscenza dell'esistenza delle formalità ipotecarie.

Anche in dottrina prevale l'orientamento che ricollega al compiersi dell'usucapione l'estinzione dei diritti reali di garanzia⁷⁹. Secondo le principali argomentazioni dottrinali, proprio, come detto, la diversità tra

integrazione della tutela restitutoria ordinaria e, anche in tal caso, al venire meno della seconda, la prima non potrebbe parimenti essere invocata.

Sul punto, si rinvia ancora a G. CIAN, *Usucapione e comunione legale dei beni*, cit., p. 272.

⁷⁸ In questo senso, tra le pronunce più recenti, Cass., 27 luglio 2012, n. 13372, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7 - 8, p. 978; Cass., 18 settembre 2012, n. 15698, in *Guida al diritto*, 2012, 42, p. 95.

⁷⁹ Sul punto, G. GORLA, *Delle ipoteche e del pegno*, in *Commentario del codice civile*, Art. 2784 - 2899, Bologna - Roma, 1968, p. 431 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, p. 513 ss.; P. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1984, p. 771. In senso contrario, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 412 ss.

acquisti a titolo originario ed acquisti a titolo derivativo consente di fornire giustificazione ad una norma, quale quella dell'art. 2880 c.c., posta a tutela del creditore ipotecario nei soli confronti del terzo acquirente e non già del terzo possessore. Mentre è infatti necessario assicurare tutela al creditore ipotecario, a fronte di eventuali atti di disposizione posti in essere dal datore d'ipoteca, non ponendo quindi alcun onere di attivazione in capo allo stesso, in caso di usucapione, a fronte dell'inerzia del proprietario del bene, potrebbe spettare proprio al creditore ipotecario il compimento, ai sensi dell'art. 2813 c.c., di atti interruttivi del possesso. Stante la mancanza di un'espressa previsione normativa sul punto, la dottrina richiama poi in particolare le disposizioni dettate dagli artt. 2814, 2815 e 2816 c.c., per le ipotesi di ipoteche iscritte rispettivamente sui diritti di enfiteusi, usufrutto e superficie: alla luce della prevista estinzione del diritto di ipoteca, conseguente a quella, per prescrizione, del diritto ipotecato, si giunge alla configurazione, in capo al creditore ipotecario, di un onere di surrogarsi al datore d'ipoteca in caso di inerzia dello stesso.

Da ultimo, nel caso in cui il bene potenzialmente oggetto di usucapione sia stato pignorato da parte del creditore ipotecario dell'intestatario dello stesso in data anteriore al compimento dell'acquisto a titolo originario, il terzo che intende far valere l'usucapione del bene pignorato è legittimato a proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 619 c.p.c., nel corso dell'espropriazione forzata immobiliare⁸⁰.

⁸⁰ Consolidata è l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità che, con riferimento al conflitto sostanziale tra l'acquirente per usucapione e il creditore pignorante del precedente proprietario o l'aggiudicatario o l'assegnatario alla vendita coatta del bene pignorato, assegna prevalenza al diritto di proprietà acquistato per usucapione, ancorché il pignoramento o il decreto di trasferimento siano stati trascritti prima del maturare del termine per l'usucapione. Sul punto, Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Usucapione*, n. 6; Cass., 28 gennaio 1985, n. 443, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Trascrizione*, n. 14. In particolare, non rileva che l'acquisto sia intervenuto dopo il pignoramento o che, al tempo dello stesso, il giudizio di accertamento dell'usucapione fosse ancora pendente. In questi termini, Cass., 25 maggio 2010, n. 12790, in *Foro it.*, 2011, 5, I, c. 1475. Escludono espressamente che all'esecuzione del pignoramento immobiliare possa conseguire un effetto interruttivo del possesso *ad usucapionem* le pronunce Cass., 30 dicembre 2009, n. 27668, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 12, p. 1759; Cass., 18 ottobre 2004, n. 20397, in *Giur. it. Mass.*, 2004; Cass., 7 settembre 2004, n. 18004, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass., 19 giugno 2003, n. 9845, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 97; Cass., 23 novembre 2001, n. 14917, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, p. 586; Cass., 6 dicembre 2000, n. 15503, in *Arch. civ.*, 2001, p. 313.

3. Efficacia *ultra partes* della sentenza dichiarativa dell'usucapione

L'analisi dei rapporti tra il perfezionamento dell'acquisto per usucapione e la sorte degli atti di disposizione posti in essere dal proprietario necessita di un'ultima puntualizzazione.

Come si è già avuto modo di accennare, nel dibattito creatosi attorno alla definizione della sorte dei diritti reali di godimento o di garanzia gravanti sul bene usucapito, sembra rinvenibile un certo scostamento tra il piano sostanziale e quello processuale della questione. In particolare, nelle trattazioni dottrinali dedicate ai temi in esame, non si rinvengono particolari approfondimenti relativi alla definizione delle modalità con cui la sentenza di accertamento dell'intervenuto acquisto per usucapione, resa ad esito di un giudizio di cui siano stati parti solo il proprietario usucapito e il preteso usucapiente, espliciti i suoi effetti nei confronti degli aventi causa o dei creditori di quest'ultimo⁸¹.

La giurisprudenza di legittimità, come visto, ha costantemente affermato che la sentenza dichiarativa dell'intervenuto acquisto per usucapione esplicita i suoi effetti nei confronti del creditore del precedente proprietario che abbia costituito ipoteca sul bene ipotecato prima del compiersi dell'usucapione, nel caso in cui lo stesso non sia stato parte del giudizio teso ad accertare l'intervenuto acquisto per usucapione del diritto di piena ed esclusiva proprietà.

Solo dottrina minoritaria e qualche pronuncia di merito hanno contestato tale assunto, affermando che il creditore ipotecario debba considerarsi quale soggetto titolare, in via esclusiva, della *legitimatio ad causam*, rispetto all'accertamento dell'intervenuta estinzione del diritto reale di garanzia, conseguente all'intervenuto acquisto per usucapione del diritto di proprietà. Secondo tale orientamento minoritario, in particolare, il creditore ipotecario dovrebbe considerarsi non quale parte di un rapporto giuridico dipendente da quello dedotto in giudizio, ma titolare di un diritto incompatibile con quello fatto valere dall'attore⁸².

⁸¹ Si considerino, in particolare, i casi che, con maggiore frequenza hanno costituito oggetto di pronuncia da parte della giurisprudenza di legittimità, del creditore che abbia iscritto ipoteca sul bene usucapito o che abbia trascritto il pignoramento prima del compiersi dell'usucapione.

⁸² In questi termini, G. MICCOLIS, *Breve nota sulla efficacia «ultra partes» della sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione*, nota a Corte Cost., ord. 19 giugno 2000, n. 219, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1817 ss., secondo il quale, a prescindere dall'interpretazione che si ritenga di preferire avuto riguardo ai limiti soggettivi del giudicato, in ogni caso, la sentenza non produce alcun effetto – nemmeno in via riflessa – nei confronti del creditore ipotecario non convenuto in giudizio da parte del preteso usucapiente.

A sostegno di tale conclusione si osserva come, nell'ipotesi in cui, prima della proposizione dell'azione di accertamento o del maturare del termine per

La questione necessita, come detto, di una breve puntualizzazione soprattutto in considerazione della diversità sussistente tra gli strumenti previsti a tutela delle ragioni dei terzi pregiudicati da una sentenza resa *inter alios*.

l'usucapione, l'intestatario del bene trasferisca la proprietà del bene ad un terzo o costituisca a favore dello stesso un diritto di usufrutto, evidentemente quest'ultimo risulterebbe sfornito della *legitimatio ad causam* e quindi la sentenza risulterebbe inefficace nei suoi confronti.

Con la pronuncia del Tribunale di Spoleto del 24 marzo 1999 (in *Foro it.*, *Rep.* 1999, voce *Usucapione*, n. 7 e *Rass. giur. umbra*, 1999, 423 con nota di F. TIZI, *Appunti sul conflitto tra l'acquirente per usucapione ed il creditore pignorante: questioni di rilevanza costituzionale*) è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 2909 c.c., nella parte in cui consente, secondo l'interpretazione fornita dal diritto vivente, di opporre il giudicato a soggetti rimasti estranei al processo, titolari di un diritto dipendente o subordinato alla situazione definita in quel processo, e dell'art. 619 c.p.c., nella parte in cui consente al terzo di far valere, con l'opposizione all'esecuzione, il suo diritto di proprietà sul bene pignorato, od altro diritto reale, accertato in un giudizio nel quale non siano stati contraddittori i creditori pignoranti.

Per quanto concerne l'art. 2909 c.c., l'efficacia riflessa del giudicato civile nei confronti dei titolari di un diritto dipendente o subordinato alla situazione definita nel processo, rimasti estranei a quest'ultimo, viene fondata dal diritto vivente sull'assunto secondo cui la sentenza rappresenta un'affermazione oggettiva di verità. Secondo il giudice rimettente, tale assunto si pone in contrasto sia con l'art. 3 Cost., perché le parti, con il loro comportamento nei confronti della lite, possono disporre dell'esito del giudizio, pur in assenza di intenti frodatori o collusivi, sia con l'art. 24 Cost., perché chi è soggetto a tale efficacia riflessa non è sufficientemente tutelato dall'azione di cui all'art. 404, secondo comma, c.p.c., ristretta ai soli casi di collusione e dolo delle parti del processo pregiudizievole.

Il giudice rimettente rileva che l'art. 619 c.p.c., non imponendo che il diritto di proprietà (o altro diritto reale) del terzo sul bene pignorato venga accertato esclusivamente nel giudizio di opposizione all'esecuzione e, quindi, nel contraddittorio con il creditore pignorante, consentirebbe al terzo, con la deduzione di un giudicato formatosi di fronte ad altre parti processuali, di ridurre a sua scelta le difese del pignorante nei ristretti limiti di cui all'art. 404, secondo comma, c.p.c.

La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 219 del 19 giugno 2000, ha dichiarato «manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2909 c.c., nella parte in cui consente di ritenere il giudicato formatosi tra l'acquirente per usucapione e il precedente proprietario opponibile nei confronti del creditore ipotecario e pignorante di quest'ultimo, e 619 c.p.c., nella parte in cui consente al terzo proprietario del bene pignorato di far valere, dopo il pignoramento, il diritto reale incompatibile con l'espropriazione forzata anche al di fuori dell'opposizione all'esecuzione, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.».

In particolare, la dichiarata manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale viene motivata alla luce del mancato esame, da parte del giudice rimettente, di punti decisivi della controversia: in primo luogo, il giudice rimettente si limita ad affermare apoditticamente l'applicabilità dell'art. 2915, secondo comma, c.c. alle sole ipotesi di acquisto derivativo; in secondo luogo, lo stesso omette qualsiasi considerazione, sia in fatto sia in diritto, relativa alla configurabilità, nel nostro ordinamento, della cosiddetta *usucapio libertatis* nonché al senso ed ai limiti del principio della cosiddetta "retroattività reale" dell'usucapione.

Come noto, l'opposizione di terzo ordinaria è prevista a tutela delle ragioni dei terzi che subiscano, in vario modo, un pregiudizio ad un loro diritto ed è esperibile senza limiti di tempo. La legittimazione all'esercizio di tale azione viene quindi riconosciuta a tre principali categorie di terzi. In primo luogo, possono proporre opposizione di terzo ordinaria i terzi – non soggetti né all'autorità di giudicato né all'eventuale efficacia esecutiva della sentenza – che si ritengano titolari di un diritto reale incompatibile con quello dedotto in giudizio perché dello stesso tipo e avente lo stesso oggetto di quest'ultimo. In questo caso, la sentenza non incide infatti direttamente sul diritto del terzo, non avendo avuto direttamente ad oggetto lo stesso, ma lo pone in dubbio perché contiene un accertamento logicamente contraddittorio con la sua esistenza. Legittimati al ricorso all'opposizione di terzo ordinaria sono poi anche i litisconsorti necessari pretermessi⁸³ e i soggetti falsamente rappresentati. L'opposizione di terzo revocatoria costituisce invece mezzo di impugnazione⁸⁴, riservato agli aventi causa ed ai creditori delle parti che, pur rimasti estranei al processo, sono soggetti all'efficacia di accertamento della sentenza ed il suo esperimento è subordinato alla dimostrazione del dolo o della collusione delle stesse a loro danno.

Come è evidente in considerazione della distinzione appena illustrata, definire se la sentenza di accertamento dell'usucapione produca i suoi effetti anche nei confronti dei terzi aventi causa dal proprietario, prima del compiersi dell'usucapione e quali siano quindi i mezzi di tutela previsti a tutela dei loro diritti eventualmente lesi, richiede di individuare la relazione intercorrente tra il diritto del terzo e quello che ha costituito oggetto del giudizio dichiarativo. A prescindere dalla divisibilità alla posizione, prevalente a livello giurisprudenziale, che ricollega l'estinzione del diritto di ipoteca alla retroattività dell'usucapione, potrebbe comunque fornirsi una spiegazione, più limitatamente, rispetto all'individuazione dell'opposizione di terzo revocatoria quale unico strumento di tutela del creditore ipotecario.

Considerando l'ipotesi cui si riferiscono, in maniera pressoché esclusiva, le pronunce della giurisprudenza di legittimità in materia, cioè

⁸³ Il riconoscimento ai litisconsorti necessari pretermessi della possibilità di avvalersi del rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria costituisce attualmente espressione dell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario. In questo senso, F. P. LUISSO, voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 5; per un orientamento risalente, che esprimeva in senso contrario, A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, p. 263; G. FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968, p. 179, nt. 45.

⁸⁴ In quanto tale, tale mezzo di impugnazione deve essere proposto entro il termine perentorio di trenta giorni, decorrenti dal momento della scoperta del dolo o della collusione.

quella dell'estinzione del diritto di ipoteca quale conseguenza della retroattività dell'acquisto per usucapione del diritto di proprietà, le difficoltà di inquadramento della presente questione discendono dalla possibilità di identificare il creditore ipotecario sia come soggetto titolare di un diritto incompatibile con quello dedotto in giudizio, sia come avente causa dal proprietario usucapito *ante rem iudicatam*.

Da questo punto di vista, è però piuttosto evidente come la differenziazione tra queste due categorie di terzi conduca *ex se* a ritenere, conformemente a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che il creditore ipotecario dell'usucapito sia legittimato all'esperimento della sola opposizione di terzo revocatoria⁸⁵. L'inaccettabilità della posizione di quanti, partendo dalla ritenuta opportunità di evitare che il creditore ipotecario debba fornire la prova del dolo o della collusione delle parti accertanti⁸⁶, ritengono che a questo debba riconoscersi la legittimazione all'esperimento dell'opposizione di terzo ordinaria, discende dalla considerazione di come, così argomentando, si giungerebbe a ritenere che sia stato lo stesso legislatore ad introdurre un'ingiustificata disparità tra il trattamento riservato ai terzi che possono subire un pregiudizio dalla sentenza resa *inter alios* e quello dei creditori e aventi causa dalle parti del giudizio⁸⁷.

⁸⁵ Non sembra cogliere il punto la dottrina citata nella nota precedente; in particolare, MICCOLIS, *Breve nota sulla efficacia «ultra partes» della sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione*, cit. che infatti giunge ad assimilare l'ipotesi del trasferimento del bene potenzialmente oggetto di usucapione a quella della costituzione sullo stesso di un diritto reale di godimento.

⁸⁶ Il riconoscimento di tale strumento di tutela presenterebbe non trascurabili benefici per il creditore ipotecario: in primo luogo, potrebbe agire senza limiti di tempo e, in secondo luogo, non dovrebbe provare il dolo o la collusione delle parti accertanti.

⁸⁷ Si può ulteriormente osservare poi come, con specifico riferimento al caso in cui alla sentenza dichiarativa dell'usucapione consegua l'estinzione del diritto di ipoteca, in senso contrario rispetto alla possibilità di parlare di una vera e propria plurisoggettività del *rapporto* giuridico dedotto in giudizio, sembra rilevare il fatto che, rispetto al diritto reale di garanzia, non potrebbe mai essere avanzata domanda di accertamento del suo acquisto per usucapione.

Capitolo III

L'ACCORDO DI MEDIAZIONE ACCERTATIVO DELL'USUCAPIONE

1. Note introduttive e qualificazione strutturale dell'«accordo delle parti»

1.1. Inquadramento tradizionale del negozio di accertamento e previsione del n. 12-bis dell'art. 2643 c.c.

Nell'analisi ricostruttiva della figura dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione, si ritiene opportuno partire dalla ricognizione dello stato della giurisprudenza in materia di negozio di accertamento, al fine di compiere una prima valutazione della compatibilità tra la configurazione giurisprudenziale, che dello stesso viene fornita, con la previsione del n. 12-bis dell'art. 2643 c.c.

La giurisprudenza⁸⁸ esclude costantemente l'idoneità del negozio di accertamento ai fini dell'acquisto a titolo derivativo della proprietà di

⁸⁸ Cfr. Cass., 9 dicembre 2015, n. 24848 in *Guida al diritto* 2016, 8, p. 92: «il negozio di accertamento non determina *ex se* il trasferimento di beni e di diritti da un soggetto all'altro, né costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, in quanto rende soltanto definitiva la situazione connessa con il rapporto preesistente, la quale sia, di per sé, idonea al conseguimento degli effetti definitivamente fissati dal negozio accertativo. La funzione di accertamento propria del negozio così qualificato, e la sua efficacia retroattiva, sono incompatibili con l'effetto traslativo della proprietà».

Cfr. Cass., 11 aprile 2016, n. 7055, in *Giust. civ. Mass.*, 2016: «il negozio di accertamento può eliminare incertezze sulla situazione giuridica, ma non sostituire il titolo costitutivo, essendo necessario, invece, un contratto con forma scritta dal quale risulti la volontà attuale delle parti di determinare l'effetto traslativo, sicché è irrilevante che una delle parti, anche in forma scritta, faccia riferimento ad un precedente rapporto qualora questo non sia documentato».

Relativamente agli accordi di mediazione accertativi dell'usucapione, si vedano le pronunce di merito citate nel cap. I, par. 3.

La più recente pronuncia è Trib. Macerata, 28 agosto 2015, in *Riv. not.*, II, 2016, p. 295, con nota di G. BARALIS, *Brevi note in tema di pubblicità ex art. 2643, n. 12-bis; considerazioni sui rapporti fra il sistema della pubblicità immobiliare "1942" e la novellazione successiva*: «La trascrizione dell'accordo di mediazione che accerti l'usucapione ex art. 2643, n. 12-bis c.c. non è prevista a fini di pubblicità notizia (com'è invece per la sentenza che accerta l'usucapione, trascrivibile ex art. 2651 c.c.). tale accordo è un titolo di acquisto opponibile ex art. 2644 e 2650 c.c., vale a dire (soltanto) ai terzi che abbiano trascritto (o iscritto) i loro acquisti successivamente».

un bene immobile e gli attribuisce l'effetto di precludere ogni ulteriore contestazione relativa al rapporto preesistente⁸⁹.

Nonostante sia più frequente, in termini espressi, il riconoscimento al negozio di accertamento di effetti di natura preclusiva, la ricostruzione giurisprudenziale dello stesso si radica, sia pur non sempre in modo altrettanto espresso, sul paradigma della dichiaratività.

La giurisprudenza dimostra di riconoscere al negozio di accertamento efficacia sostanzialmente dichiarativa, dal momento che considera l'esistenza della situazione preesistente accertata quale requisito costitutivo dell'efficacia o della validità del medesimo e afferma, con riferimento al caso in cui questo si riferisca a diritti reali, che la fonte dell'acquisto deve, sempre ed in via esclusiva, rinvenirsi nel fatto causativo originario, negando quindi che possa porsi quale autonoma fonte della vicenda acquisitiva⁹⁰.

Simile è l'approccio tradizionalmente adottato in dottrina⁹¹ a proposito della definizione delle conseguenze discendenti dall'inesistenza della situazione originaria: pur riconoscendo che il regolamento

⁸⁹ In questo senso, Cass., 23 marzo 1961, n. 652 in *Foro pad.*, 1961, I, p. 468; Cass., 29 gennaio 1974, n. 241 in *Giur. it.*, I, 1, p. 726; Cass., 27 aprile 1982, n. 2634, in *Giur. it., Rep.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 116 e 279; Cass., 16 marzo 1978, n. 1323, in *Giust. civ. Mass.*, 1978.

⁹⁰ Con specifico riguardo alla pronuncia, di rilievo determinante ai nostri fini, con cui la Cassazione ha riconosciuto che scopo del negozio di accertamento può essere anche quello di accertare l'intervenuto acquisto a titolo originario (Cass., 23 agosto 1991, n. 9047, in *Riv. giur. edil.*, 1992, I, p. 981), in motivazione si legge: «il negozio di accertamento [...] produce l'effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione sul contenuto del rapporto giuridico preesistente (Cass., 10 gennaio 1983, n. 161) e cioè crea una obbligazione nuova, che impone alle parti il riconoscimento di quel contenuto. [...] Il negozio di accertamento della titolarità di un diritto reale non costituisce titolo attributivo di tale titolarità, dovendo la regolamentazione di questa rinvenirsi unicamente nella fonte originale, che ne costituisce il fondamento e che non può essere sostituita dal negozio di accertamento (Cass., 23 dicembre 1967, n. 9625; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7274). [...] Trattandosi di riconoscimento avente ad oggetto la titolarità di un diritto reale, i suoi effetti si producono solo in quanto corrispondono a quelli scaturenti dalla regolamentazione originaria del rapporto accertato. L'accertamento della non corrispondenza si risolve nell'accertamento dell'invalidità del negozio».

⁹¹ La nullità del negozio di accertamento viene fatta discendere dalla mancanza di oggetto o dalla mancanza di causa. Nel primo senso, M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 59 e 109; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 122 ss.; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997, p. 154; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, II, p. 207; di nullità per mancanza di causa parlano M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 240; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*. Artt. 1987 - 1991, in *Codice Civile. Il Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, p. 517; G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, p. 141.

Si pronunciano invece in senso contrario alla rilevanza delle vicende relative al rapporto accertato, E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, cit., pp. 608 ss.

accertativo è causalmente autonomo rispetto alla situazione preesistente, si afferma infatti che l'atto non possiede l'idoneità a produrre l'effetto costitutivo nel caso di inesistenza della stessa. In altri termini, l'efficacia del negozio di accertamento non potrebbe mai spingersi fino al punto di costituire un rapporto prima inesistente, dal momento che la semplice rimozione dell'incertezza non costituirebbe sostegno causale sufficiente a tali fini⁹². Si ritiene quindi che, in una simile eventualità, il negozio di accertamento sia nullo per difetto di causa o di oggetto e solo quella parte della dottrina che considera l'esistenza della situazione originaria quale presupposto in senso tecnico del medesimo, ne afferma l'inattitudine funzionale⁹³.

Ipotizzando di riferire tali termini ricostruttivi alla figura contrattuale del n. 12-*bis*, titolo d'acquisto del diritto dovrebbe quindi sempre essere costituito dall'usucapione e l'accordo accertativo sarebbe nullo nel caso in cui tale acquisto a titolo originario non si fosse effettivamente perfezionato⁹⁴.

È evidente però come, laddove si ritenesse che titolo d'acquisto del diritto, nonostante l'intervenuta conclusione dell'accordo accertativo, sia

⁹² In questi termini, in particolare, D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 517, il quale testualmente afferma: «se si ammette che i privati possano, mediante un'attività negoziale, stabilire con efficacia preclusiva l'esistenza di fatti costitutivi di rapporti, non si vede come possa poi negarsi la validità di negozi di accertamento costitutivi».

Esclude che il negozio di accertamento possa avere ad oggetto questioni concernenti l'esistenza della situazione giuridica incerta anche E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 306 ss.

⁹³ In tal senso, M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2000, pp. 251 - 256; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, pp. 151 ss.: A parere dell'Autrice da ultimo citata, non sarebbe dogmaticamente corretto colpire con una sanzione radicale, come quella della nullità, un negozio la cui «irrealizzabilità» – conseguente al venir meno dell'interesse perseguito con l'operazione o alla sua insussistenza *ab initio* – non esclude che, nel negozio concretamente posto in essere, sussista la funzione economico - giuridica propria del tipo corrispondente. Diversamente argomentando, secondo questa dottrina, si giungerebbe a far discendere la nullità da un elemento estrinseco rispetto al negozio, potendo la stessa riferirsi, al contrario, solo ad elementi intrinseci al negozio.

Alla luce di queste argomentazioni, si afferma quindi che, nel caso di inesistenza della situazione preesistente, il negozio di accertamento deve considerarsi inefficace dal momento che, nonostante la sua conformità alla fattispecie legale, non può produrre i suoi effetti perché non sarebbero idonei a realizzare l'interesse che le parti intendevano perseguire con quella operazione.

⁹⁴ Frequente è poi il riferimento giurisprudenziale alla retroattività, considerato quale carattere coesistente rispetto alla dichiaratività. Accennando solo brevemente alla questione, si ritiene di aderire all'autorevole ricostruzione secondo cui retroattività e dichiaratività sono termini tra loro incompatibili: «quando si ha accertamento, non può esservi retroattività, giacché la situazione accertata, proprio per ipotesi, preesiste all'atto di accertamento». In questi termini, F. SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 32.

sempre e comunque l'usucapione, emergerebbe *icto oculi* un'assoluta inconciliabilità con la trascrizione disposta ai sensi dell'art. 2644 c.c., non potendo la prioritaria trascrizione, in tal caso, costituire criterio risolutivo di conflitti che solo *lato sensu* possono definirsi circolatori⁹⁵.

In questo senso, la previsione del n. 12-*bis* dovrebbe interpretarsi come attribuzione ai privati del potere di creare un titolo attestativo dell'acquisto⁹⁶. Nonostante l'attribuzione di tale valenza all'accordo accertativo possa indurre a escludere che alle parti sia stato riconosciuto il potere di incidere direttamente sul titolo dell'acquisto – limitandosi le stesse a conferire all'usucapione quel sostegno documentale di cui risulta naturalmente sprovvisto – si giungerebbe ad ammettere che, per il tramite dell'accordo accertativo, si giunga ad sorta di riqualficazione dell'acquisto a titolo originario in acquisto a titolo derivativo⁹⁷, con conseguente assoggettamento alla disciplina propria degli acquisti da ultimo menzionati. A seguito dell'intervenuta riqualficazione, la risoluzione degli eventuali conflitti tra gli aventi causa dal proprietario usucapito ed il soggetto che, ad esito dell'accertamento, risulta titolare del diritto, non avverrebbe quindi alla stregua della disciplina sostanziale dell'usucapione, ma in forza della prioritaria trascrizione del titolo.

Questi preliminari rilievi sono stati essenzialmente realizzati, come detto, al fine di porre in evidenza i principali profili rispetto ai quali

⁹⁵ L'inconciliabilità tra usucapione e trascrizione *ex art.* 2644 c.c. emerge anche osservando come l'acquisto per usucapione sia *ex se* opponibile *erga omnes*, a differenza dei contratti di cui all'art. 2643 c.c., per la cui opponibilità è richiesto l'assolvimento dell'onere pubblicitario.

⁹⁶ Secondo minoritaria dottrina, l'accordo accertativo e la sentenza di accertamento dell'usucapione sono fattispecie identiche e l'accertamento negoziale «dovrebbe quindi trovare il suo luogo naturale di collocazione nell'art. 2651 c.c.». L'opinione riferita è quella di Francesco Gazzoni, resa in conversazione privata, di cui dà conto BARALIS, *L'accertamento dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 6 ss.

⁹⁷ La prospettazione in parola richiama il tema della qualificazione degli accordi di reintegrazione della legittima. Secondo parte minoritaria della dottrina, gli accordi integrativi realizzano una vicenda modificativa e il punto di incidenza di tale modificazione viene individuata nella vicenda successoria o, più radicalmente, nella stessa delazione. Secondo la ricostruzione preferibile, per il tramite degli accordi di reintegrazione della legittima, i privati non possono conseguire i medesimi risultati cui conduce l'esperienza vittorioso dell'azione di riduzione – cioè, in caso di pretermissione, il ripristino del titolo a succedere e, in caso di lesione, l'acquisto, a titolo di erede, dei beni oggetto delle disposizioni lesive – ma, più limitatamente, si consente loro di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive che rappresentano esito della vicenda successoria, al fine della composizione o prevenzione di una lite. Sul punto, si veda G. AMADIO, *La soluzione negoziale delle controversie successorie*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 255. Sulla tematica della riqualficazione del negozio o della causa, ad ulteriore sostegno della conclusione qui sostenuta, si veda AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 198 ss.

sembrano porsi i più rilevanti problemi di coordinamento tra la previsione normativa del n. 12-*bis* e la configurazione giurisprudenziale del negozio di accertamento.

Lasciando al prosieguo della presente ricerca il tentativo di rendere tra loro, in qualche modo, conciliabili i suddetti profili, si può comunque giungere ad una prima conclusione: la collocazione codicistica del n. 12-*bis* costituisce dato normativo non solo rilevante, ma assolutamente sufficiente per escludere che l'accordo accertativo possa costituire mera dichiarazione attestativa dell'intervenuto acquisto per usucapione, dovendosi allo stesso ricondurre una vicenda dispositiva in senso proprio⁹⁸.

Alla luce di queste prime riflessioni, si ritiene opportuno partire dalla considerazione della vicenda dispositiva realizzata dal contratto di transazione, rispetto alla cui ricostruzione, si rinviene un processo analogo a quello che si sta realizzando rispetto al contratto di accertamento: da figura tradizionalmente inquadrata in termini dichiarativi, la previsione della sua trascrizione ai sensi dell'art. 2644 c.c. ha contribuito alla sua configurazione nei diversi termini della dispositività.

1.2. *La trascrizione ex art. 2644 c.c. del contratto di transazione*

La dottrina che, in tempi meno recenti, si è occupata del contratto di transazione ha escluso, fatto salvo il caso di c.d. transazione mista, che tale contratto sia strutturato in modo tale da poter produrre effetti traslativi o più genericamente reali. Tale posizione trae origine dalla qualificazione del contratto di transazione nei termini di contratto avente natura esclusivamente accertativa e dalla conseguente ritenuta incompatibilità dell'effetto reale con il mero accertamento⁹⁹.

⁹⁸ La collocazione codicistica della previsione relativa agli accordi accertativi dell'usucapione costituisce anche conferma del superamento, già pienamente intervenuto a livello dottrinale, della teoria degli «equivalenti giurisdizionali», per la quale si veda, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 154.

⁹⁹ L'esclusione dell'idoneità a produrre effetti traslativi è stata riferita al contratto di transazione pura e non già alla transazione mista *ex art.* 1965, secondo comma, c.c.: a tal riguardo, si parla pacificamente di transazione traslativa.

Sulla dichiaratività della transazione, si veda CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1965, p. 98 ss.; ID., voce *Transazione (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 485 ss.; nello stesso senso, si veda G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, p. 57 ss. (ma si veda poi ID., *Teoria del negozio giuridico*, rist. Padova, 1961, p. 57 ss.); A. BUTERA, *Delle transazioni*, Torino, 1933, p. 346 ss.; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, in *Il*

Secondo la ricostruzione maggioritaria, la transazione ha invece natura costitutiva¹⁰⁰ e il superamento della controversia si realizza per il tramite della modifica del rapporto precedente o, secondo una diversa configurazione, per mezzo della sostituzione¹⁰¹ dello stesso con l'assetto di interessi definito ad esito delle reciproche concessioni transattive. Individuando la vicenda effettuale, cui la transazione pone capo, in termini di sostituzione, si sarà in presenza di una transazione novativa – e la sostituzione potrà definirsi integrale – nel caso in cui la controversia attenga direttamente al titolo, cioè al fatto costitutivo della situazione preesistente; laddove invece – incontroverse l'esistenza o la validità del

diritto civile italiano, già diretto da Fiore e continuato da Brugi, Napoli - Torino, 1924, I, p. 287; Cass., 31 maggio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, p. 907 ss.

Sul punto, si veda anche PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1989, p. 139, secondo il quale: «è lecito ritenere che la transazione, nel suo profilo più schietto, abbia natura dichiarativa; ma che essa possa anche, supplementarmente, acquistare efficacia costitutiva: ciò che precisamente ha luogo quando le reciproche concessioni modificano od estinguono un rapporto giuridico diverso».

L'opinione tradizionale sopra riferita è stata sottoposta a parziale revisione con l'introduzione, ad opera del codice civile del 1942, del n. 13 dell'art. 2643 c.c. e la dottrina è giunta quindi ad affermare che, con l'introduzione della previsione normativa in parola, si è proposta una nozione di transazione nell'accezione di atto di disposizione. In questi termini, R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino, 2012, p. 111; L. FERRI - P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1995, p. 175; E. GABRIELLI - F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione, La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, Milano, 2012, p. 311.

¹⁰⁰ Alla transazione si riconosce natura costitutiva, a prescindere dall'ipotesi di transazione c.d. mista. Al contrario, dalla considerazione della transazione c.d. mista traggono argomento per affermare la costitutività della transazione ordinaria, R. NICOLÒ, *La transazione*, I, Milano, 1973, p. 150; C. FURNO, *Intorno alla natura della transazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 35.

La situazione anteriore alla transazione resta incerta, «nel senso di non certa o non accertata» e la transazione non può quindi che considerarsi costitutiva, non essendo possibile stabilire se l'assetto degli interessi definito ad esito della transazione sia coincidente con quello che il giudice avrebbe accertato. Presumendosi la mancanza di coincidenza tra il regolamento transattivo e quello legale, la transazione deve considerarsi in ogni caso dispositiva; fatti salvi gli effetti della trascrizione, dal punto di vista operativo, si sostituisce, almeno *inter partes*, una situazione certa a quella preesistente incerta. In questi termini, FERRI - ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja - Branca, cit., pp. 173 - 174.

¹⁰¹ In questo senso, SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., *passim*, spec. pp. 69, 277, secondo il quale alle reciproche concessioni non corrisponde necessariamente una modificazione della situazione preesistente, dal momento che le stesse si riferiscono alla pretesa e alla contestazione, cioè alle posizioni assunte dalle parti nella lite.

La transazione non assolve quindi alla funzione di modificare la situazione giuridica, ma a quella di superare la lite mediante le reciproche concessioni; in questo contesto, la modificazione può costituire mera conseguenza eventuale.

Parla di sostituzione anche FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 227.

titolo – la lite riguardi singoli effetti o modalità dello stesso, la transazione realizzerà un'integrazione della situazione preesistente¹⁰².

Secondo la c.d. teoria della modificazione¹⁰³, l'effetto che deve costantemente ricollegarsi alla transazione è la rinnovazione della fattispecie: la transazione opera come la sola fonte creatrice immediata degli effetti costitutivi dei rapporti nuovi, così come degli effetti modificativi o estintivi dei rapporti preesistenti. Dopo la conclusione del contratto di transazione, che comporta costantemente la rinnovazione della fattispecie, il rapporto, attorno a cui è sorta controversia, non trova più fonte nella fattispecie originaria, ma nella nuova fattispecie originata dal contratto transattivo¹⁰⁴. La transazione deve sempre recare qualche modificazione al rapporto preesistente: il rapporto preesistente viene assimilato al negozio transattivo e, per il tramite delle reciproche concessioni, si realizza la creazione di rapporti giuridici collaterali e il

¹⁰² In questi termini, SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 79 ss. Nel caso di transazione non novativa, il rapporto sarà quindi determinato, per la parte incontrovertibile, dal fatto causativo originario e, per i profili in relazione ai quali è sorta la lite, dalla transazione. La conclusione del contratto di transazione conduce quindi alla creazione di un concorso di comandi «per integrazione»: il comando derivante dalla transazione si pone accanto a quello che trova fonte nel fatto causativo originario che permane, essendo rimasto estraneo alla controversia e quindi alla transazione.

Nel caso di transazione novativa, la situazione preesistente è integralmente dedotta in lite e nella stessa misura è sostituita dalla situazione giuridica che origina dalla transazione.

Aderisce sostanzialmente alla teoria c.d. della sostituzione anche E. DEL PRATO, voce *Transazione*, c) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XLI, 1992, *passim*; ID., *La transazione*, Milano, 1992, pp. 43 - 48.

In senso critico, M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, cit., p. 264 ss., che rileva la difficoltà di conciliare le conclusioni cui giunge la teoria della sostituzione con la disposizione contenuta nell'art. 1976 c.c.

¹⁰³ Cfr. R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 439 ss.

Nello stesso senso, si veda anche l'opinione di SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, cit., p. 268 ss., il quale, riconoscendo come alla transazione consegua la modifica della situazione preesistente, attuata attraverso un meccanismo di rinnovazione, ulteriormente puntualizza che il meccanismo della rinnovazione non debba mai considerarsi schema esuberante e superfluo, dal momento che, intervenendo su un rapporto incerto e controverso, l'atto rinnovativo deve, per definizione, possedere una potenziale idoneità a creare l'intera situazione successiva, nel caso di inefficacia della situazione originaria.

¹⁰⁴ NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., p. 445 - 446. È necessario che il nuovo negozio, creato dalla transazione, non sia perfettamente uguale a quello precedente; altrimenti, si creerebbe una mera duplicazione di dichiarazioni di identico contenuto, priva di rilevanza giuridica.

conseguente inserimento di questi nuovi elementi modificativi tra gli elementi costitutivi del primo¹⁰⁵.

Si discosta dalle tradizionali categorie dell'efficacia giuridica quella ricostruzione – già più volte richiamata e che costituirà oggetto di analisi in sede di ricostruzione della vicenda dispositiva sottesa all'accordo accertativo – secondo cui la transazione non può essere inquadrata secondo le tradizionali categorie dell'efficacia giuridica, ma solo facendo ricorso ad una distinta tipologia di efficacia: l'efficacia preclusiva¹⁰⁶.

La ricostruzione del contratto di transazione nei termini di contratto produttivo di effetti costitutivi o *lato sensu* dispositivi non implica però lo stesso debba conseguentemente considerarsi idoneo al trasferimento di diritti¹⁰⁷. In senso contrario alla configurabilità di effetti traslativi direttamente prodotti dalla transazione, si sostiene che la transazione realizzerebbe, più limitatamente, la conferma di un trasferimento già avvenuto ad altro titolo¹⁰⁸. Analogamente, nel diverso caso in cui da una vendita nasca una lite, per il superamento della quale, si pattuisca la retrocessione della proprietà all'originario venditore, si sarebbe in presenza di una transazione mista *ex art.* 1965, secondo comma c.c. ma, similmente al caso in cui, con la transazione, si realizzi la conferma del

¹⁰⁵ NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 450 ss. Si realizza l'assorbimento del rapporto preesistente in uno schema negoziale nuovo e la sostituzione non di un rapporto all'altro, ma di un negozio all'altro, che si pone quale fonte normativa dell'intero rapporto.

¹⁰⁶ Il riferimento è ad A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965 e voce *Accertamento a) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, 1958, I.

Già PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Comm. D'Amelio - Finzi, Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p. 458 aveva rilevato l'opportunità di procedere ad un ripensamento della teoria dell'efficacia, proprio per fornire adeguata sistemazione al fenomeno transattivo.

¹⁰⁷ Secondo la ricostruzione maggioritaria, la transazione costituisce contratto dispositivo, ma non traslativo. Si nega conseguentemente che la transazione importi la garanzia per evizione relativamente alla disposizione della cosa controversa e che costituisca titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata.

Sul punto, DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 42; FRANZONI, *La transazione*, cit., pp. 218 - 221; SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 288.

È opportuno precisare sin d'ora che, nella transazione mista, la trascrizione degli atti non riguardanti direttamente l'oggetto della controversia non deve eseguirsi sempre in base alla previsione del n. 13 dell'art. 2643 c.c. e non già in forza della singola previsione cui può ricondursi il singolo atto di disposizione, relativo ad un diritto diverso da quello controverso, ma posto in essere in funzione delle reciproche concessioni. In questo senso, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, IV, p. 86; *contra*, FERRI - ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja - Branca, cit., pp. 173 - 174; NICOLÒ, *La transazione*, I, cit., p. 150; GAZZONI, *Trattato della trascrizione, La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, cit., p. 333.

¹⁰⁸ In questo senso, DEL PRATO, *La transazione*, cit., pp. 41 - 43, richiamato da FRANZONI, *La transazione*, cit., pp. 216 - 218.

trasferimento già avvenuto ad altro titolo, sullo sfondo rimane la precedente vendita che, in tal caso, si intende sciogliere mediante mutuo consenso.

Con particolare riferimento poi al caso in cui la transazione operi sul conflitto tra l'acquirente del diritto ed il terzo che vanta la maturazione dell'usucapione, la concessione transattiva che attribuisca il diritto a quest'ultimo, potrebbe rivelarsi solo apparentemente traslativa, essendo il terzo già proprietario del bene; l'acquisto non potrebbe poi qualificarsi come derivativo, venendo l'atto di disposizione posto in essere *a non domino*¹⁰⁹.

Secondo questa parte della dottrina che adotta un approccio di analisi casistica, l'unico caso di vera transazione traslativa è quella conseguente ad un titolo nullo, per il quale operi il secondo comma dell'art. 1972 c.c., avendo la nullità costituito *caput controversum*: l'effetto reale può essere disposto tra le reciproche concessioni e, non essendosi prodotto prima, a causa della nullità del titolo, sarà prodotto dalla transazione¹¹⁰.

A prescindere dalle singole ipotesi di transazione, il dato che, più di ogni altro, conduce ad escludere che alla transazione siano ricollegabili effetti traslativi è rappresentato dallo stato di contestazione in cui versa la titolarità del diritto oggetto della disposizione transattiva: per individuare un trasferimento, sarebbe infatti necessario ricorrere ad una *fictio* ed assumere che titolare del diritto, prima della conclusione del contratto di transazione, fosse il transigente che, per effetto del contratto stesso, ne risulta privato.

Coessenziale alla teorizzazione di un trasferimento che trovi titolo nel contratto di transazione è, in definitiva, l'attribuzione allo stesso di una valenza accertativa che, per sua natura, non possiede: l'assetto definito dalle parti transigenti non risulta riferibile all'effettiva conformazione della situazione preesistente la quale – come confermato dalla riferibilità delle reciproche concessioni non già alla situazione preesistente, ma esclusivamente alle pretese delle parti – viene posta in uno stato di assoluta irrilevanza.

¹⁰⁹ Con riferimento al caso in cui la transazione disponga l'attribuzione del diritto al preteso usucapiente, si realizzerebbe comunque un effetto utile dal momento che la trascrizione, costituendo titolo per la trascrizione, permetterebbe all'usucapiente di conseguire gli effetti dell'art. 2644 c.c., senza dover attendere il giudicato. In questi termini, FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 217.

Nel caso in cui la composizione transattiva dovesse concretarsi, al contrario, nella rinuncia all'usucapione, a fronte del pagamento di un corrispettivo, si ritiene che *a fortiori* non sia configurabile alcun effetto reale.

¹¹⁰ Riguardando il titolo, la transazione in questione sarà novativa; non si tratterà di una transazione mista.

Venendo alla considerazione della disciplina dettata in materia di trascrizione, la previsione del n. 13 dell'art. 2643 c.c.¹¹¹ costituisce conferma dell'efficacia costitutiva o *lato sensu* dispositiva della transazione¹¹² e, nella ricostruzione delle sue modalità operative, si realizza una sostanziale convergenza tra le diverse ricostruzioni nella comune affermazione secondo cui la trascrizione consente di opporre la composizione del conflitto ai terzi.

La costitutività che giustifica la trascrizione della transazione non deve essere identificata con la traslatività: la trascrizione, in materia di transazione, non potrà operare come se la stessa costituisse una doppia alienazione immobiliare¹¹³.

Nei confronti dell'avente causa da un transigente, che abbia trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione della transazione, quest'ultima sarà *tamquam non esset*, perché nei suoi confronti

¹¹¹ Il codice civile del 1865 non prevedeva la trascrizione della transazione e, prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, l'art. 18, T.U. 30 dicembre 1923, n. 3272 sulle tasse ipotecarie ne prevedeva la trascrizione ai soli fini fiscali.

La non trascrivibilità della transazione veniva considerata argomento decisivo per riconoscerle natura dichiarativa. In questo senso, G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, p. 60 ss.; ID., *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, p. 166 ss.

Nonostante la limitata previsione del T.U. sulle tasse ipotecarie, parte della dottrina riteneva possibile ampliare la portata della trascrizione, anche ai fini dell'opponibilità ai terzi. In tal senso, si veda GORLA, *La riforma della trascrizione secondo il T. U. sulle tasse ipotecarie 30 dicembre 1923, n. 3272*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 231 ss., ID., *Revisione critica del tema delle nuove trascrizioni*, in *Ann. dir. comp.*, 1934, II, p. 430 ss.; ID., *Ancora sulle nuove trascrizioni ordinate dal T.U. sulle tasse ipotecarie*, in *Temi Lombarda*, 1931, p. 5 ss.

¹¹² Con l'espressione «*lato sensu* dispositiva» si intende fare riferimento anche all'opinione di quanti ritengono che la transazione produca effetti preclusivi e la sua trascrizione sia disposta in funzione dell'«intento dispositivo» sotteso alla stessa. Sul punto, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, IV, Torino, 2012, p. 47.

¹¹³ Configurare in questi termini gli effetti della trascrizione della transazione potrebbe portare a concludere nel senso che, laddove un soggetto contesti la proprietà di un altro e successivamente transiga, rinunciando alla pretesa, «*dominus* diviene il proprietario contestato, il quale, dunque, prima della transazione, era un *non dominus* mentre chi opera la rinuncia sarebbe stato, a sua volta, *dominus*». In questo senso, STOLFI, *La teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 57; FURNO, *Intorno alla natura della transazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 458; F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, pp. 371 - 372, 374, 376.

Pone in evidenza le conclusioni inaccettabili cui conduce siffatta configurazione del contratto di transazione VALSECCHI E., *Transazione, trascrizione e diritti dei terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 413 ss.; ID., *Giuoco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1986, p. 195 ss.: «se oggi un transigente viene riconosciuto proprietario di un immobile, la natura traslativa della transazione, che implica trasferimento di un diritto da un contraente all'altro, impone di ritenere che il proprietario di ieri era necessariamente l'altro».

La trascrizione della transazione deve essere effettuata anche laddove a questa non consegua una modificazione dei registri immobiliari.

inopponibile; se l'avente causa invece trascrive il proprio acquisto dopo la trascrizione della transazione, non potrà non riconoscere al suo autore quella posizione che la transazione gli ha costituita e non potrà quindi pretendere di aver acquistato dal transigente un diritto maggiore di quello che la trascrizione ha a questo riconosciuto¹¹⁴.

1.3. Dichiarazioni ricognitive aventi ad oggetto un diritto reale

La configurabilità di dichiarazioni ricognitive aventi ad oggetto diritti reali ha costituito oggetto di dibattito in dottrina principalmente – ma non solo¹¹⁵ – a causa della mancanza di una previsione analoga a quella posta dall'art. 1988 c.c.

In particolare, a fronte del frequente ricorrere, in via di prassi, di dichiarazioni aventi contenuto ricognitivo¹¹⁶, discusso è se queste ultime possano consentire un «rafforzamento»¹¹⁷ della posizione giuridica del soggetto a favore del quale sono rese.

Dalla considerazione dei tentativi, dottrinali e giurisprudenziali, di qualificazione delle dichiarazioni ricognitive aventi ad oggetto diritti reali, emergono principalmente due tendenze: in primo luogo, quella a ravvicinare attività accertativa e attività ricognitiva; in secondo luogo, quella consistente nel verificare la possibilità di applicazione analogica del disposto dell'art. 1988 c.c.

Partendo dalla considerazione di quest'ultimo profilo, sul versante giurisprudenziale, prevale l'orientamento secondo cui una dichiarazione ricognitiva dell'altrui diritto reale non può produrre i medesimi effetti previsti dall'art. 1988 c.c.¹¹⁸.

¹¹⁴ *Ex multis*, FERRI - ZANELLI, *Della trascrizione*. Art. 2643-2969 c.c., in *Comm. del Codice Civile* a cura di Scialoja-Branca, cit., p. 176.

¹¹⁵ Non esclusivamente, perché problemi di inquadramento si sono posti anche in relazione alla stessa previsione dell'art. 1988 c.c.; a tal proposito, si veda C. GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, pp. 66 - 67, 71 ss.

¹¹⁶ A livello normativo, sono rinvenibili singole previsioni di dichiarazioni ricognitive relative a diritti reali: riconoscimento del diritto del concedente da parte dell'enfiteuta (art. 969 c.c.); riconoscimento giudiziale della proprietà agricola (prevista, in via provvisoria, dalla legge 14 novembre 1962, n. 1610 e, in via definitiva, dalla legge 10 maggio 1976, n. 346).

Per altri esempi di dichiarazioni ricognitive, tipizzate o solo ricorrenti in via di prassi, si rinvia a C. GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, cit., pp. 2 - 12, 184 - 267.

¹¹⁷ Di «rafforzamento» parla FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, cit.

¹¹⁸ Si tratta di un orientamento consolidato. Tra le pronunce più recenti, si veda Cass., 2 maggio 2013, n. 10238 in *Nuova giur. civ.*, 2013, 11, p. 1039 ss.; Cass., 20 giugno

Sul versante dottrinale, si ravvisano essenzialmente due orientamenti. Secondo una prima parte della dottrina, l'effetto di *relevatio ab onere probandi* potrebbe essere ricollegato anche ad una dichiarazione avente ad oggetto un diritto reale¹¹⁹; secondo altra parte della dottrina, una simile dichiarazione non sarebbe in alcun modo in grado di incidere sul regime di distribuzione dell'onere della prova¹²⁰.

2000, n. 8365, in *Contratti*, 2000, p. 996; Cass., 16 gennaio 1996, n. 301, in in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 58; Cass., 20 febbraio 1992, n. 2088, in *Vita not.*, 1992, p. 1210; Cass., 24 agosto 1990, n. 8660, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Servitù*, n. 22. Costituiscono precedenti conformi: Cass., SS. UU., 31 marzo 1971, n. 936, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 345; Cass., SS. UU., 6 aprile 1971, n. 1017, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1205; Cass., 24 maggio 1975, n. 2108, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Servitù*, n. 52; Cass., 17 gennaio 1979, n. 202, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Servitù*, n. 24; Cass., 7 febbraio 1978, n. 569, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Nuova opera*, n. 7; Cass., 7 maggio 1980, n. 3019, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Promesse unilaterali*, n. 3; Cass., 16 luglio 1981, n. 4653, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 62.

Tra le pronunce citate, si segnalano, in particolare, le pronunce Cass., 20 giugno 2000, n. 8365, cit. e Cass., 16 gennaio 1996, n. 301, cit., perché non sono state correttamente massimate. Si afferma infatti che la possibilità di attribuire efficacia costitutiva ad una dichiarazione ricognitiva dell'altrui diritto dominicale su un bene immobile presuppone che anche la causa della dichiarazione risulti dall'atto, dal momento che, trattandosi di un bene immobile, per il cui trasferimento è necessaria la forma scritta *ad substantiam*, tutti gli elementi essenziali devono risultare per iscritto. Stando al tenore letterale delle massime, la giurisprudenza avrebbe quindi qualificato una mera dichiarazione ricognitiva quale atto unilaterale atipico, idoneo a produrre il trasferimento della proprietà.

Nel tentativo di attribuire coerenza ad una simile pronunciato, sembra più corretto ritenere che, con questo, la Corte di Cassazione abbia inteso affermare che, ad un atto apparentemente solo ricognitivo, può attribuirsi efficacia sul piano sostanziale solo se, inserito in un valido contratto, emerge la causa del trasferimento e siano presenti i requisiti di forma. Sul punto, si rinvia a R. ROLLI, *Quando la massima travisa la ratio decidendi. È dunque ammissibile l'atto unilaterale ricognitivo con effetti traslativi*, in *Contr. Impr.*, 2001, 2, p. 525.

¹¹⁹ I principali autori espressi in tal senso, sia pure con differenti argomentazioni, sono GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, *passim* e GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, loc. ult. cit. In particolare, secondo il primo autore, la natura eccezionale dell'art. 1988 c.c. escluderebbe, ai sensi dell'art. 14 Preleggi, l'applicazione analogica della previsione, ma si dovrebbe comunque ammettere l'applicazione estensiva della norma citata. Secondo tale dottrina, il prospettato risultato potrebbe poi raggiungersi mediante l'attribuzione al termine «debito» di un significato più ampio di quello strettamente letterale. A parere dell'altra dottrina citata, la norma dell'art. 1988 c.c. può invece costituire oggetto di applicazione analogica: tale norma non integrerebbe un'eccezione all'art. 2697 c.c., ma esprimerebbe un ulteriore principio generale, «giustapposto quale regola a regola e non quale eccezione a regola».

¹²⁰ In tal senso, L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1979, p. 63, nt. 84; G. DEIANA, in G. GROSSO - G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1963, p. 720.

La posizione di quanti escludono che l'art. 1988 c.c. possa applicarsi anche a dichiarazioni ricognitive aventi ad oggetto diritti reali¹²¹ si fonda, oltre che sulla natura eccezionale della disposizione, sulla volontà di evitare che le stesse possano costituire strumento per realizzare la costituzione o il trasferimento di diritti reali in violazione del principio di tassatività dei modi di acquisto della proprietà e delle prescrizioni relative alla causa¹²² e alla forma¹²³ degli atti costitutivi o traslativi di diritti reali immobiliari¹²⁴.

In senso critico rispetto a tali argomentazioni, si osserva come l'attribuzione alle dichiarazioni ricognitive di diritti reali della medesima efficacia che l'art. 1988 c.c. ricollega al riconoscimento di debito possa solo porre capo ad una diversa distribuzione dell'onere della prova, ma non significhi ascrivere in capo a tali dichiarazioni l'idoneità ad incidere direttamente sulla situazione sostanziale preesistente¹²⁵, ponendo capo al trasferimento di diritti reali in violazione delle forme prescritte e *sine causa expressa*. In particolare, una simile posizione sottende la sostanziale identificazione tra dichiarazione ricognitiva avente ad oggetto un diritto reale e negozio di accertamento unilaterale. Con specifico riferimento al

¹²¹ La mancata riproduzione della norma posta dall'art. 634 c.c. 1865 costituisce ulteriore argomento a sostegno dell'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 1988 c.c.

Sul dibattito sorto relativamente alla natura dell'atto ricognitivo della servitù e all'ammissibilità di dichiarazioni ricognitive aventi ad oggetto altri diritti reali nell'ordinamento passato, si rinvia a GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, cit., pp. 189 - 202.

¹²² In tal senso, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 2010, p. 225; D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Codice Civile. Il commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, p. 669.

Secondo GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, cit., p. 113, escludere che la dichiarazione ricognitiva possa avere ad oggetto diritti reali – a causa della possibile violazione del principio di necessaria casualità delle attribuzioni patrimoniali cui potrebbe porre capo – richiederebbe coerentemente di negare che anche la confessione possa avere ad oggetto i fatti costitutivi di diritti reali.

¹²³ Con particolare riferimento al rischio di una possibile elusione delle prescrizioni formali, il problema si pone, tutt'al più, in relazione alla rappresentazione giudiziale degli atti solenni, cioè alla prova di diritti il cui fatto costitutivo richieda la forma scritta *ad substantiam*: si tratta di chiarire, in altri termini, se il documento originale costituisca mezzo esclusivo di prova o se siano ammissibili altri mezzi di prova. Sul punto, GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, cit., 323 ss.; GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, cit., pp. 229 - 240.

¹²⁴ Per tutti, si veda A. LA TORRE, *Accertamento negoziale, enunciativa di contratto e riconoscimento unilaterale*, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 2247; V. CARBONE, *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1030.

¹²⁵ Non si può infatti pensare di attribuire alla dichiarazione ricognitiva di diritti reali l'idoneità ad incidere sulla situazione sostanziale preesistente solo considerando come, in assenza di prova contraria, la dichiarazione ricognitiva possa costituire elemento fondativo di una decisione giudiziale conforme al riconoscimento stesso.

profilo della forma, si è poi osservato come l'esistenza, da un lato, di diritti reali in relazione al cui fatto costitutivo non si può, per definizione, parlare di titolo e forma¹²⁶ e, dall'altro, di diritti di credito il cui titolo esige la forma scritta, non consenta di ritenere decisivo l'argomento formale.

A sostegno della conclusione secondo cui al riconoscimento avente ad oggetto un diritto reale consegue l'esonero, per il titolare dello stesso, dall'onere di fornire la prova della propria situazione soggettiva si è poi posta anche la ritenuta inopportunità della collocazione codicistica dell'art. 1988 c.c.¹²⁷ e la svalutazione dell'esclusivo riferimento ai rapporti obbligatori, considerato semplice portato del modello napoleonico che attribuiva a tutti i contratti effetti esclusivamente obbligatori¹²⁸.

Si è detto come il secondo tentativo di inquadramento delle dichiarazioni ricognitive aventi ad oggetto diritti reali sia consistito nella loro qualificazione in termini di negozi di accertamento. Secondo la ricostruzione preferibile, attività accertativa e attività ricognitiva devono invece essere tra loro distinte in considerazione del fatto che, mentre si riconosce una situazione di cui si è già a conoscenza, si accerta una situazione di cui si è incerti¹²⁹. La differenza più rilevante tra negozio di accertamento e dichiarazione ricognitiva attiene però al loro regime di contestabilità: a differenza della dichiarazione ricognitiva del diritto altrui, cui non consegue la fissazione definitiva dell'assetto proprietario definito dal dichiarante, potendosi comunque fare ricorso alla prova contraria, il negozio di accertamento non può che determinare, al contrario,

¹²⁶ Il riferimento immediato è alla dichiarazione ricognitiva relativa all'usucapione. Si pensi anche alla servitù costituita per destinazione del padre di famiglia e ai contratti di locazione con durata infranovennale.

¹²⁷ Cfr. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, cit., p. 88 ss.; G. BRANCA, *Promesse unilaterali*. Art. 1988, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja - Branca, Bologna - Roma, 1974, p. 428.

¹²⁸ Cfr. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, cit., p. 249 ss. A partire da queste argomentazioni, l'Autore è giunto ad attribuire alle dichiarazioni ricognitive efficacia probatoria, da intendersi in una duplice declinazione: relativa – in quanto tale, destinata a valere nei soli rapporti tra autore della dichiarazione e destinatario della stessa – se avente ad oggetto il riconoscimento positivo dell'altrui diritto; assoluta – e quindi operante nei confronti di tutti i consociati – se consistente nel riconoscimento negativo del proprio diritto.

Secondo l'Autore, nell'ambito di previsione dell'art. 1988 c.c. rientra a pieno titolo il riconoscimento dell'altrui diritto reale. Riconoscimento e confessione si differenziano dal punto di vista oggettivo: il primo può riferirsi esclusivamente a rapporti; la seconda può invece avere ad oggetto solo fatti.

¹²⁹ Sulla distinzione tra accertamento e riconoscimento, si rinvia a GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, cit., pp. 53 e 129 ss.; L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, p. 155 ss.; CARBONE, *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, cit., p. 1040 ss.; GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva*, cit., p. 68; P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 724, nt. 134.

l'immediata e diretta irrilevanza del confronto e dell'eventuale divergenza tra situazione preesistente e situazione accertata¹³⁰. In particolare, il differente regime di contestabilità trova ragione nella diversa natura – rispettivamente non negoziale e negoziale – della dichiarazione ricognitiva resa ai sensi dell'art. 1988 c.c. e dell'accertamento¹³¹.

L'analisi delle tematiche appena richiamate, come anticipato, è stata svolta al fine di procedere, in primo luogo, alla qualificazione della dichiarazione dell'accertante e, in secondo luogo, per definire la struttura dell'«accordo» tra le parti accertanti.

Partendo dalla considerazione della prima questione, viene, in primo luogo, in rilievo la possibilità di inquadrare la dichiarazione in parola come confessione in senso tecnico. Si ritiene di escludere tale prospettiva qualificatoria essenzialmente per due ordini di motivi: in primo luogo, in ragione della sostanziale inconciliabilità tra dichiarazione di volontà dispositiva e dichiarazione confessoria, tanto dal punto di vista formale, quanto dal punto di vista sostanziale; in secondo luogo, per le differenze esistenti tra confessione e riconoscimento. Dal punto di vista formale, la dichiarazione dell'accertante, verosimilmente, non si sostanzierà infatti nell'ammissione di tutte le circostanze di fatto, al ricorrere delle quali si realizza il perfezionamento dell'acquisto per usucapione, ma avrà direttamente ad oggetto l'effetto acquisitivo. A prescindere dalle concrete modalità di manifestazione della volontà negoziale¹³², l'impossibilità di inquadrare tale dichiarazione come

¹³⁰ Sulla contestabilità dell'accertamento negoziale nel caso in cui la difformità tra esito dell'accertamento sia determinata da un vizio nel processo formativo della volontà, si rinvia al par. 4.2.

Si anticipa che la giurisprudenza, applicando analogicamente la disposizione posta, in materia di transazione, dall'art. 1969 c.c., esclude, con riferimento al negozio di accertamento, l'impugnativa per errore di fatto e di diritto relativo alla situazione giuridica incerta.

In tal senso, Cass., 26 ottobre 1961, n. 2441; Cass., 8 luglio 1965, n. 1419, in *Foro it.*, 1966, I, c. 895 ss.; Cass., 28 gennaio 1966, n. 342, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 1618 ss.; Cass., 15 gennaio 1970, n. 84, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 373 ss.

¹³¹ La dottrina maggioritaria riconosce la natura non negoziale delle dichiarazioni ricognitive. In tal senso, V. SCALISI, voce *Negoziato astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, p. 70; FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 504 ss.; SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, cit., p. 683; GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, cit., p. 128 ss.

¹³² Si è escluso, essenzialmente sulla base di una valutazione di verosimiglianza, che la manifestazione di volontà dell'accertante si traduca nell'ammissione di tutte le circostanze fattuali alla cui presenza è ricollegato il compiersi dell'acquisto per usucapione.

Nulla vieta che tali possano essere le concrete modalità tramite cui l'accertante intende manifestare la propria volontà, ma tale circostanza non influisce sulla qualificazione della dichiarazione dell'accertante che costituisce, solo ed esclusivamente, manifestazione di volontà negoziale.

confessione in senso tecnico discende dalla considerazione della finalità perseguita dall'accertante: questi infatti pone in essere un atto di disposizione, non intende semplicemente preconstituire una prova a suo carico.

L'unica ipotesi, normativamente prevista, rispetto alla quale sarebbe possibile rinvenire una certa somiglianza è quella della dichiarazione resa, ai sensi dell'art. 179, secondo comma, c.c., dal coniuge non acquirente. Ai sensi dell'articolo da ultimo citato, l'acquisto di beni immobili, o di beni mobili elencati nell'articolo 2683, effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione, ai sensi delle lettere c), d) ed f) del precedente comma, quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge.

La qualificazione di questa «partecipazione» del coniuge non acquirente all'atto di acquisto ha costituito oggetto di un certo dibattito: secondo una prima ricostruzione, si tratta di una dichiarazione negoziale; secondo l'orientamento maggioritario, costituisce invece dichiarazione confessoria o ricognitiva.

Nel primo senso, F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu - Messineo, I, Milano, 1979, pp. 103 - 110; ANDRINI, *Convenzioni matrimoniali e pubblicità legale nel nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. not.*, 1975, p. 1115; M. DETTI, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale fra i coniugi*, in *Riv. not.*, 1976, p. 1170; M. ATLANTE, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia alla luce della prima esperienza professionale notarile*, in *Riv. not.*, 1976, p. 10; D. RUBINO, *Il "sistema" dei beni personali e la convenzione che esclude un acquisto dalla comunione legale (art. 179, 2° co., c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 595; M. KROGH, *Gli acquisti del coniuge imprenditore in regime di comunione legale dei beni*, negli *Scritti in onore di Guido Capozzi*, vol. I, t. II, Milano, 1992, 723 ss.; in giurisprudenza, Cass. 2 giugno 1989 n. 2688, in *Riv. not.*, 1990, p. 172.

Di atto ricognitivo parlano, A. ROCCHIETTI MARCH, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili e mobili registrati*, in C. M. BIANCA, *La comunione legale*, Milano, 1989, p. 583; S. RAMPOLLA, *L'intervento del coniuge, non acquirente all'atto di acquisto di bene personale: natura e trascrizione*, in *Vita not.*, 1993, p. 125; OBERTO, *Commento sub art. 179 c.c.*, in M. SESTA, *Il codice della famiglia*, Milano, 2006, I, p. 1086; E. BOLONDI, *Ancora sull'acquisto personale, di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 17; I. RIVA, *Nuovi orientamenti in tema di acquisti personali del coniuge in regime di comunione legale dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1340; di vera e propria valenza confessoria parlano C. RIMINI, *Acquisto immediato e differito, nella comunione legale fra coniugi*, Padova, 2001, p. 296 ss.; G. GABRIELLI, *Acquisto in proprietà esclusiva dei beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata*, in *Vita not.*, 1984, 667; RADICE, *I beni personali*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini - Cattaneo, continuato da Bonilini, II, Torino, 2007, p. 176 ss.

In giurisprudenza, prevale l'orientamento secondo cui alla partecipazione del coniuge non acquirente deve riconoscersi valenza probatoria. Per tutte, si rinvia alla pronuncia a Sezioni Unite Cass., 28 ottobre 2009, n. 22755, in *Foro it.*, 2009, p. 3317, che parla espressamente di confessione.

Dalla considerazione della dichiarazione resa ai sensi dell'art. 179, secondo comma, c.d. si trae conferma della rilevata incompatibilità tra confessione e attività dispositiva: il coniuge non acquirente non assume nel contratto di compravendita il ruolo di parte in senso sostanziale, ma solo quello di parte in senso formale, intervenendo al solo fine di confermare una circostanza esterna – la natura personale del bene acquistato dal coniuge acquirente – rispetto alla conclusione del contratto di compravendita.

In definitiva, non solo l'ammissione di circostanze fattuali a sé sfavorevoli non costituisce la modalità attraverso cui il precedente proprietario provvede all'accertamento dell'altrui diritto¹³³, ma nel caso in cui tali siano state la modalità operative cui l'accertante abbia fatto concretamente ricorso, le stesse non avrebbero alcuna rilevanza, contribuendo, tutt'al più, a circostanziare quella che è – solo ed esclusivamente – una manifestazione di volontà dispositiva¹³⁴. Conferma di quanto sostenuto si trae anche dalla lettera della norma, che non fa riferimento alla confessione di fatti, ma all'accertamento di un effetto giuridico¹³⁵, della cui attuale incontestabilità si dispone mediante l'accordo. In considerazione di ciò, alla dichiarazione dell'accertante – che costituisce, prima di tutto, manifestazione di volontà dispositiva – potrebbe riconoscersi natura ricognitiva¹³⁶.

Per quanto concerne la seconda questione sopra evidenziata, cioè quella relativa alla struttura dell'accordo accertativo, si deve rilevare come l'accertamento negoziale dell'usucapione potrebbe realizzarsi anche in

¹³³ In tal senso, si veda anche GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, cit., p. 34.

¹³⁴ Il negozio di accertamento, in quanto atto dispositivo, si riferisce a diritti, costituendo invece l'accertamento di fatti materia diversa, sottratta all'attività dispositiva dei privati.

In senso contrario, G. GABRIELLI, *Il riconoscimento dell'altrui usucapione nel sistema tavolare*, secondo il quale, l'atto con cui si riconosce altrui usucapione della proprietà può configurarsi solo come confessione. Secondo tale dottrina, non si potrebbe parlare di riconoscimento in senso proprio dell'altrui dominio, dal momento che alcuna persona, dinanzi al diritto assoluto di proprietà, si troverebbe in una posizione passiva particolarmente qualificata.

¹³⁵ Si ritiene infatti che il riferimento all'«usucapione» costituisca espressione ellittica, con cui si intende fare riferimento, più correttamente, all'effetto di acquisto del diritto per usucapione.

¹³⁶ A differenza della dichiarazione confessoria, la dichiarazione ricognitiva infatti ha ad oggetto esclusivamente diritti.

Sulla differenza tra, da un lato, la confessione e la ricognizione avente ad oggetto l'esistenza e il contenuto di un documento, prevista dall'art. 2720 c.c. e, dall'altro, la ricognizione avente ad oggetto un diritto, si rinvia a C.A. GRAZIANI, voce *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 528, il quale giustamente afferma che solo chi riconosce un diritto compie un'«operazione logico - interpretativa» e solo tale tipologia di ricognizione «implica un giudizio di valore, in quanto qualifica in un certo modo una situazione che deriva, o si pretende derivare, da un determinato fatto costitutivo lecito e giuridicamente rilevante e dall'assenza di fatti estintivi, impeditivi e modificativi». Nello stesso senso, GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva*, cit., p. 30 ss., spec. p. 34; F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, p. 235 ss.; GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, cit.

Assolutamente minoritaria è la posizione di quanti ritengono che la ricognizione di un diritto possa configurarsi nei termini di confessione. In questo senso, P. D'ONOFRIO, *Della confessione, sub art. 2730 c.c.*, in *Commentario del codice civile* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, III, Firenze, p. 413.

Sulle origini storiche del dibattito in materia, GRANELLI, *op. ult. cit.*, pp. 25 - 29.

forza di un negozio unilaterale¹³⁷, traducendosi in una vicenda dispositiva *in toto* a beneficio dell'usucapiente accertato. L'opzione per la struttura contrattuale trova verosimilmente spiegazione non già nel principio di intangibilità della sfera giuridica altrui, ma nella volontà di realizzare la finalità, di certo rilievo pratico, consistente nel rendere irrevocabile il riconoscimento dell'altrui diritto¹³⁸.

Fermo restando che i rilievi sinora svolti devono considerarsi quali coordinate ricostruttive minime dell'accordo accertativo, cui solo la definizione della struttura dell'effetto, dallo stesso prodotto, potrà conferire una compiuta organicità, richiamando quanto affermato da autorevole dottrina, è opportuno rilevare sin d'ora come qualche problema potrebbe porsi rispetto alla possibilità di «conciliare, nell'ambito della medesima dichiarazione, il momento della conoscenza – che è la risultante dell'attività spirituale conoscitiva – ed il momento della volontà, al quale si deve riportare l'insorgere dell'effetto preclusivo, non dettato, come nella confessione e nella sentenza, dalla stessa legge»¹³⁹. A tal proposito, si tratterà quindi di chiarire se la predisposizione di uno strumento di natura contrattuale per il perseguimento della finalità di accertamento possa legittimamente condurre alla perdita di rilevanza da parte dell'attività

¹³⁷ A proposito dell'ammissibilità del negozio di accertamento unilaterale di diritti reali, si rinvia a GRAZIANI, *Il riconoscimento*, cit., p. 128 ss., p. 210 e p. 220 ss.; GRANELLI, *La dichiarazione*, cit., p. 83, nt. 140 e 141. In dottrina, prevale l'orientamento favorevole all'ammissibilità del negozio di accertamento unilaterale: in tal senso, M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 70 ss.; L. COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, p. 83 ss.; A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Roma, ed. provv., 1970, p. 62 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 328 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 587; C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, Padova, 1979, p. 157 ss.; S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 31 ss.

Contra, NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., p. 389 ss.; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 131; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., pp. 146 e 296; CARRESI, *La transazione*, cit., p. 47 ss.

In giurisprudenza, Cass., 14 maggio 1933, n. 1380, in *Foro pad.*, 1956, I, c. 162; Cass., 3 luglio 1960, n. 3440, in *Foro it.*, 1970, I, c. 566; Cass., 29 ottobre 1979, n. 5663, in *Riv. not.*, 1980, p. 566.

¹³⁸ La struttura bilaterale potrebbe ulteriormente trovare spiegazione nel rilievo di carattere pratico per cui il negozio di accertamento potrebbe essere impiegato – costituirebbe quindi un negozio di accertamento transattivo – anche per la composizione di una controversia in senso tecnico, cioè in presenza di una pretesa e di una contestazione. In tal caso, il negozio non potrebbe infatti che essere bilaterale.

¹³⁹ Le parole sono di A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958.

conoscitiva¹⁴⁰ o se invece conduca ad una diversa qualificazione dell'attività in parola.

2. La causa dell'accordo accertativo dell'usucapione

2.1. Accordo di mediazione accertativo dell'usucapione e circolazione immobiliare: primi cenni in tema di funzione della presente figura contrattuale.

Nel procedere alla ricostruzione della vicenda dispositiva, si ritiene opportuno continuare – ora, da un differente punto di vista – con la considerazione della questione relativa alla difformità tra l'assetto definito nell'accertamento negoziale e lo stato giuridico anteriore, sulla quale, come visto, si fonda la ricostruzione giurisprudenziale del negozio di accertamento.

Considerare se l'effettivo perfezionamento dell'acquisto per usucapione possa oppure no costituire condizione di validità dell'accordo accertativo è questione che si presta, allo stadio iniziale in cui si trova, al momento, la presente ricerca, ad un duplice possibile inquadramento: il primo, di carattere più strettamente teorico; il secondo, dotato di rilievo anche dal punto di vista pratico.

Partendo dalla considerazione del primo profilo, si è già cercato di porre in evidenza come l'accordo accertativo non possa costituire mera dichiarazione attestativa dell'intervenuto acquisto per usucapione e come la prevista trascrizione, ai sensi dell'art. 2644 c.c., debba ritenersi indice normativo non solo rilevante, ma assolutamente sufficiente per affermare che questa figura negoziale realizzi una vicenda dispositiva in senso tecnico. Da questo punto di vista, la realizzata previsione degli accordi di mediazione accertativi dell'usucapione sembrerebbe poter legittimare *ex se* l'accoglimento di quell'impostazione ricostruttiva¹⁴¹ che, proprio in

¹⁴⁰ Secondo la dottrina citata nella nota precedente, rispetto all'accertamento negoziale, si pone il problema di spiegare come, nella medesima fattispecie, possano coesistere – e possedere il medesimo grado di necessarietà – l'intento di accertare la situazione giuridica e l'intento di mantenere la stessa, anche nel caso in cui fosse in contrasto con la situazione giuridica reale, «senza che il secondo intento renda inoperante, e quindi privo di giuridico rilievo, il primo».

Sul dualismo atti dichiarativi - atti dispositivi, si rinvia anche a M. ORLANDI, *Note sugli atti di ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 433 ss., spec. p. 436 - 437.

¹⁴¹ In tal senso, SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, loc. ult. cit., secondo il quale, il negozio «essendo per sua natura dispositivo, cioè idoneo a modificare la situazione giuridica preesistente, non può che essere dispositivo, poiché è destinato

considerazione del carattere naturalmente dispositivo del negozio giuridico in generale, esclude che il regolamento, dallo stesso dettato, possa valere solo se congruente alla situazione che le parti avevano inteso accertare.

Quanto appena rilevato non equivale ad affermare che, stante l'intervenuta tipizzazione degli accordi di mediazione accertativi dell'usucapione, un problema di mancanza di causa degli stessi non possa, per definizione, più porsi¹⁴², ma intende porre in evidenza come l'intervenuto riconoscimento ai privati della facoltà di accertare negozialmente tale acquisto a titolo originario renda sostanzialmente necessaria, sia pur con esclusivo riferimento agli stessi, una revisione della logica ricostruttiva fatta propria dalla giurisprudenza.

In particolare, si ritiene che, a sostegno di tale conclusione, si possa porre anche la considerazione dei risvolti di carattere pratico della questione relativa alla difformità tra esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore. Qualche ragione di dubbio rispetto alla possibilità di considerare l'effettivo perfezionamento dell'acquisto per usucapione, accertato in sede di mediazione, quale condizione di validità dell'accordo accertativo, potrebbe sussistere dal momento che la funzionalità della figura negoziale in esame risulterebbe gravemente pregiudicata.

Se si può infatti senza dubbio affermare che, mediante la previsione degli accordi di mediazione accertativi dell'usucapione, il legislatore ha inteso perseguire una funzione di semplificazione della circolazione immobiliare, non si comprende come tale finalità possa trovare concreta attuazione per il tramite di una figura negoziale la cui validità è condizionata all'effettiva ricorrenza proprio della circostanza oggetto di accertamento. Così argomentando, si giungerebbe ad escludere in radice la possibilità di considerare l'accertamento negoziale dell'usucapione, realizzato in sede di mediazione, quale effettiva alternativa alla sentenza dichiarativa del medesimo.

Proseguendo nell'analisi dei dati strutturali minimi della figura contrattuale di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., è opportuno sin da ora soffermarsi sull'identificazione della situazione su cui il negozio di

a valere anche se il regolamento da esso dettato non sia congruente alla situazione che le parti avevano inteso accertare».

¹⁴² Una simile conclusione sottenderebbe quell'identificazione tra causa e tipo contrattuale, la cui inaccettabilità ha costituito oggetto di ampio approfondimento in dottrina. Sul punto, si veda per tutti G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. pp. 122 ss. e 138 ss. e alla dottrina citata nella nota 220.

accertamento è destinato ad incidere¹⁴³. Considerato come la funzione del negozio di accertamento venga tradizionalmente identificata con il superamento dell'incertezza, sembrerebbe autorizzata la conclusione per cui, con la previsione degli accordi accertativi dell'usucapione, il legislatore ha inteso attribuire – quantomeno con riferimento ai casi in cui a costituire oggetto di incertezza sia il perfezionamento dell'usucapione – autonoma rilevanza all'incertezza, così ponendo le condizioni affinché tale figura negoziale possa avere un ambito applicativo distinto da quello del contratto di transazione.

A tal proposito, si deve però considerare come il legislatore non abbia provveduto a tipizzare il negozio di accertamento, in generale, ma il solo accordo accertativo che sia stato concluso ad esito della procedura di mediazione, prevista dal d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, per la risoluzione delle controversie civili e commerciali. Richiamando la ricostruzione elaborata da autorevole dottrina, l'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione sembrerebbe quindi integrare tipicamente un caso di negozio di accertamento c.d. transattivo¹⁴⁴.

Secondo la richiamata dottrina, cui si deve l'elaborazione della categoria degli atti con funzione transattiva¹⁴⁵, è necessario distinguere tra

¹⁴³ La considerazione di tali profili consentirà, in particolare, nel corso della ricerca di porre meglio in evidenza il profilo funzionale della figura contrattuale di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c.

¹⁴⁴ Il riferimento è a RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, p. 247 ss.

¹⁴⁵ Richiamando, nei suoi termini essenziali, il pensiero della dottrina citata nella nota precedente, l'edificazione della categoria in parola si fonda su due presupposti: il primo è riconducibile alla struttura, mentre il secondo alla funzione.

Gli atti con funzione transattiva si caratterizzano essenzialmente per il fatto che l'effetto tipico di ciascuno, pur ponendosi in un rapporto di mezzo a fine rispetto a quello di composizione della controversia, continua a caratterizzare, dal punto di vista qualificatorio, la struttura del medesimo.

All'attività posta in essere dalle parti e suscettibile di essere ricondotta al piano c.d. prospettivo di efficacia consegue quindi una rideterminazione dell'assetto dei rapporti intercorrenti tra le parti, «allo scopo di dare nuova configurazione a una situazione la quale, depurata dal precedente (e ormai superato) connotato della litigiosità, sia in grado di consentire nella maniera più adeguata la realizzazione dei rispettivi interessi».

Il piano c.d. retrospettivo designa invece, come visto, l'effetto consistente nella composizione della controversia, consistente essenzialmente nell'obbligo di non tenere un contegno contrastante con l'assetto definito dall'atto volto alla composizione della lite, per la cui tutela opera il rimedio dell'*exceptio litis per transactionem finitae*.

L'effetto della definizione della lite consegue automaticamente ed immediatamente alla conclusione dell'accordo, senza la mediazione della costituzione di un obbligo a carico delle parti, secondo le modalità tipiche dei contratti ad effetti traslativi immediati.

Per quanto concerne infine l'applicabilità delle norme dettate per la transazione agli atti di composizione della lite, cfr. RUPERTO, *op. ult. cit.*, pp. 330 - 335.

due distinti piani di efficacia: il piano di efficacia c.d. retrospettivo vale a designare l'effetto forte di composizione del conflitto; quello di efficacia c.d. prospettivo si riferisce invece all'attività in concreto posta in essere dalle parti. Rispetto al negozio di accertamento c.d. transattivo, si afferma quindi che il conferimento di certezza ad una situazione preesistente non riveste – come nel contratto di accertamento c.d. puro – il ruolo di effetto c.d. forte, ma degrada ad effetto c.d. debole, pur continuando a connotare la funzione pratica del negozio di accertamento transattivo e mantenendo quindi la sua essenzialità in concreto.

Questo contratto si differenzia quindi dalla transazione in ragione della «diversità di struttura che caratterizza la schematizzazione degli effetti riconducibili al piano prospettivo di efficacia»¹⁴⁶: nella transazione, si hanno le reciproche concessioni, mentre nell'accertamento transattivo si potrà avere una concessione unilaterale o potranno, più radicalmente, difettare disposizioni di tipo concessorio. Secondo tale dottrina, l'effetto di rimozione dello stato di incertezza costituisce quindi elemento di qualificazione che, in maniera del tutto analoga a quanto avviene rispetto alle reciproche concessioni nella transazione, contribuisce a «colorire l'effetto meramente compositivo, attribuendogli quel grado di complessità funzionale sufficiente a giustificare, sotto il profilo della meritevolezza di interessi, il riconoscimento giuridico».

La rinuncia transattiva alla pretesa ed il riconoscimento transattivo della medesima costituiscono, in particolare, esplicitazioni in concreto del contratto di accertamento transattivo: nel primo caso, in presenza di una lite transigibile, originata da una situazione di incertezza, le parti ne realizzano il superamento mediante una decisione che risulta totalmente favorevole alla parte che ha mosso la contestazione; nel secondo caso, la composizione della controversia risulta invece interamente favorevole al soggetto che ha formulato la pretesa.

Il richiamo alla dottrina citata risulta giustificato in considerazione del contesto, quello della procedura di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, in cui il legislatore ha deciso di collocare la prima tipizzazione del negozio di accertamento. In particolare, nonostante la previsione dell'art. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., anche se letta in combinato disposto con la disciplina dettata dal d. lgs., 4 marzo 2010, n. 28, non sembri consentire un compiuto inquadramento, dal punto di vista causale, dell'accordo accertativo dell'usucapione sembra comunque ragionevole ammettere che questo condivida – *rectius*, possa condividere – con altri strumenti, primi tra tutti, il contratto di transazione

¹⁴⁶ La presente citazione, come quelle successive, è tratta da RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 617.

e l'arbitrato irrituale, la natura di strumento funzionalmente volto alla composizione o alla prevenzione delle controversie.

Da ultimo, si deve rilevare come, in considerazione di quanto osservato a proposito della circolazione degli immobili acquistati per usucapione, la distinzione tra incertezza e lite in senso tecnico, rispetto alla figura contrattuale di cui al n. 12-*bis*, sia destinata a sfumare, considerando come il ricorso alla procedura di mediazione potrebbe concretamente essere motivato anche solo dall'interesse dell'usucapiente a dotarsi di un titolo documentale, ai fini della successiva circolazione dell'immobile acquistato per usucapione, a prescindere dall'esistenza di una controversia in senso tecnico.

In ragione di ciò, nel corso della presente ricerca, si continuerà a fare riferimento anche alla situazione di incertezza quale presupposto di fatto dell'accordo di mediazione che accerta l'usucapione¹⁴⁷.

2.2. Ricostruzione della vicenda dispositiva: note introduttive.

Poste in evidenza le ragioni, per così dire, minime che condurrebbero ad escludere che la conformità tra l'esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore – vale a dire, l'effettivo compimento dell'acquisto per usucapione – costituisca condizione di validità dell'accordo accertativo e, conseguentemente, che allo stesso siano riferibili i paradigmi propri dell'efficacia dichiarativa, l'analisi ricostruttiva si concentrerà sulla possibilità di inquadrare la figura contrattuale del n. 12-*bis* secondo i moduli propri delle ordinarie vicende dispositive¹⁴⁸.

A titolo di premessa generale, è opportuno rilevare sin d'ora, anche alla luce del richiamo appena svolto ai rilievi critici che hanno caratterizzato la ricostruzione del negozio di accertamento in epoca anteriore all'introduzione del n. 12-*bis*, come la previsione legislativa in esame *prima facie* sembrerebbe porsi fuori sistema, legittimando la sostanziale deroga a principi cardine dello stesso, primo tra tutti, a quello della causalità dei trasferimenti patrimoniali. L'analisi ricostruttiva sarà quindi volta a vagliare se effettivamente la norma in esame possa essere

¹⁴⁷ Questo consentirà di definire anche come l'introduzione del n. 12-*bis* incida sul dibattito classico relativo all'ammissibilità del negozio di accertamento.

¹⁴⁸ Escluso quindi che la previsione del n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. costituisca indice dell'inserimento di una nuova tipologia di efficacia – l'efficacia dichiarativa – tra quelle proprie delle figure negoziali trascrivibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 2644 c.c., si tratta di definire effettivamente l'accordo accertativo anche in rapporto alle predette figure negoziali.

con detti principi, in qualche modo, armonizzata o se, al contrario, si possa affermare che la stessa autorizza tale deroga.

A tal fine, è necessario partire da qualche breve considerazione di carattere dogmatico. Secondo un approccio di tipo analitico, la ricostruzione della fattispecie equivale essenzialmente alla definizione della sua composizione¹⁴⁹. Da tale punto di vista, la stessa identificazione della fattispecie *in primis* e la sua correlata ricostruzione non potranno realizzarsi a prescindere dalla considerazione del nesso che la lega con l'altra entità normativa – l'effetto – proprio in vista della quale è creata¹⁵⁰. La «disposizione» di un effetto giuridico costituisce, in questo senso, il riassunto dell'esito del giudizio compiuto dalla norma nella valutazione della realtà sociale¹⁵¹: «quest'ultima si esprime nell'effetto, e, in coerenza con questo, viene conformata la fattispecie».

Il legame esistente tra fattispecie ed effetto giuridico trova quindi ragione nel fatto che la prima categoria «non ha carattere ontologico, ma funzionale: non esiste la fattispecie come entità investita di un significato originario ed intrinseco, esiste la fattispecie di un certo effetto statuito in una proposizione normativa». In questo senso, non solo la fattispecie non può sussistere se non in relazione con l'effetto, ma la «consistenza» della prima è determinata dal tipo di effetto e «contiene» quanto è indispensabile affinché lo stesso possa prodursi: ciò conduce ad orientare la ricostruzione del fenomeno «a ritroso, risalendo dall'effetto alla fattispecie»¹⁵².

Individuate in questi termini le direttrici essenziali che devono assumersi nella ricostruzione della figura negoziale, con specifico

¹⁴⁹ A tal proposito, si deve infatti considerare come il fatto storico non sia di per sé dotato di valore giuridico ed acquisti tale significato in quanto fatto oggetto di una previsione normativa. Dal momento che ciascuna previsione normativa sottende l'individuazione di elementi della realtà fenomenica e la loro combinazione, compito dell'interprete è essenzialmente quello di ripercorrere tale itinerario ricostruttivo *a ritroso*, ricercando «gli elementi, che permettono ad un accaduto storico di elevarsi al rango di fattispecie giuridica di un dato tipo, e così alla norma di passare dallo stadio della pura virtualità a quello della categorica concretezza». Sul punto, N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, pp. 52 - 53.

¹⁵⁰ Per i riferimenti bibliografici si rinvia a IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 62 e, in particolare, a T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1953, pp. 55 - 56.

¹⁵¹ Cfr. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 64 - 66.

¹⁵² Le citazioni sono tratte da IRTI, *op. ult. cit.*, p. 63 - 64, secondo il quale «funzionalità e relatività sono profili della dipendenza logica della fattispecie dall'effetto: mentre il primo coglie il fenomeno, per così dire, in modo prospettico, l'altro lo percorre a ritroso, risalendo dall'effetto alla fattispecie».

Secondo questo approccio ricostruttivo, «in presenza di un determinato tipo di effetto, l'indagine si muove nel senso di rinvenire i fatti, il cui accadere è necessario per la sua produzione; sicché dove si vedrebbe l'effetto di una fattispecie, il giurista scorge la fattispecie di un effetto».

riferimento all'accordo accertativo dell'usucapione, la definizione della struttura dell'effetto dovrà realizzarsi tenendo conto degli indici strutturali minimi posti dal legislatore, la cui considerazione orienterà anche la definizione dei rapporti dell'accertamento negoziale, realizzato in sede di mediazione, con quello giudiziale.

Più precisamente, la «disposizione dell'effetto» di accertamento dovrà orientare la definizione sia delle modalità dispositive con lo stesso compatibili sia della struttura dell'effetto accertativo e consentirà correlativamente di risolvere il problema della possibile difformità – suscettibile di emergere solo mediante il ricorso all'autorità giudiziaria – tra l'esito dell'accertamento negoziale e lo stato giuridico effettivamente esistente. La definizione della struttura dell'effetto consentirà anche di precisare entro quali limiti l'autonomia delle parti possa incidere sugli effetti del negozio giuridico¹⁵³.

2.2.1. Accertamento negoziale dell'usucapione come vicenda regolativa o modificativa in senso lato.

La prima ipotesi ricostruttiva prospettata in dottrina è quella che riconduce all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione una «vicenda modificativa in senso lato», ritenendo che la volontà delle parti si indirizzi in un duplice senso: se l'acquisto originario si è già verificato, il negozio regola negozialmente l'effetto; nel caso contrario, l'acquisto avviene secondo la casistica canonica delle vicende *ex art.* 2643 c.c., con la relativa pubblicità¹⁵⁴. In aggiunta a tale prospettazione, secondo tale dottrina, laddove si volesse ricostruire la figura negoziale in esame facendo ricorso al paradigma effettuale della preclusività¹⁵⁵, per non nuocere alla funzionalità della stessa, sarebbe non solo possibile, ma addirittura necessario imputare all'accordo accertativo la produzione di effetti traslativi¹⁵⁶.

¹⁵³ Anticipando brevemente gli esiti della ricerca, una volta individuata in quella preclusiva l'efficacia propria dell'accordo accertativo, si vaglierà la possibilità di incidere su tale effetto, attraverso un meccanismo condizionale teso ad attribuire rilevanza alla corrispondenza tra l'esito dell'accertamento e la situazione effettivamente esistente.

¹⁵⁴ In tal senso, BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 6 ss.

¹⁵⁵ Sull'efficacia preclusiva, cfr. cap. I, par. 2.3.

¹⁵⁶ Secondo la dottrina citata nella nota precedente, il ricorso all'efficacia preclusiva – sostanzialmente sul modello della transazione c.d. pura – priverebbe di qualsiasi funzionalità la previsione normativa del n. 12-bis, escludendo la possibilità di

La presente conclusione – che finisce per costituire una sorta di presupposto, attorno alla cui preliminare assunzione, viene ricostruita la vicenda dispositiva – viene giustificata alla luce della volontà di differenziare la nuova fattispecie dal contratto di transazione c.d. pura, improduttivo di effetti traslativi e, come tale, incapace di assicurare agli aventi causa dall'accertato usucapiente la possibilità di fare ricorso alla fattispecie rimediale dell'art. 1159 c.c. nel caso in cui, ad esempio, il soggetto che si vincoli a non contestare il diritto altrui non fosse il proprietario del bene o nel caso in cui il bene non fosse usucapibile. A parere della dottrina in esame, quindi, laddove si volesse attribuire all'accordo accertativo una fondamentale valenza preclusiva, cui non si riconosce valenza dispositiva, si potrebbe «assegnare *scritturalmente* al negozio di accertamento un'eventuale valenza traslativa»¹⁵⁷.

L'analisi dell'ipotesi ricostruttiva in esame procederà in due tempi, conformemente, del resto, alla sua stessa articolazione. In primo luogo, come detto, si ritiene di qualificare la vicenda prodotta dall'accertamento negoziale come modificativa in senso lato, intendendo con questa espressione indicare la ritenuta ampia potenzialità dispositiva del negozio in esame.

ricollegare all'accordo accertativo la produzione di effetti traslativi. Si afferma ulteriormente che la preclusione non costituisce una modalità di disposizione del diritto, valendo solamente «quale “forma di sbarramento”, una specie di “messa fra parentesi” che mette fuori discussione ciò che si è deciso»; testualmente si afferma che «più che una efficacia è un risultato (la descrizione di), conseguente ad un accordo di incontestabilità che prescinde dalle situazioni giuridiche pregresse così da precludere e assorbire ogni ulteriore effetto». Si conclude quindi affermando che l'effetto preclusivo non può considerarsi simile a quelli di cui all'art. 2643 c.c. e questo «per la insuperabile ragione che gli effetti che si possono pubblicizzare sono quelli creativi o dismissivi di diritti adatti alla circolazione».

Di fronte a simili argomentazioni, non si può però non rilevare come, se così fosse, il legislatore avrebbe dovuto prevedere la trascrizione della sola transazione c.d. mista.

¹⁵⁷ In particolare, si afferma che «assegnare allo stesso negozio anche, *scritturalmente*, una eventuale valenza traslativa è cosa “innocua”», non conseguendo ad una simile pattuizione un mutamento del «senso del negozio», dal momento che in ogni caso l'usucapito ha abbandonato ogni pretesa nei confronti del bene. Non si deve quindi ritenere che una volontà dismissiva aggiunta comporti un cambiamento della natura del negozio, «quasi fosse “un in più” che “conta” causalmente», una simile conclusione costituirebbe una sorta di «errore ottico: non bisogna confondere, infatti, preclusione e traslatività eventuale, che sono effettivamente cose diverse, con quello che è l'intento delle parti, la causa concreta che è sempre il definitivo abbandono del bene da parte dell'usucapito, senza che esista una rilevanza onerosa o liberale. Il soggetto che riconosce l'altrui usucapione non ha più interesse alcuno nei confronti del bene – giudicato “perso” – e la precisazione ulteriore (dato e non concesso che sia precisazione ulteriore) che il bene spetta “comunque” all'usucapiente indica solo la pienezza degli effetti che con il negozio si vuole raggiungere, ha un mero valore rafforzativo [...] proprio per “stabilizzare” sotto ogni aspetto l'acquisto dell'usucapiente».

Nelle pagine della più recente dottrina in materia di negozio di accertamento, per indicare tale ritenuta ampia potenzialità dispositiva dello stesso, è frequente il riferimento all'efficacia modificativa¹⁵⁸, a quella regolativa e finanche alla *mera* efficacia dispositiva. In particolare, ricorre con una certa frequenza il combinato richiamo alle prime due tipologie di efficacia: la prima, quella regolativa o regolamentare, consentirebbe di inquadrare l'efficacia minima del negozio di accertamento, laddove lo stesso, avendo ad oggetto solo la disciplina della situazione incerta, non causi spostamenti patrimoniali e non modifichi quindi né la struttura né il *nomen iuris* della situazione preesistente; la seconda, quella modificativa, si riferirebbe invece al caso in cui, dettando un regolamento non congruente con quest'ultima, ne determini l'estinzione o la sostituzione con un'altra¹⁵⁹.

Dalla considerazione di tali prospettazioni ricostruttive, emerge come le stesse, dando sostanzialmente per presupposto che, con l'accertamento, le parti dispongano direttamente dei rapporti giuridici sostanziali, si limitino a ricostruire la vicenda accertativa partendo dagli esiti dispositivi cui la stessa può condurre. Più precisamente, si procede assumendo, in via preliminare, due termini di riferimento: da un lato, l'esito cui, mediante l'accordo accertativo, si vuole giungere, consistente nel «fissare» la titolarità del diritto reale immobiliare in capo ad una delle parti accertanti; dall'altro, la situazione preesistente, considerata in tutte le sue – ipotetiche – possibili configurazioni. Fissati quindi i due parametri di riferimento, gli esiti dispositivi si ricavano sostanzialmente per deduzione. Con specifico riferimento all'accordo accertativo dell'usucapione, se l'acquisto a titolo originario si era già perfezionato, vorrà dire che le parti ne hanno solo regolato gli effetti; se, al contrario, l'acquisto per usucapione non era ancora intervenuto, si sarà realizzato il trasferimento del diritto intorno alla cui titolarità sussisteva incertezza.

Rispetto a tali posizioni, si ritiene possibile formulare diversi rilievi critici. Il primo rilievo si riferisce, più precisamente, alla ritenuta possibilità di inquadrare la vicenda accertativa negoziale facendo ricorso esclusivamente alla categoria della dispositività¹⁶⁰ la quale, a sua volta,

¹⁵⁸ L'origine del riferimento all'efficacia modificativa si rinviene nella dottrina classica in materia di negozio di accertamento. Sul punto, si veda, in particolare, CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, spec. pp. 75 - 83. Per ulteriori dettagli sulla posizione in parola, cfr. cap. I, par. 2.2.

¹⁵⁹ In questi termini, E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, II, p. 241 ss., il quale precisa ulteriormente che ciò che caratterizza, in ogni caso, il negozio di accertamento è l'efficacia dispositiva, la quale si specifica ulteriormente nell'«efficacia modificativa ora della disciplina, ora della struttura della situazione giuridica preesistente».

¹⁶⁰ Nelle ricostruzioni classiche in materia di negozio di accertamento, il primo riferimento all'efficacia dispositiva si rinviene in SANTORO - PASSARELLI, *La*

potrebbe specificarsi in efficacia modificativa o meramente regolativa. Non si può infatti non rilevare come il riferimento alla dispositività non sia dotato di una propria valenza caratterizzante ai fini qualificatori, non valendo a porre in evidenza qualcosa di ulteriore rispetto a ciò che si potrebbe desumere dalla semplice considerazione del fatto che, per consentire il perseguimento della funzione di superamento dell'incertezza, il legislatore ha previsto uno strumento di natura contrattuale.

Anche in considerazione di ciò, il secondo rilievo critico che si ritiene di muovere a tali ricostruzioni è quello di non aver effettivamente proceduto alla definizione della struttura della vicenda dispositiva realizzata dal negozio di accertamento¹⁶¹. Per quanto la presenza di una situazione di incertezza conduca inevitabilmente alla configurabilità, in concreto, di risultati dispositivi di diverso contenuto, la definizione dei quali potrebbe realizzarsi solo ad esito di un confronto tra la situazione negozialmente accertata e quella effettivamente esistente, si ritiene che questo non autorizzi *ex se* la ricostruzione della vicenda dispositiva solo ed esclusivamente in funzione dell'esito cui si vuole giungere¹⁶².

Alla luce di queste prime note ricostruttive, si ritiene opportuna una brevissima riflessione a proposito della causa dell'accordo accertativo e dei suoi rapporti con la ricostruzione della vicenda dispositiva. Limitandoci alla considerazione delle caratteristiche essenziali – emergenti praticamente dal solo dato normativo – dell'accordo accertativo, si può sicuramente affermare che la causa dello stesso consiste

transazione, cit., p. 20 ss., spec. pp. 25 - 26, il quale però, giustamente, si riferisce all'efficacia dispositiva al solo fine di superare quella logica della dichiaratività che conduceva la più risalente dottrina a configurare il comando posto dal negozio di accertamento come «complementare, destinato a valere soltanto in concorso col precedente comando, negoziale o no, costitutivo della situazione della situazione giuridica che le parti intendono accertare». Si afferma quindi che il negozio, «essendo 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».

Come noto, la conclusione cui questa autorevole dottrina giunge è nel senso dell'impossibilità di realizzare un accertamento per il tramite di un negozio, dal momento che lo stesso, dal punto di vista strutturale, integra un atto di autonomia e, funzionalmente, è diretto a modificare la situazione giuridica attorno a cui sussiste incertezza.

¹⁶¹ Come rilevato, la struttura dell'accordo accertativo viene definita solo per deduzione o sottrazione mediante la considerazione, da un lato, dell'esito dispositivo finale e, dall'altro, delle – solo ipotetiche, a causa dell'incertezza – situazioni preesistenti all'accertamento.

¹⁶² Con riferimento all'accordo accertativo dell'usucapione, la volontà dispositiva individuata solo in funzione del risultato da conseguire sarebbe quindi caratterizzata da una sostanziale ambivalenza, il superamento della quale potrebbe realizzarsi solo in forza del confronto tra l'esito dell'accertamento e l'*effettivo* stato giuridico anteriore.

nel superamento della situazione di incertezza o di controversia relativa all'intervenuto perfezionamento dell'usucapione¹⁶³ e, per il suo perseguimento, il legislatore ha previsto uno strumento contrattuale trascrivibile e quindi idoneo a costituire titolo d'acquisto¹⁶⁴ ai fini della successiva circolazione del bene usucapito.

La ricostruzione della vicenda dispositiva richiede però l'adozione di una prospettiva di indagine diversa, che necessariamente non può limitarsi al solo piano funzionale, come avverrebbe laddove la stessa fosse realizzata alla sola stregua degli esiti dispositivi individuati *a posteriori*. Si ritiene che un simile approccio condurrebbe, più radicalmente, ad escludere la stessa necessità di interrogarsi sulla struttura della disposizione posta in essere per il tramite dell'accordo accertativo¹⁶⁵, giungendo, laddove condotta ai suoi esiti estremi, a legittimare qualsiasi attività dispositiva se funzionalizzata al superamento della situazione di incertezza¹⁶⁶.

Si deve ulteriormente considerare come le criticità sinora sottolineate non potrebbero essere superate nemmeno attribuendo rilievo strutturale alla sostanziale ambivalenza dispositiva della vicenda accertativa mediante la sua traduzione in una vera e propria alternatività dispositiva. Considerando, in particolare, come quest'ultima verrebbe a tradursi, sul piano strutturale¹⁶⁷, con riferimento all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione, non si può non rilevare come la vicenda dispositiva qualificata come meramente regolativa si esporrebbe ad una

¹⁶³ Sulla possibile funzionalizzazione del negozio di accertamento alla composizione di una controversia in senso tecnico, cfr. par. 2.1.

¹⁶⁴ Cfr. cap. IV.

¹⁶⁵ Sul dualismo tra negozio come valore e negozio come fatto o fattispecie, si veda G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 46 - 52, il quale correttamente osserva come, se è vero che, ponendo in essere un negozio giuridico, le parti danno una regola ai loro interessi, questa regola indica solamente il risultato finale cui gli autori del negozio tendono. Si osserva quindi ulteriormente che: «Regola e negozio non coincidono come concetti, perché se quest'ultimo contiene la regola, esso è anche qualcosa di più. Esso infatti è anche struttura; cioè tutta una serie di accadimenti, fatti, attività, di comportamenti, dichiarazioni che le parti hanno posto in essere, organizzato, per poter dare un efficace assetto ai propri interessi, per poter porre la regola».

Ridurre, dunque, il negozio, alternativamente a fatto o a regola, significa considerare soltanto uno dei due momenti che compongono il fenomeno, e cioè quello strumentale, che si riferisce alla struttura del negozio, o quello finale, relativo invece alla regola.

¹⁶⁶ Sul punto, si rinvia a quanto si avrà modo di osservare a proposito della possibilità di ricostruire l'accordo accertativo come figura negoziale produttiva di effetti traslativi. Cfr. par. 2.3.

¹⁶⁷ Si sta qui vagliando la possibilità di tradurre l'ambivalenza dispositiva, rilevabile sul piano effettuale, in una vera e propria alternatività dispositiva cui conformare la struttura dell'accordo accertativo.

sostanziale svalutazione: questa verrebbe infatti ad assumere un ruolo secondario, dovendosi individuare piuttosto l'intento dispositivo delle parti nella costituzione o nel trasferimento del diritto reale¹⁶⁸, completamente astratti dalla vicenda accertativa e, in quanto tali, come avrà modo di vedere nel prosieguo, suscettibili di indurre a dubitare della validità dell'accordo accertativo¹⁶⁹.

Si ritiene poi che dalla ricostruzione del negozio di accertamento come vicenda regolativa – ma potenzialmente modificativa – potrebbe discendere un grave *vulnus* per la stabilità dell'assetto definito in sede accertativa. In particolare, sembra quantomeno dubbio che, individuando espressamente la funzione del negozio di accertamento nella regolazione del ritenuto, ad esito dell'attività conoscitiva¹⁷⁰, acquisto per usucapione, l'assetto negozialmente definito possa sottrarsi all'impugnativa da parte del soggetto accertante incorso in errore nello svolgimento di tale attività. La ragione di ciò risiede nel fatto che, per quanto il riferimento all'efficacia regolativa porti con sé l'idea di un'ampia potenzialità dispositiva, la stessa non sembra potersi spingere sino al «costituire» il quale viene infatti, nell'art. 1321 c.c., distinto dalla mera regolazione¹⁷¹.

A quest'ultimo profilo critico, sembra poter dare risposta quella dottrina secondo cui l'efficacia regolativa sarebbe idonea ad inquadrare, in generale, l'incidenza del negozio di accertamento sulla situazione giuridica preesistente, dovendo però alla stessa associarsi il sorgere di una preclusione¹⁷². Si afferma, in particolare, che il contratto di accertamento interviene su una situazione la cui esistenza viene assunta dalle parti come effettiva e, alla luce di ciò, si ritiene che l'accertamento possa qualificarsi come vicenda regolativa, intendendosi porre in evidenza come allo stesso possa conseguire tanto la semplice modificazione del rapporto

¹⁶⁸ Si parla non solo di trasferimento di diritti, ma anche di costituzione dal momento che l'accertamento dell'usucapione potrebbe riferirsi anche a diritti reali minori. Per una questione di comodità espositiva, nel prosieguo, si farà comunque riferimento al solo caso in cui l'incertezza attenga alla titolarità del diritto di proprietà.

¹⁶⁹ Cfr. par. 2.3.

¹⁷⁰ L'assunzione di questa come componente necessaria dell'accertamento viene pacificamente realizzata senza porre particolare attenzione alla sua conciliabilità con la prospettata, ambivalente ricostruzione della vicenda dispositiva.

¹⁷¹ Per sottrarsi a questa possibile obiezione, parte della dottrina afferma che, fatto salvo il caso di accertamento negativo, è sufficiente che la situazione su cui interviene l'accertamento sia considerata come effettiva dalle parti, valendo la loro considerazione ad integrare quella rilevanza giuridica che non necessariamente coincide con la realtà effettiva. In questo senso, RUPERTO, *op. ult. cit.*, p. 584, nt. 234.

¹⁷² Il riferimento è a S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, secondo il quale l'effetto preclusivo non ha autonoma rilevanza funzionale e «può quindi soltanto affiancarsi e completare una vicenda che ritrova il suo fondamento causale anche e principalmente in un tipo di effetto diverso».

preesistente, quanto, eventualmente, la costituzione *ex novo* dello stesso¹⁷³. A differenza delle prospettazioni ricostruttive cui si è sopra accennato, secondo cui i paradigmi dell'efficacia modificativa e regolativa possiedono l'idoneità ad inquadrare compiutamente l'efficacia del negozio di accertamento, si ritiene però che solo il ricorso all'efficacia preclusiva – considerata parimenti inidonea a qualificare, in via esclusiva, lo stesso – possa consentire di preservare la funzionalità negoziale e quindi la stabilità dell'assetto definito in tale sede, qualunque sia l'esito dispositivo in concreto realizzatosi.

La dottrina in esame non giunge infine ad attribuire espressamente al negozio di accertamento l'idoneità a produrre effetti traslativi di diritti reali, ma distinguendo tra i casi in cui l'accertamento abbia ad oggetto l'esistenza – l'*an* – di un rapporto giuridico e quelli in cui invece l'incertezza attenga, più limitatamente, al *quantum* o ad una modalità di questo¹⁷⁴, riconosce che, con riferimento al primo caso, l'accertamento negoziale possiede l'idoneità a porre fuori contestazione anche la difformità di grado massimo che si determina nel caso di inesistenza del rapporto accertato¹⁷⁵. Assumendo poi come esempio l'ipotesi in cui ad essere controversa sia l'esistenza del diritto di esercitare il passaggio su un fondo altrui, si ammette che la titolarità di tale diritto possa trovare giustificazione nel negozio di accertamento. Ipotizzando quindi di riferire all'accordo accertativo dell'usucapione l'articolazione strutturale del negozio di accertamento cui si è ora fatto riferimento, non potendosi certamente qualificare l'usucapione in termini di rapporto giuridico e non potendosi conseguentemente ritenere che all'accordo accertativo consegua, nell'ipotesi in cui lo stesso non si fosse in realtà ancora

¹⁷³ Per la definizione di effetto regolativo, si rinvia a RUPERTO, *op. ult. cit.*, p. 584: «l'effetto regolativo non designa una vicenda autonoma di rapporto, ma un'articolazione di vicende sempre e imprescindibilmente riconducibili all'efficacia dispositiva (costituzione in senso lato) del rapporto».

Fanno ricorso all'efficacia regolativa anche FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 256; D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*. Artt. 1987 - 1991, in *Codice Civile. Il Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, pp. 515 ss.; A. CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, I, p. 4 ss.

¹⁷⁴ Cfr. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 590 ss. Analoga differenziazione, relativa all'oggetto di incertezza, si ritrova anche in C. GRANELLI, *Dichiarazioni ricognitive della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*, in *Foro it.*, 1985, I, cc. 241 ss.

¹⁷⁵ Diversamente argomentando, si dovrebbe infatti ritenere sottratto all'autonomia privata il potere di accertamento sull'*an* e conseguentemente nullo il negozio di accertamento anche nel caso di effettiva esistenza del rapporto. L'eventuale inefficacia del negozio di accertamento non deriva quindi da un'inattitudine dello stesso a creare il rapporto assunto come incerto, nell'ipotesi di sua originaria inesistenza, ma deve discendere necessariamente da un «giudizio di disvalore», formulato sulla base della previa «individuazione del valore cui si intende attribuire prevalenza». Cfr. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 572.

perfezionato, la costituzione dello stesso, si giungerà a ricollegare all'accordo accertativo la produzione di effetti traslativi¹⁷⁶.

Nonostante tale ricostruzione qualifichi il negozio di accertamento come vicenda «regolativa», possiede indubbiamente il pregio di aver riconosciuto valenza qualificatoria alla preclusività, a torto ritenuta, da certa parte della dottrina, surrogabile¹⁷⁷ mediante l'articolazione della vicenda dispositiva in senso ambivalente o alternativo.

2.2.2. *Accordo accertativo dell'usucapione ed efficacia preclusiva.*

Come già accennato¹⁷⁸, la categoria dell'efficacia preclusiva nasce dalla riflessione di autorevole dottrina che, nel rivisitare le categorie dell'efficacia giuridica, ha enucleato tale distinta tipologia effettuale, ritenendola caratteristica di tutti i casi in cui «la situazione giuridica stabilita dalla norma sorge indipendentemente dalla conformità o difformità della situazione giuridica preesistente»¹⁷⁹. Al fatto preclusivo consegue, in particolare, non già – perché sarebbe inconcepibile – la totale irrilevanza del passato giuridico, ma quella dell'«alternativa possibile, della conformità o della difformità, del senso positivo o negativo, di quella determinata realtà giuridica alla quale l'effetto fa riferimento».

Considerando, in particolare, i fatti di accertamento, descritti come «processi spirituali orientati verso la situazione spirituale della certezza», nonostante questi presentino una struttura di tipo dichiarativo, non sono qualificabili mediante il ricorso al paradigma della dichiaratività¹⁸⁰. Tale divergenza tra struttura ed efficacia trova giustificazione nella funzione dagli stessi perseguita, che è quella di «superare, mediante una vincolativa determinazione della realtà giuridica, l'ostacolo frapposto alla realizzazione dei valori giuridici, dall'esistenza di una contestazione, di un conflitto di apprezzamenti, da parte dei soggetti coimplicati da codesti valori». Il superamento dell'incertezza si può infatti realizzare solo mediante un effetto che, in quanto svincolato da qualsiasi rapporto di

¹⁷⁶ A proposito della possibilità di ricollegare all'accordo accertativo la produzione di effetti traslativi, cfr. par. 2.3.

¹⁷⁷ In questo senso, si esprime MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del «negozio di accertamento»*, loc. ult. cit.

¹⁷⁸ Cfr. cap. I, par. 2.3.

¹⁷⁹ Il riferimento è a FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958, da cui sono tratte anche tutte le successive citazioni.

¹⁸⁰ La corrispondenza tra struttura del fatto e tipo di effetto è solo un principio tendenziale. A titolo esemplificativo, l'intimazione di pagamento costituisce una dichiarazione di volontà e quindi, fatto a struttura tipicamente costitutiva, ma produce effetti dichiarativi.

convergenza o divergenza rispetto alla situazione giuridica antecedente, è in grado di rendere irrilevante qualsiasi contestazione relativa all'assetto definito in sede accertativa¹⁸¹. La dottrina in esame giunge quindi a distinguere tra due categorie di fatti di accertamento, entrambi produttivi di effetti preclusivi, ma differenziabili per il diverso grado di tale effetto. La distinzione fra fatti di accertamento di grado minore e fatti di accertamento di grado maggiore viene fondata sulla considerazione dei piani di operatività e di incidenza dell'effetto preclusivo: con riguardo ai primi, l'effetto preclusivo è riconducibile, in via diretta, al piano processuale e si possono porre in funzione dell'effetto di grado maggiore prodotto dal giudicato¹⁸²; nei secondi, tra i quali si ricomprendono il contratto di transazione e quello di accertamento, l'effetto preclusivo incide direttamente sul piano dei rapporti giuridici sostanziali¹⁸³.

Il breve richiamo alle pagine della dottrina che ha introdotto la categoria dell'efficacia preclusiva è stata essenzialmente svolta al fine di porre in evidenza come la stessa possa intendersi quale tipologia di efficacia idonea a qualificare *in toto* i fatti di accertamento e, in particolare, il negozio di accertamento¹⁸⁴. Nella descrizione del fatto giuridico di accertamento, la dottrina in esame è chiara nell'identificarlo quale risultante di un processo costituito esclusivamente da tre componenti: a fronte di una situazione di obiettiva incertezza, lo svolgimento di un'attività spirituale di chiarificazione della realtà conduce ad una dichiarazione munita di efficacia preclusiva.

In definitiva, secondo la dottrina dell'efficacia preclusiva, la preclusione integra non solo una modalità di disposizione dei diritti dotata di propria autonomia – che, in quanto tale, non costituisce completamento di altra vicenda dispositiva né necessita di essere integrata – ma l'unica concretamente possibile in presenza di lite o di incertezza.

¹⁸¹ Secondo la dottrina in esame, al fatto di accertamento non consegue la nascita di un obbligo di non contestare, ma l'irrilevanza della stessa quale possibile fattore paralizzante la realizzazione del valore giuridico.

¹⁸² Esempio di fatto di accertamento processuale è la confessione; per il tramite della sentenza e del giudicato, la preclusione incide sul piano dei rapporti sostanziali.

¹⁸³ La validità del contratto di transazione non risulta compromessa o, in qualche modo, condizionata né dall'ipotesi della convergenza né dall'ipotesi della divergenza rispetto alla situazione giuridica preesistente e, incidendo tale efficacia sui rapporti giuridici sostanziali in via diretta, è in grado di precludere, attraverso l'*exceptio litis per transactionem finitae*, la decisione di merito.

¹⁸⁴ In senso contrario si esprime invece RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., il quale ritiene di trarre, dalle stesse parole di Falzea, conferma dell'impossibilità di configurare il negozio di accertamento quale figura negoziale produttiva di effetti esclusivamente preclusivi.

2.2.3. Conclusioni relative alla configurabilità dell'accordo accertativo dell'usucapione quale vicenda regolativa.

Ritornando alla considerazione della prospettazione ricostruttiva secondo cui il negozio di accertamento potrebbe qualificarsi come figura regolativa - preclusiva, si è già rilevato come qualche riserva sembrerebbe potersi formulare rispetto all'opportunità di fare ricorso all'efficacia regolativa. La dottrina in parola afferma, in particolare, che, mentre la funzione del contratto modificativo si incentra e si esaurisce *in toto* nel mutamento della situazione preesistente – «di talché è proprio ed esclusivamente su questo mutamento che si fonda il coefficiente causale dell'atto» –, alla regolazione potrebbero ricollegarsi indifferentemente tanto la creazione *ex novo*, quanto il semplice mutamento del rapporto preesistente¹⁸⁵. In particolare, la *ratio* del ricorso all'efficacia regolativa risiederebbe nel fatto che, a differenza del contratto modificativo, funzionalmente diretto, in via esclusiva, a modificare la situazione preesistente, l'eventuale inesistenza della situazione, su cui si incide in senso regolativo, non determinerebbe l'assoluta inoperatività del negozio¹⁸⁶.

Quella delle conseguenze ricollegabili all'assenza della situazione oggetto di incidenza dell'attività negoziale è questione che ha costituito oggetto di analisi in dottrina relativamente, più in generale, alla categoria dei negozi sull'effetto giuridico¹⁸⁷, nella quale devono ricomprendersi

¹⁸⁵ A tal proposito, si afferma che «l'effetto regolativo non designa una vicenda autonoma di rapporto, ma un'articolazione di vicende sempre e imprescindibilmente riconducibili all'efficacia dispositiva (costituzione in senso lato) del rapporto». Cfr. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit.

¹⁸⁶ Cfr. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., pp. 584 - 586. Negli stessi termini, si veda anche F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 109 ss.

¹⁸⁷ Sia il contratto modificativo sia quello regolativo o regolamentare sono infatti riconducibili entro la categoria dei negozi c.d. di secondo grado.

Come noto, l'elaborazione di questa categoria si deve a E. BETTI, *Inefficacia del rapporto cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, II, p. 355 ss., spec. p. 373 ss. che, nel considerare la categoria da un punto di vista unitario, afferma che la funzione degli atti in parola è quella di «regolare», in via immediata, preesistenti rapporti giuridici.

In uno scritto successivo, l'Autore definisce la categoria in esame come idonea a comprendere tutti i negozi diretti a regolare in qualsiasi senso (fissare, confermare, interpretare, risolvere, assorbire, ecc.) negozi giuridici in precedenza conclusi tra le parti stesse, così come anche tutti i negozi determinanti le vicende di un rapporto giuridico preesistente, senza incidere sul negozio d'origine. Sul punto, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 244.

A proposito dell'efficacia regolativa, si rinvia anche a F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961 e F. GALGANO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, 2014, p. 170 ss.

«tutti gli atti negoziali diretti ad operare, in via immediata, su una determinata situazione giuridica soggettiva preesistente»¹⁸⁸.

La relazione che i negozi sull'effetto giuridico presentano con una determinata situazione giuridica preesistente è stata variamente definita.

Dando conto dei principali tentativi di qualificazione¹⁸⁹, secondo una prima ricostruzione, la peculiare natura dei negozi sull'effetto giuridico richiama la tematica, più generale, della c.d. legittimazione al negozio. Nell'ipotesi di inesistenza della situazione giuridica pregressa, il negozio di secondo grado deve quindi considerarsi invalido per carenza di legittimazione: difetterebbe infatti un presupposto di validità del negozio, non potendo il soggetto operare su una situazione giuridica che, seppur assunta come preesistente, sia in realtà inesistente.

Secondo una diversa ricostruzione, la rilevanza della situazione giuridica assunta come preesistente potrebbe essere inquadrata secondo i termini propri dell'istituto della presupposizione. In senso contrario rispetto a questa prospettazione ricostruttiva, si osserva però come, nei negozi sull'effetto giuridico, la situazione giuridica soggettiva preesistente non possa considerarsi quale mera circostanza di fatto, assunta come esistente, costituendo immediato oggetto dell'agire negoziale.

Ulteriore opzione ricostruttiva consiste nella configurazione della situazione giuridica preesistente come coelemento o requisito di efficacia del negozio sull'effetto giuridico. La sostanziale inaccettabilità della ricostruzione in parola discende dalla considerazione delle conseguenze ricollegate all'assenza della situazione giuridica preesistente, nelle ipotesi normativamente previste di negozi sull'effetto giuridico¹⁹⁰. Ad una simile eventualità, non corrisponde infatti l'inefficacia giuridica in senso stretto del negozio sull'effetto giuridico, ma l'invalidità del medesimo¹⁹¹.

¹⁸⁸ La definizione è di G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, pp. 8 ss. - 39, il quale ulteriormente afferma che la situazione giuridica preesistente costituisce «materia immediata ed esclusiva dell'intento negoziale». In particolare, a seconda delle diverse modalità di incidenza su un determinato effetto giuridico originario, entro tale categoria, vengono ricompresi, in primo luogo, gli atti negoziali che determinano l'estinzione di un determinato effetto giuridico preesistente; in secondo luogo, i negozi che incidono solo sul suo contenuto e, da ultimo, quelli che incidono sul grado di intensità del medesimo.

Le figure negoziali in parola sono caratterizzate da «un evidente dato strutturale, rappresentato dall'assunzione della preesistenza di una situazione giuridica soggettiva, di un determinato effetto giuridico, verso cui si "indirizza" l'attività negoziale, e su cui essa attività è volta, in via immediata, ad operare e ad incidere».

¹⁸⁹ Per i riferimenti dottrinali, si rinvia a DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, cit., pp. 38 - 91.

¹⁹⁰ Casi esemplificativi sono quello previsto in materia di novazione, dall'art. 1234 c.c., e quello disciplinato dall'art. 1939 c.c., relativo al contratto di fideiussione.

¹⁹¹ Tale esito potrebbe risultare pienamente giustificabile considerando come, a differenza delle ipotesi in cui ricorre un'inefficacia giuridica in senso stretto, nel caso

A prescindere dalla loro configurazione, l'inesistenza – originaria o sopravvenuta, con effetti retroattivi – della situazione giuridica assunta come preesistente determina l'inefficacia delle fattispecie negoziali in parola¹⁹².

di inesistenza della situazione giuridica pregressa, ciò che difetta non è infatti un mero elemento estrinseco di efficacia.

¹⁹² Tale inefficacia costituisce espressione dell'invalidità del negozio, la quale, a sua volta, è eterogenea rispetto alle cause che, dettate in sede di disciplina generale del contratto, danno luogo alla nullità o all'annullabilità. Il legislatore non provvede invero alla qualificazione dell'invalidità in parola e, non presentando la stessa caratteri affini né alla nullità né all'annullabilità, si ritiene che rappresenti un tipo di invalidità caratteristico dei negozi sull'effetto giuridico, che trova giustificazione nel peculiare oggetto di incidenza di tale attività dispositiva.

Per un inquadramento generale del tema dell'invalidità dei negozi sull'effetto giuridico, si rinvia a DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, cit., p. 315 ss., di cui vengono qui riferiti i termini essenziali.

Nel tentativo di identificare il fondamento dell'inefficacia dei negozi sull'effetto giuridico per inesistenza della situazione giuridica originaria, si esclude che quest'ultima possa integrare un elemento costitutivo della volontà negoziale, rappresentando, al contrario, un dato esterno rispetto alla stessa, sulla quale quest'ultima è destinata ad incidere e alla cui mancanza non è quindi ricollegabile la nullità dell'atto negoziale.

Parimenti, si esclude che, nell'ipotesi di inesistenza della situazione pregressa, il negozio sull'effetto giuridico sia annullabile per errore sull'oggetto: un contratto viziato da errore sull'oggetto continua infatti a produrre i suoi effetti sino alla sentenza di annullamento; nei negozi sull'effetto giuridico, l'inesistenza della situazione pregressa ne determina, più radicalmente, l'immediata inefficacia in via automatica. Nel senso della differenziazione tra inefficacia per assenza della situazione giuridica soggettiva pregressa e annullabilità per errore sull'oggetto rileva ulteriormente il fatto che, mentre la seconda rende necessarie delle valutazioni – quelle relative all'essenzialità e alla riconoscibilità – anche di carattere soggettivo, la prima è destinata ad operare in modo oggettivo, prescindendo *in toto* da qualsiasi valutazione relativa alla condotta delle parti contraenti.

Con riferimento infine ai rapporti tra la situazione giuridica originaria e la causa dei negozi sull'effetto giuridico, si esclude che la situazione giuridica preesistente possa essere identificata con la causa dei negozi sull'effetto giuridico, dal momento che, così argomentando, si giungerebbe ad individuare quest'ultima in un dato strutturalmente estraneo al negozio. Anche nei negozi sull'effetto giuridico, la valutazione relativa all'esistenza della causa corrisponde all'accertamento della sussistenza di specifiche ragioni di carattere oggettivo che giustificano «l'operare, in via immediata, su un determinato effetto giuridico assunto come preesistente». Da questo punto di vista, ai fini di tale valutazione, nessun rilievo rivestono le vicende inerenti la situazione giuridica originaria, comprese quelle relative alla sua effettiva esistenza.

La dottrina citata esclude, infine, anche la possibilità di considerare la situazione giuridica preesistente quale oggetto dei negozi sull'effetto giuridico. L'oggetto dovrebbe infatti, più correttamente, identificarsi nella prestazione programmata – la quale possiede una «configurazione strutturale costante», consistente nella «rappresentazione di specifiche modalità logico operazionali su determinati effetti giuridici preesistenti». La situazione giuridica originaria rappresenterebbe quindi solo un «dato extranegoziale coesistente, necessario e costante dell'oggetto dei negozi in esame».

Tornando alla considerazione della configurabilità del negozio di accertamento – e, quindi, dell'accordo accertativo dell'usucapione – come figura negoziale regolativa, il rilievo critico che si ritiene di formulare non riguarda solamente la pretesa idoneità dell'efficacia regolativa a ricomprendere anche le vicende costitutive in senso stretto, considerato, come già rilevato, che l'art. 1321 c.c. opportunamente distingue tra «regolare» e «costituire» un rapporto giuridico patrimoniale.

In particolare, ciò che si intende ora porre in evidenza è che, a differenza dei negozi sull'effetto giuridico, nei quali la situazione giuridica preesistente costituisce «materia immediata dell'agire negoziale»¹⁹³, nel negozio di accertamento, ciò che viene in rilievo è, più propriamente, una visione contrastante delle parti in ordine all'effettiva conformazione della situazione preesistente. In considerazione di ciò, la sussistenza di una situazione di incertezza, relativa al compiersi dell'acquisto per usucapione, sembrerebbe escludere, per definizione, la possibilità di considerare quale oggetto di immediata incidenza dell'attività negoziale proprio l'effetto di acquisto del diritto per usucapione e condurrebbe a individuare la situazione proprietaria originaria, oggetto di incertezza, quale oggetto di diretta incidenza dell'attività regolativa.

Proprio tale ultimo rilievo induce a dubitare dell'opportunità di fare ricorso all'efficacia regolativa: il riferimento alla «regolazione» possiederebbe rilievo solo descrittivo, valendo semplicemente a porre in evidenza la relazione che lega l'accordo accertativo – e, più in generale, il negozio di accertamento – con la situazione proprietaria originaria, oggetto di incertezza. In definitiva, l'esclusione di tale prospettiva ricostruttiva si fonda non già su un'incompatibilità tra accertamento e regolazione, quanto piuttosto sulla mancanza di un'effettiva valenza caratterizzante di quest'ultima.

¹⁹³ Nell'unica trattazione monografica dedicata ai negozi sull'effetto giuridico, si esclude che tra questi possano ricomprendersi l'accertamento negoziale e il contratto di transazione.

In senso contrario alla possibilità di qualificare l'accertamento negoziale come negozio sull'effetto giuridico rileva, in primo luogo, la considerazione che viene riservata alla situazione giuridica originaria, la quale viene in rilievo «non in quanto tale, ma quale “dato” della realtà giuridica sulla quale verte, tra gli interessati, uno stato di incertezza oggettiva sulla sua effettiva conformazione». In questi termini, DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, cit., p. 136 ss., spec. p. 138 - 141.

2.3. *Accordo accertativo dell'usucapione e produzione di effetti traslativi.*

Come detto, la prospettazione di diverse possibili articolazioni strutturali della vicenda dispositiva realizzata dall'accordo accertativo nasce dalla difficoltà di definire compiutamente se la previsione legislativa del n. 12-*bis* possa essere armonizzata con l'ordinamento o se l'intervenuto riconoscimento di meritevolezza alla funzione di superamento dell'incertezza consenta, al contrario, di ritenere pienamente legittima qualsiasi ricostruzione strutturale – anche quelle che si pongano, per così dire, fuori sistema – della presente figura contrattuale.

Accennate sinora le ragioni – principalmente correlate all'introduzione della nuova disposizione – che condurrebbero ad escludere che, nell'ipotesi in cui l'acquisto per usucapione, accertato in sede di mediazione, non si fosse effettivamente perfezionato, l'accordo accertativo possa dirsi nullo per difetto di causa, si tratta ora di valutare, nello specifico, la questione della produzione degli effetti traslativi dal punto di vista sia strutturale che funzionale.

In particolare, si è visto come, secondo la posizione della dottrina da cui si è ritenuto di partire nell'analisi ricostruttiva della figura dell'accordo accertativo dell'usucapione, laddove si volesse ricostruire lo stesso nei termini di figura contrattuale produttiva di effetti preclusivi, si potrebbe scritturalmente assegnargli una «valenza traslativa eventuale»¹⁹⁴.

La questione riveste notevole rilevanza in considerazione della posizione costantemente espressa dalla giurisprudenza con riferimento ai negozi di accertamento aventi ad oggetto diritti reali¹⁹⁵. Come già visto, la giurisprudenza ha costantemente escluso che il negozio di accertamento possa costituire titolo per l'acquisto a titolo derivativo di un diritto, negando che lo stesso possa quindi produrre effetti traslativi e ritenendo che, nell'ipotesi in cui si accerti un diritto in realtà inesistente, il contratto sia nullo per difetto di causa¹⁹⁶.

Come già sommariamente rilevato, l'affermazione secondo cui la funzione del negozio di accertamento è quella di realizzare il superamento

¹⁹⁴ Cfr. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 6.

Come noto, la giurisprudenza ha costantemente escluso la possibilità di ricollegare al negozio di accertamento la produzione di effetti traslativi – e che quindi su questo possa fondarsi un acquisto a titolo derivativo – giungendo a prospettare la nullità per difetto di causa dello stesso nell'ipotesi di difformità tra l'esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore.

Si rinvia alla giurisprudenza citata nel cap. III, par. 1.1.

¹⁹⁵ Più precisamente, si tratta di un orientamento formatosi relativamente ai casi in cui ad essere controversa sia *tout court* l'esistenza di un diritto reale.

¹⁹⁶ Cfr. la giurisprudenza citata nel cap. III, par. 2.1.

dell'incertezza¹⁹⁷ e quella secondo cui lo stesso è nullo per difetto di causa nell'ipotesi in cui accerti un rapporto in realtà inesistente, potrebbero risultare tra loro difficilmente conciliabili nell'ipotesi in cui l'incertezza attenga proprio all'esistenza del medesimo. Questo induce a chiedersi se, nell'ipotesi di difformità tra l'esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore, più che un problema di difetto di causa del negozio di accertamento, non si ponga un problema di mancanza di causa dell'attribuzione o dello spostamento patrimoniale per suo tramite eventualmente realizzata¹⁹⁸.

La rilevanza del tema si coglie anche considerando un'obiezione che potrebbe essere mossa a quanti ritengano di ricostruire l'accordo accertativo come figura negoziale produttiva di effetti preclusivi: ci si chiede, in particolare, se affermare che l'accordo accertativo conservi validità tanto nell'ipotesi in cui il regolamento negoziale sia congruente allo stato giuridico anteriore, quanto nel caso contrario, non equivalga a convenire espressamente che, nell'ipotesi in cui l'usucapione non si fosse effettivamente perfezionato, l'accertante trasferisca il bene all'altro contraente.

L'espressa attribuzione di una valenza traslativa dell'accordo accertativo – la cui causa concreta, si afferma in dottrina, consiste sempre nel «definitivo abbandono del bene da parte dell'usucapito, senza che esista una rilevanza onerosa o liberale» – consentirebbe allora di conseguire risultati assolutamente apprezzabili avuto riguardo agli interessi delle parti¹⁹⁹ e consentirebbe di rendere sostanzialmente *controllato* un trasferimento che comunque sembrerebbe prodursi sul piano sostanziale.

Soprattutto alla luce di tale ultimo rilievo, si ritiene opportuno partire dalla considerazione delle ipotesi in cui è effettivamente possibile parlare di una distinzione tra causa del contratto e causa dell'attribuzione ed è quindi ammissibile un trasferimento «isolato», nonché di quelle, strutturalmente simili, in cui il trasferimento di diritti possa porsi come «struttura in sé neutra»²⁰⁰, ma dotata di idoneo sostegno causale perché inserita in più complessi schemi o fattispecie contrattuali.

¹⁹⁷ Sul punto, si rinvia alle conclusioni formulate nel cap. III, par. 2.

¹⁹⁸ Con specifico riguardo al negozio di accertamento, il richiamo alla distinzione tra causa del negozio e causa dell'attribuzione si rinviene in E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, cit., p. 581 ss.

¹⁹⁹ L'accordo accertativo, se configurato in termini di figura negoziale produttiva di effetti traslativi, potrebbe costituire titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata.

²⁰⁰ L'espressione è di G. AMADIO, *Comunione e apporzionamento nella divisione ereditaria (per una revisione critica della teoria della divisione)*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 279 ss.

La distinzione tra causa del contratto e causa dell'attribuzione nasce dalla riflessione di autorevole dottrina che per prima ha distinto i casi in cui lo spostamento patrimoniale trovi la sua giustificazione nel negozio che lo pone in essere da quelli in cui lo stesso non costituisca effetto di un negozio che contiene in sé la propria causa²⁰¹. Ogniqualvolta la prestazione si inserisca in un contratto o, più genericamente, in un negozio che abbia una propria funzione, la definizione della causa dell'attribuzione non costituisce problema dotato di autonoma rilevanza, dal momento che «il giudizio effettuato dall'ordinamento sulla rispondenza della combinazione di interessi ad interessi meritevoli di tutela soddisfa contemporaneamente l'esigenza di giustificazione (*ratio*) della combinazione stessa». In questi casi, lo spostamento patrimoniale trova quindi la sua giustificazione causale nello stesso negozio che lo realizza²⁰².

Nei casi in cui nel negozio sia rinvenibile solo «l'indicazione dello scopo avuto di mira dal soggetto», mentre «la giustificazione e il fondamento della prestazione vanno ricercati al di fuori del negozio stesso», si è in presenza di una prestazione c.d. isolata dal momento che «la giustificazione causale dello spostamento patrimoniale non può essere ricercata nella funzione della prestazione ovvero in quella del negozio che la pone in essere»²⁰³. In questi casi, la causa assume due connotazioni diverse: la prima, di carattere soggettivo, si riferisce allo scopo indicato dalla parte che pone in essere la prestazione; la seconda, di carattere oggettivo, attiene all'effettiva esistenza del rapporto che giustifica la stessa. Sulla scorta dell'elaborazione della pandettistica tedesca, si afferma quindi che per la validità del negozio è sufficiente la presenza dell'elemento soggettivo²⁰⁴, mentre per la conservazione degli effetti dello stesso è necessaria quella dell'elemento oggettivo.

²⁰¹ Il riferimento è a GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, 1960. In senso critico rispetto alla teorizzazione dell'Autore citato, si pone P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 56 ss.

²⁰² La funzione riconosciuta degna di tutela consente di fornire al negozio il suo fondamento causale perché «assume il ruolo di causa, ovverosia di giustificazione dello spostamento patrimoniale attuato col negozio stesso». Questo avviene sia nei contratti obbligatori sia, in virtù del principio del consenso traslativo, sia nei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o di altri diritti ovvero la costituzione di essi.

²⁰³ Si può parlare di prestazione isolata in senso tecnico nei soli casi in cui la separazione della prestazione sia veramente strutturale e non meramente estrinseca. Ricorre tale ultima eventualità nel caso in cui si proceda alla documentazione di una sola delle prestazioni di un contratto.

²⁰⁴ L'applicazione della causa soggettiva e strutturale è ispirata al modello tedesco della *Zweck*. Dalla teorizzazione delle prestazioni isolate discende quindi l'introduzione nel sistema di una sostanziale frattura concettuale tra causa soggettiva

In questi casi, a parere della dottrina citata, alla mancanza di causa non consegue la nullità del negozio, ma semplicemente la ripetibilità della prestazione. Nell'ordinamento italiano, in particolare, conferma di quanto affermato potrebbe trarsi dalla disciplina dettata in materia di ripetizione dell'indebito: nel caso in cui venga attuato il trasferimento di una cosa certa e determinata, l'inesistenza dell'obbligo, per l'adempimento del quale era stata posta in essere tale prestazione isolata, determinerebbe non già la nullità, ma la mera ripetibilità della stessa²⁰⁵. L'esigenza sottesa al ricorso al rimedio della *condictio indebiti* in luogo della nullità per difetto di causa è, in particolare, quella della tutela dei terzi aventi causa da un soggetto che abbia acquistato il suo diritto tramite prestazione isolata. Tali soggetti – a differenza del caso in cui un acquisto si realizzi in forza di un contratto strutturalmente idoneo ad evidenziare la propria causa intrinseca – potrebbero infatti avere maggiore difficoltà ad accertare la validità del loro acquisto, considerata la sua dipendenza da un elemento esterno al contenuto dell'attribuzione isolata²⁰⁶. In ragione di ciò, si giunge, come detto, all'applicazione della sola disciplina dell'art. 2038 c.c., in luogo di quella della nullità.

Sulla base della riflessione condotta dalla dottrina successiva, che ha contestato le conclusioni appena richiamate, i tratti distintivi della categoria delle prestazioni isolate vengono essenzialmente individuati nel carattere unilaterale dell'attribuzione patrimoniale e nel fatto che la stessa

e causa oggettiva (corrispondente alla causa - funzione), riferite a diverse categorie di contratti.

²⁰⁵ Il soggetto che ha posto in essere la prestazione isolata avrà a disposizione solo un'azione personale nei confronti del soggetto *accipiens*; nei confronti dei terzi, ai sensi dell'art. 2038 c.c., potrà agire solo nel caso in cui essi abbiano acquistato a titolo gratuito. La disciplina della ripetizione dell'indebito risponde ad un'esigenza di tutela, oltretutto dell'*accipiens* di buona fede, dei terzi subacquirenti. Cfr. GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, cit., p. 568.

A tal proposito, si veda anche DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 5 che individua lo scopo della teoria delle prestazioni isolate nella restituzione alla normativa sulla ripetizione dell'indebito di «un autonomo spazio, pur in un sistema, quale il nostro, che è ispirato al principio causale degli spostamenti patrimoniali. Tale spazio è offerto dalle c.d. prestazioni isolate le quali richiedono un tipo di risposta diversa sul terreno della mancanza di causa».

Sul punto, si veda anche NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 116: «Confluiscono, quindi, nelle prestazioni isolate, da un lato, la particolarità strutturale e funzionale dei tradizionali atti astratti e, da un altro lato, il dilemma sulla traslatività del *modus*, immanente nella *condictio indebiti*. Si instaura fra i due settori un effetto di risonanza reciproca, per cui i sintomi di anomalia della *condictio* alimentano la specificità delle prestazioni isolate e, per converso, l'autonomia di queste suffraga un ambito di applicazione esclusiva della ripetizione, sottratto alla disciplina dei vizi negoziali. In definitiva, surrettizio movente dogmatico delle prestazioni isolate è la stessa teoria sulla traslatività della *condictio*».

²⁰⁶ Per un confronto con l'ordinamento tedesco, si rinvia a NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, pp. 85 - 103.

trovi fonte in «un atto di autonomia privata, non necessariamente unilaterale, la cui giustificazione sul terreno della causa non si può desumere – quale primo indizio implicito – dal mero schema dell’atto, che si riduce alla nuda e neutrale prestazione»²⁰⁷.

In mancanza di una giustificazione causale direttamente desumibile dall’atto che realizza la prestazione pura e semplice, la stessa si rinviene nelle «diverse funzioni che presuppongono il riferimento ad un elemento esterno all’atto»: queste possono individuarsi essenzialmente nella funzione indennitaria e di garanzia accessoria o non accessoria, nella funzione solutoria, nella funzione attuativa di un diritto e, infine, nella funzione novativa di un rapporto²⁰⁸.

²⁰⁷ In questi termini, NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, pp. 8 - 50.

L’origine della teorizzazione delle c.d. prestazioni isolate si rinviene, come detto, in GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI; precedenti storici della concezione in parola si rinvencono nella teoria della causa remota e in quella della causa esterna. Per la prima, si rinvia a E. BETTI, *Causa (diritto romano)* e *Causa del negozio giuridico* in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, pp. 32 - 34; ID., *Teoria generale del negozio giuridico* in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, XV, II, Torino, 1960, pp. 205 - 207; per la seconda, in particolare, si rinvia a L. CARIOTA - FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 127; F. MESSINEO, *I titoli di credito*, Padova, 1964, I, p. 153; R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 184 ss.

Secondo la prima teorizzazione, non è possibile parlare di una vera e propria astrazione causale perché la *datio* o l’assunzione di un obbligo, carenti di una funzione economico - sociale, non sono indifferenti a ragioni causali, essendo queste semplicemente desumibili da un elemento esterno all’atto; con la teoria della causa esterna, si realizza il passaggio dalla causalità all’astrazione degli atti privi di un’intrinseca determinazione causale. Nonostante tale diversità di inquadramento, si giunge comunque all’applicazione del rimedio della ripetizione dell’indebitato in ogni ipotesi di disfunzione causale.

Le elaborazioni successive alla prima teorizzazione in tema di prestazioni isolate si possono distinguere in concezioni interne e concezioni esterne all’autonomia privata. Tra le prime rientrano la teoria della causa determinata, ma determinabile, per la quale si rinvia a V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978 e la teoria della funzione economico - individuale, per la quale si vedano G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, pp. 397 - 399; L. BOZZI, *Note preliminari sull’ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 199 ss., spec. p. 220 ss.

Secondo la concezione non negoziale, le prestazioni isolate costituiscono atti puramente esecutivi che, non potendosi definire negoziali, si sottraggono alle regole della causalità e *l’expressio causae* assolve meramente alla funzione di orientare l’applicazione della *condictio indebiti*. In questo senso, A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 781 ss.

Ricostruzione sostanzialmente affine è quella che, per giustificare l’applicazione della *condictio indebiti*, prospetta un’idea di negozio giuridico, distinta dal contratto. In tal senso, U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*. I. *La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 47 ss.

²⁰⁸ Sul punto, si rinvia ancora a NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., pp. 51 - 70.

Il richiamo alle tematiche cui si è ora accennato²⁰⁹ è stato realizzato non al fine di valutare la possibilità di ricostruire la vicenda dispositiva realizzata dall'accordo accertativo nei termini strutturali propri degli atti di disposizione realizzativi delle c.d. prestazioni isolate, quanto piuttosto al fine di evidenziare come le fattispecie inquadrabili in questi termini rappresentino le uniche eccezioni al principio secondo cui il fondamento causale dell'attribuzione risiede nell'atto realizzativo della stessa²¹⁰.

L'inquadramento dell'accordo accertativo dell'usucapione secondo i moduli ricostruttivi propri delle c.d. prestazioni isolate costituisce *icto oculi* una forzatura dal momento che, così argomentando, si dovrebbe ipotizzare che al riconoscimento dell'altrui usucapione consegua un trasferimento posto in essere in esecuzione – e, in questo limitato senso, isolato – dello stesso²¹¹. L'inaccettabilità di una simile prospettazione – discendente dal fatto che si tratterebbe di un trasferimento posto in essere da un soggetto *non dominus*, a favore del soggetto riconosciuto proprietario in virtù dell'accertato compiersi dell'acquisto per usucapione – è, come detto, di tale evidenza da non richiedere particolare approfondimento²¹².

Le prestazioni isolate vengono qui ordinate in rapporto a tre criteri: in primo luogo, quello della funzione svolta dall'atto; in secondo luogo, quello degli effetti prodotti dallo stesso e infine quello della struttura.

Le funzioni sono state già indicate nel testo; per quanto concerne le tipologie di effetti, vengono in considerazione sia l'effetto traslativo, sia quello obbligatorio. Esempi di prestazioni isolate caratterizzate dall'efficacia obbligatoria sono la *delegatio promittendi*, il contratto autonomo di garanzia e la subordinazione di credito.

Con particolare alla struttura delle prestazioni isolate sotto il profilo del perfezionamento e del meccanismo di efficacia degli atti: costituiscono atti reali l'esecuzione del dovere morale e sociale, l'adempimento del terzo, la *delegatio solvendi* e la cauzione; si qualificano come atti consensuali ad efficacia reale tutte le ipotesi di c.d. pagamento traslativo; suscettibile di ricomprensione in entrambe le categorie, perché configurabile sia come atto reale, sia come atto consensuale, è la *datio in solutum*.

²⁰⁹ Le stesse costituiranno oggetto di ulteriore approfondimento nel cap. III, par. 3.1.

²¹⁰ L'identificazione tra titolo dell'attribuzione e negozio realizzativo della stessa discende dal principio dell'efficacia reale del contratto.

Sul punto, si veda anche C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 282 ss. Il tema delle prestazioni isolate, posto in relazione a quello dell'*expressio causae*, verrà successivamente richiamato al fine di definire il ruolo dell'usucapione nell'accordo accertativo. Cfr. cap. III, par. 3.

²¹¹ Sembrerebbe adombrare una simile ricostruzione BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, cit., p. 6.

²¹² Si dovrebbe – ma si tratta di una prospettazione evidentemente inaccettabile – ipotizzare la scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale.

Evidentemente il trasferimento non potrebbe ritenersi causalmente giustificato dal solo intento di adeguare le risultanze pubblicitarie all'accertato acquisto per usucapione.

Nel tentativo di porre ulteriormente alla prova la fondatezza dell'ipotesi ricostruttiva in esame, è necessario considerare come vi siano fattispecie nella cui articolazione strutturale il trasferimento di diritti si colloca come «struttura in sé neutra», cui si fa ricorso per realizzare interessi diversi da quelli dello scambio di un bene verso corrispettivo o dell'attuazione di una liberalità. Perché questo si possa realizzare, risulta però essenziale ed imprescindibile che il trasferimento di diritti sia inserito in una struttura contrattuale idonea a costituirne sostegno causale. Così avviene nella divisione, nella quale il trasferimento di diritti può essere compatibile, se finalizzato a realizzare l'interesse alla distribuzione proporzionale, con la funzione divisoria²¹³ e, come visto, il trasferimento di diritti intorno ai quali non sussiste controversia può realizzarsi al fine di comporre transattivamente la lite, secondo il modello della transazione c.d. mista, prevista dall'art. 1965, secondo comma, c.c.²¹⁴. Nella divisione e nella transazione, il trasferimento di diritti risulta giustificato perché funzionalizzato rispettivamente alla realizzazione dell'apportionamento e alla composizione della controversia mediante reciproche concessioni.

Rispetto alla configurazione di un trasferimento posto in essere in funzione accertativa si pone invece l'obiezione già prospettata: procedendosi all'accertamento dell'intervenuto acquisto di un diritto reale per usucapione, non potrebbe sottrarsi alla nullità per difetto di causa il negozio di accertamento che realizzi il trasferimento del medesimo diritto, posto in essere dall'*ex dominus* usucapito a favore dell'usucapiente²¹⁵.

In senso critico rispetto alle osservazioni sinora formulate, che hanno consentito di porre in evidenza l'impossibilità di configurare strutturalmente l'accordo accertativo dell'usucapione nei termini di figura negoziale produttiva di effetti traslativi, si potrebbe però obiettare che tale prospettazione ricostruttiva si riferisce espressamente all'eventualità in cui l'usucapione non si fosse perfezionato²¹⁶.

²¹³ In questi termini, G. AMADIO, *Comunione e apportionamento nella divisione ereditaria (per una revisione critica della teoria della divisione)*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 279 ss., spec. p. 301.

²¹⁴ Sull'inconfigurabilità di un trasferimento *tout court* posto in essere in funzione transattiva si rinvia a RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002.

²¹⁵ Per la configurabilità di un trasferimento, l'attività conoscitiva pretesamente prodromica all'accertamento dell'acquisto per usucapione avrebbe paradossalmente dovuto condurre ad escludere che lo stesso si fosse perfezionato.

²¹⁶ Prospettazione ricostruttiva analoga, in tema di negozio di accertamento in generale, è quella di D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Codice Civile. Il Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, p. 513 ss.: secondo tale dottrina, l'effetto preclusivo deve costituire oggetto di espressa pattuizione da parte dei contraenti, dovendo le stesse espressamente prestare il proprio consenso anche per l'ipotesi in cui il regolamento posto dal contratto di accertamento fosse difforme rispetto alla situazione preesistente.

A parere della dottrina oggetto di analisi, in particolare, assegnare al negozio di accertamento una portata eventualmente attributiva consentirebbe di realizzare quella gradualità nella disposizione, che risulta necessaria in ragione del possibile diverso grado di incertezza su cui l'accordo si trova ad intervenire. Si afferma quindi che, a differenza della preclusività, caratterizzata da «una valenza rinunciativa secca», la dispositività, intesa nei termini suddetti, consentirebbe di affermare che, nel caso di forte incertezza circa l'intervenuto perfezionamento dell'acquisto per usucapione, il negozio di accertamento abbia anche una valenza parzialmente liberale. In presenza di una simile eventualità, la salvezza dell'atto di accertamento, cui si è assegnato tale particolare significato eventuale, si realizzerebbe perché «diversamente qualificato»; al contrario, se ricostruito in termini di mera preclusività, lo stesso si esporrebbe al rischio di nullità «dal punto di vista causale»²¹⁷.

Rispetto ad una simile prospettazione ricostruttiva, si ritiene però che, all'incompatibilità strutturale, già evidenziata, tra trasferimento del diritto e accordo accertativo dell'intervenuto acquisto per usucapione del medesimo²¹⁸, si associ una loro dubbia conciliabilità dal punto di vista funzionale. Si ritiene infatti che l'esplicitazione di una volontà attributiva espressamente slegata dall'accertamento negoziale²¹⁹, non possa assumere valenza meramente rafforzativa, ma valga, al contrario, a porre in evidenza una certa eccentricità dell'interesse perseguito dalle parti rispetto a quello accertativo. L'esplicitazione di un intento attributivo non sembrerebbe infatti potersi considerare alla stregua di mero interesse che contribuisce alla definizione causale dell'accordo accertativo, ma renderebbe, al

²¹⁷ In questi termini, BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, cit., p. 6 ss., il quale afferma testualmente: «si fissa, è vero, la verità convenzionale, ma l'alto grado di incertezza di base può colorare l'atto di una valenza attributiva anche – indirettamente – liberale».

²¹⁸ Da questo punto di vista, come si avrà modo di specificare *infra*, si ritiene che attribuire rilievo agli interessi perseguiti dalle parti sino al punto di configurare un trasferimento espressamente «privo di rilevanza onerosa e liberale» – e quindi astratto – non possa evidentemente armonizzarsi con i dati strutturali minimi posti dal legislatore.

²¹⁹ Tale carattere emerge chiaramente dall'espresso riferimento, compiuto dalla dottrina citata nella nota precedente, al caso in cui l'acquisto non si sarebbe comunque potuto realizzare a causa, ad esempio, dell'iusucapibilità del diritto. Tale prospettazione si ritiene assolutamente inaccettabile, perché, a fronte di una simile eventualità, l'accordo sarebbe nullo per impossibilità dell'oggetto. Per questa ragione, la previsione relativa alla valenza traslativa eventuale, nell'analisi ricostruttiva che si sta conducendo, è stata considerata genericamente in relazione all'eventualità in cui l'usucapione non si sia perfezionato per mancanza di uno dei suoi requisiti costitutivi.

contrario, evidente una certa incongruenza tra il mezzo contrattuale prescelto e gli interessi perseguiti dalle parti²²⁰.

Come si avrà modo di puntualizzare nel prosieguo, se non adeguatamente strutturata, in modo tale da consentire *concretamente* l'emersione degli interessi che potrebbero giustificare la presenza di una duplice volontà dispositiva, l'intento accertativo verrebbe ad assumere un ruolo sostanzialmente secondario, nell'economia della complessiva vicenda dispositiva²²¹.

Nel valutare l'accoglibilità di tale ricostruzione, sarà quindi necessario valutare se l'accordo accertativo, nella sua *variante* accertativo - traslativa²²², possa effettivamente essere diversamente qualificato e possa quindi evitare la nullità per difetto di causa, laddove accerti un acquisto per usucapione in realtà non perfezionatosi. Tali rilievi rendono necessario partire dal tema della qualificazione causale, dal momento che, secondo la dottrina che sta qui costituendo oggetto di analisi, l'accordo accertativo, se strutturato in questi termini, potrebbe sottrarsi al rischio della nullità per difetto di causa, nell'ipotesi di mancato perfezionamento dell'acquisto per usucapione accertato, perché – si afferma testualmente – «diversamente qualificato». È noto come, nella definizione della causa del contratto²²³,

²²⁰ È necessario procedere subito ad una precisazione di carattere terminologico. Per quanto la dottrina in parola parli di «attribuzione di una valenza traslativa eventuale», la *coloritura* causale degli atti di autonomia privata si realizza solo per il tramite di manifestazioni di volontà dispositiva: in questo senso, sembrerebbe quindi ricorrere una vera e propria alternatività dispositiva. In altri termini, nonostante il suo tenore letterale, l'espressione impiegata non può che sottendere una manifestazione di volontà dispositiva che, tradotta in atto, corrisponderebbe a: «Tizio accerta che Caio ha usucapito il bene e, se così non fosse, Tizio trasferisce a Caio il diritto di proprietà del bene».

²²¹ In considerazione di ciò, come si vedrà, il principale problema della ricostruzione oggetto di analisi consisterà nell'individuazione di una giustificazione causale della singola disposizione attributiva.

²²² Si parlerà di *variante* accertativo - traslativa solo per una questione di comodità espositiva. Con questa espressione, si intende quindi fare riferimento alla ritenuta possibilità di attribuire all'accordo accertativo dell'usucapione una valenza traslativa eventuale.

²²³ Accennando solo brevemente ad una tematica probabilmente unica per complessità, è noto come, con riferimento alla causa del contratto, sia possibile rinvenire una progressione del pensiero dottrinale che, dalla originaria identificazione della stessa con il tipo contrattuale, è giunto ad attribuire rilievo agli interessi concretamente perseguiti dalle parti, configurandola quindi in termini di causa concreta.

Per l'inquadramento della causa del contratto in termini di struttura, funzione tipica o sintesi degli effetti giuridici essenziali, si rinvia in particolare a R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 188; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, p. 128; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1951, p. 119; E. BETTI, *Teoria generale del*

rilevi non solo la struttura dell'atto, ma anche gli interessi concreti perseguiti dalle parti, quali emergenti dal «meccanismo di prestazioni, situazioni soggettive, condizioni, e quant'altro sia predisposto dalle parti e costituisca il materiale, per così dire, interno e obiettivo dell'atto di regolamento»²²⁴.

La funzione stessa del negozio risulta quindi dalla combinata considerazione degli strumenti cui si ricorre per realizzare una determinata

negozio giuridico, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1950, p. 178 ss.

Per la definizione della causa anche in rapporto agli interessi concretamente perseguiti dalle parti, si vedano E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 904 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 207 ss., spec. p. 278 ss.

Per una sintesi delle ricostruzioni elaborate in materia di causa del contratto, si rinvia a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*; A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1990.

La prospettiva di analisi orientata all'identificazione della causa del contratto con la «funzione concreta ed individuale dell'intera operazione negoziale», frutto del superamento della concezione rigidamente interna o strutturale, si espone ad un rischio: «quanto più si tende ad allargare il concetto di funzione svincolandolo da elementi precisi di determinazione, tanto più si rischia di perderne anche la definizione, facendone un mero risultato determinato *a posteriori*». In questo senso, A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 230, nt. 4

Per porre quindi rimedio alle conseguenze cui poteva condurre una definizione della causa eccessivamente sbilanciata alla considerazione degli interessi, la causa del negozio è stata ricostruita come «concetto di relazione» e si è quindi affermato che la stessa può individuarsi nel «rapporto tra gli strumenti precettivi adottati e i concreti interessi che, attraverso quei mezzi, si intendono perseguire». In questo senso, sempre A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 24, secondo il quale la nozione di causa va costruita «cercando un punto di equilibrio nell'utilizzazione dei due elementi della vicenda negoziale posti in luce, ora dalla dottrina più tradizionale: mi riferisco alla struttura (intesa come regolamento programmato), ora della dottrina più recente: alludo all'interesse contrattuale, proprio di ogni singola operazione».

Conferma del fatto che né l'interesse in sé considerato, né la struttura in sé considerata possono identificarsi direttamente con la causa del negozio, ma entrambi concorrono alla qualificazione del contratto si trae osservando come «mutando uno dei termini, ad esempio l'interesse o la struttura del regolamento negoziale, può mutare sensibilmente, o venir meno, a volte, lo schema causale».

Sul punto, in sostanziale adesione alla dottrina da ultimo citata, si rinvia anche a G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 195 ss.

²²⁴ In questi termini, CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, cit., p. 235 - 244, il quale ulteriormente distingue tra la valutazione relativa all'oggetto e quella relativa alla causa, precisando come, mentre la prima riguarda solo i singoli elementi nei quali lo stesso si rappresenta, la seconda attiene invece alla relazione e alla combinazione degli stessi.

operazione e degli interessi propri della medesima²²⁵. In questa prospettiva di analisi combinata della struttura del contratto e degli interessi che con lo stesso si intendono perseguire, la qualificazione del contratto²²⁶ si realizza tenendo conto del complesso degli elementi sostanziali del contratto e considerando quindi il rapporto che si viene a creare fra interessi da soddisfare e mezzi prescelti, «nella loro configurazione pratica, prima ancora che giuridica»²²⁷. Il profilo che più rileva – ai fini della presente ricerca – è quello relativo alla definizione della misura oltre cui ad una variazione negli interessi o nella struttura del tipo contrattuale consegua il mutamento del tipo contrattuale, cioè della «categoria concettuale di fonte normativa o sociale, in cui sarebbe stato collocato un contratto di tal genere senza le variazioni in questione»²²⁸. In relazione a ciascun tipo contrattuale, è infatti possibile parlare sì di una «genericità o elasticità della struttura», ma solo entro determinati limiti, una variazione degli interessi, ferma restando la struttura negoziale, non determina una modifica della qualificazione causale dell'atto.

È evidente come, rispetto alla *variante* traslativa dell'accordo accertativo dell'usucapione, la questione qualificatoria assuma dei connotati, per così dire, del tutto peculiari. L'interesse delle parti si traduce infatti nella predisposizione di un regolamento destinato a trovare applicazione, in via alternativa, rispetto a quello accertativo nell'ipotesi in cui questo venga dichiarato nullo per difetto di causa²²⁹. In considerazione di ciò, all'analisi incentrata sulla qualificazione della singola previsione relativa alla c.d. «valenza traslativa eventuale», deve associarsi la considerazione, sempre in una prospettiva qualificatoria, del complessivo regolamento contrattuale emergente dalla combinazione della volontà attributiva con quella accertativa.

²²⁵ Cfr. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, cit.: «la questione della qualificazione causale [...] deve risolversi tenendo conto del complesso degli elementi sostanziali del contratto individuando proprio il *rapporto* che si viene a creare fra interessi da soddisfare e mezzi prescelti, nella loro configurazione pratica, prima ancora che giuridica».

Nella definizione del rapporto tra interessi e regolamento negoziale, autonoma considerazione deve essere riservata anche alla struttura, cioè lo strumento prescelto per darne compiuta attuazione.

²²⁶ Cfr. CHECCHINI, *op. ult. cit.*, p. 241, la causa del contratto costituisce «oggetto di valutazione legale della funzione dell'*intero* negozio (corsivo aggiunto)».

²²⁷ Cfr. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, cit.: nella definizione del rapporto tra interessi e regolamento negoziale, autonoma considerazione deve essere riservata anche alla struttura, cioè lo strumento prescelto per darne compiuta attuazione.

²²⁸ Risulta evidentemente connaturato alla stessa nozione di tipo contrattuale il fatto che non ogni mutamento nella struttura o negli interessi sia in grado di incidere sulla classificazione del contratto.

²²⁹ La nullità per difetto di causa viene ricollegata al riscontro del mancato perfezionamento dell'accertato acquisto per usucapione.

Partendo dalla considerazione del primo profilo, la principale ragione di critica che si ritiene di muovere ad una simile ricostruzione attiene all'assenza di fondamento giustificativo dell'attribuzione prevista come «eventuale»²³⁰ e alla correlata difficoltà di procedere alla sua autonoma qualificazione.

Dimostrato come l'accertamento dell'usucapione non si possa realizzare attraverso il trasferimento del diritto incerto, è evidente infatti come la manifestazione di una volontà attributiva non possa avere mero rilievo rafforzativo, valendo piuttosto a porre in evidenza l'esistenza di un interesse concorrente rispetto a quello accertativo.

In linea di principio, non sussistono ragioni ostative rispetto alla possibilità di manifestare una duplice volontà dispositiva: pur in presenza della situazione di incertezza relativa all'intervenuto perfezionamento dell'acquisto a titolo originario, interesse dell'accertante potrebbe essere anche quello di trasferire il diritto al soggetto *usucapiente*, nell'ipotesi in cui l'acquisto per usucapione non si fosse compiuto²³¹. Ciò che induce a dubitare dell'accogliibilità della ricostruzione che attribuisce all'accordo accertativo dell'usucapione una «valenza traslativa eventuale», sono proprio le modalità con cui tale alternativa volontà dispositiva viene manifestata. Il senso del presente rilievo si coglie considerando come quest'ultima potrebbe trovare attuazione per altra via: le parti potrebbero condizionare risolutivamente l'efficacia del negozio di accertamento al rigetto della domanda giudiziale di accertamento dell'usucapione e,

²³⁰ Nel valutare se la prospettiva di una diversa qualificazione dell'accordo accertativo, cui sia stata attribuita tale «valenza traslativa eventuale», sia effettivamente possibile ed a quali esiti conduca, si ritiene opportuno sottolineare subito un passaggio logico della ricostruzione oggetto di analisi che non si ritiene di poter, in alcun modo, ricondurre a razionalità.

Come accennato, la dottrina citata afferma che causa concreta dell'accordo accertativo deve rinvenirsi nel definitivo abbandono del bene, nei confronti del quale l'accertante, giudicandolo perso, non ha più alcun interesse. In senso critico rispetto a questa prospettazione, si osserva però che l'intento attributivo dell'accertante non sembra poter mai trovare ragione nella mera volontà di rafforzare l'acquisto dell'usucapiente accertato. Una disposizione siffatta potrebbe trovare ragione esclusivamente nella volontà di realizzare una liberalità a favore di quest'ultimo o potrebbe avere causa onerosa, eventualmente perché inserita in una più complessa regolamentazione contrattuale.

Una prospettazione ricostruttiva, per certi versi, simile si rinviene anche in D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 513 ss.: secondo tale dottrina, l'effetto preclusivo deve costituire oggetto di espressa pattuizione da parte dei contraenti, dovendo le stesse espressamente prestare il proprio consenso anche per l'ipotesi in cui il regolamento posto dal contratto di accertamento fosse difforme rispetto alla situazione preesistente.

²³¹ Si consideri il caso esemplificativo in cui l'usucapiente sia figlio del proprietario usucapito. Nella prospettiva dell'apertura della successione dell'usucapito, potrebbe sussistere l'interesse ad evitare attribuzioni in via diretta.

contestualmente, stipulare un contratto di compravendita o di donazione sospensivamente condizionato alla medesima circostanza²³².

È piuttosto evidente come tale fattispecie negoziale potrebbe consentire la realizzazione degli interessi delle parti accertanti, attribuendo adeguata rilevanza anche alla circostanza²³³ su cui essenzialmente si fonda l'intento dispositivo posto in subordine rispetto a quello accertativo. Diversamente, come già accennato, rispetto all'attribuzione all'accordo accertativo dell'usucapione di una *mera* «valenza traslativa eventuale»²³⁴, potrebbe formularsi più di qualche rilievo critico.

In particolare, dimostrato come l'accertamento negoziale non si realizzi per il tramite del trasferimento del diritto incerto, l'isolata disposizione attributiva, non diversamente giustificata – *ab origine* – dal punto di vista causale, potrebbe risultare nulla per difetto di causa, dal momento che realizzerebbe, in via diretta, un'attribuzione di utilità non giustificata. In considerazione di ciò e dei più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità in tema di *expressio causae* del contratto di donazione²³⁵, si ritiene di avanzare più di qualche perplessità rispetto alla possibilità che una successiva diversa qualificazione – *rectius*, una successiva qualificazione, a fronte dell'originaria inqualificazione – della disposizione possa sottrarre la medesima alla sanzione della nullità²³⁶.

²³² Cfr. cap. III, par. 2.7.

²³³ La circostanza cui si fa riferimento è evidentemente quella del riscontro del mancato perfezionamento dell'acquisto per usucapione.

Come già rilevato nel cap. III, par. 2.3, la semplice manifestazione di volontà attributiva – circostanziata esclusivamente mediante la sua definizione in termini di «eventualità» – rivelerebbe una certa contraddittorietà del contenuto dispositivo, cui potrebbe ricollegarsi la nullità per difetto di causa del contratto.

²³⁴ Si è già detto come tale espressione non possa che corrispondere ad una manifestazione di volontà attributiva.

²³⁵ Si deve registrare una certa tendenza giurisprudenziale al rafforzamento del principio di causalità, che si spinge sino al punto di ritenere sempre necessaria l'*expressio causae* e negare che la stessa possa costituire oggetto di autonoma dimostrazione in giudizio. In tal senso, Cass., 20 giugno 2000, n. 8365, in *Contratti*, 2000, p. 996; Cass., 23 ottobre 1968, n. 3421, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 907; Cass., 7 giugno 1966, n. 1495, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 220; Cass., 21 giugno 1965, n. 1299, in *Giur. it.*, 1965, 1965, I, 1, p. 1412.

²³⁶ La previsione relativa alla valenza traslativa eventuale sembrerebbe quindi integrare non già un'ipotesi di «atto muto», quanto piuttosto un nudo patto in senso proprio che, in quanto tale, non potrebbe sottrarsi alla nullità per difetto di causa. Sulla distinzione in parola, M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, p. 28 ss.

Proprio perché strutturalmente incompatibile con la vicenda accertativa, la qualificazione della singola disposizione attributiva è questione dotata di autonomo rilievo.

Tentando, in via di mera ipotesi, di inquadrare causalmente la singola disposizione attributiva, è evidente come le alternative prospettabili sia quella della sua qualificazione, in primo luogo, in termini di donazione diretta e, in secondo luogo, come compravendita. In senso contrario rispetto all'accogliibilità della ricostruzione

Considerando il secondo profilo, sopra evidenziato, l'espressione di una volontà attributiva *eventuale*, per l'ipotesi in cui l'usucapione non si fosse perfezionato, conduce alla prospettazione di una triplice alternativa qualificatoria. In primo luogo, si tratta valutare se l'accordo accertativo dell'usucapione, così strutturato, possa integrare un'ipotesi di negozio indiretto; in secondo luogo, se questo possa essere qualificato come contratto con causa mista e, da ultimo, se ricorra un'ipotesi di collegamento negoziale²³⁷.

In senso contrario rispetto alla prima prospettiva qualificatoria, è sufficiente rilevare come il «risultato aggiuntivo rispetto a quello normale o tipico del negozio»²³⁸ – da identificarsi in tal caso con l'attribuzione del diritto al soggetto usucapiente – costituisca diretto effetto della previsione che espressamente dispone appunto il trasferimento del diritto incerto, per l'ipotesi in cui l'acquisto per usucapione non si fosse compiuto²³⁹.

Quanto alla seconda prospettiva, la manifestazione di una volontà attributiva *eventuale* – perché riferita all'ipotesi in cui l'usucapione non si fosse perfezionato – sembrerebbe poter condurre all'inquadramento dell'accordo accertativo come contratto con causa mista o, eventualmente, come contratto complesso²⁴⁰. In senso contrario,

ipotizzata per prima, rileva la nullità per difetto di forma di una donazione stipulata per scrittura privata autenticata.

Rispetto alla seconda alternativa qualificatoria prospettata, è evidente, in primo luogo, come a tale conclusione potrebbe giungersi nel solo caso in cui l'accordo accertativo fosse a titolo oneroso e, in secondo luogo, come, anche in tal caso, potrebbe porsi il problema dell'assenza di un corrispettivo per il trasferimento del diritto. Non si comprende infatti come una stessa somma possa qualificarsi come corrispettivo di due operazioni negoziali radicalmente diverse, quali sono l'accertamento dell'acquisto per usucapione di un diritto e il trasferimento a titolo oneroso del medesimo.

Sulla natura onerosa o gratuita dell'accordo accertativo, cfr. cap. III, par. 2.5.

²³⁷ A tal proposito, è essenziale precisare come tali prospettazioni alternative, vieppiù perché trattate di figure di elaborazione teorica, non potrebbero autonomamente esaurire il tema della qualificazione causale dell'accordo accertativo simulato. Le riflessioni compiute costituiranno quindi solo un tentativo volto a valutare se all'inqualificazione causale della singola previsione attributiva si possa in qualche modo porre rimedio, considerando complessivamente l'operazione negoziale di cui fa parte.

²³⁸ Cfr. G. SCALFI, voce *Negozio giuridico - V) Negozio indiretto*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, cui si rinvia per un inquadramento dei tratti ricostruttivi essenziali del negozio indiretto.

²³⁹ Come sopra illustrato, il caso presenta l'ulteriore peculiarità consistente nella assenza di una giustificazione causale della disposizione attributiva, cui deve ricollegarsi l'esclusione della possibilità di considerare il trasferimento del diritto quale effetto tipico di un negozio.

²⁴⁰ La distinzione tra contratto misto e contratto complesso risiede nel fatto che, mentre nei contratti misti «la fusione delle cause fa sì che gli elementi distintivi di ciascun negozio vengano assunti quali elementi di un negozio unico, soggetto alle regole della prevalenza», nei contratti complessi, «alla fusione delle volontà fa

rileva però l'impossibilità di realizzare una sintesi unitaria dell'operazione posta in essere dalle parti, dal momento che «la fusione o la coordinazione di cause»²⁴¹ si realizza nel limitato senso che l'una è destinata a trovare attuazione nell'ipotesi di mancanza²⁴² dell'altra. A tal ultimo proposito, in considerazione di quanto sopra rilevato, si deve ulteriormente rilevare come la mancanza di una giustificazione causale dell'isolata disposizione attributiva renda, per definizione, impossibile una causa mista.

Con riferimento, da ultimo, alla possibilità di individuare, nella *variante* traslativa dell'accordo accertativo dell'usucapione, un'ipotesi di collegamento negoziale²⁴³, è evidente come se, da un lato, questo è sicuramente idoneo a definire strutturalmente tale fattispecie contrattuale, dall'altro, non influisce in alcun modo sulla sua qualificazione: anche se individuata in termini di collegamento negoziale, la stessa continua ad articolarsi in un negozio di accertamento, collegato ad un'attribuzione isolata.

Alla luce delle osservazioni sinora condotte e della riscontrata difficoltà di realizzare una diversa qualificazione dell'accordo di mediazione che non presenti, a sua volta, dei profili di criticità, si è indotti a dubitare fortemente della configurabilità di una *variante* traslativa dell'accordo accertativo dell'usucapione. Per porre rimedio ad una eventualità sanzionatoria – che, stante l'introduzione del n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., potrebbe non più porsi – si giunge infatti ad articolare la vicenda dispositiva in termini che, al contrario, sembrano rendere possibile il medesimo esito che si vorrebbe scongiurare.

Le riflessioni condotte nel presente paragrafo, prendendo avvio dalla constatazione del fatto che, rispetto all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione e, più in generale, rispetto al negozio di accertamento in generale, possa porsi un problema di violazione del principio causalistico, si sono poi focalizzate sulla possibilità di articolare strutturalmente tale figura contrattuale come contratto ad effetti traslativi. Per la risoluzione del profilo problematico appena richiamato, si rende

riscontro la loro interdipendenza nonché il fine unitario perseguibile attraverso di essi». In questi termini, Cass., 5 agosto 1977, n. 3545, in *Rep. Foro it.*, 1978, p. 266; Cass., 17 marzo 1978, n. 1346, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 2171; Cass., 5 settembre 1978, n. 4038, in *Rep. Giur. it.*, 1978, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 183.

²⁴¹ In questi termini, G. SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano, 1962, pp. 136 - 137.

²⁴² La mancanza della causa viene fatta discendere, in tal caso, dal mancato perfezionamento dell'usucapione.

²⁴³ Sembrerebbe ricorrere un'ipotesi di collegamento in senso giuridico dal momento che, a differenza di quanto avviene nel contratto misto, le singole convenzioni «mantengono la loro individualità», nonostante il collegamento tra le stesse esistente. Per una sintesi in tema di collegamento negoziale, si rinvia a R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1962.

necessario completare la ricostruzione della vicenda dispositiva realizzata dall'accordo accertativo, della quale si sono sinora enucleati singoli caratteri²⁴⁴.

2.4. Causa dell'accordo accertativo dell'usucapione e ricostruzione della vicenda dispositiva: conclusioni.

Concluso l'approfondimento relativo alla produzione di effetti traslativi ed escluso che quest'ultima possa assumere rilevanza strutturale nell'accordo accertativo dell'usucapione²⁴⁵, si tratta ora di procedere al completamento della ricostruzione della vicenda dispositiva, partendo da dove la stessa era stata interrotta, cioè dalla ritenuta configurabilità dell'accordo in parola come figura contrattuale produttiva di effetti preclusivi.

Si procederà quindi richiamando gli esiti sinora raggiunti e, nel completare la ricostruzione della vicenda dispositiva, si tenterà di definire come la previsione del n. 12-*bis* si inserisca nel sistema di pubblicità immobiliare, avuto precipuamente riguardo ai rapporti con il contratto di transazione, allo stesso funzionalmente prossimo²⁴⁶.

Proprio in ragione di tale prossimità funzionale e della ritenuta possibilità di inquadrare entrambe le figure contrattuali in parola mediante il ricorso al paradigma dell'efficacia preclusiva, si ritiene di partire dalla considerazione delle modalità dispositive tramite cui si consegue il risultato della composizione di una controversia. Nel contratto di transazione, come noto, la composizione della controversia si realizza in forza di una disposizione avente direttamente ad oggetto non già i diritti effettivamente spettanti alle parti, ma le reciproche pretese e contestazioni. Secondo la ricostruzione preferibile, proprio perché la transazione, pur incidendo sui rapporti giuridici sostanziali, non ha ad oggetto direttamente questi, ma le rispettive pretese e contestazioni delle parti transigenti, il regolamento transattivo può tanto coincidere quanto divergere dalla realtà

²⁴⁴ L'analisi sinora condotta ha essenzialmente consentito, per così dire, solo una definizione *in negativo* della struttura dispositiva degli accordi di mediazione accertativi dell'usucapione.

²⁴⁵ Tale esclusione si riferisce tanto alla possibilità di ricostruire l'accordo accertativo nei termini di un trasferimento *tout court* posto in essere in funzione accertativa, quanto alla possibilità che detto trasferimento venga espressamente previsto come eventualità dispositiva destinata ad operare in senso rafforzativo nell'ipotesi in cui l'usucapione non si fosse perfezionato.

²⁴⁶ La prossimità funzionale si traduce, con riferimento all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione, nella sostanziale funzionalizzazione dell'accertamento negoziale alla composizione di una controversia in senso proprio.

giuridica anteriore, senza che questa circostanza incida sulla validità del contratto²⁴⁷.

Chiarito come, secondo la prospettazione di autorevole dottrina, anche il negozio di accertamento può essere inquadrato mediante il ricorso al paradigma dell'efficacia preclusiva, si ritiene che, nello specifico, la vicenda dispositiva realizzata dall'accordo accertativo dell'usucapione debba essere così ricostruita: in presenza di una situazione di incertezza, eventualmente tradottasi in una lite in senso tecnico, con la formulazione di una pretesa e di una contestazione, il proprietario usucapito, accertante l'altrui diritto, si vincola all'assetto definito in sede accertativa, consistente, a sua volta, nella *crystallizzazione* della titolarità del diritto in capo all'usucapiente accertato.

L'impressione che si potrebbe trarre da una simile ricostruzione – soprattutto laddove si esclude che oggetto di disposizione possano essere, in via diretta, i diritti attorno alla cui titolarità sussiste la situazione di incertezza o di controversia – è che la stessa costituisca una sorta di *fictio* o di sovrastruttura, sostanzialmente conseguente ad una sorta di assunzione preliminare che, partendo dalla constatazione della prossimità funzionale tra contratto di transazione e negozio di accertamento, tende a ricostruirli in modo strutturalmente simile.

In altri termini, potrebbe considerarsi ingiustificata una ricostruzione della vicenda dispositiva fondata sull'esclusivo riferimento al sorgere di una preclusione rispetto alla contestazione di un determinato assetto: quest'ultimo, infatti, se nella transazione deve necessariamente essere definito, a causa della presenza di pretesa e contestazione, in forza delle reciproche concessioni, nel negozio di accertamento, sembrerebbe potersi definire direttamente sul piano sostanziale della realtà giuridica.

Con riferimento alla vicenda dispositiva realizzata dal negozio di accertamento e, nello specifico, dall'accordo accertativo dell'usucapione, la possibilità di individuare *a principio* la difformità di grado massimo – e quindi, la massima potenzialità dispositiva – che l'accertamento negoziale è idoneo a rendere irrilevante, sembrerebbe infatti consentire di articolare la stessa, dal punto di vista strutturale, avendo riguardo direttamente agli esiti dispositivi cui può condurre.

A confutazione di tale possibile obiezione, si pongono però non solo le rilevate difficoltà strutturali²⁴⁸, ma anche la già realizzata

²⁴⁷ Nel contratto di transazione, le parti transigenti non dispongono quindi dei diritti loro effettivamente spettanti, ma del diritto a porre in contestazione l'assetto definito in forza delle reciproche concessioni: in ragione di ciò, fatta eccezione per la c.d. transazione mista, si esclude unanimemente la possibilità di ricollegare a questo contratto la produzione di effetti traslativi.

²⁴⁸ Cfr. cap. III, par. 2.3.

considerazione della volontà dispositiva delle parti accertanti. Il proprietario usucapito pone in essere tale attività dispositiva²⁴⁹ perché, escludendo che l'acquisto per usucapione non si sia perfezionato, è disposto a riconoscere, con atto dotato di rilievo sostanziale, l'altrui diritto, così consentendo all'usucapiente accertato di dotarsi di un titolo documentale²⁵⁰.

Nell'accordo accertativo, il proprietario usucapito, accertante l'altrui diritto non dispone – *rectius*, non può disporre – quindi in via immediata del proprio diritto, trasferendolo al soggetto riconosciuto come usucapiente, ma ne dispone in via mediata, per così dire, rinunciando alla facoltà di contestare l'assetto definito in sede accertativa²⁵¹.

Del resto, in presenza di uno stato di incertezza, eventualmente tradottasi in una controversia in senso tecnico, tale modalità dispositiva, da un lato, è l'unica concretamente possibile e, dall'altro, risulta comunque sufficiente al fine di garantire, quantomeno *inter partes*, la stabilità dell'assetto definito in sede accertativa²⁵².

Fatta salva l'ovvia contestabilità da parte degli eventuali terzi, creditori o aventi causa del proprietario usucapito, la stabilità del diritto di cui l'accertato usucapiente risulta titolare, ad esito dell'accertamento negoziale, discende dall'irrilevanza di ogni eventuale contestazione successivamente avanzata dall'accertante²⁵³.

²⁴⁹ Come visto, non si tratta dell'assunzione di un vero e proprio obbligo di non contestare. Cfr. FALZEA, voce *Accertamento*, loc. ult. cit.

²⁵⁰ In senso contrario non rileva ovviamente nemmeno il fatto che le parti potrebbero effettivamente fare ricorso all'accordo accertativo solo per «fissare» la titolarità del diritto attorno a cui sussiste incertezza in capo al soggetto convenzionalmente individuato come usucapiente, totalmente prescindendo dall'effettivo compiersi dell'usucapione.

Quest'ultima ipotesi – che può trarre origine da un intento liberale dell'accertante e che integra un'ipotesi di accordo accertativo simulato – costituisce solo un possibile impiego del contratto in parola, che non autorizza ovviamente una conformazione strutturale dello stesso in termini di contratto ad effetti traslativi. A proposito della simulabilità dell'accordo accertativo, si rinvia al cap. III, par. 4.4.

²⁵¹ L'inquadramento della vicenda dispositiva nei termini di rinuncia alla facoltà di contestare l'assetto definito in sede accertativa possiede valore descrittivo immediato, contribuendo a porre in evidenza come, rispetto ad una fattispecie negoziale funzionalmente diretta a superare una situazione di incertezza o di lite, le parti possano incidere, in senso conformativo, sulla realtà sostanziale solo rinunciando a contestare un assetto che sia stato dalle stesse definito.

Sul rapporto tra tale modalità di disposizione e la vicenda giuridica di acquisto del diritto, cfr. cap. IV, par. 1.

²⁵² Per la contestabilità dell'accertamento negoziale, si rinvia al cap. III, par. 4.

²⁵³ Ricostruito in questi termini, si coglie appieno l'attitudine dell'accordo accertativo a porsi quale strumento negoziale, alternativo rispetto al ricorso al giudizio accertativo.

Di diverso avviso è ancora una volta BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della*

Accennando solo brevemente ad una tematica che verrà sviluppata nel prosieguo della presente ricerca, l'esclusione della possibilità di ricostruire l'accertamento dell'usucapione come vicenda dispositiva ma non attributiva, non conduce ad escludere che all'accordo accertativo sia ricollegabile il perfezionamento di una fattispecie acquisitiva. Costituisce dato di immediata evidenza come il concorso tra l'eventuale acquisto per usucapione e la vicenda dispositiva realizzata dall'accordo accertativo non sia *ex se* superabile nel senso dell'individuazione di un'unica fonte d'acquisto del diritto. In considerazione di ciò, come si vedrà meglio nel prosieguo, si dovrà tenere conto della valutazione normativa che della vicenda dell'acquisto del diritto viene compiuta e, seguendo tale approccio ricostruttivo, risulterà giustificata la qualificazione di tale acquisto in termini di derivatività²⁵⁴.

2.5. Onerosità dell'accordo accertativo e ricostruzione del sinallagma.

Nel precisare ulteriormente i caratteri dell'accordo accertativo, si ritiene che questo non costituisca contratto essenzialmente gratuito e si ritiene quindi ammissibile la previsione di un corrispettivo a carico dell'usucapiente accertato. Questo non potrà, evidentemente, essere di entità tale da poter essere qualificato quale corrispettivo dell'attribuzione del diritto attorno alla cui titolarità sussiste incertezza, ma potrà eventualmente essere definito facendo riferimento alle spese processuali cui le parti²⁵⁵ dovrebbero fare fronte laddove decidessero di intraprendere la strada alternativa del giudizio di accertamento²⁵⁶.

Con riferimento alla previsione di un corrispettivo, possono porsi essenzialmente due questioni: si tratta di comprendere, in primo luogo, se questo comporti l'automatica riqualificazione dell'accordo accertativo nei

trascrizione e i problemi connessi, cit., secondo cui per conseguire il risultato della prossimità effettuale tra sentenza e accordo accertativo, dovrebbe riconoscersi al negozio accertativo «una portata che si incanala nell'ambito delle vicende canoniche nella loro complessa disciplina e quindi quanto più è possibile simile alla doppia alienazione immobiliare e alla successiva, eventuale acquisizione della proprietà *ex art. 1159 c.c.*».

²⁵⁴ Il tema dell'acquisto – avuto riguardo, in primo luogo, alla sua stessa configurabilità e, in secondo luogo, alla sua qualificazione in termini di derivatività o originarietà – verrà trattato nel cap. IV.

²⁵⁵ Verosimilmente, verrà disposta la compensazione delle spese.

²⁵⁶ Al contrario, prefigura questa possibilità BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, cit.; tace sul punto invece KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione* in Studio CNN 718 - 2013/C.

termini di contratto di transazione; in secondo luogo, è necessario chiarire se, in presenza di un corrispettivo, l'accordo accertativo possa essere qualificato come contratto sinallagmatico²⁵⁷.

Partendo dalla considerazione del primo profilo, si ritiene di escludere la prospettata riqualificazione precipuamente in considerazione del fatto che avanzare la pretesa consistente nel pagamento di un corrispettivo è cosa diversa dal contestare la pretesa al riconoscimento del proprio diritto. Affinché si possa parlare di reciproche concessioni, è infatti necessaria la sussistenza di una pretesa e di una contestazione, rispettivamente consistenti, la prima, nell'affermazione di un interesse che abbia già ricevuto protezione giuridica²⁵⁸ e, la seconda, nell'affermazione di un diritto contrapposto o nella negazione del primo.

In considerazione di ciò, è evidente come, laddove il proprietario usucapito dovesse concordare con il soggetto che avanza la pretesa al riconoscimento dell'intervenuto acquisto per usucapione, non si potrebbe, per definizione, parlare di una situazione di controversia in senso tecnico, potendosi tutt'al più, avviare tra le parti accertanti un'ordinaria trattativa contrattuale ai fini della definizione del corrispettivo in parola²⁵⁹.

Il secondo profilo necessita solo di una breve puntualizzazione, attinente specificamente all'individuazione delle prestazioni legate da un rapporto di interdipendenza: la previsione di un corrispettivo risulta causalmente collegata all'atto di disposizione dell'accertante, che accettando di rendere *inter partes* vincolante un determinato assetto proprietario, determina la corrispondente conformazione della realtà sostanziale, senza il tramite di un'obbligazione.

2.6. Definizione del rapporto tra l'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione ed il contratto di transazione.

La ricostruzione della vicenda dispositiva necessita di due ultime puntualizzazioni: la prima trae origine dalla volontà di precisare le

²⁵⁷ Sull'esperibilità del rimedio della risoluzione per inadempimento, cfr. cap. III, par. 4.3.

²⁵⁸ In quanto tale, l'interesse potrà quindi qualificarsi come diritto. Per questa definizione delle reciproche concessioni, cfr. SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 31.

²⁵⁹ A rigore, per potersi parlare di una controversia in senso tecnico, l'usucapiente dovrebbe avanzare la pretesa consistente nel riconoscimento, a titolo gratuito, del proprio diritto, cui l'accertante contrapporrebbe il proprio diritto ad un corrispettivo. Si tratta, come reso evidente dalla considerazione della modalità alternativa – quella processuale – cui le parti dovrebbero fare altrimenti ricorso, di una pretesa che verosimilmente non potrà mai costituire oggetto di seria manifestazione.

differenze tra l'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione ed il contratto di transazione, per dare ragione dell'autonoma previsione del primo; la seconda è motivata dalla volontà di porre, per così dire, un punto fermo rispetto alla dubbia conciliabilità tra la previsione del n. 12-*bis* e il tradizionale orientamento giurisprudenziale in materia di negozi di accertamento aventi ad oggetto diritti reali.

In primo luogo, la rilevata analogia funzionale esistente, in linea generale, tra negozio di accertamento e contratto di transazione, che si traduce, con riferimento alla mediazione, nella funzionalizzazione del primo alla composizione di controversie in senso proprio, nonché l'assenza di un'autentica valenza caratterizzante ricollegabile al contesto in cui l'accordo viene concluso, potrebbero indurre a ritenere che il legislatore abbia realizzato la tipizzazione di un particolare caso di transazione.

Come visto, in linea di principio, diversi sono però i presupposti del contratto di transazione e dell'accertamento negoziale, rispettivamente individuati nella lite²⁶⁰ e nell'incertezza²⁶¹: a quest'ultima, in particolare, il legislatore sembrerebbe aver riconosciuto autonoma rilevanza, mediante la previsione del n. 12-*bis*²⁶².

²⁶⁰ La lite, come già detto, costituisce un conflitto di interessi particolarmente qualificato dalla presenza della pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro. Si rinvia, per tutti, a SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 6; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 40.

²⁶¹ Secondo una ricostruzione, risalente al Codice Napoleone, la c.d. *res dubia*, identificata con una situazione di incertezza obiettiva, costituirebbe elemento sufficiente ai fini della validità del negozio transattivo. A proposito dell'orientamento in parola, si rinvia alla dottrina citata da A. PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIII, p. 384, nt. 16.

In senso contrario, si osserva che richiedere la presenza di una situazione di incertezza, ai fini della validità del contratto di transazione, ne consentirebbe l'impugnazione ogniqualvolta le parti, successivamente alla sua stipulazione, fossero in grado di dimostrare chi aveva ragione.

Ai fini della validità del contratto di transazione, non rileva nemmeno l'incertezza soggettiva, la quale costituisce elemento meramente eventuale e comunque destinato ad essere ricondotto nella sfera dei motivi che inducono le parti a concludere il contratto; in quanto tale, si esclude che l'incertezza soggettiva possa «incidere sul profilo funzionale dell'atto caratterizzandone la causa». Cfr. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 64 ss.

²⁶² L'espressione «lite che può sorgere» potrebbe indurre a ritenere che l'incertezza potrebbe costituire presupposto autonomo del contratto di transazione. In questo senso, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 171; ID., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 12; PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*, Libro delle Obbligazioni, II, 2, Firenze, 1949, p. 460; E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1954, p. 172 ss.

In realtà, considerato come, rispetto alla figura contrattuale di cui al n.12-bis dell'art. 2643 c.c., la distinzione tra incertezza e lite sia destinata a sfumare, la necessità di un'autonoma previsione trova, più correttamente, fondamento nelle differenti modalità con cui, per il tramite dell'accordo accertativo, si raggiunge il risultato compositivo. L'assenza delle reciproche concessioni – che costituiscono «fondamento causale del contratto di transazione»²⁶³ – consente parimenti di escludere la necessità di differenziare, dal punto di vista ricostruttivo, l'accordo accertativo dell'usucapione dal contratto di transazione²⁶⁴, ricollegando al primo la produzione di effetti traslativi.

A tal proposito, si deve poi ulteriormente considerare come, a prescindere dalla qualificazione effettuale del contratto di transazione cui si ritenga di aderire, sia incontestabile che l'«irrilevanza dell'effettivo spostamento patrimoniale rispetto alla funzione del negozio e, in particolare, rispetto alle reciproche concessioni» – «irrilevanza assoluta, la quale esclude in principio la possibilità del raffronto con la situazione giuridica preesistente» – costituisca una singolarità nel sistema²⁶⁵, giustificata però perché «diretto riflesso dell'elemento causale del contratto di transazione». In considerazione di ciò, la volontà di mettere a

Per quanti ritengono che la transazione possa intervenire sulla semplice incertezza soggettiva delle parti, le reciproche concessioni devono riferirsi alle opinioni rispettivamente prospettate dai contraenti. Sul punto, CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 13; VALSECCHI, *op. ult. cit.*, p. 181 ss.; in giurisprudenza, Cass., 3 agosto 1960, n. 2226, in *Giust. civ.*, 1961, I, 311; Cass., 2 aprile 1969, n. 1080, in *Giur. it., Rep.*, 1969, voce *Transazione*, n. 34; Cass., 10 dicembre 1970, n. 2624, in *Giur. it., Rep.*, 1971, voce *Transazione*, n. 7; Cass., 18 marzo 1971, n. 787, in *Giur. it., Rep.*, 1971, voce *Transazione*, n. 5.

Secondo la ricostruzione preferibile, la norma dell'art. 1965 c.c. intende solo distinguere tra la lite giudiziale e quella che non sia stata ancora dedotta nel processo. In questi termini, SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 9 ss.; C. VITERBO, *La «res dubia» e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 220 ss, spec. p. 223; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., p. 64; CARRESI, *La transazione*, cit., p. 57 ss.

²⁶³ In questi termini, SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, loc. ult. cit.

²⁶⁴ In questo senso, invece, BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, cit.

²⁶⁵ Nella transazione, onerosità e corrispettività devono valutarsi in diretto rapporto con le reciproche concessioni, a loro volta ricollegate alla pretesa e alla contestazione; la causa del contratto di transazione rimane inalterata – e così le caratteristiche di onerosità e corrispettività, che costituiscono «particolari aspetti» della stessa – a prescindere dal concreto contenuto del regolamento contrattuale e, quindi, anche dall'equivalenza tra le reciproche concessioni.

Queste caratteristiche peculiari del contratto di transazione hanno condotto parte della dottrina a ritenere che connotato del contratto di transazione sia l'astrazione materiale. In questo senso, da ultimo, si veda P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, pp. 1020 - 1021; per ulteriori citazioni, si rinvia al paragrafo dedicato allo studio dei rapporti tra *expressio causae* e negozio di accertamento.

disposizione dei privati uno strumento volto al perseguimento della medesima funzione di composizione della controversia o di superamento dell'incertezza, con modalità necessariamente diverse, dal punto di vista strutturale, non poteva che trovare realizzazione mediante la previsione di una figura contrattuale autonoma.

Nel comporre la controversia in via transattiva, le parti hanno la facoltà di articolare variamente il contenuto delle prestazioni, dal momento che, nell'individuazione del tipo contrattuale in parola, il legislatore non ha fatto riferimento al contenuto di queste, ma ad una funzione – quella di porre fine ad una lite già cominciata o di prevenire una lite che può sorgere – realizzabile da qualsiasi prestazione di cui le parti possano disporre.

Diversamente, la stessa vicenda accertativa importa un vincolo rispetto alla possibile articolazione strutturale dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione²⁶⁶, tanto da doversi escludere, come visto, la possibilità di qualificarlo strutturalmente come contratto ad effetti traslativi.

2.7. Conclusioni relative alla questione della difformità tra l'esito dell'accertamento e la situazione effettivamente esistente.

Venendo alla considerazione della questione della difformità tra l'esito dell'accertamento e la situazione effettivamente esistente, si ritiene che l'introduzione della previsione in tema di accordi di mediazione accertativi dell'usucapione potrebbe legittimare, quantomeno con riferimento a tale peculiare figura contrattuale, il superamento dell'orientamento tralatiziamente formatosi con riferimento al negozio di accertamento che ne affermava la nullità per difetto di causa nell'ipotesi in cui le parti, consapevolmente o per errore, avessero accertato un rapporto giuridico in realtà non esistente. Tale conclusione non trova ovviamente fondamento, come già rilevato, nella pretesa impossibilità di configurare la nullità per difetto di causa rispetto ad una figura contrattuale tipica²⁶⁷, ma si presta ad essere inquadrata e giustificata da diversi punti di

²⁶⁶ *Rectius*, e con riferimento all'accertamento negoziale in generale, il fatto che si stia provvedendo all'accertamento di un acquisto già compiuto.

²⁶⁷ Un simile approccio tradisce evidentemente quell'identificazione tra causa e tipo che ha caratterizzato il primo dibattito relativo alla definizione della causa del contratto e che risulta ormai assolutamente superata. All'esclusione della possibile ricorrenza di un difetto di causa con riferimento ad un contratto tipico giungono le concezioni oggettive della causa che omettono qualsiasi indagine relativa alla definizione della causa concreta e fanno esclusivamente ricorso alla causa astratta ai fini della qualificazione e dell'inquadramento del singolo atto entro gli schemi

vista. In particolare, come emerso dalla trattazione sinora condotta, la questione della difformità tra l'esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore potrebbe essere considerata da una duplice prospettiva: la prima, relativa agli interessi delle parti accertanti; la seconda, relativa invece alla valutazione normativa della figura negoziale in parola²⁶⁸.

Partendo dalla considerazione degli interessi delle parti accertanti, si ritiene di escludere che la funzionalità dell'accordo accertativo possa dirsi concretamente pregiudicata dal mancato compiersi dell'acquisto per usucapione: anche a fronte di una simile eventualità, è infatti comunque possibile conseguire il risultato dispositivo della *crystallizzazione* della titolarità del diritto in capo al soggetto individuato come usucapiente.

Da questo punto di vista²⁶⁹, non si comprende infatti come si possa ritenere che la funzione concreta dell'accordo accertativo debba *ex se* essere identificata con la definizione di un assetto coincidente con quello *effettivamente* esistente²⁷⁰. In presenza di una situazione di incertezza o di controversia, l'interesse delle parti accertanti sarà naturalmente indirizzato ad individuare un assetto attorno a cui convergano i consensi delle medesime, a prescindere, per definizione, dalla sua coincidenza con quello effettivamente esistente.

Nella ricostruzione della struttura dell'effetto, si è quindi cercato di dimostrare come alla «disposizione» dell'effetto di accertamento²⁷¹, frutto della valutazione della realtà sociale compiuta dal legislatore, non possa che corrispondere la strutturazione del medesimo in termini di

contrattuali tipici. Per una critica a questa impostazione, si rinvia per tutti a G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 121 ss.

²⁶⁸ La trattazione di questo profilo verrà successivamente ripresa e completata nel paragrafo dedicato all'analisi del ruolo dell'usucapione nell'accordo accertativo.

²⁶⁹ Si è visto poi come, dal punto di vista strutturale, l'eventuale inesistenza del rapporto oggetto di accertamento non ponga ostacoli alla piena efficacia del negozio di accertamento, non costituendo oggetto di diretta incidenza della vicenda dispositiva in parola.

²⁷⁰ Il riferimento alla «funzionalità concreta» dell'accordo accertativo sottende il riferimento a quella concezione funzionale della causa che costituisce, a sua volta, portato della sua definizione in termini di c.d. causa concreta. In particolare, la considerazione degli interessi concreti delle parti ha condotto ad inquadrare l'elemento causale in una prospettiva funzionale e a qualificare come ipotesi di mancanza sopravvenuta della causa i casi di sopravvenienze che impediscano la concreta perseguibilità del programma contrattuale. In questo senso, *ex multis*, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, p. 214; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Giust. civ. Mass.*, fasc. 12.

Sul punto, si rinvia anche a cap. III, par. 3.2, dedicato all'analisi dei rapporti della figura contrattuale in parola con l'istituto della presupposizione.

Diverso è il caso in cui il difetto di concreta funzionalità discenda dalla mancanza dei requisiti oggettivi e strutturali necessari per il suo stesso funzionamento.

²⁷¹ La terminologia è mutuata da IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, loc. ult. cit.

preclusività. In particolare, si è cercato di porre in evidenza, attraverso l'analisi delle prospettazioni ricostruttive alternative e la constatazione della loro insufficienza o della loro incompatibilità con la vicenda dell'accertamento negoziale, come quella della preclusività sia l'unica categoria idonea a fornirne un compiuto inquadramento dal punto di vista effettuale. In particolare, aver definito la struttura dell'effetto dell'accordo accertativo dell'usucapione mediante il ricorso alla categoria dell'efficacia preclusiva – la quale consente di escludere la possibilità che, quantomeno *inter partes*, rilevi la difformità tra l'esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore²⁷² – risponde anche all'esigenza di attribuire degno rilievo alla circostanza per cui, nel riconoscere ai privati la facoltà di realizzare il superamento di una situazione di incertezza, il legislatore ha predisposto uno strumento di natura contrattuale²⁷³.

Considerazione diversa deve essere invece riservata al caso in cui le parti accertanti abbiano conferito rilevanza all'interesse alla definizione di un assetto proprietario coincidente con quello *effettivamente* esistente, condizionando espressamente l'efficacia dell'accordo accertativo all'esito del giudizio di accertamento dell'usucapione²⁷⁴.

A tal proposito, è necessario precisare immediatamente come una simile soluzione operativa non sia adottabile in sede di mediazione. *A fortiori* in considerazione della previsione, recentemente modificata, dell'art. 5, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 – ai sensi del quale, l'esperimento di un tentativo di mediazione costituisce condizione di procedibilità di una domanda giudiziale relativa alle materie ivi indicate – deve escludersi la possibilità di considerare la composizione giudiziale e quella negoziale dell'incertezza²⁷⁵ come tra loro, in qualche modo, cumulabili.

Le riflessioni che seguiranno saranno quindi riferite ad un negozio di accertamento dell'usucapione stipulato al di fuori della procedura di

²⁷² Precludendosi infatti, mediante la conclusione dell'accordo accertativo, il ricorso all'accertamento giudiziale, non si comprende come le parti accertanti – *rectius*, la parte che riconosce l'altrui diritto – potrebbero far valere la detta difformità.

²⁷³ La natura contrattuale dell'accordo accertativo dell'usucapione pone in evidenza come, con riferimento allo stesso, si ponga anche un problema di serietà dell'intento dispositivo, cui si ritiene debba attribuirsi rilievo nella ricostruzione della struttura dell'effetto accertativo.

In questo senso, la natura contrattuale dello strumento accordato alle parti, per realizzare il superamento della situazione di incertezza, considerato unitamente alla riscontrata inattitudine ricostruttiva dei paradigmi effettuali della dichiaratività e della costitutività conduce a ritenere che l'efficacia dell'accordo accertativo debba naturalmente definirsi secondo i termini propri della preclusività.

²⁷⁴ Evidentemente, il condizionamento dell'efficacia di un negozio di accertamento all'effettiva esistenza della circostanza accertata non potrebbe che realizzarsi deducendo in condizione l'esito di un giudizio di accertamento.

²⁷⁵ Sulla possibile funzionalizzazione del negozio di accertamento alla composizione di una controversia in senso tecnico, cfr. cap. III, par. 2.

mediazione. L'analisi sarà, in particolare, volta a chiarire quali siano le conseguenze discendenti dall'aver dedotto in condizione il riscontro giudiziale dell'esistenza o dell'inesistenza della *circostanza* oggetto di accertamento, da un lato, sulla vincolatività dell'impegno assunto dalle parti accertanti e, dall'altro, sulla stessa funzionalità della figura contrattuale.

Partendo dalla considerazione delle modalità mediante cui, per il tramite di un meccanismo condizionale, potrebbe attribuirsi rilevanza alla conformità tra l'esito dell'accertamento negoziale e la situazione *effettivamente* esistente²⁷⁶, vengono astrattamente in rilievo, in primo luogo, la previsione della condizione risolutiva del rigetto della domanda di accertamento dell'usucapione e, in secondo luogo, quella della condizione sospensiva dell'accoglimento della medesima domanda.

Rispetto alla prima ipotesi, come anticipato, si tratta in particolare di chiarire come una simile previsione incida sulla vincolatività dell'impegno assunto dalle parti accertanti e sulla stessa funzionalità della figura negoziale in parola.

In primo luogo, si deve infatti considerare come alla previsione della condizione risolutiva ora menzionata debba accompagnarsi il riconoscimento all'accertante della facoltà di recedere dal contratto: all'instaurazione di un giudizio di accertamento dell'usucapione – e, alla pronuncia di rigetto della relativa domanda – potrebbe infatti giungersi solo nel caso in cui l'originario accertante proponga la relativa domanda giudiziale di accertamento²⁷⁷. Questa previsione evidentemente non sarebbe necessaria nel solo caso di contestualità tra la stipula del contratto e l'instaurazione del giudizio di accertamento dell'usucapione.

In secondo luogo, non si può non rilevare come la previsione di tale condizione risolutiva finisca per privare il negozio di accertamento di autentica funzionalità. Si è già visto infatti come, per disporre di un diritto acquistato per usucapione, il soggetto che ne sia divenuto titolare non debba necessariamente dotarsi della sentenza dichiarativa: un negozio di

²⁷⁶ Si stanno qui considerando le modalità con cui, per il tramite di un meccanismo condizionale, potrebbe attribuirsi rilevanza alla conformità tra la situazione fissata nell'accertamento negoziale e quella effettivamente esistente.

Diversa considerazione deve riservarsi al caso in cui il ricorso al meccanismo condizionale sia motivato dalla volontà di realizzare un concorso tra superamento negoziale e composizione giudiziale dell'incertezza, al fine di assegnare prevalenza alla seconda: un simile risultato verrebbe, in particolare, conseguito condizionando risolutivamente l'accertamento negoziale alla pronuncia di una sentenza che accerti l'effettiva esistenza del rapporto oggetto del medesimo.

²⁷⁷ A tal proposito, è solo il caso di precisare come le parti possiedano sicuramente la facoltà di risolvere con un atto di mutuo dissenso l'accordo accertativo, determinando il ripristino della situazione di incertezza o di controversia, cui potrebbe fare seguito la proposizione della domanda di accertamento dell'usucapione.

accertamento risolutivamente condizionato al rigetto della domanda di accertamento dell'usucapione, non contribuirebbe quindi, in alcun modo, a facilitare la circolazione dell'immobile acquistato per usucapione.

Considerando poi la possibilità di condizionare sospensivamente l'efficacia dell'accertamento negoziale alla pronuncia della sentenza dichiarativa dell'usucapione, è evidente come sia difficile cogliere il senso della previsione di una condizione sospensiva siffatta: non si comprende infatti per quale ragione si potrebbe voler condizionare la *limitata*²⁷⁸ efficacia del negozio di accertamento alla pronuncia di una sentenza dichiarativa, che possiede l'idoneità a risolvere autonomamente tutti i conflitti circolatori che possono, in qualche modo, riguardare la vicenda dell'acquisto a titolo originario²⁷⁹.

In definitiva, anche alla luce di queste brevi riflessioni, sembra emergere come, quantomeno avuto riguardo agli interessi delle parti accertanti, non possa *ex se* attribuirsi rilevanza alla conformità tra l'esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore²⁸⁰.

Ritornando all'analisi del rapporto dell'accordo accertativo con la sua causa nonché alla valutazione, che di tale figura negoziale viene normativamente realizzata, è evidente come, laddove si ritenesse che il mancato perfezionamento dell'acquisto per usucapione possa assumere rilevanza dopo la stipula del contratto²⁸¹, determinandone la nullità per difetto di causa, si potrebbe giungere a ritenere che la figura contrattuale in parola *ab initio* si trovi – descrittivamente – in una situazione di invalidità pendente²⁸².

²⁷⁸ Evidentemente, il carattere limitato dell'efficacia dell'accertamento negoziale emerge dal confronto con quella propria della sentenza dichiarativa. Sul punto, cfr. cap. II.

²⁷⁹ Richiamando il tema della risoluzione dei conflitti circolatori, evidentemente ci si intende riferire all'impossibilità di considerare la stipula di un accordo accertativo dell'usucapione, realizzata contestualmente alla proposizione di una domanda giudiziale di accertamento, alla medesima stregua della trascrizione di una domanda giudiziale.

²⁸⁰ In questo senso, l'accertamento negoziale esclude il ricorso alla via giudiziale.

²⁸¹ Sul punto, si rinvia anche al cap. III, par. 4.1, dove verrà approfondita la questione relativa al rilievo processuale dell'accordo accertativo dell'usucapione nonché al par. 5 del medesimo capitolo, dove si metterà in evidenza come l'eventuale difformità tra l'esito dell'accertamento e la situazione effettivamente esistente non sia suscettibile di venire in rilievo ad opera dei creditori delle parti accertanti.

²⁸² Il tema costituirà ulteriormente oggetto di chiarimento nel cap. III, par. 3.1, dove verranno svolte ulteriori puntualizzazioni a proposito del ruolo dell'usucapione nell'accordo accertativo e dove in particolare si metterà in luce come, a differenza dei negozi con causa esterna, l'accordo accertativo dell'usucapione sia caratterizzato da un'autosufficienza causale che consente di escludere che, nell'ipotesi in cui l'usucapione non si fosse effettivamente perfezionato, l'accordo possa dirsi nullo per difetto di causa.

Più precisamente, a differenza delle fattispecie negoziali cui può riferirsi la valutazione da ultimo richiamata, la situazione di incertezza relativa alla validità dell'accordo accertativo, non discenderebbe dalla mancanza di un requisito che, per legge, potrebbe sopravvenire in un momento successivo²⁸³, ma è prospettabile considerando come a tale esito si potrebbe giungere nel caso in cui si riscontri la mancanza di un elemento che, in quanto incerto o controverso, non è però in grado di impedire *ab origine* il giudizio di conformità della fattispecie allo schema legale.

I rilievi appena svolti sono, del resto, quelli che hanno caratterizzato il dibattito classico relativo al negozio di accertamento e, più nello specifico, alla sua pretesa efficacia dichiarativa e che hanno condotto, come visto, a negare che un negozio giuridico possa essere condizionato alla conformità con la situazione preesistente²⁸⁴.

Rispetto all'accordo accertativo dell'usucapione, il superamento di tali profili problematici potrebbe ritenersi legittimato in considerazione della sua intervenuta tipizzazione e dalla correlata opportunità di garantire a tale figura contrattuale un'effettiva funzionalità. Il riconoscimento della facoltà di accertare l'esistenza – l'*an* – dell'acquisto per usucapione sembrerebbe infatti legittimare la conclusione secondo cui il legislatore, per rispondere ad esigenze di semplificazione della circolazione dei diritti acquistati per usucapione, abbia, per così dire, accolto il rischio della difformità²⁸⁵.

²⁸³ A proposito dell'invalidità pendente, si rinvia a R. TOMMASINI, voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972.

In particolare, mentre di invalidità successiva si può parlare nel caso in cui una circostanza sopravvenuta determini la difformità rispetto allo schema legale di una fattispecie negoziale originariamente valida, l'invalidità pendente designa invece i casi in cui *ab origine* l'invalidità dell'atto sia incerta.

La situazione di incertezza può, a sua volta, discendere dalla mancanza di un requisito di efficacia estrinseco al nucleo della fattispecie, come dall'inesistenza di un elemento essenziale dell'atto.

Secondo altra dottrina, tali ipotesi si prestano ad essere inquadrate mediante la distinzione tra irrilevanza ed efficacia. In particolare, mentre l'efficacia caratterizza la fattispecie totale, la rilevanza quella parziale che, appunto, si può dire rilevante, ma non efficace. Di rilevanza – *rectius*, di mera rilevanza – si può quindi parlare nei casi di incertezza originaria relativa agli elementi oggettivi o soggettivi della situazione giuridica o laddove ad essere incerta sia la sopravvenienza di un interesse esterno ed incompatibile con quello proprio della fattispecie parziale.

La distinzione tra irrilevanza e efficacia è stata elaborata da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit.; ID., voce *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, 1989. In senso critico rispetto a questa distinzione, avuto riguardo ai rapporti tra condizione risolutiva, condizione sospensiva ed efficacia del negozio condizionato, AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 44 ss.

²⁸⁴ Cfr. SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 26.

²⁸⁵ Tali esigenze, che si può ritenere abbiano ispirato l'introduzione della previsione del n. 12-*bis*, inducono a ritenere che, tra i valori giuridici della certezza e verità –

Se infatti, come sembra, anche alla luce delle riflessioni svolte con riferimento alla ricostruzione della struttura dell'effetto accertativo, all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione deve riconoscersi l'idoneità a determinare una soluzione di continuità rispetto al passato, all'intervenuto riconoscimento ai privati della facoltà di accertare il compimento di tale acquisto a titolo originario dovrebbe coerentemente corrispondere l'irrilevanza dell'eventuale inesistenza di tale circostanza.

Tale conclusione sembra, del resto, pienamente giustificabile considerando come, dal momento che ad essere incerta è l'esistenza di un rapporto, l'unica – o principale – alternativa possibile è che questo non esista. Diversamente argomentando, al riconoscimento di tale facoltà, dovrebbe fare, in ogni caso, da *contraltare* la possibilità che la validità dell'accordo accertativo venga meno nel caso in cui, successivamente alla sua conclusione, emerga l'inesistenza della circostanza incerta che ha costituito oggetto di accertamento.

Considerando quindi un ulteriore declinazione dell'elemento causale²⁸⁶, si ritiene che, rispetto all'accordo accertativo dell'usucapione, autonoma rilevanza non possa riconoscersi alla causa dell'attribuzione. Tale affermazione non si fonda sulle medesime ragioni che, con riguardo al contratto in generale, hanno storicamente condotto al medesimo esito²⁸⁷, ma risiede piuttosto nell'impossibilità di riferire all'accordo accertativo paradigmi ricostruttivi inconciliabili con la funzione di composizione della controversia o di superamento dell'incertezza. Con questo, si intende, in particolare, fare riferimento alla pretesa di valutare il fondamento causale dell'accordo accertativo, conducendo *ex post* un confronto tra l'assetto definito in sede accertativa e l'*effettivo* stato giuridico anteriore, ad esito

entrambi rilevanti con riferimento all'accertamento – debba riconoscersi preminenza al primo.

La distinzione tra il caso in cui l'accertamento abbia ad oggetto l'esistenza di un rapporto giuridico e quello in cui invece l'incertezza riguardi solo una modalità del rapporto è di RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., *passim*, spec. pp. 606 - 611, il quale giustamente rileva come, nel caso in cui sia riconosciuta alle parti la facoltà di accertare *tout court* l'esistenza di un certo rapporto giuridico, l'idoneità dello stesso a determinare una soluzione di continuità con il passato debba essere riconosciuta rispetto a qualsiasi difformità rispetto allo stato giuridico anteriore, compresa quella della sua inesistenza.

Diverse sono le conseguenze ricollegabili all'inesistenza del rapporto oggetto di accertamento nel caso in cui ad essere incerti siano il *quantum* o una modalità del medesimo.

²⁸⁶ L'adozione di tale prospettiva analitica si ritiene necessaria al fine di realizzare una compiuta valutazione della causa del negozio di accertamento, soprattutto nel tentativo di armonizzarlo con l'inquadramento trattatizio in termini di dichiaratività.

²⁸⁷ L'autonoma rilevanza della causa dell'attribuzione rispetto alla causa del contratto è stata esclusa, con riferimento ai negozi produttivi di effetti traslativi, dal principio del consenso traslativo, che ne ha realizzato la sostanziale identificazione.

del quale, potrebbe emergere come la vicenda dispositiva accertativa abbia concretamente dato luogo ad una vera e propria attribuzione.

Se si volesse così argomentare, coerenza imporrebbe però di riferire la medesima valutazione anche al contratto di transazione, dal momento che, anche per il tramite di questo, si potrebbe conseguire il risultato consistente nella realizzazione di un'attribuzione che, secondo tale logica, non potrebbe dirsi causalmente giustificata. In particolare, non si intende qui fare riferimento al solo caso in cui le reciproche concessioni siano solo simulate perché, a loro volta, conformate su una pretesa ed una contestazione frutto di simulazione, potendosi riferire i medesimi rilievi critici anche al caso in cui entrambe o una di queste costituiscano frutto di un'erronea rappresentazione dei transigenti²⁸⁸.

D'altro canto, non si può non rilevare come, a differenza del contratto di transazione e, *a fortiori*, rispetto ad una figura contrattuale tipizzata con le modalità con cui è stata realizzata la tipizzazione della degli accordi di mediazione di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. potrebbe dubitarsi della possibilità di ammettere che tale vicenda negoziale sia in grado di costituire sostegno causale sufficiente dell'attribuzione realizzata, per suo tramite, a favore dell'usucapiente accertato. Il tema è già stato analizzato in apertura della presente ricerca, dove, nel tentativo di individuare la funzione della figura contrattuale di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., si è evidenziato come, anche laddove si negasse la possibilità di riconoscerle un autonomo profilo funzionale, potrebbe comunque affermarsi la riconducibilità della medesima entro il novero degli atti con funzione transattiva²⁸⁹.

Proseguendo nella considerazione dell'elemento causale, resta da vagliare un ultimo profilo. Ci si chiede, in particolare, se, più che alla causa dell'attribuzione, considerazione autonoma debba essere riservata alla

²⁸⁸ Considerando strettamente la definizione della vicenda acquisitiva, le reciproche concessioni non sembrano integrare un elemento dotato di particolare rilievo qualificatorio, soprattutto in ragione del fatto che le stesse integrano delle semplici dichiarazioni valevoli *inter partes*.

La dimostrata impossibilità di inquadrare il contratto di transazione e l'accordo accertativo secondo i termini ricostruttivi caratterizzanti le vicende propriamente attributive non esclude, come già accennato e come meglio si avrà modo di vedere nel prosieguo, che gli stessi possano considerarsi come figure contrattuali idonee, per come normativamente valutate, a fondare l'acquisto del diritto dell'accertante o dei transigenti.

²⁸⁹ Non si può negare come la vicenda accertativa presenti, dal punto di vista logico, prima ancora che giuridico, delle difficoltà ricostruttive maggiori rispetto a quella transattiva, dovendosi ammettere che un atto, funzionalmente volto a realizzare una semplice vicenda accertativa, possa dare vita ad una vera e propria attribuzione. Questo rilievo, come si vedrà, conduce a prospettare la natura astratta del negozio di accertamento.

causa della prestazione dell'accertante²⁹⁰. Come visto, la distinzione tra causa del contratto e causa della prestazione nasce dalla riflessione di autorevole dottrina, che ha provveduto a distinguere i casi in cui lo spostamento patrimoniale trova la sua giustificazione causale nel negozio che lo pone in essere dalle situazioni nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come effetto di un negozio che contenga in sé la sua causa²⁹¹.

Sinora si è fatto riferimento a tale ricostruzione dottrinale per valutare la possibilità di articolare strutturalmente la vicenda dispositiva dell'accordo accertativo come attribuzione isolata con causa esterna; la prospettiva che sta costituendo oggetto di analisi è quella diversa che attiene alla valutazione degli interessi sottesi all'atto di disposizione – qualificato correttamente come atto ad effetti preclusivi – posto in essere dall'accertante. Potrebbe infatti ritenersi che la funzione di superamento dell'incertezza o quella di composizione della lite non autorizzino un completo inquadramento della causa dell'accordo accertativo, dovendosi, a tal fine, procedere ad un allargamento della prospettiva di indagine, considerando la più complessa operazione economica in cui il contratto si inserisce. Come è evidente però, una simile qualificazione non sembra in alcun modo potersi riferire alla prestazione dell'accertante, la quale trova ragione esclusivamente nelle funzioni cui si è appena fatto riferimento²⁹². Costituisce profilo ovviamente diverso quello relativo alla possibilità che l'accordo accertativo abbia natura occasionalmente gratuita, costituendo onerosità e gratuità solo manifestazioni dei diversi interessi che possono essere sottesi all'assunzione del vincolo rispetto alla situazione fissata in sede accertativa e che non incidono sulla definizione causale del contratto di accertamento e sulla correlativa giustificazione dell'atto di disposizione posto in essere dall'accertante²⁹³.

²⁹⁰ E, correlativamente, dell'arricchimento dell'usucapiente accertato.

²⁹¹ Ci si riferisce ancora una volta a M. GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, al cui pensiero si è già fatto riferimento per escludere che il negozio di accertamento possa costituire idoneo fondamento causale di un'autonoma prestazione attributiva. Sta qui costituendo oggetto di vaglio la possibilità di qualificare la prestazione dell'accertante come prestazione isolata.

²⁹² Si è visto come la funzione di superamento dell'incertezza non venga perseguita né mediante il trasferimento del diritto attorno al cui eventuale acquisto per usucapione sussisteva incertezza, né mediante l'assunzione di un obbligo di non contestare l'assetto negozialmente definito.

In definitiva, il fatto che la funzione di superamento dell'incertezza sia stata riconosciuta meritevole di tutela consente di fornire all'accordo accertativo il suo fondamento causale, escludendo corrispondentemente che la giustificazione della prestazione dell'accertante possa essere ricercata al di fuori dello stesso.

²⁹³ La questione in parola si è posta con riferimento al contratto di fideiussione. Rispetto a tale figura contrattuale, si è infatti ritenuto che il problema causale non possa essere risolto avendo solo riguardo alla funzione contrattuale, per quanto la

Da ultimo, la nullità per difetto di causa potrebbe non ricorrere nemmeno nel caso in cui la difformità tra l'esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore sia stata intenzionalmente creata dalle parti accertanti: laddove le parti addivenissero quindi alla conclusione di un accordo accertativo dell'usucapione al solo fine di conseguire, per suo tramite, il risultato dell'attribuzione di un diritto ad un soggetto – solo nominalmente – individuato come usucapiente, ricorrerà, con le peculiarità che verranno illustrate, un caso di simulazione relativa²⁹⁴.

3. Il “ruolo” dell'usucapione e l'oggetto dell'accordo accertativo

3.1. *Expressio causae e funzione dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione: ricorre un'ipotesi di astrazione materiale?*

L'analisi del *ruolo* dell'usucapione all'interno dell'accordo accertativo del medesimo necessita di un distinto approfondimento, essendosi sinora fatto riferimento allo stesso per escludere, in primo luogo, che il suo effettivo perfezionamento costituisca condizione di validità dell'accertamento negoziale e, in secondo luogo, che la figura contrattuale del n. 12-*bis* possa strutturalmente articolarsi nei termini di trasferimento del diritto incerto.

La prima opzione ricostruttiva prospettabile è quella che attribuisce alla menzione dell'usucapione il ruolo di c.d. *expressio causae*.

Come noto, il tema dell'*expressio causae* presenta una certa connessione con quello dell'astrazione, venendo precipuamente in rilievo con riferimento a quelle ipotesi in cui «un valore economico viene attribuito o, quanto meno, reso più facilmente conseguibile, ovvero viene assunto un impegno che comporta l'esposizione al rischio di un regresso infruttuoso, senza che l'efficacia giuridica dell'operazione dipenda dal fondamento causale, cioè dalla giustificazione sostanziale del risultato che in tal modo si ottiene: trasferimento, credito, garanzia, vincolo di un nuovo

stessa sia determinata ed espressa, ma si debba, a tal riguardo, tenere conto del più complessivo contesto dell'operazione economica in cui il contratto di fideiussione si colloca. Maggioritario è l'orientamento secondo cui l'emersione dello scopo di garanzia deve considerarsi sufficiente al fine di giustificare la costituzione di un debito a carico del garante e la correlativa attribuzione al garantito di un diritto di credito.

In tal senso, si veda per tutti F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 148.

²⁹⁴ A proposito della simulazione dell'accordo accertativo, si rinvia al cap. III, par. 4.4.

debitore, agevolazione della realizzazione di una pretesa mediante il rilievo dall'onere di dedurre e provare in giudizio»²⁹⁵.

In particolare, la rilevata connessione si fonda essenzialmente sulla considerazione della funzione di salvaguardia dei principi generali in materia di causa, cui l'*expressio causae* potrebbe assolvere, rispetto ad atti di autonomia qualificabili come processualmente astratti o che potrebbero integrare ipotesi di astrazione materiale dalla causa. Tale locuzione viene infatti tipicamente impiegata per qualificare l'indicazione della fonte in una ricognizione di debito o in una promessa di pagamento riproduttiva dell'originaria obbligazione o l'imputazione di una prestazione isolata – consistente nell'assunzione di un obbligo o nell'atto di disposizione di un diritto – al rapporto fondamentale²⁹⁶.

Con riferimento al primo gruppo di ipotesi, l'*expressio causae* viene essenzialmente in rilievo nella prospettiva della definizione del regime di contestabilità di un riconoscimento di debito o di una promessa di pagamento titolati²⁹⁷. Dato per assunto che, a prescindere dal carattere titolato della medesima, ad una dichiarazione *ex art.* 1988 c.c. non può mai conseguire l'incontestabilità del giudizio relativo al titolo o alla causa del rapporto cui si riferisce, l'*expressio causae* potrà incidere sull'onere della prova del debitore. Tale incisione, in particolare, potrebbe astrattamente

²⁹⁵ La definizione è di A. LENER, *Expressio causae e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione processuale*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 8.

L'indipendenza tra l'efficacia dell'operazione e il «fondamento causale» o la «giustificazione sostanziale» del risultato in tal modo ottenuto, pur potendo presentare diversi gradi di intensità, non può avere, in alcun caso, carattere definitivo. Potrà quindi ricorrere il caso in cui all'atto di autonomia non consegua la formazione di una nuova regola sostanziale, ma si determini solamente la presunzione di esistenza di una regola preesistente, eventualmente superabile mediante prova contraria; esemplificative di un grado di astrazione «intermedia» sono le ipotesi in cui l'efficacia giuridica sostanziale dell'atto o lo spostamento patrimoniale, già dallo stesso prodotto, sono suscettibili di controllo e di eventuale rimozione solo *ex post*.

²⁹⁶ Cfr. M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, p. 3, che richiama LENER, *Expressio causae e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione processuale*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, cit., p. 10.

Con la locuzione *expressio causae*, si identifica anche l'indicazione di quegli elementi contenutistici che consentono la qualificazione di una determinata attribuzione, mediante la sua riconduzione entro lo schema di una fattispecie contrattuale tipica. Sulla sostanziale inutilità dell'*expressio causae* con riferimento ai contratti aventi carattere corrispettivo, si rinvia a MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, cit., p. 16 e spec. pp. 159 - 193.

²⁹⁷ Come si è già avuto modo di accennare, la ricognizione di debito e la promessa di pagamento costituiscono le ipotesi maggiormente ravvicinabili alla figura del negozio di accertamento, con la non trascurabile differenza che le prime integrano mere dichiarazioni di scienza, mentre il secondo è un negozio e, in quanto tale, dà vita ad una vicenda dispositiva. Sul punto, cfr. cap. III, par. 1.3.

realizzarsi in un duplice senso: enunciando il rapporto fondamentale, il debitore potrebbe infatti rendere più gravosa la prova contraria o, al contrario, renderla più agevole. Realizzando una puntuale titolazione del rapporto oggetto della dichiarazione ricognitiva, potrebbe infatti tanto contribuire a rafforzare la posizione del creditore, quanto, allo stesso tempo, circoscrivere, a suo favore, l'ambito della prova contraria.

Con riguardo invece al secondo gruppo di ipotesi cui si è sopra fatto riferimento, l'*expressio causae* assolve alla funzione di completamento di un atto di disposizione isolato e consente di realizzare «un determinante momento di imputazione, attraverso il quale soltanto l'atto, e l'attribuzione con esso operata, riceve il proprio concreto significato giuridico, non desumibile dalla regola negoziale per sé valutata»²⁹⁸. La dichiarazione in parola, ponendo in evidenza il legame tra la causa e l'effetto giuridico – consistente in uno spostamento o in un'attribuzione patrimoniale – costituisce quindi parametro per valutare la giustificazione delle vicende giuridiche.

Dal punto di vista strutturale, la dichiarazione avente ad oggetto la causa si presta ad una duplice possibile qualificazione: laddove si riferisca al rapporto fondamentale, l'*expressio causae* realizzerà un'attestazione ricognitiva dello stesso; laddove invece si riferisca alla funzione dell'atto isolato, integrerà una manifestazione di volontà, essenzialmente in senso esecutivo²⁹⁹.

Con peculiare riguardo a queste fattispecie, come già anticipato³⁰⁰, il dibattito in dottrina ha riguardato principalmente l'individuazione delle conseguenze ricollegabili alla mancanza del fondamento causale o del rapporto cui si riferisce l'*expressio causae*. Secondo la prima teorizzazione in tema di prestazioni isolate, il requisito causale degli atti traslativi a causa esterna viene identificato con la menzione dello scopo dagli stessi

²⁹⁸ Le parole sono di LENER, «*Expressio causae*» e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione processuale, cit., pp. 27 - 28. A parere di questo autore, in questi casi, si presuppone una causa dell'atto che non si identifica con la sua «funzione immanente», ma «rimane in qualche misura esterna ad esso, e dall'esterno condiziona questa funzione e giustifica l'attribuzione che con l'atto si compie». L'*expressio causae*, realizzando l'emersione del complesso assetto di interessi che si intende realizzare, consente di salvaguardare i principi generali in materia di causa dell'atto di autonomia.

Sul punto, si rinvia anche a SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, in Riv. dir. civ., 1978, p. 717. Per l'inquadramento di tali fattispecie, si rinvia anche a CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, loc. ult. cit.

²⁹⁹ Anche se consistente nell'individuazione dello scopo che consente di ricollegare l'atto isolato al rapporto fondamentale, l'*expressio causae* si distingue dalla manifestazione di volontà dispositiva.

³⁰⁰ Cfr. cap. III, par. 2.3.

realizzato³⁰¹. In luogo della sanzione della nullità, come si è già avuto modo di vedere, viene riconosciuta, al soggetto che abbia posto in essere l'attribuzione isolata, in assenza della c.d. causa esterna, la facoltà di avvalersi del rimedio della *condictio indebiti*³⁰². Secondo un diverso orientamento, il difetto originario del presupposto causale esterno conduce necessariamente alla nullità dell'atto isolato, non potendosi certamente considerare sufficiente affermare che l'atto isolato, in quanto dotato di uno scopo, è causale³⁰³.

Evidenziate le caratteristiche strutturali e funzionali minime dell'*expressio causae*, si tratta ora di valutare, in primo luogo, la possibilità di qualificare in questi termini la menzione dell'usucapione nell'accordo accertativo e, in secondo luogo, di definire i rapporti tra il negozio di accertamento e l'astrazione causale. In particolare, dal momento che il negozio di accertamento costituisce un atto di disposizione e la sua efficacia non è limitata al piano processuale, potrà eventualmente porsi un problema di astrazione sostanziale.

³⁰¹ In questo senso, GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico*, loc. ult. cit. Secondo la prospettazione in parola, il *titulus* non costituisce causa dell'atto di attribuzione, ma è solamente in grado di incidere sulla conservazione dell'effetto attributivo.

In particolare, si afferma che solo rispetto ai casi ordinari in cui l'atto che giustifica l'attribuzione si identifica con quello che la realizza – e non anche rispetto a quelli in cui la causa dell'attribuzione sia allo stesso esterna – il mancato trasferimento può discendere dall'invalidità del negozio traslativo e non potrebbe quindi ricollegarsi ad un'esigenza di causalità della sola attribuzione.

³⁰² La teorizzazione in parola trae origine dalla volontà di tutelare l'acquirente e, dopo di lui, i terzi subacquirenti che, nell'ipotesi di difetto del rapporto fondamentale, sarebbero eccessivamente pregiudicati dalla difficoltà di conoscere i vizi da cui il *titulus* fosse eventualmente affetto. A questo, si obietta che la tutela dei terzi potrebbe comunque realizzarsi in forza dell'applicazione della disciplina dettata in materia di trascrizione delle domande giudiziali e di usucapione.

Sul punto, cfr. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 73 ss.; EAD., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 823 ss.

Cfr. anche LENER, «*Expressio causae*» e astrazione processuale. *Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione processuale*, cit., p. 31 e M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, cit., p. 267 ss., a parere del quale l'*expressio causae* può certamente incidere sulle regole processuali di ripartizione dell'onere della prova, ma non può in alcun caso precludere il controllo sulla giustificazione dell'atto di autonomia.

In tal senso, si veda anche P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, cit., p. 710, nt. 89, secondo il quale la dichiarazione della causa non può considerarsi alla stregua di un accertamento unilaterale o bilaterale, relativo al rapporto fondamentale, preclusivo di una diversa cognizione.

³⁰³ La previsione della nullità per l'ipotesi di difetto della causa esterna comporta quindi l'assimilazione al regime di invalidità proprio del negozio traslativo, in cui la causa dell'attribuzione è nello stesso incorporata. Per questo orientamento si rinvia ad E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 321 ss.

Partendo dalla considerazione del profilo strutturale, secondo la distinzione cui si è sopra fatto riferimento, la menzione dell'usucapione potrebbe effettivamente integrare un'*expressio causae* c.d. ricognitiva³⁰⁴, ma non potrebbe, in alcun caso, consistere in una manifestazione di volontà in senso esecutivo, dal momento che, come visto, l'accertamento negoziale non si sostanzia in un trasferimento o, più in generale, in un atto di disposizione posto in essere in attuazione del riconosciuto compimento di tale acquisto a titolo originario. Ampliando la prospettiva di indagine, attraverso la considerazione dei profili funzionali e strutturali della *complessiva* fattispecie contrattuale, la naturale inerenza – che non si ritiene qui di negare – dell'accertamento negoziale ad un titolo d'acquisto pregresso sembrerebbe *prima facie* deporre nel senso di una possibile qualificazione della menzione relativa all'usucapione come *expressio causae* in senso proprio. A tale ultimo riguardo, in senso contrario alla qualificazione della dichiarazione relativa al titolo d'acquisto pregresso in termini di *expressio causae*, sembra però deporre l'assoluta peculiarità della vicenda accertativa.

A differenza delle ipotesi sopra considerate di prestazioni c.d. isolate, il negozio di accertamento costituisce infatti una singolare figura che, pur ponendo, come ogni contratto, un regolamento destinato a valere nel futuro, risulta inevitabilmente connesso con il passato. In questo senso, si ritiene che l'accertamento di un diritto reale sia naturalmente destinato a realizzarsi, per così dire, in via mediata, attraverso l'accertamento della vicenda che ne ha già determinato l'acquisto in capo al soggetto a favore del quale si realizza l'accertamento³⁰⁵.

Nonostante si sia escluso che l'accordo accertativo possa essere inquadrato come esecuzione o attuazione del riconosciuto acquisto per

³⁰⁴ Cfr. P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, loc. ult. cit.

³⁰⁵ È assolutamente evidente come non sarebbe stato possibile per il legislatore riconoscere ai privati la facoltà di accertare *tout court* la titolarità di un diritto reale immobiliare, senza fare riferimento ad un titolo d'acquisto pregresso.

Esemplificativamente, è evidente come una manifestazione di volontà del tipo «accerto che Tizio è divenuto proprietario del bene» ponga problemi di inquadramento ben diversi da quelli che potrebbero sorgere in relazione alla dichiarazione «trasferisco il diritto di piena ed esclusiva proprietà a Tizio». Mentre entrambe richiedono di vagliare quale sia l'interesse che giustifica l'atto di disposizione, solo la prima, a causa della rilevata connessione con il passato, rende naturalmente necessaria la menzione di un pregresso titolo d'acquisto.

In definitiva, si potrebbe descrittivamente affermare che, mentre, con riferimento alle attribuzioni c.d. isolate, l'*expressio causae* è requisito che contribuisce a porre in evidenza il profilo funzionale dell'atto di disposizione, la menzione del titolo d'acquisto pregresso, nell'accertamento negoziale, costituisce requisito strutturale *puro*, potendosi invece individuare, rispetto all'accordo accertativo dell'usucapione, un autonomo profilo funzionale.

usucapione, la dichiarazione relativa all'acquisto a titolo originario in parola potrebbe comunque qualificarsi come *expressio causae*, laddove si ritenesse che l'atto di disposizione, consistente nel precludersi la possibilità di contestare l'assetto definito in sede accertativa, non possa essere posto in essere a prescindere dall'*effettiva* sussistenza della circostanza oggetto di accertamento.

In senso contrario, rileva però un dato che si è già posto in evidenza in sede di ricostruzione della vicenda accertativa. Non si intende evidentemente risolvere la questione in parola con un ragionamento *a contrario* fondato sulla considerazione delle conseguenze e dei mezzi di tutela a disposizione dell'accertante nell'ipotesi in cui l'acquisto per usucapione non si fosse effettivamente compiuto³⁰⁶, ritenendo che l'esclusione della possibilità di qualificare la menzione dell'usucapione come *expressio causae* in senso tecnico discenda dall'inconfigurabilità, in una simile ipotesi, della nullità per difetto di causa dell'accordo accertativo e dall'impossibilità, per l'accertante, di avvalersi dei rimedi previsti per l'ipotesi di ingiustificato arricchimento.

Si intende piuttosto fare riferimento al fatto che, a differenza delle ipotesi in cui è effettivamente possibile parlare di negozio con causa esterna³⁰⁷, il contratto di accertamento³⁰⁸ potrebbe esprimere in maniera compiuta la propria causa, a prescindere dalla conformità del regolamento dallo stesso definito rispetto allo stato giuridico anteriore³⁰⁹.

³⁰⁶ La trattazione verrà completata al par. 3.1.

³⁰⁷ Richiamando le osservazioni svolte in conclusione del par. 2.3, il negozio di accertamento e i negozi con causa esterna pongono problemi diversi: mentre i primi integrano delle fattispecie negoziali che, solo a causa della loro anomala articolazione strutturale, necessitano di essere integrate mediante l'indicazione – e l'effettiva sussistenza – della causa esterna, laddove si ritenesse che la causa del negozio di accertamento debba identificarsi con l'effettiva sussistenza del rapporto o della situazione che, proprio perché oggetto di accertamento, è incerta, si minerebbe alla radice la funzionalità del negozio di accertamento.

Sul punto, si rinvia anche a CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, cit., p. 239, che pone correttamente in evidenza il fatto che i negozi realizzativi di un'attribuzione isolata non pongono requisiti causali diversi da quelli dei negozi che recano in sé la giustificazione della stessa, ma «rendono solo più difficile, in linea di fatto, l'accertamento circa quelli che sono gli interessi sottostanti che possono giustificare la sanzione giuridica dell'operazione».

³⁰⁸ Si è volutamente fatto riferimento al contratto di accertamento in generale e non all'accordo accertativo dell'usucapione. Si sono già illustrate le ragioni per cui una simile conclusione non sembri parimenti autorizzata rispetto all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione.

³⁰⁹ In questo senso, rileva anche la considerazione del momento genetico del contratto: mentre rispetto ad un contratto con c.d. causa esterna, l'effettivo ricorrere della causa oggetto di dichiarazione costituisce necessario completamento di un atto che altrimenti sarebbe definibile come «nudo patto», il negozio di accertamento è, al contrario, in grado di esprimere pienamente il proprio profilo funzionale, non

Venendo alla considerazione del secondo profilo di indagine, evidenziato in apertura del presente paragrafo, si tratta di comprendere se l'inquadramento dell'usucapione quale elemento la cui menzione risulta necessaria dal punto di vista strutturale³¹⁰, stante la scelta legislativa di non introdurre un accertamento negoziale direttamente riferito ad un diritto reale, ma la cui effettiva ricorrenza non integra condizione di validità o di efficacia dell'accordo accertativo, legittimi la qualificazione di quest'ultimo come figura negoziale connotata da un'astrazione causale di tipo materiale³¹¹.

Partendo dalla considerazione dal dato letterale, il negozio astratto è il negozio che astrae dalla propria causa; in questo senso, sul piano della teoria generale del negozio giuridico, la categoria dell'astrattezza assolve alla funzione di fornire una spiegazione di alcuni «fenomeni giuridici

potendosi certamente rinvenire la sua causa in un elemento *ab origine* incerto. In questo senso, come già rilevato, non si comprende come, in un negozio funzionalmente diretto a realizzare il superamento dell'incertezza, il successivo eventuale riscontro della mancanza di un elemento che, considerato nella fase genetica del contratto, non può considerarsi quale causa dello stesso, possa determinarne la nullità proprio per difetto di causa. Cfr. cap. III, par. 3.1.

³¹⁰ Si tratta di un dato di struttura che, verosimilmente, caratterizza ogni negozio di accertamento che intervenga su un acquisto pregresso.

³¹¹ Si tratta di una prospettazione che potrebbe ritenersi accettabile considerando come la definizione vincolante del rapporto incerto determini l'irrelevanza del divario eventualmente esistente rispetto allo stato giuridico anteriore. In dottrina, ricorre con una certa frequenza l'affermazione secondo cui il negozio di accertamento sarebbe connotato da un'astrazione di tipo materiale.

In questo senso, G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 51 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, cit., p. 262 ss.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., p. 142 ss.; MONTESANO, *In tema di accertamento negoziale e di astrazione dalla causa*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, p. 782 ss.

Argomentando proprio dall'inammissibilità dell'astrazione materiale, parte della dottrina giunge ad escludere che, nel nostro ordinamento, possa trovare spazio l'accertamento negoziale.

Sul punto si veda anche GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 238 ss.; ID., voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1961, p. 63, il quale sembra ricollegare una forma di astrazione, sia pure ad effetti temperati, al negozio di accertamento e alla transazione.

Da ultimo, in tal senso, si veda R. SACCO, voce *Negozio astratto* in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1985, p. 48 ss., ID., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, VI, t. 2, Torino, 1975, p. 591 ss., il quale, nel trattare delle possibili elusioni del principio causalistico, ravvisa nella confessione un istituto che consente di rendere astratta l'obbligazione e afferma che la logica dell'accertamento segue la medesima logica della confessione, rilevando come, a differenza di quest'ultima, «l'accertamento è presentato da tutti come un atto ad efficacia sostanziale, e non solo processuale!». In senso critico rispetto alle conclusioni appena riferite, si esprime V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, al quale si rinvia per un inquadramento generale del problema dell'astrazione negoziale.

anomali riguardanti i legami del negozio con la sua causa»³¹². Si tratta di una categoria di elaborazione teorica, i cui elementi caratteristici vengono essenzialmente individuati nell'«inespressività del c.d. negozio astratto, *in sé considerato*, riguardo all'interesse fondamentale da realizzare» e nel ricorso, in caso di mancanza o di inidoneità della causa, al rimedio della *condictio indebiti* anziché a quello dell'azione di nullità³¹³.

Unanimemente esclusa l'ammissibilità di negozi caratterizzati da un'astrattezza sostanziale c.d. piena o assoluta³¹⁴, alle ipotesi di astrattezza sostanziale c.d. semplice o relativa deve riconoscersi natura eccezionale, essendo rimessa solo al legislatore la valutazione delle esigenze, di carattere pratico, che giustificano la prevalenza della riconoscibilità e della certezza dei rapporti giuridici sulla necessità di una loro intrinseca giustificazione³¹⁵.

La risoluzione dell'interrogativo in parola richiede di considerare complessivamente gli esiti cui si è finora giunti: si tratta, in particolare, si comprende se l'aver riconosciuto all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione un profilo funzionale autonomo, con le perplessità di cui

³¹² In questi termini, B. TROISI, voce *Negozi giuridico – II) Negozi astratti*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 secondo il quale, l'astrattezza darebbe ragione di tutte le ipotesi in cui sarebbe dato ravvisare «un'eccezionale rilevanza del negozio separato dalla sua causa».

³¹³ In questi termini, TROISI, *op. ult. cit.*, p. 2, secondo il quale dati ricorrenti del negozio astratto sono anche rappresentati da una disciplina particolarmente rigorosa in punto di forma e dall'inopponibilità ai terzi di buona fede delle eccezioni relative alla causa.

Solitamente, la distinzione tra negozi causali e negozi astratti si fonda sul fatto che, con riferimento ai primi, la mancanza della causa viene sanzionata con la nullità, mentre nei secondi, alla medesima eventualità, si ricollega l'esperienza di altri strumenti di tutela, tra i quali, in primo luogo, la *condictio indebiti*.

Sulle origini di questa distinzione, si rinvia a GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, VI, loc. ult. cit.

³¹⁴ In considerazione di ciò, l'irrelevanza della difformità costituisce non già un caso di astrazione materiale dalla causa, ma diretta manifestazione della causa del negozio di accertamento.

³¹⁵ Generalmente, si tratta di esigenze relative alla circolazione dei beni. In questo senso, si rinvia per tutti a E. BETTI, *Astrazione (Negozi astratti)*, in *Nss. D.I.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1469. Per un interessante inquadramento del negozio astratto come risultato del c.d. procedimento di semplificazione analitica della fattispecie, si rinvia a T. ASCARELLI, *L'astrattezza nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 393, secondo il quale, i negozi astratti costituiscono il risultato del c.d. procedimento di semplificazione analitica della fattispecie: l'ordinamento, in forza del suo potere conformativo, può consentire, per esigenze di economia giuridica, la separazione dei negozi dalla loro causa e valutare gli stessi come impegnativi a prescindere dalla determinazione causale, considerata quale elemento privo di «immediata e diretta rilevanza giuridica».

si è già dato conto, possa comunque consentire di rinvenire nel medesimo un'ipotesi di astrazione materiale dalla causa³¹⁶.

Un simile interrogativo sembra, in qualche modo, sottendere quel «pregiudizio della dichiaratività» che conduceva la dottrina tradizionale ad affermare la necessaria coincidenza tra la situazione definita in sede di accertamento negoziale e lo stato giuridico anteriore: l'irrilevanza della difformità sembrerebbe infatti potersi giustificare solo ritenendo che tale figura contrattuale costituisca un'ipotesi di astrazione materiale dalla causa. Le due prospettazioni ricostruttive appena richiamate costituiscono, in realtà, non già il prodotto di un'erronea impostazione di fondo, ma il diretto portato della vicenda accertativa stessa, rispetto alla cui esatta configurazione, si pone sempre d'ostacolo la difficoltà di ammettere la validità di un negozio di accertamento che accerti un acquisto in realtà non perfezionatosi, la quale, considerati gli esiti attributivi cui può condurre, potrebbe porre, come già rilevato, un problema di possibile violazione del principio causalistico. In questo senso, illustrate le ragioni per cui deve escludersi che la validità del negozio di accertamento possa essere condizionata alla coincidenza tra l'esito dello stesso e lo stato giuridico anteriore, parlare di astrattezza causale del negozio in parola sembrerebbe qualificare giuridicamente la relazione tra l'*oggetto* dell'accertamento e il negozio medesimo.

Da questo punto di vista, l'accordo accertativo dell'usucapione sembrerebbe accostabile, dal punto di vista strutturale, alla cambiale. Come quest'ultima, anche l'accordo accertativo sembra *incorporare* un titolo d'acquisto, la cui effettiva sussistenza non riveste alcuna rilevanza nei confronti dei terzi³¹⁷.

In considerazione di quanto illustrato in apertura della presente ricerca, a proposito della funzione dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione, sembra tuttavia potersi ammettere che la figura tipizzata nel n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. sia autosufficiente dal punto di vista causale, a prescindere dall'effettivo compimento dell'acquisto a titolo originario, perché caratterizzata da una funzione che gli consente di esprimere «immediatamente e in forma compiuta l'interesse fondamentale alla cui realizzazione il programma negoziale è predisposto»³¹⁸.

³¹⁶ Se effettivamente si volesse qualificare il negozio di accertamento come contratto astratto, lo stesso integrerebbe, più precisamente, un caso di astrazione materiale assoluta, dovendosi escludere l'azionabilità della prospettiva rimediale *ex post* della *condictio indebiti*.

³¹⁷ L'accostamento agli istituti appena richiamati è sicuramente dotato di valenza descrittiva immediata.

³¹⁸ La citazione è tratta da SCALISI, voce *Negozio astratto*, loc. ult. cit., il quale esclude espressamente che, rispetto all'accertamento negoziale – come anche rispetto

3.2. *Acquisto per usucapione e presupposizione.*

Escluso che la menzione dell'usucapione possa integrare un'*expressio causae* in senso proprio, si tratta ora di procedere al vaglio di due ulteriori prospettazioni ricostruttive.

Secondo parte minoritaria della dottrina, l'ipotesi in cui le parti inconsapevolmente accertino una situazione in realtà inesistente non sarebbe riconducibile all'area dell'astrattezza, ma a quella della presupposizione ed il negozio di accertamento non potrebbe quindi dirsi nullo, ma meramente inefficace. Tale ricostruzione trae, in particolare, origine dal rilievo secondo cui non sarebbe «dogmaticamente corretto» colpire con la sanzione della nullità un negozio, la cui «irrealizzabilità», discendente dal venir meno dell'interesse perseguito con l'operazione o dalla sua irrealizzabilità *ab initio*, «non fa venir meno la sussistenza, nel negozio concretamente posto in essere, della funzione economico giuridica propria del tipo corrispondente»³¹⁹. La sanzione della nullità potrebbe infatti giustificarsi solo a fronte della originaria inesistenza o del successivo venir meno di un elemento intrinseco al negozio e non anche con riferimento ad elementi esterni rispetto allo stesso.

Come noto³²⁰, di presupposizione si parla sia con riferimento ai casi in cui un contratto sia stato concluso sulla base di una situazione di fatto che in realtà non esisteva, sia a quelli in cui la realtà corrisponda alla rappresentazione delle parti, ma muti successivamente alla conclusione del

a testamento, donazione, transazione, contratti normativi e rifiuto – possa porsi un problema di mancanza di causa.

Secondo tale dottrina, la natura causale di altre figure negoziali – tra i quali, devono ricomprendersi negozi di esecuzione, cessione di credito, fideiussione, delegazione pura, titoli di credito, procura, rinuncia, remissione e conferma – potrebbe solo apparentemente dirsi dubbia, presentandosi in realtà come «causa in forma generica e indeterminata, sebbene determinabile».

³¹⁹ In questi termini, L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Milano, 2000, p. 151, la quale afferma che, rispetto al negozio di accertamento, la situazione originaria non riveste il ruolo della causa, ma quello del presupposto, o, meglio, della presupposizione, cioè «le parti presuppongono incerto un rapporto, una situazione, che però, in realtà, non c'è».

A prescindere dalla questione relativa alla possibilità di qualificare l'usucapione quale presupposto in senso tecnico dell'accordo accertativo, in senso critico rispetto alla ricostruzione della dottrina in esame, si osserva come, nel nostro ordinamento, non sia prevista un'azione di inefficacia distinta da quella di nullità e la prospettazione di tale rimedio richiederebbe di precisare preliminarmente i caratteri di tale azione, quali, ad esempio, l'efficacia *ex nunc* o *ex tunc* della relativa pronuncia, la legittimazione ad agire e la sua prescrivibilità.

Per questi rilievi, si veda RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 320.

³²⁰ Per un inquadramento generale del tema della presupposizione, si rinvia per tutti a PIETROBON, voce *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss.; ID., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 487 ss., spec. p. 496 ss.

contratto³²¹. Il dibattito in materia trae quindi essenzialmente origine dall'esigenza di giustificare un'ipotesi di invalidità non prevista dalla legge.

Secondo la prima ricostruzione dottrinale in materia, con il termine presupposizione si indicano «quelle false rappresentazioni della realtà o quelle aspettative che hanno riconoscibilmente influito sulla motivazione della volontà di un soggetto, per modo che egli non avrebbe emessa la dichiarazione se avesse avuto esatta conoscenza delle cose», alle quali si ricollega l'invalidità del contratto, ipotizzando o fingendo l'esistenza di una condizione non sviluppata³²².

Secondo la teoria che qualifica la presupposizione quale vizio oggettivo del negozio, questa si riferisce alla «rappresentazione di una parte venuta in evidenza nella conclusione del contratto e riconoscibile nella sua rilevanza, ma non contestata dall'altra parte», oppure alla «rappresentazione comune delle parti dell'esistere o del sopravvenire di determinate circostanze sulle quali si fonda la volontà negoziale»³²³ e al venir meno di tale base negoziale consegue l'invalidità del negozio³²⁴.

³²¹ Non costituirà qui oggetto di analisi il caso in cui la situazione che aveva giustificato il sorgere del conflitto di interessi fosse effettivamente esistente al momento della stipula del contratto e sia venuta meno successivamente. In una simile ipotesi, il venir meno del conflitto di interessi, che giustificava il contratto, fa sì che lo stesso risulti privo del suo oggetto. Per porre rimedio ad una simile eventualità, si potrà fare ricorso alla risoluzione.

³²² Sulle origini storiche di questa tesi, si rinvia ai riferimenti bibliografici in PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., p. 498, note 13 e 14.

³²³ A proposito della teoria della base negoziale, si rinvia a V. PIETROBON, voce *Presupposizione (dir. civ.)*, cit., p. 2.

Di «presupposto oggettivo che rende ragione della causa» parla E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1954, p. 452; di «oggetto del contratto» parla invece V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, pp. 383 ss. - 516 ss.; si riferisce alla «fattispecie concreta su cui il contratto deve operare» A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 319 ss.

In senso critico rispetto alla possibilità di riconoscere autonoma rilevanza, nel nostro ordinamento alla presupposizione, *ex multis*, SANTORO - PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 190 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 605 ss., secondo i quali le ricostruzioni elaborate in materia non consentirebbero di giustificare la deroga al principio dell'irrelevanza dei motivi.

³²⁴ Secondo parte della dottrina, la differenza tra errore sui motivi e presupposizione risiederebbe nella riconoscibilità del motivo. Nel caso in cui la forza determinante di un motivo si renda manifesta alla controparte, non si potrebbe quindi più parlare di semplice errore sul motivo, ma risulterebbe integrato un caso di presupposizione. In tal senso, F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nel contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 81 ss.

Fonda invece la rilevanza della presupposizione sulla natura obiettiva del fatto, PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., p. 502 ss. Secondo tale dottrina, la presupposizione si distingue dai semplici motivi perché costituisce motivo comune. Affinché un motivo si possa definire tale, deve consistere

Con peculiare riguardo all'accordo accertativo dell'usucapione, la rappresentazione dell'accertante relativa al perfezionamento dell'acquisto a titolo originario sembrerebbe qualificabile in termini di presupposizione. Per chiarire la questione in parola, devono costituire oggetto di combinata considerazione tanto lo stato di incertezza o di controversia, cui l'accordo di mediazione pone rimedio, quanto le modalità della disposizione per suo tramite operata.

L'esclusiva considerazione del primo elemento non sembra poter condurre alla risoluzione della questione, dal momento che potrebbe ritenersi tanto che le situazioni di incertezza o di lite conducano *ex se* a considerare rilevante la rappresentazione erronea dell'accertante, quanto che, proprio perché trattasi di atto dispositivo funzionalmente diretto al superamento o alla composizione delle stesse, il negozio di accertamento renda irrilevante qualsivoglia contestazione dell'accertante, compresa – *rectius*, soprattutto – quella fondata sull'erronea rappresentazione della situazione originaria.

La considerazione delle modalità dispositive pone in evidenza un rilevante argomento contrario alla possibilità di qualificare, in termini di presupposizione, la rappresentazione relativa al compimento dell'acquisto per usucapione: se, come si ritiene, dalla stipula dell'accordo accertativo discende la preclusione all'accertamento giudiziale dell'usucapione³²⁵, non si comprende con quali modalità l'accertante potrebbe pretendere che venga attribuita rilevanza a tale circostanza, qualificandola come «situazione di fatto in realtà non esistente».

nella «rappresentazione di una realtà che sia per sé idonea a provocare un conflitto di interessi fra le parti». La falsa rappresentazione della realtà potrà quindi essere realizzata da una sola o da entrambe le parti: nel primo caso, si tratterà di errore unilaterale su un motivo comune; solo nel secondo caso, ricorrerà un vero e proprio motivo comune erroneo.

Dal punto di vista rimediabile, come accennato, costituiscono oggetto di distinta considerazione l'ipotesi della falsa presupposizione e quella in cui la situazione giustificante il sorgere del conflitto di interessi fosse effettivamente esistente al momento della conclusione del contratto e sia venuta meno solo successivamente.

Nel primo caso, a parere di tale dottrina, si potrà agire con un'azione di annullamento per falsa presupposizione o per errore sulla base negoziale. Il fondamento dell'azione risiederebbe, in particolare, nel fatto che, nel caso di errore comune sulla realtà che aveva giustificato il sorgere del conflitto di interessi, il contratto è stato in realtà concluso per regolare un conflitto di interessi inesistente. Con riferimento al profilo psicologico della questione, l'annullamento del contratto trova fondamento nella rilevanza, riconosciuta nel nostro ordinamento a livello generale, dell'errore sul motivo comune, determinante in maniera esclusiva per entrambe le parti.

Il tema della presupposizione si ricollega a quello della causa concreta: rispetto alla definizione di questa, rilevano infatti sia la struttura del contratto sia gli interessi concreti delle parti contraenti.

³²⁵ Più in generale, alla contestazione della situazione definita in sede accertativa.

Non solo, come appena rilevato, non si comprende come l'assenza della circostanza oggetto di presupposizione possa assumere concreto rilievo, se non in presenza di una pronuncia giudiziale di accertamento, ma è parimenti evidente come, laddove si volesse così argomentare, si realizzerebbe la sostanziale assimilazione tra il regime di contestabilità che si ritiene proprio del negozio di accertamento e quello che l'art. 1988 c.c. detta con riferimento alle dichiarazioni ricognitive³²⁶. In considerazione di ciò, si ritiene di escludere che all'effettivo compiersi dell'usucapione possa riconoscersi il ruolo di mero presupposto esterno, costituendo, al contrario, oggetto di diretta incidenza della volontà negoziale³²⁷.

3.3. *L'oggetto dell'accordo accertativo.*

Da ultimo, si tratta di vagliare la possibilità di considerare l'usucapione quale oggetto dell'accordo accertativo³²⁸.

L'individuazione dell'elemento contemplato al n. 2 dell'art. 1325 c.c.³²⁹ e, in particolare, la distinzione tra causa ed oggetto del contratto³³⁰

³²⁶ In definitiva, la questione relativa alla qualificabilità dell'acquisto per usucapione quale presupposto in senso tecnico dell'accertamento non costituisce altro che un diverso modo di intendere quella della difformità tra l'esito dell'accertamento e lo stato giuridico anteriore e non assume quindi autonoma rilevanza in termini di presupposizione, ma risulti, al contrario, inquadrabile solo considerando la rilevanza dell'errore di fatto o di diritto. Cfr. cap. III, par. 4.2.

³²⁷ La questione si presta ad essere inquadrata anche da un altro punto di vista e, in particolare, considerando come, secondo una delle ricostruzioni elaborate in materia, la presupposizione integrerebbe un'ipotesi di condizione non sviluppata.

Da questo punto di vista, diviene assolutamente evidente come l'effettivo compiersi dell'acquisto per usucapione non possa mai costituire presupposizione in senso tecnico. Non costituirebbe infatti una seria manifestazione di volontà quella dell'accertante che riconosca l'altrui diritto «a condizione che l'usucapione si sia effettivamente perfezionato».

Sul punto, si rinvia anche a AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 112 ss. Sulla possibilità di condizionare l'efficacia dell'accordo accertativo all'esito del giudizio di accertamento, cfr. cap. III, par. 2.7.

³²⁸ Tale prospettazione trae origine dall'affermazione secondo cui, nell'ipotesi di inesistenza della circostanza o della situazione giuridica negozialmente accertata, il negozio di accertamento sarebbe nullo per mancanza di oggetto. In tal senso, si è espressa parte della giurisprudenza e della dottrina citate nel cap. III, par. 1.1.

³²⁹ Parte della dottrina è giunta, più radicalmente, a negare la stessa utilità pratica di questo istituto. In tal senso, G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss. Allo stato attuale, non è stata elaborata una teoria generale in materia di oggetto del contratto.

³³⁰ Nelle opinioni più risalenti, si rinviene una sostanziale sovrapposizione tra causa e oggetto del contratto, non solo nel pensiero dei fautori della teoria della causa dell'obbligazione, ma anche nelle analisi di quella parte della dottrina che,

ha costituito, come noto, occasione di un certo dibattito in dottrina. Accennando solo brevemente alla questione, sul punto si rinvencono essenzialmente tre principali posizioni: in primo luogo, quella secondo cui oggetto del contratto sono le prestazioni dedotte nel contratto³³¹; in secondo luogo, quella che identifica tale elemento con l'oggetto della prestazione caratteristica dedotta nel contratto, cioè con il bene³³² e, da ultimo, quella che assimila l'oggetto del contratto al suo contenuto³³³.

Seguendo un approccio ricostruttivo già più volte impiegato nel corso della presente ricerca, nel chiarire quale sia l'oggetto dell'accordo accertativo dell'usucapione e se lo stesso possa identificarsi proprio con tale acquisto a titolo originario, si ritiene di partire dalla considerazione degli esiti raggiunti, con riferimento alla questione in parola, dalla dottrina che si è occupata del contratto di transazione.

Secondo una prima ricostruzione, oggetto del contratto è costituito dalla pretesa e dalla contestazione delle parti, cioè dalla lite³³⁴. In senso contrario rispetto a tale prospettazione, rileva l'impossibilità di riferire alla lite i requisiti oggettivi di cui all'art. 1346 c.c..

Secondo una diversa posizione, l'oggetto della transazione deve identificarsi con le reciproche concessioni delle parti transigenti rispetto

occupandosi della causa del contratto, non ha attribuito autonoma rilevanza all'obbligazione.

Secondo la giurisprudenza degli anni '40 e '50, nei contratti di scambio, la mancanza di oggetto deve essenzialmente parificarsi al difetto di causa. Per questo indirizzo giurisprudenziale, si rinvia alle sentenze citate da L. FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1985, p. 143.

La difficoltà di distinguere tra causa e oggetto ha costituito, per la dottrina c.d. anticausalistica, argomento a supporto della sostanziale svalutazione dell'elemento della causa. Tra le più risalenti prese di posizioni in tal senso, si rinvia a G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, 7^a ed., Firenze, 1925, p. 606 ss.; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, 2^a ed., Padova, 1936, p. 99 ss.; E. BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici*, Padova, 1932, pp. 1 - 8.

³³¹ In tal senso, P. PERLINGIERI, *La compravendita di cosa futura*, in ID., *I negozi sui beni futuri*, I, Napoli, 1962, p. 67.

³³² In questo senso, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 578; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, II, Milano, 1972, p. 138; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1367 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, III, Milano, 2002, p. 121.

³³³ In questo senso, R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 5 ss.; N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino, 1965, 1965, p. 779; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, 1941, p. 300.

³³⁴ In tal senso, CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1965, p. 140 ss.

alle rispettive posizioni di pretesa e contestazione³³⁵. In senso contrario, rileva il fatto che la mancanza di reciproche concessioni, in un negozio che pone fine ad una lite, non ne determina automaticamente la nullità per mancanza di oggetto, ma comporta l'identificazione di un negozio diverso da quello transattivo.

Ricostruzione maggioritaria è quella che identifica l'oggetto della transazione con la *res litigiosa*, cioè con la situazione giuridica litigiosa. Più precisamente, si ritiene che l'oggetto della transazione debba identificarsi con «la cosa o il comportamento» ai quali si riferiscono, dapprima, la pretesa e la contestazione delle parti e, successivamente, il regolamento transattivo dalle stesse definito³³⁶.

Con riferimento ad un negozio di accertamento dell'usucapione, gli elementi che potrebbero astrattamente costituire oggetto del contratto sono, in primo luogo, la situazione di incertezza; in secondo luogo, la situazione giuridica incerta e, da ultimo, l'usucapione o, più correttamente, l'effetto giuridico dell'acquisto del diritto per usucapione. È evidente come, in senso contrario rispetto alle possibilità di identificare l'oggetto dell'accordo accertativo con la situazione di incertezza – come anche rispetto a quella che pretende di individuarlo nell'effetto giuridico dell'acquisto del diritto per usucapione – venga in rilievo l'argomento fondato sull'impossibilità di riferire a tali circostanze i requisiti previsti dall'art. 1346 c.c. In considerazione di ciò, si ritiene che l'oggetto dell'accordo accertativo debba individuarsi nella situazione giuridica incerta.

Nel precisare come i requisiti posti dall'art. 1346 c.c. possano riferirsi all'oggetto dell'accordo accertativo dell'usucapione, l'elemento dotato di una certa peculiarità – e che, come tale, necessita di essere precisato – è essenzialmente solo quello della possibilità. In particolare, si ritiene che il requisito della possibilità non debba essere valutato solo in relazione al contratto di accertamento, ma anche in relazione al modo di acquisto del diritto cui l'accordo si riferisce; dovrà quindi essere considerato, da un lato, in relazione all'esistenza della situazione di

³³⁵ In questo senso, CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive di negozi giuridici*, in *Saggi di diritto*, Padova, 1931, p. 177 ss.

³³⁶ In questi termini, si veda per tutti SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 115 ss.: tale posizione trae essenzialmente origine dal disposto dell'art. 1966, secondo comma, c.c.

Nello stesso senso, cfr. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 263 ss. l'oggetto della transazione non deve identificarsi meramente con la situazione controversa, ma genericamente con la situazione giuridica attorno alla quale è sorta la controversia.

incertezza³³⁷; dall'altro, rispetto all'astratta perfezionabilità dell'acquisto per usucapione³³⁸.

3.4. *Il ruolo dell'usucapione nell'accordo accertativo: conclusioni.*

Esclusa la possibilità di accogliere anche la prospettazione ricostruttiva che ha, da ultimo, costituito oggetto di analisi, si potrebbe essere indotti a pensare che la questione relativa alla definizione del *ruolo* dell'usucapione nell'accordo accertativo non sia suscettibile di autonoma considerazione, dovendo la stessa trovare indirettamente soluzione mediante la considerazione della problematica relativa alla difformità tra la situazione definita in sede accertativa e quella effettivamente esistente.

Pur riconoscendo la pertinenza del presente rilievo³³⁹, si ritiene che l'autonoma considerazione del *ruolo* dell'usucapione abbia consentito di considerare, da un diverso punto di vista, la problematica classica della difformità tra l'esito dell'accertamento negoziale e la situazione giuridica preesistente, ponendo ulteriormente in evidenza³⁴⁰ come, con riferimento allo stesso, l'interprete finisca per trovarsi sempre dinanzi alla necessità di armonizzare elementi che risultano difficilmente compatibili, prima che dal punto di vista giuridico, dal punto di vista logico. Lo si è visto soprattutto con riferimento al riconoscimento della validità di un negozio di accertamento che accerti un acquisto in realtà non perfezionatosi, che ha condotto a prospettare la qualificabilità del contratto in parola come ipotesi di astrazione materiale dalla causa.

In considerazione di quanto sinora affermato, anticipando una conclusione che verrà successivamente meglio motivata³⁴¹, più di qualche riserva potrebbe essere formulata rispetto alla possibilità di trarre dalla

³³⁷ A proposito della simulazione relativa alla stessa esistenza della situazione di incertezza, cfr. cap. III, par. 4.3.

³³⁸ In questo senso, contrariamente a quanto ritenuto da parte della dottrina, si ritiene che l'accordo accertativo dell'usucapione che si riferisca ad un diritto non usucapibile sia nullo per impossibilità dell'oggetto. Cfr. BARALIS, *L'accertamento dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 6 ss.

³³⁹ In definitiva, l'usucapione sembra quindi potersi definire semplicemente come l'oggetto o – impiegando un'espressione descrittiva, che evidenzia il legame, più volte rilevato, del negozio di accertamento con la situazione preesistente – il *referente obiettivo esterno* della dichiarazione negoziale dell'accertante che, in quanto tale, ha esclusivamente rilievo *inter partes*.

³⁴⁰ Cfr. par. 3.1, dedicato alla qualificabilità dell'usucapione quale oggetto di una c.d. *expressio causae*.

³⁴¹ Le osservazioni sinora formulate verranno integrate con la considerazione della dimensione processuale della vicenda accertativa negoziale.

previsione del n.12-*bis* dell'art. 2643 c.c. argomento a favore della sicura ammissibilità di una figura di negozio di accertamento di carattere generale, che si collochi quindi al di fuori del peculiare contesto cui appartiene quella tipizzata in materia di trascrizione³⁴².

4. Contestabilità e patologie dell'accordo accertativo dell'usucapione

4.1. Accordo di mediazione che accerta l'usucapione e processo ordinario

L'art. 5, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 dispone che «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate».

L'esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità della domanda, conseguente al mancato avvio della procedura, può essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o costituire oggetto di rilievo *ex officio* da parte del giudice, non oltre la prima udienza.

Nel caso in cui il procedimento di mediazione sia già iniziato, ma non si sia ancora concluso, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di tre mesi previsto dall'art. 6, d. lgs., 4 marzo 2010, n. 28³⁴³.

Ai sensi del secondo comma dell'articolo citato, anche in appello, il giudice può disporre l'esperimento della mediazione «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti».

Nelle ipotesi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la stessa

³⁴² A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione per cui tale figura negoziale avrebbe verosimilmente un ambito applicativo limitato: il ricorso a quest'ultimo dovrebbe infatti trovare giustificazione in esigenze non soddisfabili né mediante la stipula di un contratto di transazione né mediante la rinnovazione e la ripetizione negoziale.

³⁴³ Con le stesse modalità procede anche nel caso in cui la mediazione non sia stata ancora esperita, assegnando alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

si considera avverata nel caso in cui il primo incontro dinanzi al mediatore si concluda senza accordo. Lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari.

Precisati i rapporti tra la mediazione civile e commerciale ed il giudizio ordinario di accertamento dell'usucapione, nella fase anteriore all'instaurazione di quest'ultimo, si tratta ora di comprendere quali siano le conseguenze discendenti, sul piano processuale, dalla stipula dell'accordo di mediazione accertativo di tale modo di acquisto a titolo originario.

Trattare della contestabilità dell'accertamento negoziale consente di precisare ulteriormente la questione della difformità tra la situazione definita dalle parti accertanti e lo stato giuridico anteriore. Nel procedere alla ricostruzione della vicenda dispositiva, si sono illustrate le ragioni – astrattamente riferibili anche al negozio di accertamento in generale – per cui il mancato perfezionamento dell'acquisto per usucapione non importi la nullità per difetto di causa del medesimo.

La considerazione della prospettiva processuale, anche attraverso l'analisi di istituti affini alla mediazione, consente, in particolare, di porre in evidenza come, più radicalmente, rispetto all'accordo concluso in sede di mediazione, l'emersione stessa della difformità incontri più di qualche ostacolo. Il tema può essere considerato da un duplice punto di vista, dovendosi avere riguardo sia alla posizione della parte accertante che avanzi, nei confronti dell'usucapiente accertato, una pretesa incompatibile con quanto definito in sede di mediazione, sia a quella del giudice che, in un simile giudizio o in un altro comunque concernente l'accertamento negoziale dell'acquisto, in base alle risultanze *ex actis*, rilevi il mancato compiersi dell'usucapione.

Partendo dalla considerazione del primo profilo, ci si chiede se l'inquadramento dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione quale contratto tipicamente produttivo di effetti preclusivi autorizzi la configurabilità di un'*exceptio*, opponibile all'accertante che faccia valere, nei confronti dell'usucapiente accertato, una pretesa incompatibile con la situazione accertata.

In senso contrario rispetto a tale possibilità, sembrerebbero poter rilevare due circostanze: in primo luogo, dei dubbi potrebbero sorgere rispetto alla riconducibilità della convenzione accertativa entro il novero degli atti impeditivi, modificativi o estintivi di cui fa menzione il secondo comma dell'art. 2697 c.c.. È evidente però come una simile obiezione possa essere facilmente superata alla luce di quanto rilevato nei paragrafi precedenti: l'accordo di mediazione, di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., al pari di ogni negozio di accertamento, integra infatti un contratto che, in quanto tale, pone capo ad un'autonoma vicenda dispositiva. Nonostante

quindi, dal punto di vista effettuale, non sia qualificabile come contratto modificativo non si esclude che lo stesso possa, laddove fatto oggetto di eccezione, costituire condizione ostativa alla procedibilità del giudizio.

Conferma di quanto affermato si trae dalla considerazione degli strumenti, sempre di natura contrattuale, funzionalmente affini alla mediazione, del contratto di transazione e dell'arbitrato irrituale.

Partendo dalla considerazione del primo, un dato che, in linea di principio, potrebbe indurre ad escludere la configurabilità di un'*exceptio* analoga a quella *rei per transactionem finitae* potrebbe essere costituito dal rilievo per cui, a differenza del contratto di transazione, il negozio di accertamento risulta funzionalmente diretto a superare una situazione di incertezza e non già una di controversia in senso tecnico.

In senso contrario, rileva però non solo, come è evidente, la possibile funzionalizzazione del negozio di accertamento in genere – e così anche di quello concluso in sede di mediazione – alla composizione di una controversia, ma anche la considerazione degli interessi che vengono in rilievo nella conclusione del medesimo. Tanto con riferimento al contratto di transazione, quanto in relazione al negozio di accertamento, l'*exceptio* in parola non costituisce altro che mera manifestazione del principio di irretrattabilità del consenso, sancito dall'art. 1372 c.c.³⁴⁴.

Si deve infatti considerare come, rispetto agli atti di disposizione inquadrabili mediante il ricorso all'efficacia preclusiva, in quanto funzionalmente diretti a comporre una controversia o a superare una situazione di incertezza, tale *exceptio* costituisca sostanzialmente il naturale portato della vicenda dispositiva. Diversamente argomentando, come già visto, si giungerebbe a depotenziare l'effetto dell'accertamento negoziale, applicando allo stesso il regime di contestabilità proprio delle dichiarazioni ricognitive di cui all'art. 1988 c.c.³⁴⁵. In questo senso, si finirebbe per non attribuire alcuna rilevanza al contesto qualificato – quello negoziale – in cui la dichiarazione dell'accertante viene resa: nonostante sia possibile riconoscerle valore ricognitivo, quest'ultima costituisce infatti, prima di tutto, una manifestazione di volontà negoziale,

³⁴⁴ A tal proposito, è opportuno precisare come quella ad effetti preclusivi costituisca una peculiare modalità di disposizione dei diritti e, conseguentemente, l'effetto preclusivo non possa essere identificato con il concetto di irretrattabilità del consenso, ma ne costituisca solo la correlativa manifestazione.

³⁴⁵ In altri termini, si ritiene di escludere che la dichiarazione dell'accertante, cui potrebbe riconoscersi valore ricognitivo, possa integrare un'ipotesi di astrazione processuale dalla causa che consente, in ogni caso, all'accertante di fornire prova contraria. Sul punto, si rinvia ulteriormente a quanto osservato nel cap. III, par. 3.1.

espressione del consenso alla conclusione di un contratto funzionalmente diretto al superamento dell'incertezza³⁴⁶.

In definitiva, la dispositività, propria del negozio giuridico in generale, si sostanzia, rispetto all'accordo accertativo dell'usucapione, nella definizione *inter partes* di una sorta di verità convenzionale, cui consegue la preclusione in via definitiva, a mezzo dell'*exceptio*, della possibilità di far valere una situazione diversa da quella ivi risultante e l'immediata conformazione, senza il tramite dell'obbligazione, di un determinato assetto proprietario³⁴⁷.

In senso contrario, non rileva quanto disposto dall'art. 1462 c.c., ai sensi del quale, all'accertante sembrerebbe sempre doversi riconoscere la facoltà di contestare l'accertamento negoziale, facendo valere la nullità per difetto di causa dell'accordo di mediazione. Tale rilievo, che sembrerebbe indurre a ritenere che all'accertante non possa essere negata la facoltà di contestare l'accertamento negoziale, coglie solo apparentemente il punto: stipulando un negozio di accertamento, non si dispone infatti in senso abdicativo della facoltà di far valere la nullità del contratto concluso, ma – secondo una ricostruzione eminentemente descrittiva della vicenda realizzata dall'accertamento negoziale – di quella di contestare l'assetto definito in sede accertativa.

La conclusione secondo cui, anche se configurato nei termini corretti appena riferiti, comunque il negozio di accertamento potrebbe risultare funzionale al conseguimento del risultato vietato dall'art. 1462 c.c., costituisce frutto di una prospettiva d'analisi che trascura totalmente di considerare la funzione del negozio di accertamento e la correlativa articolazione della sua vicenda dispositiva.

Si è visto infatti come, in presenza di una situazione di incertezza, come similmente avviene laddove sussista una controversia in senso tecnico, quella della disposizione in funzione preclusiva costituisca di fatto l'unica modalità possibile per conseguire, senza fare ricorso all'autorità giudiziaria, il risultato dell'incontrovertibilità dell'assetto definito *inter partes*. La vicenda dispositiva non si sostanzia quindi, se non, come detto, in termini meramente descrittivi, nella rinuncia alla tutela processuale

³⁴⁶ Come si è già avuto modo di rilevare, considerando in particolare le tematiche relative all'*expressio causae*, la funzione stessa del negozio di accertamento – e, in particolare, dell'accordo accertativo dell'usucapione – conduce ad escludere la possibilità di riscontrare una mancanza di causa nel caso in cui si realizzi l'accertamento di una situazione in realtà inesistente.

³⁴⁷ In ragione di ciò, come visto, si esclude che l'*exceptio* possa costituire domanda di adempimento della transazione conclusa.

Contra, con riferimento all'*exceptio litis per transactionem finitae*, FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 395.

ordinaria³⁴⁸, ma piuttosto nel ricorso ad uno alternativo di composizione o di prevenzione delle controversie.

In considerazione di quanto appena rilevato, la conclusione di un accordo di mediazione costituisce condizione ostativa rispetto all'accesso alla giustizia ordinaria proprio in quanto strumento espressamente concepito dal legislatore come strada alternativa rispetto alla stessa.

Considerata da questo punto di vista, è evidente come sia possibile accostare mediazione e arbitrato irrituale. L'accordo di mediazione e il lodo irrituale possiedono infatti entrambi natura contrattuale³⁴⁹ e il secondo, in particolare, consente di risolvere la lite esattamente come avrebbero potuto fare le parti, mediante la conclusione di un contratto di transazione o di accertamento³⁵⁰.

In definitiva, l'efficacia dell'accordo accertativo dell'usucapione potrà essere messa in discussione solo nelle ipotesi in cui ricorrano dei vizi originari, riferibili quindi strettamente alla fase genetica del vincolo negoziale³⁵¹, oppure nel caso in cui sopravvengano dei difetti di natura funzionale.

Alla luce di quanto da ultimo rilevato, si è sostanzialmente già fornita risposta all'unico interrogativo che forse ha effettivamente ragione di porsi in sede di analisi della prospettiva processuale: chiarite le ragioni per cui si deve escludere che la parte accertante l'altrui diritto abbia la facoltà di richiedere *tout court* – cioè senza far valere un difetto di natura genetica o funzionale – l'accertamento giudiziale dell'usucapione, ci si potrebbe infatti chiedere se una simile facoltà debba invece, in ogni caso, essere riconosciuta al giudice.

Tale interrogativo ha astrattamente ragione di porsi per due ragioni. In primo luogo, richiamando uno degli argomenti che, nel dibattito classico attorno al negozio di accertamento, avevano indotto parte della dottrina a negarne l'ammissibilità, si potrebbe dubitare del fatto che i privati abbiano la facoltà di sostituirsi al giudice nell'attività accertativa e

³⁴⁸ In questo senso, nemmeno nella fase genetica del contratto, si pone un problema di eventuale limitazione alla proponibilità dell'eccezione di nullità.

³⁴⁹ Non vi è dubbio che il legislatore consideri l'arbitrato irrituale quale fenomeno contrattuale. L'art. 808-ter c.p.c. definisce il lodo irrituale quale «determinazione contrattuale» e prevede che sia impugnabile in via di azione di fronte al «giudice competente secondo le disposizioni del libro I».

³⁵⁰ In questo senso, Cass., 30 settembre 2014, n. 23074, in *Guida al diritto*, 2015, 11, p. 52.

³⁵¹ La trattazione, condotta nel paragrafo successivo, sarà limitata alla rilevanza dell'errore nell'accordo accertativo, in ragione della peculiare considerazione che a tale vizio del consenso viene riservata nella disciplina della transazione, contratto funzionalmente prossimo a quello di accertamento.

La disciplina dettata relativamente alla violenza e al dolo non necessita di un'apposita analisi, risultando applicabile in via diretta all'accordo accertativo.

si potrebbe quindi giungere a ritenere che il giudice possieda comunque la facoltà di sindacare nel merito quanto dai medesimi accertato.

In senso critico rispetto a tale possibile obiezione, rileva un duplice ordine di argomenti: in primo luogo, si deve considerare come diverse siano le modalità con cui si realizzano la composizione giudiziale di una controversia relativa al compimento dell'acquisto per usucapione e l'accertamento negoziale del medesimo; in secondo luogo, non si può trascurare di considerare come tale facoltà si ponga in insanabile contrasto con la stessa *ratio* dell'istituto della mediazione civile e commerciale. È evidente allora come incorrerebbe nel vizio di ultrapetizione il giudice che, in assenza della domanda proposta da parte di uno degli accertanti, volta a far valere un vizio del consenso o un difetto di carattere funzionale dell'accordo accertativo, statuisca, anche solo in via incidentale, del compimento dell'acquisto per usucapione.

In considerazione di ciò, è solo il caso di precisare come non possa qui rilevare nemmeno quanto disposto dall'art. art. 1421 c.c., ai sensi del quale il giudice possiede la facoltà di rilevare d'ufficio la nullità del contratto. L'interpretazione della norma ha, per un certo tempo, costituito oggetto di dibattito in giurisprudenza e, formatisi due orientamenti sul punto, si è reso necessario l'intervento della Suprema Corte nella sua composizione più autorevole. Le Sezioni Unite, rilevando come la nullità contrattuale costituisca la sanzione, prevista dall'ordinamento, per il caso di disvalore dell'assetto negoziale e come la risoluzione sia coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, hanno quindi riconosciuto al giudice di merito il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale³⁵².

Dal punto di vista processuale, la giurisprudenza di legittimità ritiene che la rilevabilità d'ufficio della nullità costituisca semplicemente applicazione della regola di carattere generale secondo cui il giudice ha il potere di rilevare le questioni preliminari ed incidentali del giudizio ed esclude quindi il rischio di una possibile violazione del principio, enucleato dagli artt. 99 e 112 c.p.c., della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Dal punto di vista sostanziale, la Cassazione esclude poi che la natura dell'azione esperita in via principale possa costituire un limite alla competenza incidentale del giudice e riconosce la possibilità di

³⁵² In tal senso, Cass., SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Foro it.*, 2013, 4, I, c. 1238; Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 3, I, 862; Cass., 12 dicembre 2014, n. 26243, *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, 2, II, p. 113.

rilevare la nullità del contratto nel corso di qualsiasi giudizio di impugnativa³⁵³.

Alla luce di quanto appena rilevato a proposito del rapporto tra la mediazione civile e commerciale e il processo ordinario, è evidente però come, anche laddove il giudice dovesse rilevare la nullità per difetto di causa, perché emergente dagli atti di causa il mancato compimento dell'acquisto per usucapione, le parti non potrebbero dare concretamente corso a questo rilievo, possedendo comunque sempre e solo la facoltà di far valere eventuali vizi del consenso o sopraggiunti difetti di carattere funzionale dell'accordo.

4.2. Annullabilità dell'accordo accertativo per vizi del consenso e rilevanza dell'attività conoscitiva

Al fine di definire il regime di rilevanza dei vizi del consenso, con riferimento all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione, si ritiene opportuno partire dalla considerazione della disciplina dettata per la transazione. Come noto, ai sensi dell'art. 1969 c.c., la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che siano state oggetto di controversia tra le parti.

L'applicabilità al contratto di accertamento della normativa dettata per il contratto di transazione costituisce oggetto di discussione, in considerazione sia della natura eccezionale delle disposizioni poste dagli artt. 1969 - 1975 c.c.³⁵⁴, sia delle differenti modalità mediante cui si realizzano rispettivamente, in linea di principio, la composizione della controversia e il superamento dell'incertezza.

In senso favorevole, si afferma che l'esclusione della rilevanza dell'errore di fatto o di diritto potrebbe trovare spiegazione nella considerazione della funzione dell'accertamento negoziale: questa sarebbe infatti sostanzialmente vanificata laddove si potesse, tramite l'impugnativa per errore, far valere la difformità della situazione accertata rispetto a

³⁵³ In questi termini, la più recente pronuncia sul punto, Cass., 26 giugno 2015, n. 13287, reperibile nella banca dati *De Jure*.

³⁵⁴ Si veda, per tutti, SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 142 - 179: la transazione non può venire meno per «l'oggettivo divario tra le situazioni, *ante e post transactionem* poiché si tratta di un comando destinato a valere per sé, non in riferimento ad un comando preesistente»; anche nel caso di totale inesistenza del rapporto controverso, la funzione assolta dalla transazione basta a giustificare il regolamento adottato.

quella effettivamente esistente³⁵⁵. La giurisprudenza sembra accogliere il rilievo ora riferito, escludendo la rilevanza dell'errore di fatto e di diritto relativo alla situazione giuridica accertata³⁵⁶. Non viene quindi attribuito rilievo al fatto che il negozio di accertamento si caratterizzi per una lata connessione con la situazione preesistente³⁵⁷ che, se considerata rispetto all'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione³⁵⁸, potrebbe consentire all'accertante di avanzare una pretesa fondata sull'erronea interpretazione della disciplina dettata in materia di usucapione³⁵⁹.

³⁵⁵ Nella transazione, la previsione relativa all'irrelevanza dell'errore di diritto trova spiegazione nella naturale irrilevanza dell'errore di fatto relativo alla situazione preesistente, considerato quale errore sui motivi. La giurisprudenza e la dottrina ricomprendono quindi entro la prevista irrilevanza *ex art. 1969 c.c.* anche l'errore di fatto. In tal senso, si veda per tutti SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 156 - 159.

Si esprimono in senso favorevole all'applicabilità al negozio di accertamento della disciplina dettata in materia di transazione FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 314; PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario D'Amelio e Finzi, Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p. 455 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 257.

Parte della dottrina ammette l'impugnativa del negozio di accertamento nell'ipotesi in cui la situazione stabilita nel negozio di accertamento sia difforme rispetto a quella preesistente e tale difformità sia frutto di errore. In tal senso, CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., p. 213; ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di credito*, cit., p. 256 ss.; ID., *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 222; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali dell'Università di Messina*, VII, 1934 - 35, pp. 65 - 82.

Sulla possibilità di applicare la disciplina dell'art. 1969 c.c. a tutti gli atti con funzione transattiva, si veda RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 334.

³⁵⁶ In questo senso, Cass., 16 ottobre 1961, n. 2441, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 513; Cass., 8 luglio 1965, n. 1419, in *Foro it.*, 1966, I, c. 895 ss.; Cass., 28 gennaio 1966, n. 342, in *Giur. it.*, 1966, I, c. 1618 ss.; Cass., 15 gennaio 1970, n. 84, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 373 ss.

³⁵⁷ Sul ruolo dell'usucapione, cfr. cap. III, par. 3.

³⁵⁸ Con specifico riferimento agli accordi accertativi dell'usucapione, ammette l'applicazione analogica della previsione dettata in materia di transazione, BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, cit., p. 6 ss., il quale testualmente afferma: «a mio parere è del tutto convincente ritenere che con l'accertamento si voglia porre fine ad ogni possibile controversia in proposito, si voglia, cioè, un accertamento "tombale" e non un accertamento "con riserva"».

³⁵⁹ Nella transazione, l'irrelevanza dell'errore di diritto sulle questioni che hanno costituito oggetto di controversia costituisce il portato dello stato di assoluta irrilevanza in cui viene posta l'effettiva conformazione della situazione preesistente. Nel contestare l'accertamento negoziale dell'usucapione, non sarebbe evidentemente possibile addurre la sola mancata ricorrenza dei requisiti di fatto o degli stati soggettivi richiesti per il perfezionamento dell'acquisto per usucapione.

Si è già avuto modo di porre in evidenza le differenze tra confessione e accertamento negoziale. Laddove – si tratta di una mera eventualità – l'accertamento negoziale dell'usucapione venga compiuto ammettendo la ricorrenza di tutte le circostanze fattuali, una differenziazione rispetto al regime di contestabilità dettato per la

Definita la struttura dell'effetto dell'accordo accertativo, avuto riguardo alla sua rilevanza sul piano processuale e al regime di contestabilità per vizi del volere, è ora possibile svolgere qualche notazione ulteriore³⁶⁰ relativamente al ruolo dell'attività conoscitiva nell'accordo accertativo e, più in generale, nel negozio di accertamento. Nella definizione del negozio di accertamento, come noto, le si attribuisce rilevanza strutturale autonoma, ritenendo che la stessa si collochi in una

confessione risulta sostanzialmente imposto dal fatto che tale ammissione non risulta dotata di autonoma rilevanza nel contesto contrattuale in cui si colloca, essendo effettuata nella prospettiva della disposizione. Il consenso del soggetto che accerta l'altrui diritto costituisce manifestazione di una volontà dispositiva: a fronte di ciò, il rilievo confessorio eventualmente attribuibile non possiede comunque alcuna rilevanza, costituendo, confessione e disposizione, termini sostanzialmente incompatibili.

All'interno della categoria dei fatti di accertamento, distingue tra effetto preclusivo di grado maggiore ed effetto preclusivo di grado minore FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958: sono caratterizzati dalla prima tipologia di efficacia i fatti di accertamento sostanziale, destinati a spiegare la propria funzione fondamentale direttamente sul piano dei rapporti giuridici sostanziali; nei fatti di accertamento processuali, di cui ne sostituisce esempio la confessione, l'effetto preclusivo si verifica nel ristretto campo del processo e «vale a preparare il fatto di accertamento sostanziale».

Nel nostro ordinamento, come già rilevato, l'unica ipotesi rispetto alla quale è possibile rinvenire una certa somiglianza è quella della dichiarazione resa, ai sensi dell'art. 179, secondo comma, c.c., dal coniuge non acquirente. Ai sensi dell'articolo da ultimo citato, l'acquisto di beni immobili, o di beni mobili elencati nell'articolo 2683, effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione, ai sensi delle lettere c), d) ed f) del precedente comma, quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge.

Secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, la dichiarazione resa dal coniuge non acquirente ha natura confessoria e, alla luce di ciò, si è affermato che la stessa può costituire oggetto di revoca solo nel caso in cui sia viziata da errore di fatto o da violenza.

Sul punto, alla pronuncia Cass., 19 febbraio 2000 n. 1917, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1365, secondo la quale: «la mancata contestazione, da parte di quest'ultimo, in detta sede - ovvero la esplicita conferma, attraverso una propria dichiarazione, di quella dell'acquirente in ordine alla natura personale del bene di cui si tratta - ha carattere ricognitivo, e non negoziale, e, tuttavia, costituisce pur sempre un atto giuridico volontario e consapevole, cui il legislatore attribuisce la valenza di testimonianza privilegiata, ricollegandovi l'effetto di una presunzione "iuris et de iure" di esclusione della contitolarità dell'acquisto. Il vincolo derivante da detta presunzione, peraltro, non è assoluto, potendo essere rimosso per errore di fatto o per violenza, nei limiti in cui ciò è consentito per la confessione, cui può equipararsi il riconoscimento di una situazione giuridica».

A proposito della patologia delle dichiarazioni non negoziali, si rinvia a R. TOMMASINI, voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972: «la dichiarazione di scienza non evidenzia interessi nuovi, ma interessi desumibili *per relationem* dai fatti dichiarati: eventuali vizi dell'atto possono risultare, dunque, soltanto dal raffronto tra il fatto dichiarato e la realtà evocata o rappresentata».

³⁶⁰ Si tratta di una questione cui si era già fatto cenno in sede di ricostruzione della struttura dell'accordo tra le parti accertanti. Cfr. cap. III, par. 1.3.

fase intermedia tra l'incertezza, su cui il negozio interviene, e la definizione di un assetto vincolante per le parti accertanti³⁶¹.

Alla luce della dimostrata irrilevanza dell'eventuale difformità tra l'esito dell'accertamento e la situazione effettivamente esistente, come già rilevato, si potrebbe essere indotti a dubitare della compatibilità tra attività dispositiva e attività conoscitiva e, conseguentemente, ad ipotizzare che non di vera attività conoscitiva si tratti ovvero, in alternativa, che alla stessa non possa riconoscersi rilevanza autonoma all'interno della fattispecie negoziale in parola.

A supporto della prima prospettazione, avanzando quella che è solo un'idea di qualificazione alternativa, la fase prodromica al conseguimento del risultato della certezza potrebbe descriversi, forse in termini semplicistici, come *mera* attività di definizione di un assetto attorno a cui si realizzi la convergenza dei consensi delle parti accertanti³⁶². Richiamando ancora una volta, in un'ottica comparativa, il contratto di transazione, l'attività prodromica al superamento dell'incertezza potrebbe sostanzialmente coincidere con quella che precede la composizione della controversia e si differenzerebbe da questa, qualificandosi come *conoscitiva*, solo per l'assenza del riferimento a pretesa e contestazione.

A sostegno della seconda prospettazione, viene in considerazione la già rilevata funzionalizzazione dell'attività conoscitiva alla disposizione la quale, determinando l'irrilevanza della difformità, potrebbe determinare di riflesso la perdita di autonoma rilevanza del momento conoscitivo³⁶³.

³⁶¹ Cfr. per tutti, FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, loc. ult. cit.

³⁶² A tal proposito, si può ulteriormente rilevare come la situazione di incertezza non renda *ex se* necessario lo svolgimento di un'attività conoscitiva. Conferma di quanto appena affermato si trae proprio dalla considerazione della figura dell'accordo accertativo dell'usucapione: la situazione di incertezza su cui tale contratto è destinato ad incidere potrebbe non avere carattere soggettivo, risultando assolutamente chiaro all'accertante che l'acquisto per usucapione si è perfezionato, ma solo oggettivo, ricollegandosi essenzialmente alla divergenza tra situazione di fatto e risultanze dei registri immobiliari, cui le parti, per suo tramite, intendono porre rimedio.

³⁶³ Si intende sostenere che, una volta che all'attività conoscitiva abbia fatto seguito la formalizzazione di un assetto di interessi e la correlativa manifestazione di volontà negoziale, eventuali errori commessi nello svolgimento della medesima dovrebbero considerarsi irrilevanti, alla stregua degli errori sui motivi. Sul punto, si rinvia anche al cap. III, par. 3.2, dedicato al tema della presupposizione.

4.3. Risoluzione dell'accordo accertativo dell'usucapione.

Considerando quindi le possibili patologie dell'accordo accertativo di carattere funzionale, viene essenzialmente in rilievo la questione della risolubilità del medesimo per inadempimento³⁶⁴.

A tal proposito, si tratta innanzitutto di porre mente ad un dato di struttura, cui si è più volte fatto riferimento: la funzione di superamento della situazione di incertezza, relativa al compimento dell'usucapione, viene realizzata mediante un'attività dispositiva che, pur non avendo direttamente ad oggetto le situazioni giuridiche soggettive di cui le parti accertanti siano effettivamente titolari, realizza la «fissazione» di un assetto proprietario, senza il tramite dell'obbligazione³⁶⁵.

Il rilievo di questa precisazione preliminare si coglie considerando come, affinché possa parlarsi di risoluzione per causa di inadempimento, occorre che dal contratto nasca almeno un'obbligazione. Non potendosi ricollegare alla stipulazione di un accordo accertativo la nascita di un vero e proprio obbligo di non contestare, non sembra quindi integrare un inadempimento in senso tecnico la proposizione in giudizio, da parte del soggetto che abbia riconosciuto il compiersi dell'usucapione, di una domanda incompatibile con l'assetto di interessi definito in sede accertativa, né sembra corretto qualificare come domanda di adempimento l'*exceptio* fatta valere, in una tale circostanza, dall'usucapiente accertato nei confronti della controparte.

Il problema della risolubilità per inadempimento dell'accordo accertativo si può quindi prospettare solo con riferimento all'accordo accertativo a titolo oneroso, laddove sia previsto, a carico dell'usucapiente accertato, l'obbligo di corrispondere una somma di denaro al soggetto accertante. Essendosi già chiarito³⁶⁶ come l'obbligazione dell'usucapiente accertato sia legata da un nesso di sinallagmaticità rispetto al riconoscimento dell'usucapione, si tratta essenzialmente di definire come

³⁶⁴ Come già rilevato nel trattare dei vizi del consenso, costituiscono qui oggetto di trattazione solo quei profili della disciplina del contratto in generale, la cui operatività necessita di essere precisata in rapporto all'accordo accertativo dell'usucapione.

³⁶⁵ L'effetto di accertamento non si fonda su un obbligo di non contestare, ma sull'irrelevanza di ogni eventuale contestazione avanzata dopo il fatto di accertamento. In questo senso, FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958: «negli ordinamenti giuridici moderni, ed in particolare nel nostro, non è di per sé vietata una dichiarazione in contrasto, né è vietato di portare in processo una questione già risolta con un negozio di accertamento o con una sentenza passata in cosa giudicata – salvo vedere quale effetto può spiegare una tale riproposizione – non appare teoricamente legittimo edificare l'effetto di accertamento su un obbligo giuridico di non contestare».

In questo senso, con riferimento all'accordo accertativo, non sembra individuabile una fase esecutiva in senso tecnico.

³⁶⁶ Cfr. cap. III, par. 2.5.

la risoluzione per inadempimento incida sulla situazione attorno a cui sussisteva incertezza.

Escluso che l'accordo accertativo si possa tradurre in un atto di disposizione in senso attributivo del diritto, attorno al cui acquisto per usucapione sussisteva una situazione di incertezza, e precisato come la previsione del corrispettivo si ponga in rapporto di sinallagmaticità rispetto al riconoscimento dell'altrui diritto compiuto dall'accertante, si ritiene di escludere che al mancato pagamento del corrispettivo, da parte dell'usucapiente accertato, possa ricollegarsi la nascita di un'obbligazione restitutoria a carico dell'usucapiente accertato. L'eliminazione degli effetti dell'accordo accertativo determinerà il ripristino della situazione di incertezza *quo ante* e l'accertante, venuto meno l'ostacolo rappresentato dall'eccezione ricollegata alla stipulazione del contratto di accertamento, potrà contestare l'assetto ivi definito.

4.4. *Motivi e simulazione dell'accordo accertativo dell'usucapione*

Il vaglio relativo alla rilevanza dei motivi nel negozio di accertamento necessita solo di una breve puntualizzazione, con riferimento, più nello specifico, ad eventuali errori commessi dall'accertante nello svolgimento dell'attività conoscitiva, tradizionalmente configurata come prodromica all'accertamento negoziale. In particolare, in considerazione del nesso di funzionalizzazione individuato tra quest'ultima e l'atto di disposizione sembrerebbe potersi prospettare la rilevanza degli errori compiuti in tale sede.

Alla luce di quanto già osservato in sede di qualificazione di tale attività³⁶⁷, si esclude però che, a questi eventuali errori di valutazione, possa essere attribuito eccezionale rilievo, integrando gli stessi meri errori sui motivi. In definitiva, come in ogni altro contratto, i motivi che hanno condotto alla conclusione dell'accordo accertativo, anche se ricollegabili all'attività conoscitiva, sono irrilevanti, venendo solamente in rilievo nel caso in cui si tratti di motivo illecito comune o di motivo fraudolento.

Nel trattare della simulazione dell'accordo accertativo, viene essenzialmente in rilievo l'ipotesi in cui le parti accertanti abbiano fittiziamente creato l'apparenza di una situazione di incertezza circa la titolarità di un diritto, prospettando, in particolare, l'eventualità che il medesimo abbia costituito oggetto di acquisto per usucapione³⁶⁸.

³⁶⁷ Si rinvia anche al cap. III, par. 3.2, relativo alla presupposizione.

³⁶⁸ La giurisprudenza ha avuto occasione di affermare la nullità per difetto di causa del negozio di accertamento, nell'ipotesi in cui la situazione oggetto di accertamento

In particolare, in tal caso, la creazione della situazione di apparente incertezza è funzionale al perseguimento di uno scopo modificativo o creativo³⁶⁹: l'ipotesi tipica sarà quindi quella in cui l'accertante faccia ricorso all'accordo accertativo dell'usucapione al solo fine di *attribuire* il diritto fittiziamente incerto al soggetto individuato – solo nominalmente – come usucapiente.

La qualificazione di una siffatta operazione negoziale richiede di essere attentamente vagliata, dal momento che, secondo una parte della dottrina, la stessa non sembra integrare una vera e propria ipotesi di simulazione relativa, né, invero, un c.d. negozio indiretto³⁷⁰.

Come noto, il negozio indiretto si differenzia dal negozio simulato in quanto le parti vogliono realmente la produzione dei relativi effetti, i quali risultano strumentali al perseguimento di un fine ulteriore. Questo, nonostante sia anomalo rispetto al contratto che si è posto in essere, è comunque compatibile con la causa del medesimo: non si realizza quindi un'alterazione di quest'ultima, considerato come si giunga comunque alla realizzazione dell'effetto che il contratto è idoneo a produrre.

Sulla base della distinzione in parola, si rileva in dottrina che, nel caso in cui un negozio di accertamento sia concluso per realizzare uno scopo modificativo o creativo, lo stesso non potrebbe inquadrarsi come negozio indiretto e non ricorrerebbe nemmeno un'ipotesi di simulazione relativa. Mentre infatti, nel negozio indiretto, si ha solo «un'aggiunzione all'intento normale del negozio» e quindi le parti intendono realmente

fosse in realtà certa. In tal senso, Cass., 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Riv. not.*, 1985, p. 424.

Non costituirà oggetto di trattazione l'ipotesi della simulazione assoluta dell'accordo accertativo, non rinvenendosi, a tal riguardo, alcuna peculiarità che renda necessaria un'apposita trattazione riferita alla figura contrattuale del n. 12-*bis*.

³⁶⁹ Cfr. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958.

³⁷⁰ Tra le più recenti pronunce che hanno preso posizione sulla distinzione tra negozio indiretto e simulazione relativa, si rinvia a Cass., 17 marzo 2015, n. 5201, in *Guida al diritto*, 2015, 24, p. 61: «sussiste una netta differenza tra il negozio indiretto e la simulazione relativa; mentre in quest'ultima le parti vogliono porre in essere un atto reale, nascondendo sotto le diverse e fittizie apparenze di un atto diverso, palese ma meramente illusorio, e rivolto a nascondere l'atto vero, con il primo (denominato anche procedimento indiretto), invece, le parti, proponendosi di realizzare una particolare finalità, ricorrono alla combinazione di più atti, tutti veri e reali e non illusori, collegandoli insieme, in modo da giungere al fine ultimo propostosi per via indiretta e attraverso il concorso e la reciproca reazione delle varie forme giuridiche collegate».

In senso conforme, Cass., 7 aprile 2006, n. 8098, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1438; Cass., 9 dicembre 1982, n. 6723, in *Giust. civ. Mass.*, fasc. 12.

In dottrina, si rinvia per tutti a T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 149 ss., secondo cui, mentre nel negozio indiretto le parti vogliono effettivamente il negozio adottato, anche se, per suo tramite, intendono conseguire uno scopo pratico diverso da quello normalmente dallo stesso attuato, nella simulazione, la volontà reale delle parti è in contrasto con la dichiarazione.

accertare e, accertando, intendono raggiungere, oltre agli effetti propri del negozio di accertamento, altri effetti pratici, nel caso di specie, non ricorrendo né una preesistente situazione di incertezza né l'intento di accertare, non potrebbe realizzarsi né lo scopo dell'accertamento, né quello ulteriore che si intende conseguire in via indiretta. Nel caso in cui all'adozione dello schema del negozio di accertamento non corrisponda «l'intento di accertare, ma quello di *modificare o estinguere o creare*», non ricorrerebbe nemmeno un'ipotesi di simulazione c.d. relativa, dal momento che non si sarebbe in presenza di un negozio simulato e di uno dissimulato, ma di un solo negozio³⁷¹.

Nell'ipotesi in esame, secondo la dottrina in parola, dovrebbero quindi assegnarsi al negozio giuridico gli effetti giuridici corrispondenti all'intento e non allo schema adottato dalle parti, purché sussistano le condizioni che ne potrebbero consentire il raggiungimento.

La questione si è posta in termini sostanzialmente analoghi anche rispetto al contratto di transazione. A tal proposito, si è osservato come la volontà delle parti non si diriga alla causa del contratto di transazione, ma a quella del diverso negozio, cui corrisponde il risultato concreto che le parti intendono conseguire³⁷². Rispetto a tale ipotesi di simulazione, non

³⁷¹ In questi termini, GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 113 - 116. Parla invece di simulazione relativa del negozio di accertamento E. MOSCATI, *La causa*, in *Diritto civile*. III. *Il contratto in generale*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, p. 282.

³⁷² La divergenza fra la funzione concreta e la funzione astratta non conduce infatti necessariamente alla nullità per difetto di causa del contratto nel caso in cui la prima corrisponda ad un diverso negozio tipico o ad un negozio atipico diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

In tema di qualificazione causale, si rinvia anche a quanto illustrato nel cap. III, par. 2.1 e alla dottrina ivi citata.

La conclusione in parola, laddove accolta, non smentirebbe quanto sopra osservato a proposito della variante traslativa dell'accordo accertativo dell'usucapione.

Si potrebbe infatti, *prima facie*, ritenere che prevedere espressamente l'attribuzione del diritto all'*usucapiente* per l'ipotesi in cui l'acquisto per usucapione non si fosse compiuto possa sostanzialmente presentare le medesime problematiche di un accordo accertativo, stipulato in una situazione di incertezza fittiziamente creata, al solo fine di attribuire un diritto al soggetto, a favore del quale si realizza l'accertamento. Da questo punto di vista, si potrebbe anzi essere indotti a rinvenire un'ingiustificata disparità di trattamento, a tutto vantaggio dell'ipotesi simulatoria, tra due fattispecie negoziali, ugualmente dirette a realizzare un'attribuzione a favore dell'*usucapiente accertato*.

Richiamando quanto sopra rilevato, si deve considerare però come, tra le due ipotesi, sussistano delle differenze di carattere strutturale non trascurabili. Nell'un caso, si ha una manifestazione di volontà alternativa e la previsione di un'attribuzione non causalmente qualificata né, come dimostrato, facilmente qualificabile. In questo caso, il ricorso ad una fattispecie negoziale dotata di una certa complessità trova ragione proprio nella volontà di perseguire uno scopo diverso da quello reso manifesto e non può quindi, per definizione, integrare un'operazione causalmente indifferente, come

ricorrerebbe tuttavia un'antitesi tra gli effetti della transazione e quelli del negozio sottostante, dal momento che il raggiungimento del risultato voluto dalle parti sarebbe comunque compatibile con la realizzazione degli effetti propri del negozio simulato: ne è diversa solo la giustificazione causale, «giacché il contratto transattivo determina il concreto attuarsi di un assetto di interessi altrimenti tipico di un diverso negozio»³⁷³. In considerazione della sostanziale convergenza tra gli effetti del negozio simulato e il risultato concreto che le parti intendono conseguire, verosimilmente non ricorrerà un vero e proprio accordo simulatorio, dal momento che le parti non avranno bisogno di regolare clandestinamente i loro rapporti.

Rispetto alle argomentazioni della dottrina occupatasi, nello specifico, del negozio di accertamento, si ritiene di formulare qualche osservazione, in senso sostanzialmente critico.

In primo luogo, si rileva come l'inquadramento, realizzato nei termini riferiti, si limiti a considerare la vicenda da un solo punto di vista, cioè quello dei rapporti tra le parti del contratto, avuto riguardo, nello specifico, al risultato dispositivo che le stesse intendono conseguire. Dal momento che trattasi di vagliare la ricorrenza di un'ipotesi di simulazione, non sembra poi così corretto soffermarsi alla sola considerazione del piano dei rapporti *inter partes*, dovendosi valutare se e con quali modalità la pretesa identità del risultato dispositivo – che escluderebbe, come visto, la ricorrenza di un vero e proprio accordo simulatorio – rilevi nei confronti dei terzi, aventi causa e creditori delle parti accertanti.

In secondo luogo, qualche riserva potrebbe poi formularsi rispetto alla pretesa riferibilità ad ogni ipotesi di negozio di accertamento – e quindi, potenzialmente, di accordo accertativo dell'usucapione –, che sia stato concluso in presenza di una situazione di incertezza solo fittizia, della valutazione secondo cui ricorrerebbe un solo negozio e non già un negozio simulato ed uno dissimulato. Una simile ricostruzione sembra invero non attribuire rilievo all'autonoma caratterizzazione della vicenda dispositiva sottesa all'accertamento negoziale, limitandosi ad inquadrare la stessa solo in funzione del risultato dispositivo cui si giunge, cioè quello della *crystallizzazione* della titolarità del diritto in capo all'usucapiente accertato.

Ciò a cui ci si intende riferire emerge con maggiore chiarezza considerando, ad esempio, come alla realizzazione di una liberalità indiretta, a favore del soggetto individuato come usucapiente, potrebbe giungersi tanto a fronte di una situazione di incertezza fittizia, quanto in

sembrerebbe, al contrario, potersi qualificare quella realizzata nella variante traslativa dell'accordo accertativo.

³⁷³ In questi termini, SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 241 - 243.

presenza di una situazione di vera e propria controversia. Tralasciando di considerare che, nel caso di incertezza solo fittizia, potrebbe comunque ricorrere un accordo simulatorio, relativo, ad esempio, all'obbligo di pagamento del corrispettivo, non si può non rilevare come l'assimilazione delle due ipotesi potrebbe avere rilevanti implicazioni nei confronti dei terzi.

Con riferimento all'esempio in parola, si consideri, ad esempio, la posizione del legittimario del soggetto accertante l'altrui diritto: nel caso di situazione di incertezza solo fittizia, potrà, agendo come terzo, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 1417 c.c., dimostrare l'intervenuta simulazione dell'accordo di mediazione, residuando invece, nel diverso caso in cui, attorno al compimento dell'acquisto per usucapione, esistesse realmente una situazione di incertezza o di controversia, la sola strada della prova del mancato compimento dell'acquisto a titolo originario.

In definitiva, argomentare esclusivamente dall'identità del risultato dispositivo e dalla possibilità che le parti non debbano procedere alla regolazione dei rapporti interni, per escludere la ricorrenza di ipotesi di simulazione relativa e l'applicabilità della relativa disciplina si traduce nella mancata considerazione di come le parti accertanti, ponendo in essere un'operazione negoziale così articolata, abbiano comunque conseguito il risultato della creazione di una situazione di apparenza, da cui possono discendere rilevanti conseguenze in capo ai terzi, aventi causa dalle medesime³⁷⁴.

In considerazione di ciò, come anticipato, si ritiene che l'approccio più corretto al tema della simulazione dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione sia quello fondato sull'analisi casistica.

5. L'accordo accertativo dell'usucapione ed i terzi: dai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale al contratto per persona da nominare.

A proposito dell'incidenza degli effetti dell'accordo accertativo nella sfera giuridica dei terzi, è assolutamente evidente come, dal momento che la vicenda dispositiva posta in essere dalle parti viene sostanzialmente ad identificarsi con la fissazione *inter partes* di una verità convenzionale, la stessa non potrà certamente vincolare i terzi, che potranno in ogni caso

³⁷⁴ In questo senso, mutuando le parole di autorevole dottrina, non si comprende invero, ad esempio, come volere una donazione nascosta da un accordo accertativo dell'usucapione possa considerarsi equivalente a volere una semplice donazione. Cfr. A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, p. 30.

contestare l'assetto ivi definito³⁷⁵. Continuando nella considerazione degli strumenti a tutela dei terzi, si devono ora considerare quelli specificamente previsti a presidio delle ragioni dei creditori.

Il carattere dispositivo dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione determina, in linea di principio, l'assoggettività del medesimo all'impugnativa *ex art.* 2900 c.c., da parte dei terzi creditori delle parti accertanti³⁷⁶. Dopo aver verificato se, in concreto, ricorrano i presupposti dell'azione revocatoria, si tratterà di definire quali siano gli effetti della medesima con riguardo a questo tipo di contratto.

Partendo dalla considerazione del primo profilo, si tratta *in primis* di definire in presenza di quali condizioni possa in concreto ricorrere il requisito dell'*eventus damni*.

Si è visto come le modalità dispositive proprie dell'accordo accertativo dell'usucapione non escludano l'eventualità che a questo consegua una modificazione della situazione giuridica preesistente: si è infatti esclusa la possibilità di qualificare tale figura come contratto modificativo, ma si è parimenti dimostrato come la validità del negozio di accertamento non possa ritenersi condizionata alla congruenza con la reale situazione giuridica preesistente³⁷⁷. È evidente quindi come il riscontro dell'effettiva ricorrenza di una modificazione della situazione giuridica preesistente acquisti invece rilevanza per i creditori dell'accertante, dal

³⁷⁵ Nel caso in cui, ad esempio, l'accertamento abbia ad oggetto la piena ed esclusiva proprietà, mentre il diritto è in realtà gravato da un diritto reale limitato di godimento o di garanzia, l'accordo sarà inefficace – e quindi contestabile – dai soggetti titolari dei medesimi. All'accertamento negoziale dell'usucapione corrisponde quindi un notevole depotenziamento degli effetti discendenti dalla pronuncia di una sentenza dichiarativa dell'usucapione. A proposito della retroattività dell'usucapione e della c.d. *usucapio libertatis*, cfr. cap. II.

³⁷⁶ Si sono già illustrate le ragioni che conducono ad escludere la possibilità di riconoscere al negozio di accertamento natura dichiarativa. Il tema della revocabilità ha costituito oggetto di particolare discussione anche rispetto ad altri due contratti tradizionalmente qualificati mediante il ricorso al paradigma dell'efficacia dichiarativa.

Viene in misura maggioritaria riconosciuta la possibilità, per i creditori delle parti transigenti, di agire in revocatoria contro il contratto di transazione. Solo dottrina minoritaria, argomentando dalla pretesa efficacia dichiarativa di tale contratto, esclude tale possibilità. Più precisamente, l'esclusione di tale prospettiva rimediaria discende dall'impossibilità di ricondurre tale contratto entro la categoria dei contratti ad effetti modificativi, nonché dall'impossibilità di pervenire ad una sua valutazione in termini di onerosità o gratuità. In tal senso, F. CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1965, p. 228 ss.

Per una sintesi del dibattito in materia, si rinvia a F. VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, I. *La transazione*, Milano, 1980, *passim*.

Analogo dibattito si è posto con riferimento alla divisione, anch'essa qualificata tradizionalmente come contratto ad efficacia dichiarativa.

³⁷⁷ L'accordo accertativo può quindi ricomprendersi entro gli atti di disposizione patrimoniale, cui l'art. 2901 c.c. fa riferimento.

momento che la stessa si tradurrebbe in una diminuzione della loro garanzia patrimoniale³⁷⁸. L'eventuale difformità rispetto alla situazione preesistente, costituendo effetto diretto del negozio di accertamento, integra quindi l'elemento rilevante ai sensi dell'art. 2901 c.c., sul quale è necessario brevemente soffermarsi.

Rispetto all'accordo accertativo dell'usucapione, nell'ipotesi di difformità tra l'esito dell'accertamento e la situazione effettivamente esistente, si realizzerebbe la fissazione della titolarità del diritto in capo al soggetto individuato come usucapiente e questo pregiudicherebbe le ragioni dei creditori dell'accertante. La verifica dell'effettiva ricorrenza di questo pregiudizio, suscettibile di discendere dall'accordo accertativo dell'usucapione, richiederebbe però di accertare quale fosse la situazione giuridica preesistente³⁷⁹. A differenza del comune accertamento del danno, il riscontro dell'intervenuta modificazione della situazione preesistente, pregiudizievole per i creditori dell'accertante, richiederebbe infatti di procedere ad un giudizio giuridico, preliminare rispetto a quello sulla revoca³⁸⁰.

Rispetto a quest'ultimo rilievo, potrebbe quindi porsi una prima ragione di dubbio rispetto all'effettiva esperibilità del rimedio dell'azione revocatoria³⁸¹. Se, come si avrà modo di chiarire nel prosieguo, ai creditori dell'usucapiente, che trascuri di agire in giudizio al fine di ottenere la

³⁷⁸ Nonostante, come visto, l'accordo accertativo dell'usucapione possa integrare una convenzione a titolo oneroso, è evidente come l'iniziativa revocatoria verrà più frequentemente assunta dai creditori dell'accertante.

³⁷⁹ Rispetto agli ordinari atti di disposizione, per rilevare l'esistenza dell'effetto modificativo, sarebbe necessario «un passaggio in più».

In questi termini, a proposito del contratto di transazione, VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, I. *La transazione*, Milano, 1980, passim.

Sul punto, si veda anche SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, cit., secondo cui la possibilità che la situazione successiva alla conclusione del contratto di transazione coincida con quella preesistente non rende necessario l'accertamento pregiudiziale dell'avvenuta modificazione. In questo senso, il confronto tra la situazione giuridica anteriore alla transazione e quella alla stessa posteriore serve solo a provare la concreta ricorrenza dell'*eventus damni*, ma non costituisce presupposto autonomo, non previsto a livello normativo, dell'azione revocatoria.

³⁸⁰ Tale accertamento imporrebbe quindi una questione pregiudiziale rispetto al giudizio di revoca.

³⁸¹ A proposito del contratto di transazione, si rinvia ai rilievi svolti da VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, cit.

L'autore esclude che i creditori delle parti transigenti abbiano la legittimazione ad agire in giudizio in relazione ad un rapporto di cui non solo non sono parte, ma di cui nemmeno pretendono di esserlo.

Un'eccezionale legittimazione ad agire sussiste però solo nelle ipotesi, positivamente previste, di sostituzione processuale, intervento adesivo e litisconsorzio necessario. Diversamente argomentando, si giungerebbe ad ammettere che, per promuovere l'accertamento del diritto altrui, sia sufficiente la presenza dell'interesse ad agire, a prescindere dalla relativa legittimazione.

sentenza dichiarativa dell'usucapione, deve riconoscersi la facoltà di agire in via surrogatoria, è evidente come tale situazione non sia assimilabile a quella qui considerata, successiva alla conclusione di un accordo di mediazione: in tal caso, infatti, ad agire dovrebbero essere i creditori dell'accertante.

Con riferimento poi al riscontro dell'esistenza del *consilium fraudis*, a seconda del carattere oneroso o gratuito dell'accordo accertativo dell'usucapione, dovrà valutarsi sia lo stato soggettivo dell'accertante, sia quello dell'usucapiente accertato ovvero esclusivamente quello del primo.

L'esistenza della situazione di controversia o di incertezza cui il negozio di accertamento pone rimedio sembra, per definizione, escludere la presenza del *consilium fraudis*. Questo elemento sembrerebbe poter concretamente ricorrere nel solo caso in cui la situazione fosse in realtà certa e le parti abbiano posto in essere un accordo accertativo solo simulato³⁸².

³⁸² Con riferimento al contratto di transazione, si è sostenuto che la transazione suscettibile di essere colpita dall'azione revocatoria è «sempre e necessariamente una transazione invalida, o perché annullabile *ex art. 1971 cod. civ.*, o perché simulata». In questo senso, VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, cit., *passim*, spec. p. 117 ss., il quale procede alla distinzione tra diverse ipotesi.

In primo luogo, si deve considerare l'ipotesi in cui il contratto di transazione sia dalle parti concluso in uno stato psicologico di incertezza circa la fondatezza delle rispettive pretese e contestazioni e quella in cui ciascuna delle parti addivenga alla stipula pienamente convinta delle proprie ragioni. Tali transazioni saranno pienamente valide e il creditore che si ritenga dalle stesse danneggiato solo difficilmente potrà ottenerne la revoca, considerato lo stato soggettivo delle parti transigenti.

In secondo luogo, si deve considerare l'ipotesi in cui le parti abbiano concluso il contratto di transazione per comporre una lite temeraria. Con riferimento a tale ipotesi, si deve ulteriormente distinguere tra il caso in cui una parte sia consapevole della temerità della lite e l'altra incerta o pienamente convinta della fondatezza della propria posizione e quello in cui entrambe siano consapevoli dell'infondatezza delle rispettive opinioni. Rispetto al primo caso, gli strumenti a disposizione dei creditori parti accertanti devono individuarsi nell'azione revocatoria e nella proposizione, in via surrogatoria, dell'azione di annullamento *ex art. 1971 c.c.*; con riferimento al secondo caso, laddove si ritenga che il negozio realizzi comunque una funzione transattiva, gli strumenti a disposizione dei creditori delle parti accertanti saranno quelli appena considerati; diversamente, i creditori potranno agire in revocatoria contro il diverso contratto o, nell'ipotesi in cui a questo non corrisponda una funzione meritevole di tutela, con l'azione di nullità per vedere dichiarato il difetto di causa.

Da ultimo, viene in considerazione l'ipotesi in cui il contratto di transazione sia concluso al fine di comporre una lite artificialmente creata dalle parti. Laddove ricorra un caso di simulazione assoluta, si riconosce al creditore la possibilità di cumulare l'azione di simulazione e l'azione revocatoria, conformemente all'indirizzo prevalente in materia.

Nel caso di negozio solo relativamente simulato, si può ulteriormente distinguere tra il caso in cui sia il negozio simulato sia quello dissimulato siano lesivi delle ragioni dei creditori di una delle parti e quello in cui la lesione derivi da uno solo di questi ultimi.

Con riferimento quindi all'accordo accertativo dell'usucapione, all'incertezza relativa al compimento di tale acquisto a titolo originario, sembra non poter che corrispondere l'ignoranza del pregiudizio – da identificarsi con il risultato dell'attribuzione del diritto al soggetto a favore del quale si compie l'accertamento – che lo stesso potrebbe recare ai creditori. In considerazione di ciò, fatti salvi i soli casi in cui l'accordo accertativo intervenga a fronte di una controversia o di una situazione di incertezza solo fittizie, rispetto alla concreta esperibilità del rimedio revocatorio, sembrerebbe porsi un ulteriore ostacolo di ordine operativo.

Richiamando solo brevemente i termini del dibattito relativo al concorso tra azione di simulazione e azione revocatoria, è noto come, con riguardo alla simulazione relativa, secondo una prima interpretazione, sarebbe necessario cumulare azione di simulazione e revocatoria³⁸³; secondo una diversa ricostruzione, come nell'ipotesi di simulazione assoluta, il cumulo tra le due azioni in parola sarebbe invece meramente facoltativo³⁸⁴.

Secondo la prima interpretazione, si dovrebbe infatti, da un lato, procedere all'eliminazione dell'apparenza del negozio simulato e, dall'altro, far dichiarare l'inefficacia del negozio dissimulato valido.

A parere della seconda parte della dottrina, al contrario, i creditori, ignorando, in quanto terzi, il negozio dissimulato, potrebbero agire direttamente in revocatoria contro il negozio apparente, da loro considerato pienamente valido ed efficace. In tale sede, si potrebbe quindi ulteriormente distinguere a seconda che l'atto dissimulato sia o meno pregiudizievole: nel secondo caso, il terzo potrebbe infatti opporre la simulazione al creditore agente in revocatoria, dimostrando la natura solo apparente del pregiudizio discendente dall'atto simulato. La revoca potrà quindi aversi nel solo caso in cui l'atto dissimulato sia pregiudizievole per i creditori nella medesima misura dell'atto simulato. Nel caso in cui l'atto simulato non sia pregiudizievole, a differenza dell'atto dissimulato, si deve procedere, in primo luogo, con la dichiarazione di simulazione, per poi revocare l'atto dissimulato. In definitiva, nel caso di simulazione relativa, l'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti dell'atto simulato, sarebbe possibile solo quando gli effetti che esso è destinato a produrre siano, per quanto concerne la garanzia patrimoniale, identici a quelli prodotti dal negozio dissimulato.

³⁸³ In questo senso, L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, 1950, p. 128.

³⁸⁴ In questo senso, R. NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, sub artt. 2900 - 2904 c.c., in *Commentario del Codice Civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1960; U. NATOLI - L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974, p. 179 ss.

Con particolare riguardo all'ipotesi, sopra analizzata, in cui la divergenza tra volontà e dichiarazione non si traduca in una diversità degli effetti del negozio voluto rispetto a quelli propri del negozio dichiarato, ma solo in una «diversità del titolo giustificativo del prodursi» degli stessi³⁸⁵, si deve rilevare come, secondo autorevole parte della dottrina, potrebbe non porsi un problema di concorso tra azione di simulazione e azione revocatoria e il creditore pregiudicato potrebbe agire direttamente in revocatoria contro il diverso negozio corrispondente al reale intento delle parti. Per valutare la fondatezza di tale conclusione, si devono richiamare le conclusioni sopra raggiunte a proposito della simulazione dell'accordo accertativo.

In primo luogo, si deve considerare come l'accordo accertativo, concluso in presenza di una situazione di incertezza solo fittiziamente creata, potrebbe dirsi nullo per difetto di causa: il creditore dell'accertante non dovrebbe quindi agire in revocatoria per far dichiarare l'inopponibilità di un atto radicalmente inefficace, potendo agire in via immediata per farne dichiarare l'inefficacia.

In secondo luogo, laddove, come preferibile, si ritenga che la sostanziale convergenza tra gli effetti dell'atto simulato e il risultato che i contraenti intendono per suo tramite conseguire non escluda la ricorrenza della simulazione relativa, non si comprende invero come si possa ritenere di agire³⁸⁶ in revocatoria direttamente contro l'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione. Precipuamente in considerazione di quanto osservato a proposito del riscontro dell'*eventus damni*, non si comprende come possa considerarsi ammissibile agire in revocatoria contro un atto che *ex se* non importerebbe alcun danno alle ragioni creditorie³⁸⁷.

In definitiva, si ritiene che, più correttamente, la prospettiva rimediabile per i creditori del simulato accertante si fondi sull'azione di nullità per difetto di causa e su quella di simulazione relativa³⁸⁸.

Considerando quindi l'altro principale mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale, si tratta di valutare se, per la conclusione

³⁸⁵ Cfr. par. 4.4. Sul punto, VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, cit. p. 135.

³⁸⁶ Così, rispetto al contratto di transazione, VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, loc. cit.: pur a fronte dell'esclusione della funzione transattiva, è comunque possibile procedere ad una valutazione della fattispecie contrattuale, al fine di verificare la ricorrenza di un'altra causa tipica o di una causa atipica, meritevole di tutela.

³⁸⁷ Gli effetti dell'accordo accertativo dell'usucapione e dell'atto dissimulato – realizzativo di un'attribuzione a favore dell'usucapiente accertato – non sembrano infatti potersi considerare identici dal punto di vista della garanzia patrimoniale.

³⁸⁸ Sul concorso tra azione di simulazione e revocatoria, con riferimento alla simulazione nella crisi coniugale, si rinvia ad AMADIO, *Revocatoria e simulazione*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2016, p. 307 ss., spec. p. 375 - 379.

dell'accordo accertativo dell'usucapione, possano agire in via surrogatoria i creditori del soggetto che ha posseduto *ad usucapionem*. Il tema richiede evidentemente di verificare la ricorrenza dei presupposti giustificativi dell'azione in parola, avuto, in particolare, riguardo alla qualificazione della posizione giuridica del soggetto usucapiente prima della pronuncia della sentenza di accertamento dell'acquisto a titolo originario in parola. Si vaglierà quindi, in primo luogo, la possibilità di riconoscere ai creditori dell'usucapiente la facoltà di agire, in via surrogatoria, per la pronuncia della sentenza dichiarativa dell'usucapione, per poi giungere a valutare se, sempre per tale via, gli stessi possano sostituirsi all'usucapiente nella conclusione di un accordo di mediazione accertativo dell'usucapione.

Come noto, costituisce oggetto di discussione se, in presenza di tutti i requisiti prescritti per il compimento dell'acquisto a titolo originario in parola, questo si perfezioni automaticamente o se sia, a tal fine, richiesta la pronuncia della sentenza di accertamento. Si è già avuto modo di vedere come, secondo l'opinione assolutamente prevalente, l'usucapione operi *ipso iure*, comportando, appena compiuta, l'acquisto del diritto. Dalla considerazione del regime di disponibilità degli effetti dell'usucapione e della sua rilevanza d'ufficio, emerge però come la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie ritengano, al contrario, che il possesso dia luogo ad una situazione di oggettiva incertezza, superabile nel momento in cui il possessore assuma un'iniziativa per il proprio acquisto o contro di esso³⁸⁹. A questa conclusione si perviene, in particolare, argomentando dalle disposizioni dettate, in materia di prescrizione, dagli artt. 2937 e 2938 c.c., applicabili all'usucapione in virtù del rinvio contenuto nell'art. 1165 c.c.

Così, nell'inquadrare la rinuncia all'usucapione, si esclude che la stessa sia identificabile con la rinuncia al diritto usucapito, ritenendo che la stessa debba, più correttamente, qualificarsi ora come figura dotata di efficacia dichiarativa, ora come figura estintiva, cui può conseguire la sopravvivenza del diritto del precedente titolare³⁹⁰.

Per quanto concerne la rilevanza dell'acquisto per usucapione, relativamente al profilo qui oggetto di analisi, viene in considerazione la previsione dell'art. 2939 c.c., ai sensi del quale, la prescrizione – e, in virtù dell'art. 1165 c.c., l'usucapione – può essere opposta dai creditori e da chiunque vi abbia interesse, qualora la parte non la faccia valere; la stessa potrà parimenti essere opposta anche laddove la parte vi abbia rinunciato.

³⁸⁹ Sul tema, si rinvia per tutti a S. RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992, p. 60 ss.

³⁹⁰ Per una sintesi delle posizioni formatesi sul punto, si rinvia per tutti a F. S. GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958, p. 253 ss.

Sul punto, si veda in particolare L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, a parere del quale, più che di rinuncia, dovrebbe parlarsi di un rifiuto di tutela, cui conseguirebbe la caducazione retroattiva dell'acquisto e il ripristino, senza soluzione di continuità del diritto del precedente titolare.

Della previsione in parola, sono state elaborate due distinte interpretazioni: secondo parte della dottrina, l'art. 2939 c.c. integrerebbe un'applicazione delle norme previste dagli artt. 2900 e 2901 c.c.; secondo altra parte della dottrina, le stesse integrerebbero invece degli strumenti di tutela autonomi, perché svincolati dalle condizioni previste per l'esercizio dell'azione revocatoria e di quella surrogatoria³⁹¹.

A prescindere da questa ulteriore forma di tutela, ai creditori dell'usucapiente viene generalmente riconosciuta la facoltà di agire in surrogatoria al fine di ottenere la sentenza dichiarativa dell'acquisto per usucapione in favore del proprio debitore inerte³⁹². In primo luogo, l'usucapiente viene ritenuto titolare, nei confronti del precedente proprietario, di un'azione avente contenuto patrimoniale; in secondo luogo, si esclude che questa possa considerarsi strettamente inerente alla persona dell'usucapiente e, come tale, attribuite alla sua esclusiva e insurrogabile valutazione.

Per quanto riguarda invece la possibilità di riconoscere ai creditori la facoltà di agire in via surrogatoria per la conclusione di un accordo di mediazione accertativo dell'usucapione, mentre in senso favorevole, depongono il carattere patrimoniale del diritto, nonché – sia pur nei limiti appena illustrati – la possibilità di ritenere che il contratto non dia vita alla costituzione di un nuovo diritto, ma costituisca atto di esercizio di un diritto già esistente nel patrimonio dell'usucapiente; più rilevante risulta l'argomento contrario, facente leva sul carattere essenzialmente personale della facoltà di concludere un contratto.

Con riguardo ai terzi, è interessante, da ultimo, puntualizzare come non sembra doversi escludere la possibilità di stipulare l'accordo accertativo a favore di terzi: attraverso l'apposizione di tale clausola, si realizzerà la deviazione dell'effetto preclusivo a favore del terzo, senza che questi divenga parte dell'accordo accertativo.

Deve invece escludersi la possibilità di stipulare l'accordo in esame nelle forme proprie del contratto per persona da nominare, rinvenendosi un limite, rispetto all'effettiva attuabilità di questa operazione, in relazione alla qualità delle parti accertanti: non sembra infatti possibile ammettere che l'usucapiente possa indifferentemente sostituire a sé un altro soggetto, dal momento che la stessa sostituzione dovrebbe evidentemente riferirsi anche all'acquisto a titolo originario oggetto di accertamento.

³⁹¹ Sul punto, si rinvia ancora a RUPERTO, *L'usucapione*, cit., p. 70 ss.

³⁹² In dottrina, si rinvia per tutti a RUPERTO, *L'usucapione*, cit. p. 72; nella giurisprudenza di merito, Trib. Alessandria, 17 gennaio 1983, in *Arch. civ.*, 1983, p. 749.

6. Cenni relativi al procedimento di mediazione e alla forma.

Accennando solo brevemente al procedimento di mediazione, l'accesso al procedimento si realizza mediante la presentazione della relativa istanza presso un organismo di mediazione. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della stessa. Il procedimento si svolge quindi, senza formalità, presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal relativo regolamento di procedura.

Ai sensi dell'art. 11, d. lgs., 4 marzo 2010, n. 28, nel caso in cui le parti riescano a pervenire ad un accordo, il mediatore forma il processo verbale, al quale viene allegato il testo dell'accordo in parola; in caso contrario, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione³⁹³.

Nel caso di raggiungimento dell'accordo amichevole o di adesione delle parti alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere³⁹⁴. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., per procedere alla trascrizione dello stesso, la sottoscrizione deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Nel caso in cui i tentativi di conciliazione non riescano a giungere a buon fine, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; anche in tal caso, il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere.

Il verbale di accordo, il cui contenuto non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del

³⁹³ La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto e queste devono far pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. Nel caso in cui le parti non rispondano entro il termine, la proposta si intende rifiutata.

Il mediatore può formulare una proposta di conciliazione, in qualunque momento del procedimento, purché le parti concordemente avanzino una richiesta in tal senso.

³⁹⁴ È necessaria, a tal proposito, una puntualizzazione di carattere formale. Bisogna considerare infatti che la legge distingue il verbale di mediazione dall'accordo di conciliazione: alla redazione del primo provvede il mediatore, a quella del secondo provvedono solo le parti. Il verbale di mediazione non riguarderà quindi il contenuto dell'accordo di conciliazione e sarà quest'ultimo che, nel caso in cui debba essere trascritto, dovrà essere autenticato dal pubblico ufficiale autorizzato.

La distinzione deve essere tenuta ben presente anche in considerazione del fatto che il mediatore potrà essere chiamato a certificare l'autografia della sottoscrizione in calce al verbale e non già di quella in calce all'accordo allegato.

Tribunale del circondario in cui ha sede l'organismo di mediazione. Con l'omologazione, il verbale diviene titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale³⁹⁵.

7. Riflessi dell'introduzione del n. 12-bis sul dibattito classico relativo all'ammissibilità del negozio di accertamento.

Si tratta ora di valutare come l'introduzione del n. 12-bis possa incidere sul dibattito classico, di cui si è dato conto nel primo capitolo, relativo all'ammissibilità del negozio di accertamento. Si tratta, in particolare, di comprendere se all'intervenuta tipizzazione degli accordi di mediazione che accertano l'usucapione possa ricollegarsi il pieno riconoscimento di meritevolezza alla funzione di superamento dell'incertezza e quindi l'ammissibilità di negozi di accertamento stipulati al di fuori della procedura di mediazione.

La questione presenta astrattamente due distinti ambiti di rilevanza, potendo riferirsi sia all'attività di accertamento negoziale in generale sia, più limitatamente, a quella avente ad oggetto il perfezionarsi dell'acquisto per usucapione. Volendo limitare, per le ragioni che verranno meglio esposte di seguito, l'indagine al secondo degli ambiti di rilevanza, si deve rilevare come la dottrina occupatasi degli accordi di mediazione accertativi dell'usucapione sia pressoché unanimemente orientata ad ammettere la possibilità di stipulare negozi di accertamento dell'usucapione al di fuori della procedura di mediazione³⁹⁶.

³⁹⁵ Il requisito dell'autenticazione delle firme delle parti dell'accordo di mediazione non può essere assicurato dal provvedimento presidenziale di omologazione, che non incide sull'atto in senso integrativo della sua efficacia. Del resto, un allargamento delle funzioni presidenziali di omologazione comporterebbe il superamento del procedimento tipico che il nostro ordinamento prevede per l'autenticazione giudiziale delle firme apposte ad una scrittura privata, tramite l'azione prevista nell'art. 216, comma 2, c.p.c.

Tale azione è oggi proponibile con notevole accelerazione dei tempi processuali, tramite l'art. 702-bis c.p.c., in tema di procedimenti sommari di merito.

Diversamente, relativamente agli accordi patrimoniali connessi alla separazione consensuale tra i coniugi, la procedura di omologazione riveste il ruolo di vera e propria integrazione di efficacia: il verbale di udienza, soprattutto quando si tratti del trasferimento di diritti reali immobiliari, viene reso così idoneo alla trascrizione ex art. 2657 c.c..

Il legislatore della mediazione ha distinto la fase dell'accordo conciliativo da quello dell'omologazione presidenziale, impedendo così che a quest'ultima possa riconoscersi la funzione di integrazione di efficacia dell'accordo.

³⁹⁶ In tal senso, MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, II, p. 241 ss.; KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo*

accertativo dell'usucapione in Studio CNN n. 718 - 2013/C.; M. SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 217 ss.

Contra, BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 6 ss.; ID., *Brevi note in tema di pubblicità ex art. 2643, n. 12-bis; considerazioni sui rapporti fra il sistema della pubblicità immobiliare "1942" e la novellazione successiva*, in *Riv. not.*, 2016, p. 295.

Questione distinta da quella dell'ammissibilità del negozio di accertamento come figura generale è quella relativa alla sua trascrivibilità. A tal proposito, vengono in rilievo, in primo luogo, la stessa previsione del n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. e, in secondo luogo, il disposto dell'art. 2645 c.c., ai sensi del quale devono trascriversi, agli effetti dell'art. 2644 c.c., «ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti reali immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'articolo 2643».

Posto che viene esclusa, pressoché unanimemente, la possibilità di fare ricorso all'applicazione analogica delle norme dettate in materia di trascrizione e si afferma che gli atti soggetti a trascrizione devono considerarsi tassativi, si deve richiamare, nei suoi termini essenziali, lo stato della dottrina e della giurisprudenza a proposito dell'interpretazione del disposto dell'art. 2645 c.c. e della possibilità di interpretare estensivamente le previsioni che pongono l'onere di trascrizione.

In primo luogo, l'interpretazione estensiva delle disposizioni che pongono l'onere di trascrizione viene generalmente ammessa e giustificata alla luce dell'irragionevole disparità di trattamento che si creerebbe argomentando in senso contrario. Viene così riconosciuta la trascrivibilità, a titolo esemplificativo, del patto di riscatto e di quello di riservato dominio, apposti alle compravendite immobiliari, e della vendita di edifici ancora da costruirsi o in corso di costruzione.

A tal proposito, per un corretto inquadramento del rapporto tra interpretazione estensiva ed applicazione analogica, si rinvia a G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Milano, 2012, pp. 47 - 49.

In secondo luogo, il disposto dell'art. 2645 c.c. è stato diversamente interpretato: secondo l'orientamento maggioritario, tale previsione circoscriverebbe il principio di tassatività in materia di trascrizione, riferendolo solo agli effetti degli atti trascrivibili; secondo una diversa ricostruzione, tale norma consentirebbe la trascrizione di atti produttivi di effetti che siano anche solo assimilabili a quelli dei contratti elencati dall'art. 2643 c.c..

Considerato come sia ancora controversa la definizione della portata applicativa delle previsioni in materia di trascrizione, anche laddove si volesse trarre argomento, dalla previsione del n. 12-*bis*, a sostegno dell'ammissibilità di un negozio di accertamento dell'usucapione, stipulato al di fuori della procedura di mediazione, a quest'ultima non conseguirebbe *ex se* la trascrivibilità dello stesso.

Si ritiene comunque che, laddove fosse possibile riconoscere, a tale negozio di accertamento, i medesimi effetti di quello tipizzato nel n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. – riferibile solo ai negozi di accertamento conclusi mediante il ricorso al procedimento di mediazione – potrebbe essere l'art. 2645 c.c. a legittimarne, eventualmente, la trascrizione. La dottrina che si è occupata degli accordi di mediazione ha ammesso la trascrivibilità degli stessi, ai sensi dell'art. 2645 c.c.: cfr. dottrina citata nella nota 396.

A proposito del dibattito relativo trascrivibilità del negozio di accertamento prima dell'introduzione del n. 12-*bis*, si rinvia per tutti a E. GABRIELLI - F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, Milano, 2012, p. 473 ss.

In senso favorevole all'ammissibilità, in generale, di un negozio di accertamento dell'usucapione, concluso al di fuori della procedura di mediazione, depone l'assenza di un'autentica valenza caratterizzante ricollegabile a quest'ultima: l'attività del mediatore consiste solamente nel favorire l'emersione degli interessi delle parti; una volta che ciò sia avvenuto, il contratto concluso non si differenzia da quello che le stesse avrebbero potuto concludere senza il suo intervento³⁹⁷.

Cionondimeno, delle ragioni di dubbio sussistono rispetto alla possibilità di accogliere la conclusione fatta propria dalla dottrina pressoché unanime. In senso contrario all'ammissibilità di una figura generale di negozio di accertamento, rilevano non solo le difficoltà incontrate in sede di ricostruzione dell'attività dispositiva, ma anche la considerazione delle conclusioni cui si è giunti con riferimento ai rapporti tra accertamento negoziale e accertamento giudiziale.

Si è rilevata la singolarità di un contratto che, da un lato, porta con sé l'*idea* della definizione di un assetto che dovrebbe coincidere con quello effettivamente esistente e, dall'altro, non vede compromessa – *rectius*, non può vedere compromessa – la propria funzionalità a causa dell'inesistenza di ciò che costituisce oggetto di accertamento. Si è poi visto come la stessa menzione dell'usucapione sia, sostanzialmente, elemento di pura struttura, dal momento che, da un lato, la lettera del n. 12-*bis* non si riferisce *tout court* al diritto, ma al titolo del suo acquisto e, dall'altro, l'assenza di quest'ultimo non determina l'invalidità dell'accordo accertativo. Le ragioni che inducono ad escludere la possibilità di fondare sulla previsione di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. il riconoscimento della piena legittimità di un negozio di accertamento, stipulato al di fuori della procedura di mediazione, risiedono quindi, in primo luogo, nell'assoluta peculiarità della vicenda dispositiva e nel correlato rischio di utilizzo elusivo dello strumento contrattuale in parola.

Ai presenti fini, si devono anche considerare le conclusioni raggiunte a proposito dei rapporti tra l'accertamento negoziale, realizzato in sede di mediazione e quello giudiziale. Si è giunti, da un lato, ad escludere che le modalità realizzative di questi siano le medesime e, dall'altro, a riconoscere come la conclusione di un accordo di mediazione costituisca condizione ostativa all'accertamento giudiziale. Da questo punto di vista, sembra quindi tuzioristicamente preferibile escludere che, in assenza di una previsione di carattere generale, ai privati possa riconoscersi la facoltà di incidere in senso limitativo sulla possibilità di fare ricorso alla giustizia ordinaria.

³⁹⁷ Sul procedimento di mediazione, cfr. par. 6.

Né si ritiene che ad una diversa conclusione possa condurre la considerazione secondo cui la tipizzazione di un caso peculiare di negozio di accertamento – quello avente ad oggetto l’acquisto per usucapione – trova esclusiva spiegazione nella possibile funzionalizzazione del negozio di accertamento alla composizione di una lite in materia di usucapione. Un simile rilievo sembrerebbe anzi legittimare la conclusione opposta: proprio perché riferibile ad un caso singolo – quello in cui ad essere incerto o finanche controverso sia il compimento dell’acquisto per usucapione – il legislatore avrebbe potuto realizzare la tipizzazione, in generale, del negozio di accertamento avente ad oggetto tale modo di acquisto a titolo originario. Diversamente argomentando, la tipizzazione del solo negozio di accertamento dell’usucapione, concluso nel corso della procedura di mediazione, troverebbe spiegazione in circostanze sostanzialmente occasionali.

Alla luce di quanto sinora rilevato, si ritiene tuzioristicamente preferibile escludere che, dal dato normativo del n. 12-*bis* dell’art. 2643 c.c., possa trarsi argomento a sostegno della generale ammissibilità del negozio di accertamento.

Nel valutare l’ammissibilità di un negozio di accertamento, concluso al di fuori della procedura di mediazione, rileva altresì la problematica relativa alla possibilità o meno per il notaio di procedere alla redazione di verbali di constatazione nelle ipotesi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla legge. Come noto, l’interpretazione dell’art. 1 L.N. e, più precisamente, il riconoscimento al notaio di una competenza di carattere generale al ricevimento anche di atti non negoziali costituisce, pressoché da sempre, oggetto di dibattito sia in dottrina³⁹⁸ che in giurisprudenza.

³⁹⁸ Nella dottrina notarile, non si rinvencono significative prese di posizione in materia, successive allo Studio CNN n. 432-2012/C.

Tra i più recenti contributi a proposito della competenza notarile al ricevimento di verbali di constatazione, si vedano comunque M. MICCOLI - G. LAURINI, *Il verbale di constatazione: la suggestione di un’usurpazione - il commento*, in *Notariato*, 2016, VI, p. 634 ss. a proposito della decisione della Co. Re. Di. della Lombardia 25 febbraio 2016, n. 121 che, condannando per violazione dell’art. 28 L.N., il notaio rogante un verbale di constatazione, ha in particolare censurato «la mancata indicazione della finalità dell’attività ricognitiva e l’apprezzamento tecnico di circostanze non immediatamente desumibili da una semplice osservazione di un soggetto terzo, quale il notaio».

A commento della recente Cass., 26 settembre 2016, n. 19570, si veda A. BRIENZA, *Verbale di pubblicazione di fotocopia di testamento olografo smarrito - il commento*, in *Notariato*, 2016, VI, p. 628 ss.; C. DE ROSA, *La funzione notarile di certificazione e le recenti riflessioni della Cassazione sulla c.d. “precostituzione della prova” - approfondimento giuridico* pubblicato in *Feder Notizie* in data 1 dicembre 2016.

Secondo un primo orientamento³⁹⁹, il notaio è titolare di una competenza di carattere generale al ricevimento di atti negoziali, mentre può ricevere atti non negoziali nei soli casi in cui sia, a tal fine, espressamente autorizzato dalla legge. La posizione di tale parte della dottrina si fonda, in primo luogo, sulla formulazione letterale della norma sopra citata: il primo capoverso individuerrebbe, in particolare, la funzione notarile istituzionale, mentre il secondo e il terzo indicherebbero delle attribuzioni ulteriori, non suscettibili di interpretazione estensiva o di applicazione analogica⁴⁰⁰.

Secondo una diversa ricostruzione, il notaio possiede invece una competenza di carattere generale al ricevimento sia di atti negoziali sia di atti non negoziali. L'argomento tradizionalmente posto a sostegno di tale affermazione viene tratto, in particolare, dagli artt. 2699 e 2700 c.c.: tali disposizioni, presupponendo la prioritaria competenza del notaio ed enunciando l'attitudine del corrispondente documento a fare piena prova di quanto in esso direttamente rappresentato, legittimerebbero infatti il riconoscimento di una competenza notarile all'assunzione, nei propri documenti, di qualsivoglia contenuto⁴⁰¹.

Tale rilievo ha però costituito oggetto di sostanziale svalutazione⁴⁰² anche ad opera della dottrina che riconosce la sussistenza di una

³⁹⁹ In tal senso, V. ANDRIOLI, *Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, in *Riv. not.*, 1947, pp. 35 - 37, nota a commento di Cass., 27 marzo 1945, n. 201: l'autore, in particolare, ritiene che, con riferimento al problema della competenza notarile al ricevimento di deposizioni testimoniali, non venga tanto in rilievo il disposto dell'art. 28 L.N., quanto piuttosto l'art. 1 L.N., che chiaramente individua due distinte classi di attribuzioni notarili, la seconda delle quali si pone come eccezione rispetto alla prima.

In senso contrario alla configurabilità di una competenza generale al ricevimento di atti non negoziali, si pronunciano anche C. FALZONE - A. ALIBRANDI, *Constatazione (verbale di)*, in *Diz. enc. dir. not.*, I, 1973, pp. 672 - 674.

⁴⁰⁰ In questo senso, si veda per tutti S. MILITOTTI, *Verbali di constatazione e funzioni notarili*, in *Riv. not.*, 1989, p. 588.

⁴⁰¹ In questo senso, G. DONÀ, *Notariato e Archivi Notarili*, in *NDI*, VIII, 1939, p. 1065; F. CARNELUTTI, *Assunzione di prove a mezzo del notaio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, II, pp. 210 - 225, a commento di Trib. Milano, 6 marzo 1939 e App. Milano, 2 maggio 1939; A. GIULIANI, in *Riv. not.*, 1961, pp. 497 ss., nota a Trib. Milano, 21 aprile 1961.

Nello stesso senso, si veda anche A. TONANI, *Eppur si muove! (a proposito di una recente sentenza in tema di constatazioni notarili)*, in *Riv. not.*, 1959, pp. 618 - 621, secondo il quale il verbale di constatazione non costituisce *ex se* mezzo probatorio, potendo solo eventualmente diventarlo, in epoca successiva al suo ricevimento: «al momento in cui sono redatti, non è sempre facile discernere, anche dal Notaio, quale sia il movente della richiesta constatazione. E, per un retto giudizio sulla questione, dobbiamo solo ed unicamente a questo momento riferirci essendo indifferenti le vicende *post actum*».

⁴⁰² Altro argomento sostanzialmente trascurabile è quello secondo cui conferma della competenza notarile al ricevimento di atti di constatazione potrebbe ricavarsi dall'art. 7 della tariffa professionale che menziona espressamente i verbali di constatazione.

competenza notarile di carattere generale: le norme codicistiche in parola presuppongono la prioritaria competenza del notaio in ordine alla formazione del documento stesso, quest'ultima non deve considerarsi come «competenza già data», ma come competenza da determinare alla stregua delle norme specificamente regolanti le attribuzioni funzionali notarili. Secondo tale parte della dottrina, il dato normativo consistente nella previsione di singole ipotesi in cui al notaio si riconosce la facoltà di procedere alla constatazione di fatti o di stati di fatto⁴⁰³ non implica che tale insieme di facoltà debba interpretarsi quale sistema chiuso⁴⁰⁴.

La giurisprudenza, al contrario della dottrina sinora citata, tende ad affrontare il tema della competenza notarile al ricevimento di verbali di constatazione da un peculiare punto di vista, che non è quello dell'art. 1 L.N., ma dell'art. 28 L.N.⁴⁰⁵.

Come è noto, l'art. 28 L.N. sanziona con la nullità, in primo luogo, gli atti espressamente proibiti dalla legge. È noto altresì come, secondo un indirizzo assolutamente consolidato, entro tale novero debbano ricondursi non solo gli atti espressamente vietati dalla legge, ma anche quelli la cui ricevibilità sia negata sulla base di un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale. La giurisprudenza di legittimità ha, in particolare, chiarito come la presenza di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali contrastanti, a nessuno dei quali sia possibile attribuire netta

In tal senso, E. PROTETTI - C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 1981, p. 34; Cass., 31 luglio 1939, n. 3026, in *Mass. Foro it.*, 1939, p. 595. È evidente come a tale rilievo non possa attribuirsi valore dirimente, dal momento che la previsione della tariffa notarile potrebbe riferirsi ai verbali di constatazione c.d. tipici.

⁴⁰³ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla documentazione del rifiuto di trascrizione da parte del Conservatore (art. 2674, comma 2, c.c.) e a quella delle deliberazioni assembleari.

⁴⁰⁴ In questi termini, S. TONDO, *Documentazione notarile a fini non negoziali in Studi e materiali* a cura della Commissione Studi del CNN, 1, Milano, 1986, p. 279 ss.; ID., *Documentazione notarile di dichiarazioni testimoniali* in *Studi e materiali* a cura della Commissione Studi del CNN, 6.1, Milano, 2001, p. 500 ss.; G. CASU, *Verbalizzazione di giochi a premio redatta da notaio* in *Studi e materiali* a cura della Commissione Studi del CNN, 5.2, Milano, 1998, p. 537 ss.; ID., *Dismissione del patrimonio pubblico e verbale d'asta*, in *Studi e materiali* a cura della Commissione Studi del CNN, n. 2/2003, p. 392 ss.; ID. in S. TONDO - A. RUOTOLO - G. CASU, *Il documento* in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, IX, 9, Napoli, 2003, p. 15 ss.

⁴⁰⁵ Secondo la ricostruzione preferibile, la possibile violazione dell'art. 28 L.N. è, diversamente da come dimostra di intenderlo la giurisprudenza, problema che si pone rispetto ad un atto di cui sia stata preventivamente riconosciuta la competenza notarile. Sul punto, si veda per tutti CASU, *Verbalizzazione di giochi a premio redatta da notaio*, cit., p. 537 ss., spec. 540, nonché V. ANDRIOLI, *Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, in *Riv. not.*, 1947, p. 35 ss., spec. p. 36; R. TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 L.N.*, in *Riv. not.*, 1972, p. 1320 ss., spec. p. 1323; S. MILIOTTI, *Verbali di constatazione e funzioni notarili*, in *Riv. not.*, p. 581 ss., spec. p. 591.

prevalenza, escluda la possibile censura di nullità dell'atto perché «espressamente proibito»⁴⁰⁶. In considerazione di ciò, potrebbe ritenersi che, rispetto al ricevimento di un verbale constatato atipico, il notaio rogante non incorrerebbe nella violazione dell'art. 28 L.N., non essendo possibile qualificare lo stesso come «atto espressamente proibito dalla legge».

A tal proposito, si deve però considerare come, con riferimento, in generale, all'attività notarile atipica di preconstituzione di prove⁴⁰⁷, la giurisprudenza abbia però affermato la violazione dell'art. 28 L.N., per contrarietà non già ad una proibizione espressa, ma all'ordine pubblico, sostenendo, in particolare, che il notaio, che così proceda, realizzi la sostanziale usurpazione di funzioni di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria.

È opportuno rilevare come, a proposito della definizione delle circostanze in presenza delle quali può ritenersi legittimo parlare di «pacifica» contrarietà dell'atto all'ordine pubblico, non si sia sinora giunti a risultati che possano dirsi realmente decisivi, essendosi la dottrina viepiù limitata a dibattere attorno allo stesso concetto di ordine pubblico e ad estendere, a tale peculiare ipotesi di violazione dell'art. 28 L.N., il criterio interpretativo elaborato in relazione ai casi di nullità dell'atto «espressamente proibito». Al fine di evitare che la soluzione della questione relativa alla ricevibilità di un verbale di constatazione possa ridursi al semplice rilievo, evidentemente non così affidante, per cui l'atto che non è *pacificamente* contrario all'ordine pubblico può essere ricevuto dal notaio, si ritiene opportuno, come suggerito da un recente arresto della giurisprudenza di legittimità⁴⁰⁸, considerare il caso concreto e valutare

⁴⁰⁶ Tra le più recenti pronunce sul punto, si veda Cass., 8 maggio 2015, n. 9425, in *Foro it.*, 2015, 11, I, p. 3541; Cass., 11 aprile 2014, n. 8611, in *Riv. not.*, 2014, p. 303; Cass., 20 luglio 2011, n. 15892, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 9; Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Riv. not.*, 2011, II, p. 897.

⁴⁰⁷ Il dibattito in materia ha riguardato non solo il ricevimento di verbali di constatazione, ma anche quello di dichiarazioni testimoniali.

⁴⁰⁸ Cfr. Cass., 30 settembre 2016, n. 19570, cit.: «nel caso in cui sia contestata al notaio la violazione di cui all'art. 28 L.N. per aver posto in essere un atto contrario all'ordine pubblico in quanto di competenza dell'Autorità giudiziaria, compito del giudice disciplinare è stabilire se quello specifico atto notarile costituisca, con evidenza univoca ed indiscutibile, un tentativo di sostituzione dell'opera del notaio a quella degli organi giurisdizionali». Seguendo l'impostazione della Corte di Cassazione, si dovrebbe quindi partire dalla considerazione della fattispecie concreta e procedere alla «sussunzione della stessa in un precetto», per valutare se, in concreto, il notaio abbia inteso sostituirsi all'autorità giudiziaria.

Il caso oggetto della pronuncia citata riguardava, in particolare, un «atto di accertamento dell'esistenza di testamento smarrito», rispetto al quale il Conservatore dell'Archivio notarile aveva contestato la violazione degli artt. 28 e 47 L.N., per contrarietà all'ordine pubblico.

quindi se effettivamente il notaio, ricevendo tale atto, possa finire o meno per surrogarsi all'autorità giudiziaria.

In definitiva, in considerazione dei presenti rilievi, rispetto alla possibilità di fare ricorso ad un contratto di accertamento dell'usucapione al di fuori della procedura di mediazione, sembra porsi un ulteriore ostacolo di carattere eminentemente pratico.

A proposito di questa sentenza, si rinvia a BRIENZA, *Verbale di pubblicazione di fotocopia di testamento olografo smarrito - il commento*, loc. ult. cit.; DE ROSA, *La funzione notarile di certificazione e le recenti riflessioni della Cassazione sulla c.d. "prestituzione della prova"*, loc. ult. cit.

Anche alla luce di questo recente arresto giurisprudenziale, si ritiene che solo limitato rilievo possa attribuirsi a quell'interpretazione secondo cui, per gli atti non negoziali, non potrà mai parlarsi di un loro contrasto con l'art. 28 L.N. In tal senso, in particolare, R. TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 L.N.*, in *Riv. not.*, 1972, p. 1320 ss., spec. p. 1323.

Capitolo IV

ACCORDO ACCERTATIVO DELL'USUCAPIONE, TRASCRIZIONE ED ACQUISTO DEL DIRITTO

1. Accordo accertativo quale titolo d'acquisto del diritto?

Nel ricostruire la vicenda dispositiva realizzata dall'accordo accertativo, si è escluso che, per conseguire il risultato della "fissazione" della titolarità del diritto in capo all'usucapiente, il soggetto che accerta l'altrui diritto possa disporre di quest'ultimo in senso attributivo.

Un ultimo aspetto, cui si è solo brevemente accennato, necessita di chiarimento: si tratta di comprendere se l'accordo accertativo possa costituire, in senso proprio, fonte dell'«acquisto del diritto» e, in caso di risposta positiva, se quest'ultimo debba qualificarsi in termini di derivatività o di originarietà⁴⁰⁹.

Il tema della configurabilità di un acquisto che trovi titolo nel nell'accordo accertativo e, quello correlato, della sua qualificazione, non sono mai stati particolarmente approfonditi e prese di posizione sul punto – o anche semplici riferimenti al problema – non si rinvengono nemmeno nelle trattazioni dedicate, più in generale, al negozio di accertamento⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ In senso contrario rispetto a tale prospettazione, si pone un duplice argomento: in primo luogo, la rilevata impossibilità di configurare la vicenda dispositiva in termini attributivi e, in secondo luogo, il riferimento all'usucapione quale fonte dell'acquisto, su cui si interverrebbe in senso «meramente» accertativo.

Il problema della configurabilità di un «acquisto del diritto» è stato rilevato anche con riferimento al contratto di transazione. Cfr. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 434, che ha proposto il superamento della tradizionale distinzione tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo, a favore dell'esclusivo riferimento al concetto di «attribuzione patrimoniale».

⁴¹⁰ Come visto, secondo la tradizionale ricostruzione del negozio di accertamento, sul negozio di accertamento non si può fondare un acquisto a titolo derivativo.

Sembra cogliere le difficoltà relative alla qualificazione dell'acquisto, senza fornirne una convincente ricostruzione, M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo accertativo dell'usucapione*, in Studio CNN n. 718-2013/C, il quale afferma: «l'applicazione delle regole sugli acquisti a titolo derivativo all'accordo accertativo dell'usucapione si risolve, in buona sostanza, in un ibrido con conseguenze tra le parti e rispetto ai terzi significativamente diverse rispetto al medesimo accertamento contenuto in una sentenza».

Qualificano come derivativo l'acquisto le ricostruzioni che ricollegano all'accordo accertativo la produzione di effetti traslativi *tout court*.

Per questa ragione, si ritiene opportuno partire dall'analisi degli esiti cui la dottrina è giunta relativamente, più in generale, all'inquadramento della vicenda giuridica dell'acquisto del diritto⁴¹¹.

L'acquisto del diritto, secondo la definizione descrittiva che ne viene tradizionalmente fornita, consegue al verificarsi di uno o più fatti in virtù dei quali «l'ordinamento giuridico riconosce, e cioè attribuisce o destina la titolarità di un diritto ad un determinato soggetto» e realizza «la congiunzione o il collegamento del diritto con un determinato soggetto»⁴¹².

La rappresentazione della vicenda acquisitiva viene quindi tradizionalmente realizzata facendo ricorso allo schema della fattispecie produttiva di effetti: l'acquisto del diritto – come ogni altra vicenda giuridica cui consegue la costituzione, la modificazione o l'estinzione di una situazione giuridica soggettiva – costituisce la concretizzazione di un effetto giuridico che trova la propria causa in un fatto giuridico⁴¹³. Essenziale completamento della rappresentazione della vicenda acquisitiva in questi termini è costituito dalla entificazione del diritto soggettivo e dalla connotazione in termini materialistici della stessa titolarità⁴¹⁴. Assunto il diritto soggettivo come oggetto immediato delle vicende acquisitive, divenire titolare dello stesso costituisce quindi vicenda sostanzialmente assimilabile all'apprensione materiale di una *res*.

La configurazione in termini materialistici del diritto soggettivo comporta quindi l'assunzione, da parte dello stesso, di una duplice natura: lo stesso viene infatti inteso sia come concetto esprimente una relazione

⁴¹¹ Come, del resto, è facilmente intuibile, la distinzione tra acquisto a titolo originario e acquisto a titolo derivativo è influenzata dalle modalità attraverso cui viene ricostruita la stessa vicenda dell'acquisto del diritto.

⁴¹² Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958; G. STOLFI, voce *Diritti (Acquisto di)*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 855.

⁴¹³ Secondo una diversa impostazione, il rapporto giuridico – e non il fatto giuridico – costituisce unico termine immediato di riferimento dell'effettualità giuridica. Più precisamente, pur considerando il fatto giuridico come fatto produttivo di effetti giuridici, questi devono essere riferiti al rapporto giuridico e devono conseguentemente classificarsi come nascita, modificazione o estinzione di rapporti giuridici. Realizzata la sostituzione dell'idea delle vicende del diritto soggettivo con il diverso riferimento al rapporto giuridico, le vicende relative alla titolarità vengono descritte come modificazioni soggettive.

In questi termini, M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, 1939, *passim*.

Per una critica all'impostazione in parola, si rinvia a PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, cit., p. 22 ss.; per una sostanziale assimilazione all'impostazione tradizionale, U. RUFFOLO - F. DI GIOVANNI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 2007, p. 2.

⁴¹⁴ Sul punto, si veda N. IRTI, *Sul concetto di titolarità (Persone fisica e obbligo giuridico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 501 ss.

tra soggetto e bene, sia come entità concreta. La stessa relazione tra diritto e soggetto diviene conseguentemente duplice: non solo il diritto soggettivo postula, per la sua venuta ad esistenza, il riferimento ad un soggetto⁴¹⁵, ma viene riferito a quest'ultimo, attraverso l'idea materialistica di titolarità. Tale duplice natura del diritto soggettivo ha condotto la dottrina ad interrogarsi circa l'identità o diversità del diritto acquistato rispetto a quello presupposto in capo al dante causa e la considerazione del soggetto quale elemento del diritto soggettivo ha condotto ad affermare che il trasferimento di un diritto sottende in ogni caso l'estinzione del diritto esistente in capo al precedente titolare e la nascita di un diritto nuovo in capo all'acquirente⁴¹⁶.

Per superare l'evidente inconciliabilità tra le conseguenze cui conduceva la configurazione in termini materialistici della vicenda acquisitiva e la continuità fra situazione precedente e situazione acquisita, emergente dai principî cristallizzati nei brocardi *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* e *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, la dottrina tradizionale – che riconosceva la distinzione tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo, impiegati per designare, rispettivamente, il trasferimento e la nascita di un diritto – ritenne più opportuno porre da parte l'idea del trasferimento del medesimo diritto, inteso come entità materiale, a favore dell'idea della dipendenza del diritto acquistato da quello del dante causa⁴¹⁷. Questo non ha però

⁴¹⁵ Cfr. S. PUGLIATTI - A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, p. 21; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 118.

⁴¹⁶ Per la nozione tradizionale di successione, intesa come «fenomeno per cui un soggetto (successore o avente causa) viene ad assumere rispetto ad una relazione giuridicamente rilevante quella medesima posizione che era precedentemente occupata da un altro soggetto (dante causa)» si rinvia agli autori citati da R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti* in Nss. D.I., XVIII, Torino, 1970, p. 606, nt. 1. Cfr. anche G. GORLA, *L'assegnazione giudiziale dei crediti*, Padova, 1936, p. 166.

Per la critica al tradizionale concetto di successione, si rinvia a F. CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pp. 6 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 138 ss.; T. RAVÀ, *Il titolo di credito nella teoria dell'acquisto dei diritti*, Milano, 1936, pp. 36 ss.; FALZEA - PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., pp. 24 ss.; G. STOLFI, *Concetto dell'erede*, in *Giur. it.*, 1949, IV, pp. 162 ss.; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 88.

⁴¹⁷ Cfr. R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti* in Nss. D.I., XVIII, Torino, 1970, p. 608: «la successione andrebbe allora costruita non come sostituzione di un soggetto ad un altro in una data posizione giuridica che permane identica, ma come formazione di nuova posizione sia pure dipendente da quella preesistente presso il primo titolare». Presupposto del concetto di successione è la possibilità che una situazione non si estingua col venir meno del suo titolare, ma permanga in vita ricollegandosi ad un diverso titolare. In virtù di ciò, si giunge a delimitare l'ambito del fenomeno successorio ricomprendendovi solo i casi in cui oggetto dello stesso siano «relazioni umane giuridicamente qualificate, che si ritengono suscettibili di permanere in vita

comportato il superamento del concetto di successione, al quale si continua a riconoscere legittimità, anche se definito facendo riferimento alle modalità con cui l'ordinamento giuridico valuta la situazione del successore in relazione a quella del dante causa.

Secondo l'impostazione in parola, presupposto essenziale affinché l'ordinamento giuridico riconosca l'esistenza di un fenomeno di successione nei diritti è la presenza di una fattispecie acquisitiva, ma non ogni forma di acquisto di un diritto può dar luogo ad un fenomeno di successione⁴¹⁸. In particolare, sarà legittimo parlare di successione nei soli casi in cui, dalla valutazione normativa della fattispecie acquisitiva, emerga che la posizione dell'acquirente viene normativamente qualificata in relazione alla posizione del titolare precedente, realizzandosi un'identificazione delle due situazioni giuridiche, considerata l'una come «continuazione giuridica» – e non semplicemente cronologica – dell'altra⁴¹⁹.

Il realizzarsi di questa continuazione presuppone, dal punto di vista pratico, che gli elementi di carattere obiettivo caratterizzanti la posizione del precedente titolare permangano immutati e conseguentemente si determini l'impossibilità della sua coesistenza con quella del susseguente titolare. Su questi presupposti di carattere pratico, si innesta quindi l'identificazione formale delle due posizioni, normativamente realizzata mediante la costituzione di un nesso di dipendenza obiettiva reso evidente dal fatto che «la seconda situazione sorge in quanto si estingue la prima» e dal fatto che «la seconda situazione esiste in quanto esisteva la prima».

Le impostazioni dogmatiche tradizionali, di stampo soggettivistico, hanno quindi costituito oggetto di revisione da parte della dottrina che, ponendosi al contrario in un'ottica oggettivistica, ha evitato l'assunzione aprioristica di concetti quali «diritto soggettivo» e «soggetto», considerando quindi gli stessi non già come entità che si

malgrado la modificazione del soggetto che in un determinato momento ne è titolare».

⁴¹⁸ La successione non deve essere considerata come risultato essenzialmente dipendente dal trasferimento del diritto.

L'acquisto originario, a prescindere da come sia definito in contrapposizione all'acquisto derivativo, è concettualmente incompatibile con il fenomeno successorio: la fattispecie acquisitiva è costituita da elementi di fatto propri del solo acquirente e la sua posizione di titolarità risulta obbiettivamente indipendente da quella del precedente titolare.

Nell'acquisto originario, il fatto costitutivo del diritto è dato esclusivamente dal fatto acquisitivo: a quest'ultimo consegue non solo ciò che, con espressione descrittiva, viene definito «ricollegarsi della titolarità al soggetto», ma la stessa venuta ad esistenza del diritto.

Non si ha successione nemmeno nell'ipotesi del c.d. acquisto derivativo - costitutivo.

⁴¹⁹ In definitiva, la successione non è un fatto, ma la qualificazione giuridica di una fattispecie acquisitiva. Cfr. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, pp. 608 - 609, nt. 2.

impongono quali realtà oggettive, ma come mezzi della tecnica giuridica⁴²⁰.

Secondo tale diversa impostazione, è necessario superare non solo la tendenza all'entificazione del diritto soggettivo, ma anche quella, alla prima strettamente legata, alla descrizione della vicenda acquisitiva esclusivamente nei termini di fattispecie produttiva di effetti giuridici, per giungere al suo inquadramento secondo i paradigmi propri della valutazione normativa del fatto⁴²¹. In questo senso, la stessa vicenda «acquisto del diritto» è suscettibile di essere considerata come conclusione autorizzata dall'ordinamento sulla base della valutazione, compiuta dallo stesso, di fatti e comportamenti: l'acquisto del diritto costituisce quindi espressione di una «particolare e relativa rilevanza giuridica del fatto»⁴²².

⁴²⁰ Cfr. U. RUFFOLO - F. DI GIOVANNI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. giur.*, I, pp. 2 - 3: sia che si parli di identità del diritto trasferito, sia che si ravvisi quale elemento caratteristico della successione l'esistenza di un nesso di dipendenza obbiettiva tra le situazioni del dante causa e dell'acquirente, «rimane sempre misteriosa l'asserzione dell'esistenza del diritto in capo al soggetto e la apparente e non appagante soluzione del mistero pur sempre affidata alla visione materialistica della congiunzione di due entità (diritto e soggetto)».

⁴²¹ Cfr. N. IRTI, *Sul concetto di titolarità (Persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 503; ID., *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 67; ID., voce *Rilevanza giuridica*, in *Nss. dig. It.*, Torino, 1968, p. 1094 ss.; ID., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 64 ss.

In estrema sintesi, secondo la teoria della norma come giudizio valutativo, i comportamenti umani costituiscono oggetto di valutazione normativa e, attraverso di essa, penetrano nel mondo del diritto e assumono rilevanza giuridica. La descrizione del fatto assume il termine tecnico di fattispecie, mentre l'effetto giuridico designa la qualifica che la norma ricollega al verificarsi del fatto.

Nell'analizzare il concetto di titolarità con particolare riferimento all'obbligo giuridico, si giunge alla sostanziale «dissoluzione» dello stesso: da un lato, l'obbligo costituisce «modalità normativa di un contegno futuro» e il giudizio di doverosità «non solleva un problema di imputazione, ossia di legame con un soggetto stabile ed unitario»; dall'altro, «il soggetto non è estrinseco al contegno e suscettibile di venire contrapposto o collegato con esso, ma è tutt'uno con il contegno».

Per la teoria della norma come giudizio valutativo, si rinvia a T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche (1919 - 1920)*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, pp. 4 ss., 10 ss., 21 ss., 30 ss.; M. GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, rist. Bologna, 1965, p. 16 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, ora in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 14 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 85 ss.

⁴²² Mentre l'impostazione tradizionale attribuisce all'individuazione di una posizione di titolarità – realizzata, a titolo esemplificativo, mediante l'affermazione «Tizio ha un determinato diritto» – una funzione preliminare rispetto alla definizione, da realizzarsi quindi in via deduttiva, della disciplina applicabile, la dottrina moderna attribuisce all'asserzione di titolarità la sola funzione di sintetizzare e, conseguentemente, richiamare la relativa disciplina. Questa impostazione conduce a considerare «diritto soggettivo» e «soggetto» come gli elementi semplici del discorso giuridico, «dovendosi riconoscere in ciascuno dei due concetti non già il nome di un «esistente», ma, nel primo, uno strumento utile a richiamare la «classe» delle possibili

Chiariti i termini ricostruttivi della vicenda giuridica dell'acquisto del diritto, è necessario ora soffermarsi sulla distinzione tra acquisti a titolo derivativo e acquisto a titolo originario, cui vengono tradizionalmente riferite le espressioni di *trasferimento* e *nascita* del diritto⁴²³. Tale categorizzazione degli acquisti, per quanto sia pressoché unanimemente ammessa, risulta variamente intesa⁴²⁴.

Secondo una prima ricostruzione, si può parlare di derivatività nel solo caso in cui l'acquisto costituisca effetto discendente da un atto o negozio giuridico privato, mentre sono qualificabili come acquisti originari quelle vicende acquisitive totalmente svincolate da qualsiasi rapporto tra il titolare del diritto e altri⁴²⁵. Siffatta ricostruzione evidentemente pone un problema di qualificazione rispetto agli acquisti che, anche se prodotti da fattispecie legali o da provvedimenti dell'autorità amministrativa, sono soggetti alla disciplina propria degli acquisti a titolo derivativo⁴²⁶.

qualificazioni affermabili, dato un fatto, dalla norma, e nel secondo un elemento del fatto valutato dalla norma (autore del comportamento; termine del riferimento normativo del mero fatto, ecc.)». In questi termini, RUFFOLO - DI GIOVANNI, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁴²³ Solo rispetto all'acquisto a titolo originario, si realizza la coincidenza tra nascita e acquisto del diritto. Se si considerasse come elemento necessario di ogni situazione soggettiva l'identità del soggetto titolare, la coincidenza tra nascita e acquisto del diritto si verificherebbe, come visto, in tutte le ipotesi di acquisto, presupponendo ogni acquisto almeno il mutamento del termine soggettivo.

Il superamento di questa apparente impasse è avvenuto grazie all'elaborazione di «concetti correlativi come il *trasferimento* (in relazione al precedente titolare), l'*acquisto derivativo* (in relazione al nuovo titolare) e la *successione* (considerazione del fenomeno indipendentemente dai suoi soggetti)». Cfr. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958.

⁴²⁴ Contesta l'opportunità di fare ricorso al concetto di acquisto derivativo ALLARA, *Teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, pp. 14 - 15. Secondo l'impostazione adottata dall'Autore citato, già sopra richiamata, si dovrebbe parlare in ogni caso di variazioni o vicende del rapporto giuridico e gli acquisti tradizionalmente definiti derivativi dovrebbero, più correttamente, essere inquadrati come vicende modificative del rapporto.

⁴²⁵ Cfr. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 1934, I, p. 220; V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, 3^a ed., a cura di F. Vassalli, Roma, 1912, p. 161.

Contra, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 135 ss.; NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, XII, 1, Torino, 1940, p. 989, i quali rilevano l'opportunità di prescindere, nella prospettiva di qualificazione dell'acquisto, dalla considerazione della struttura della fattispecie acquisitiva, la quale può contribuire, tutt'al più, a porre in evidenza diverse figure di acquisto derivativo.

⁴²⁶ Si intende fare riferimento essenzialmente alla successione a causa di morte *ab intestato*, all'assegnazione giudiziale di crediti e all'aggiudicazione in sede di espropriazione esecutiva, nonché all'espropriazione per pubblico interesse. Cfr. S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disporre*, in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1951, p. 35.

Abbandonando quindi questa prospettiva, orientata precipuamente alla considerazione dell'aspetto soggettivo della vicenda acquisitiva, altra parte della dottrina assume come riferimento, con riguardo agli acquisti derivativi, l'elemento oggettivo individuato nella «derivazione o dipendenza» del diritto dell'acquirente, del rapporto giuridico o dell'acquisto, dal diritto del precedente titolare o dal preesistente rapporto giuridico⁴²⁷. L'esistenza di tale rapporto di dipendenza o derivazione viene quindi ulteriormente specificato, da certa parte della dottrina, ricollegando il carattere derivativo dell'acquisto alla presenza di due elementi: il primo viene identificato nella coincidenza temporale tra acquisto del diritto e correlativa perdita dello stesso da parte del precedente titolare; il secondo viene definito nei termini di «nesso di causalità» o «nesso genetico» e pone in evidenza come l'acquisto del diritto da parte del nuovo titolare non solo sia cronologicamente coincidente con la perdita subita dal precedente, ma costituisca effetto di questa⁴²⁸. Secondo questa ricostruzione, l'acquisto è correlativamente definibile come originario nel caso in cui «il diritto che si collega ad un soggetto sorge in lui direttamente e cioè indipendentemente dall'esistenza di un qualsiasi rapporto giuridico con un'altra persona, sia che il diritto non preesistesse in favore di altri, sia che invece il diritto fosse in precedenza appartenuto ad altri»⁴²⁹.

⁴²⁷ Tale relazione di dipendenza o derivazione viene quindi definita come «nesso fra il rapporto precedentemente esistente ed il nuovo che si viene a formare, onde il nuovo diritto ripete la sua origine e la sua ragion d'essere dalla esistenza del diritto precedente o ulteriormente precisata qualificando come derivativi gli acquisti nei quali non è soltanto presupposto ma ragione dell'acquisto che la cosa sia, quando si acquista, d'altri».

Correlativamente, di acquisto a titolo originario si parla nei casi in cui l'acquisto del diritto avviene indipendente dall'esistenza di un diritto uguale di un altro precedente titolare.

Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2^a ed., I, Roma, 1928, p. 640; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 143 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, p. 382.

Fa riferimento all'esistenza di un nesso di derivazione anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 21 ss.

⁴²⁸ Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, p. 295; SCUTO, *Istituzioni di diritto privato*, I, Napoli, 1955, p. 337; STOLFI, *Diritti (acquisto di)*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 856; CARIOTA - FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 16.

In mancanza del nesso di causalità, nonostante la coincidenza cronologica tra acquisto e perdita del diritto, l'acquisto sarà a titolo originario. L'acquisto della proprietà per usucapione ventennale o decennale non può quindi definirsi derivativo ed infatti, a dispetto della rilevata coincidenza temporale, si afferma che la perdita subita dall'antico titolare non costituisce antecedente logico, ma conseguenza dell'acquisto fatto dal nuovo.

⁴²⁹ Di non preesistenza del diritto in favore di altri si può parlare nel caso di occupazione di *res nullius*, mentre di acquisto a titolo originario di un diritto in precedenza appartenuto ad altri nel caso di occupazione di *res derelicta*. Cfr. STOLFI, *Diritti (Acquisto di)*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 855 ss., che

Diversamente, secondo altra dottrina, tra la perdita del diritto da parte del precedente titolare e l'acquisto da parte del susseguente non deve individuarsi un rapporto di causalità, costituendo questi ultimi effetti interdipendenti, fondati sulla medesima causa giuridica. Alla medesima fattispecie, normativamente qualificata come idonea a produrre l'acquisto del diritto, cioè ad attribuire e destinare la titolarità dello stesso ad un soggetto determinato, è ricollegabile anche l'effetto consistente nella perdita del diritto da parte del precedente titolare dello stesso. Si potrà quindi parlare di derivatività solo nel caso in cui la fattispecie produttiva dell'acquisto si caratterizzi per una qualificazione normativa la cui peculiarità risiede nel fatto che l'attribuzione del diritto si effettua «sul presupposto e in correlazione col riconoscimento e l'attribuzione del diritto stesso in favore del precedente titolare»; di originarietà, correlativamente, laddove si prescinda «da ogni precedente riconoscimento o attribuzione, nel senso che: o una precedente non esiste o non è mai esistita, o la precedente attribuzione è venuta meno; o, in ogni caso, essa appare giuridicamente irrilevante; o infine viene disconosciuta, al punto che il nuovo acquisto, anziché legarsi ad essa, ne produce di riflesso l'estinzione»⁴³⁰.

Secondo gli autori che adottano l'impostazione dogmatica propria della teoria della norma come giudizio valutativo, l'importanza della distinzione in esame – per come tradizionalmente intesa – deve essere sottoposta ad una sorta di ridimensionamento, possedendo sostanzialmente mera valenza descrittiva: la stessa vale infatti solamente ad indicare i casi in cui la disciplina della situazione dell'acquirente si ricava anche ponendola in relazione con quella del precedente titolare⁴³¹.

fonda il carattere originario dell'acquisto sul «rapporto immediato di una persona con una cosa».

⁴³⁰ In questi termini, PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958.

Questa impostazione ha consentito di superare le difficoltà incontrate – da quella parte della dottrina che ricollega la qualificazione in termini di derivatività alla volontarietà del trasferimento del diritto – con riferimento alla qualificazione dei trasferimenti coattivi, compresi entro l'ambito applicativo dei principî propri degli acquisti a titolo derivativo.

⁴³¹ In tal senso, RUFFOLO - DI GIOVANNI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. giur.*, cit., p. 4, i quali non mancano di evidenziare come anche in relazione ad acquisti tradizionalmente considerati a titolo originario, tra i quali *in primis* l'usucapione, si faccia comunque riferimento all'oggetto e ai limiti del diritto del precedente titolare. Secondo gli Autori citati, il principio, tradizionalmente considerato idoneo a connotare gli acquisti a titolo derivativo, e consistente nel fatto che il diritto si trasmette all'acquirente nella medesima situazione giuridica in cui si trovava presso il precedente titolare è – riprendendo l'osservazione di C. MAIORCA, voce *Vicende giuridiche*, in *Nss. dig. it.*, XX; I; Torino, 1971, p. 605 ss. – «un principio persino ovvio; ché il potenziale giuridico che interviene in una vicenda, in qualsiasi vicenda, è quello che esiste in concreto nella posizione di cui si tratti, né più né meno». Non è

Ricorrendo a tale diverso modello ricostruttivo che assume come riferimento la particolare rilevanza giuridica di un fatto preso in considerazione dalla norma, la qualifica in termini di derivatività od originarietà non discende quindi da una differenza ontologica tra le due modalità di acquisto, ma dalla particolare e relativa rilevanza giuridica del fatto⁴³².

Dal momento che, come visto, la stessa vicenda acquisitiva non viene inquadrata come fattispecie produttiva di un effetto giuridico, ma viene considerata quale espressione della particolare rilevanza giuridica di un fatto preso in considerazione dall'ordinamento giuridico, correlativamente, nella qualificazione dell'acquisto in parola, non si potrà partire da una sorta di preconcepita riferibilità al medesimo delle nozioni di derivatività – o di originarietà – ma si dovrà verificare se, per come normativamente valutato, possano trovare applicazione i principî propri degli acquisti a titolo derivativo.

A tal fine, non sarà quindi sufficiente considerare atomisticamente il fatto che autorizza l'asserzione di titolarità, dovendosi definire lo statuto normativo dell'acquirente anche attraverso la considerazione di quei «atti, fatti e comportamenti» che assumono rilevanza rispetto al primo, alla luce della valutazione normativa che dello stesso viene compiuta⁴³³.

dato quindi ravvisare una diversità ontologica tra i vari modi di acquisto del diritto, ma le caratteristiche della situazione dell'acquirente dipendono dal «diverso atteggiarsi in concreto della fattispecie acquisitiva».

In senso sostanzialmente analogo, SACCO - CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Scialoja - Branca, Milano, 2014, p. 474 ss.: «se si fa dipendere la natura originaria o derivativa del modo di acquisto dalla configurazione dello stesso acquisto (inteso come vicenda - costituzione o trapasso del diritto), allora bisognerà ricavarsi la configurazione della vicenda acquisitiva dalla sopravvenienza o dall'estinzione dei diritti reali limitati e non viceversa».

⁴³² Sul punto, si veda RUFFOLO - DI GIOVANNI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. giur.*, p. 4: le conclusioni giuridiche autorizzate dall'asserzione «Tizio ha acquistato il tale diritto» dipendono «dalla particolare e relativa rilevanza giuridica del fatto (appartenente alla serie di fatti che l'ordinamento presuppone a base di quella asserzione di titolarità) che si è in concreto verificato con riferimento a Tizio»; «tale particolare e relativa rilevanza giuridica del fatto può dipendere a sua volta (e anzi di norma dipende) dalla relazione di esso con altri fatti (in virtù del loro comune riferimento), sicché presupposto delle conclusioni di diritto richiamate dall'asserzione di titolarità saranno anche tali ulteriori fatti oltre a quello direttamente riguardato dalla norma».

Sul punto, si veda anche P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 219 ss.

⁴³³ Cfr. RUFFOLO - DI GIOVANNI, *loc. cit.*, p. 4: «in luogo di tale descrizione, che assegna al fatto il ruolo di *causa produttiva* del fenomeno dell'acquisto del diritto (quasi si trattasse di un evento naturalistico di generazione o traslazione di un'entità, concreto e reale quanto il fatto che lo produce), va privilegiato il diverso modulo ricostruttivo che fa perno sulla particolare rilevanza giuridica di un fatto preso direttamente in considerazione dalla norma, onde operare le valutazioni normative di altri fatti, atti, comportamenti, che viste dal lato soggettivo (cioè in termini di facoltà,

Dal momento che anche rispetto agli acquisti a titolo originario, la rilevanza giuridica del fatto acquisitivo risulta condizionata dal collegamento con altri fatti⁴³⁴, acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo si differenziano a seconda dei fatti considerati rilevanti ai fini della valutazione della posizione dell'acquirente. In questo senso, rispetto ad un contratto traslativo della proprietà, lo statuto giuridico del soggetto acquirente verrà conformato anche sulla base della considerazione di altri fatti, cui è normativamente riconosciuta rilevanza, verificatisi con riferimento al precedente titolare.

Ritornando all'analisi dell'accordo accertativo, costituisce, in primo luogo, oggetto di discussione la possibilità stessa di ricollegare direttamente al contratto in parola l'acquisto del diritto. Costituisce dato di immediata evidenza come, in senso contrario alla qualificabilità in questi termini della presente figura contrattuale, si ponga l'essenza stessa del fenomeno accertativo il quale, per definizione, interviene a fronte di un acquisto che – quantomeno secondo la comune prospettazione delle parti contraenti – si è già realizzato⁴³⁵. La risoluzione della questione relativa alla configurabilità di un acquisto, inteso quale effetto direttamente prodotto dall'accordo accertativo, si potrebbe realizzare solo effettuando un confronto tra la situazione preesistente all'accertamento e quella definita in sede accertativa e alla soluzione positiva potrebbe pervenirsi solo laddove si riscontrasse che l'acquisto per usucapione, accertato negozialmente, non si era in realtà mai perfezionato: solo in questa eventualità, sembrerebbe infatti autorizzata la conclusione secondo cui «si è formata una nuova posizione giuridica»⁴³⁶.

Si è già sottolineato, in sede di analisi della vicenda dispositiva, come l'approccio ricostruttivo che si fonda sulla considerazione dei possibili esiti dispositivi della vicenda accertativa, desunti, a loro volta, dal confronto tra la situazione negozialmente accertata e quella effettivamente esistente, non possa considerarsi accettabile e conferma di tale

poteri, doveri, obblighi) ci rendono l'immagine della situazione di un soggetto di cui diciamo che ha acquistato un diritto soggettivo».

Si afferma quindi che «le conclusioni giuridiche autorizzate dall'asserzione di titolarità» dipendono dalla particolare e relativa rilevanza giuridica del fatto verificatosi in concreto rispetto al soggetto acquirente. Tale particolare e relativa rilevanza giuridica del fatto può dipendere a sua volta dalla relazione con altri fatti – individuati in funzione del loro comune riferimento – che contribuiranno a definire quali siano le conclusioni «richiamate dall'asserzione di titolarità».

⁴³⁴ Richiamando l'esemplificazione svolta dalla dottrina citata nella nota precedente, la rilevanza giuridica dell'occupazione risulta condizionata dalla *derelictio* posta in essere dal precedente titolare.

⁴³⁵ Si è già avuto modo di vedere come l'accertamento, non riferendosi *tout court* al diritto reale, si realizzi mediante l'accertamento dell'intervenuto acquisto dello stesso ad altro titolo.

⁴³⁶ L'espressione è di NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, loc. ult. cit.

inaccettabilità, sulla base di quanto appena rilevato, si trae anche dalla considerazione del profilo qui oggetto di approfondimento.

A fronte della rilevata inattitudine qualificatoria di una simile impostazione ricostruttiva, si ritiene che la risoluzione della questione relativa alla possibilità di rinvenire nell'accordo accertativo il titolo d'acquisto del diritto per l'usucapiente accertato debba partire dalla considerazione di due soli elementi: in primo luogo, la dimostrata impossibilità di rinvenire nell'accordo accertativo una vicenda dispositivo - attributiva e la possibilità di inquadrare la stessa solo mediante il ricorso al paradigma dell'efficacia preclusiva; in secondo luogo, la prevista trascrizione dell'accordo accertativo ai sensi dell'art. 2644 c.c.⁴³⁷.

In particolare, la considerazione del primo elemento è funzionale a porre in luce come l'accertamento negoziale integri una vicenda negoziale che, per le caratteristiche della situazione su cui viene ad incidere, non è suscettibile di inquadramento secondo i paradigmi effettuali che ordinariamente consentono di identificare anche il ricorrere di una fattispecie acquisitiva.

In ragione della peculiarità delle modalità dispositive attraverso cui si realizza l'accertamento negoziale dell'usucapione⁴³⁸, l'adozione della

⁴³⁷ A proposito della trascrizione, si deve segnalare come parte autorevole della dottrina abbia ritenuto che, nonostante la collocazione codicistica della previsione del n. 12-*bis*, l'accordo accertativo dell'usucapione sia trascritto a meri fini di pubblicità - notizia. L'usucapiente diviene infatti proprietario non già a seguito dell'accordo accertativo, ma solo a seguito del possesso ventennale dell'immobile.

La trascrizione dell'accordo accertativo è dunque «la trascrizione di un atto avente mera efficacia ricognitiva e insuscettibile come tale di dare luogo ad un conflitto con la trascrizione di atti dispositivi». In considerazione di ciò, l'opponibilità costituisce un effetto proprio dell'usucapione, non potendo, in alcun caso, l'accordo accertativo dello stesso rappresentare titolo costitutivo dell'acquisto.

In questi termini, C. M. BIANCA, *La trascrizione del verbale dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2016, I, p. 119 ss.

⁴³⁸ Le difficoltà relative all'inquadramento della vicenda dispositiva realizzata dal negozio di accertamento si riscontrano anche rispetto alla definizione della sua collocazione rispetto alla distinzione tra contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori.

Da un lato, infatti si è escluso che il superamento della situazione di incertezza si realizzi attraverso l'assunzione di un vero e proprio obbligo di non contestare l'assetto negozialmente definito, dall'altro, si è dimostrato come la vicenda dispositiva non possa ricostruirsi come attribuzione, posta in essere dall'accertante, a favore dell'usucapiente accertato, del diritto attorno alla cui titolarità sussiste una situazione di incertezza.

Come visto, la vicenda dispositiva si sostanzia nella fissazione di una verità convenzionale e, in termini solo descrittivi, nella sostanziale disposizione, in senso abdicativo, della facoltà di avanzare contestazioni rispetto alla stessa; attraverso la prevista trascrizione, ai sensi dell'art. 2644 c.c., si consegue poi l'effetto consistente nel rendere opponibile tale assetto proprietario *erga omnes*. In considerazione di ciò, l'accordo accertativo dell'usucapione potrebbe descrittivamente definirsi come contratto *a rilevanza reale*.

prospettiva analitica propria della teoria della norma come giudizio valutativo discende dal riscontro di come questa sia l'unica in grado di consentire un inquadramento della vicenda acquisitiva.

Abbandonando la prospettiva ricostruttiva incentrata sull'esclusiva descrizione dell'effetto e adottando quella che invece considera come il fatto – in tal caso, l'accordo accertativo – venga normativamente valutato, sembra legittimo affermare che la valutazione normativa della figura contrattuale in esame⁴³⁹, comunque si ritenga di ricostruirla, è quella propria di una vicenda giuridica che – sia pur non autonomamente – autorizza la conclusione per cui l'accertato usucapiente «ha acquistato il diritto».

Come si è già rilevato⁴⁴⁰, l'accordo accertativo dell'usucapione integra infatti un'autonoma vicenda dispositiva, funzionalmente diretta a realizzare il superamento dell'incertezza o della controversia relativa al perfezionamento dell'acquisto a titolo originario: in ragione di ciò, allo stesso, per quanto non gli sia ricollegabile un fenomeno successorio in senso proprio, sembra potersi riferire quella valutazione normativa, il cui contenuto si sostanzia nella «nascita del diritto»⁴⁴¹.

⁴³⁹ Secondo l'impostazione dogmatica propria della norma come giudizio valutativo, la rilevanza di un fatto discende dalla sua conformità rispetto ad un criterio di individuazione e, in considerazione di ciò, «il diritto obiettivo si risolve in un sistema di criteri di individuazione e di predicati di giudizi futuri». Conseguentemente, «la rilevanza esterna di un fatto si traduce in giudizi giuridici, cioè in giudizi nei quali il rilevante soggetto viene congiunto con un predicato normativo: fatto rilevante è il fatto, che viene individuato nel diritto e che, come soggetto del giudizio, riceve un predicato normativo». In questi termini, IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Nss. dig. it.*, cit., p. 1107.

Portato di tale impostazione ricostruttiva, come visto, è la sostanziale dissoluzione del concetto di titolarità, che indica «non tanto una relazione di appartenenza, quanto il ruolo che il soggetto svolge come tramite tra (il verificarsi di) una di quelle fattispecie (ad es., atto traslativo negoziale), e (l'operatività del)lo schema complessivo di qualificazione del comportamento (ad es., proprietà)». La citazione è tratta da G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 391.

⁴⁴⁰ Sostanziale conferma si trae anche dalla prevista trascrizione ai sensi dell'art. 2644 c.c., che costituisce, da tale punto di vista, manifestazione della valutazione normativa della figura contrattuale in parola.

⁴⁴¹ Sul rapporto tra «nascita del diritto» e acquisto del medesimo, si rinvia ancora a IRTI, *La disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., pp. 96 - 101. Secondo tale dottrina, con l'espressione «nascita del diritto» si indica solamente un tipo di effetto giuridico: più precisamente, il verificarsi di un determinato fatto giuridico fa sì che una determinata valutazione normativa – il cui contenuto consiste nello «stabilire una possibilità di pretendere qualche cosa» – divenga concreta. Come la nascita, anche l'acquisto del diritto va spiegato sul piano normativo. Questo presuppone quindi che il diritto sia nato e cioè che, verificatisi fatti conformi al modello legale, sia nata «una possibilità di pretendere qualcosa». Solo dopo la nascita del diritto, si pone il problema della titolarità del medesimo, cioè si manifesta «l'esigenza di indirizzare il contenuto del giudizio normativo ad un soggetto».

Diversamente argomentando e ritenendo quindi che la fattispecie acquisitiva si fondi solo ed esclusivamente sull'usucapione, non solo la collocazione codicistica della norma relativa all'accordo accertativo risulterebbe assolutamente irragionevole, ma quest'ultimo finirebbero per integrare una mera vicenda attestativa o ripetitiva⁴⁴².

Come già rilevato, la conclusione cui si è giunti non equivale a ricollegare all'accordo accertativo dell'usucapione, nemmeno in termini descrittivi, un effetto novativo dell'acquisto a titolo originario, dal momento che, in alcun caso, la vicenda negoziale accertativa è destinata ad incidere direttamente su quest'ultimo.

2. Qualificazione dell'acquisto dell'usucapiente accertato

Dal momento che la stessa configurabilità di un acquisto discendente dall'accordo accertativo è, come visto, questione di una certa complessità, la sua qualificazione in termini di derivatività od originarietà non risulta conseguentemente di così immediata evidenza.

Continuando a considerare la vicenda dispositiva in un'ottica onnicomprensiva, che esclude di attribuire rilievo alla distinzione tra il caso in cui la situazione definita per il tramite dell'accertamento negoziale sia diversa da quella effettivamente esistente e quello in cui queste coincidano⁴⁴³, la qualificazione dell'acquisto dell'usucapiente accertato risulta problematica essenzialmente per due motivi, tra loro strettamente connessi. Il primo si riferisce, più nello specifico, alle caratteristiche della

Come la nascita del diritto, anche la titolarità costituisce contenuto di un giudizio normativo, implicando che «una norma, in virtù di uno o più fatti, attribuisca o destini il diritto ad un soggetto».

⁴⁴² In questo senso, il carattere di *novità* della posizione giuridica dell'usucapiente accertato non si coglierà rispetto alla situazione giuridica effettivamente esistente, ma dovrà riferirsi al confronto con lo stato di incertezza, preesistente all'accertamento. Non sembra tenere in alcuna considerazione la collocazione codicistica della previsione in materia di accordi accertativi dell'usucapione la dottrina citata nella nota 420.

⁴⁴³ Adottando una simile impostazione, si finirebbe per riferire il problema della qualificazione dell'acquisto del diritto al solo caso in cui l'accordo accertativo intervenga a fronte di un acquisto per usucapione già perfezionatosi. In particolare, risulterebbe problematica la qualificazione dell'acquisto realizzatosi in forza di un atto di disposizione posto in essere dall'usucapiente *non dominus*. La prospettazione di siffatta ipotesi problematica sottende però la ricostruzione della vicenda dispositiva in termini attributivi, della cui inaccettabilità si è già ampiamente riferito. Argomentare in questi termini equivarrebbe, in definitiva, a qualificare l'acquisto sulla base dell'esito cui ha condotto il confronto tra la situazione accertata e quella effettivamente esistente.

situazione su cui interviene l'accertamento; il secondo all'articolazione strutturale della vicenda dispositiva realizzata dall'accordo accertativo.

L'accordo accertativo dell'usucapione – come, più in generale, il negozio di accertamento – costituisce una figura negoziale⁴⁴⁴ che, proprio perché incidente su una situazione di incertezza o di controversia e funzionalmente diretto a realizzare il superamento di queste ultime, determina ciò che, con espressione descrittiva, si è definito come «soluzione di continuità rispetto al passato». A tal fine, il soggetto che accerta l'altrui diritto non dispone di quest'ultimo in senso attributivo, ma si vincola all'assetto, definito in sede negoziale, che si sostanzia nella fissazione della titolarità del diritto in capo all'usucapiente accertato.

In particolare, la combinata considerazione della situazione di incertezza o di controversia su cui incide l'accordo accertativo e del contesto dispositivo dell'accertamento negoziale di un diritto che – quantomeno secondo la concorde prospettazione delle parti si è già realizzato – consentirebbe di inquadrare la questione relativa alla qualificazione dell'acquisto da un punto di vista più generale: astruendo dalla specifica vicenda dispositiva in esame, si tratta di chiarire se il fatto che il soggetto disponente non sia più titolare del diritto di cui dispone – o, situazione sostanzialmente equivalente ai presenti fini – il fatto che sussista incertezza circa la stessa escludano *ex se* la qualificazione dell'acquisto in termini di derivatività.

Proposta in questi termini, la questione in esame richiama la prospettazione ricostruttiva avanzata da autorevole dottrina a proposito della qualificazione dell'acquisto dal secondo avente causa da un comune autore che abbia trascritto il proprio titolo in epoca anteriore alla trascrizione del primo avente causa ed a cui sia quindi, in virtù dell'art. 2644 c.c., riconosciuta prevalenza. Richiamando solo brevemente i termini della questione, è noto come, siano stati elaborati diversi tentativi di inquadramento dell'acquisto per prioritaria trascrizione *ex art. 2644 c.c.*

Secondo la ricostruzione più risalente⁴⁴⁵, la prevalenza del secondo avente causa, primo trascrivente trova ragione nel carattere costitutivo della trascrizione: questa costituisce infatti momento perfezionativo della fattispecie acquisitiva. In questo senso, il conflitto tra priorità della trascrizione ed immediata efficacia traslativa del consenso viene risolto eliminando uno dei due termini dello stesso, vale a dire il principio del consenso traslativo.

Altra parte della dottrina ritiene, al contrario, che il consenso legittimamente manifestato non produca altro che il trasferimento della

⁴⁴⁴ Secondo l'orientamento tradizionale di cui sopra si è riferito, questa circostanza indurrebbe a qualificare l'acquisto in termini di derivatività.

⁴⁴⁵ Cfr. F. S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 30.

proprietà con effetti limitati alle parti del contratto e che quindi l'opponibilità del diritto acquistato *erga omnes* sia conseguibile solo in virtù della trascrizione. In questo senso, allo scambio dei consensi si ricollegano effetti solo minorati: in virtù di questo, si realizza infatti una vicenda traslativa non pienamente efficace⁴⁴⁶.

Una spiegazione, per certi versi, analoga è quella secondo cui, dopo il primo atto di disposizione, residuerebbe in capo al comune autore una «legittimazione residua, finché nessuno trascriva». In considerazione di ciò, nel caso di più acquisti successivi, vi saranno tanti diritti concorrenti di più persone su un oggetto, fra cui la trascrizione costituirà criterio di scelta⁴⁴⁷.

Secondo un ultimo orientamento⁴⁴⁸, la prioritaria trascrizione del titolo posteriore opera come condizione risolutiva legale dell'acquisto anteriore, tardivamente trascritto o non trascritto. La ricostruzione si fonda su una sorta di assunzione preliminare relativa alla natura dell'acquisto del secondo acquirente che per primo abbia trascritto il proprio titolo: tale acquisto deve potersi qualificare come *a domino*. Per conseguire tale risultato qualificatorio, la fattispecie acquisitiva dell'art. 2644 c.c. viene quindi così ricostruita: in forza del consenso legittimamente manifestato, il primo avente causa acquista un diritto reale assoluto ed opponibile *erga omnes*; il secondo acquirente acquista *a non domino* solo inizialmente e, procedendo alla trascrizione del suo titolo d'acquisto, produce la risoluzione dell'acquisto del primo acquirente, diventando *ab origine* acquirente *a domino*. All'eliminazione retroattiva degli effetti reali del titolo d'acquisto del primo avente causa dal comune autore consegue quindi la qualificabilità dell'acquisto del secondo avente causa, primo trascrivente in termini di derivatività.

Partendo dalla considerazione dell'assunzione preliminare sottesa alla ricostruzione da ultimo riferita, autorevole dottrina giunge ad escludere la necessità di fare ricorso al meccanismo risolutivo ad effetti retroattivi, prospettando la possibilità di qualificare come derivativo l'acquisto *a non domino* del secondo avente causa, primo trascrivente⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Cfr. L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, Milano, 1952, p. 448; M. COMPORTI, *Diritti reali in generale* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1980, p. 99.

⁴⁴⁷ In tal senso, C.A. FUNAJOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951, p. 386.

⁴⁴⁸ Per questo orientamento, si rinvia a E. GABRIELLI - F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Torino, 2012, p. 14 ss.

⁴⁴⁹ In tal senso, G. GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 355 ss.

Tale prospettazione ha costituito oggetto di successivo sviluppo ad opera di A. TODESCHINI PREMUDA, *La fattispecie acquisitiva dell'art. 2644 c.c. Sul concetto di acquisto a titolo derivativo*.

Tornando all'analisi dell'accordo accertativo dell'usucapione, se quest'ultimo, come visto, può integrare, per come normativamente valutato, titolo d'acquisto del diritto dell'usucapiente accertato, non sembrerebbe parimenti autorizzata la conclusione per cui lo statuto normativo di quest'ultimo è quello proprio degli acquisti a titolo derivativo. In particolare, si è già rilevato come il peculiare contesto dispositivo – quello dell'accertamento di un acquisto già perfezionatosi – sembrerebbe condurre, alternativamente, o ad escludere che tale acquisto sia qualificabile secondo le tradizionali categorie di derivatività ed originarietà o ad affermare che questo sia, tutt'al più, suscettibile di essere definito come acquisto a titolo originario⁴⁵⁰.

Le perplessità che sembrano porsi rispetto alla qualificazione dell'acquisto dell'usucapiente accertato, nascono però dalla prospettiva di indagine adottata, che considera esclusivamente la fattispecie acquisitiva. Secondo l'impostazione dogmatica della norma come giudizio valutativo, come visto, ciò che rileva invece non è solo la presenza di un fatto o di una fattispecie che autorizza l'asserzione secondo cui un soggetto «ha acquistato il tale diritto». In particolare, la qualificazione in termini di derivatività o di originarietà non discende da una ontologica differenza tra i vari modi di acquisto del diritto, ma dalla particolare e relativa rilevanza giuridica del fatto stesso. La definizione di un diritto in termini di derivatività non discende quindi dall'assunzione aprioristica del concetto in parola, ma dalla positiva verifica dell'applicabilità dei principi caratterizzanti tali acquisti.

Riprendendo i termini propri dell'impostazione dogmatica in parola, l'accordo accertativo, se, da un lato, costituisce il fatto su cui trova fondamento l'asserzione di titolarità⁴⁵¹, dall'altro, non rappresenta l'unico punto di riferimento per la qualificazione dell'acquisto, dovendosi a tal fine considerare anche altri fatti, che sono normativamente posti in relazione con quello cui la norma attribuisce diretta rilevanza ai fini acquisitivi.

⁴⁵⁰ Richiamando le definizioni di originarietà cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti, potrebbe infatti sostenersi che, con riferimento all'acquisto dell'usucapiente accertato, si prescinde «da ogni precedente riconoscimento o attribuzione, nel senso che: o una precedente non esiste o non è mai esistita, o la precedente attribuzione è venuta meno; o, in ogni caso, essa appare giuridicamente irrilevante». In tal senso, PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958.

La qualificazione in termini di originarietà dell'acquisto che trovi titolo in un contratto di transazione è stata prospettata, in tempi recenti, da C. CICERO, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco - *I singoli contratti*, IX, p. 107.

⁴⁵¹ Sul corretto modo di intendere il concetto di titolarità, cfr. nt. 421.

Considerando quindi come venga ad «atteggiarsi *in concreto*» la fattispecie acquisitiva realizzata dall'accordo accertativo dell'usucapione, è evidente come la situazione dell'acquirente sarà definita anche in relazione a quella del precedente proprietario: a quest'ultimo saranno infatti opponibili i diritti che i terzi aventi causa dall'accertante abbiano trascritto a suo carico in epoca anteriore alla trascrizione dell'accordo accertativo.

La prevista trascrizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2644 c.c.⁴⁵² determina quindi che «l'immagine della situazione» dell'usucapiente accertato non possa essere definita alla sola stregua del fatto che autorizza l'asserzione di titolarità, dovendosi al contrario tenere conto, ai fini della definizione dello statuto del soggetto acquirente, anche degli altri atti e fatti allo stesso opponibili. Così inquadrata la particolare e relativa rilevanza giuridica del fatto, la disciplina della situazione giuridica dell'acquirente risulterà definita in relazione a quella del precedente proprietario⁴⁵³, nonostante non possa certamente affermarsi che questi dispone del diritto quale *dominus*, stante l'intervenuto perfezionamento dell'usucapione di cui si realizza negoziabilmente l'accertamento.

In considerazione dell'analisi concreta della fattispecie acquisitiva, è certamente da escludere la possibilità di qualificare l'acquisto dell'usucapiente accertato come originario, in considerazione dell'identità della posizione giuridica soggettiva dell'usucapiente accertato rispetto allo statuto proprietario dell'accertante.

Alla luce di queste considerazioni, non secondo una «logica di derivatività rigida»⁴⁵⁴, ma assumendo come riferimento la considerazione della disciplina applicabile al soggetto riconosciuto convenzionalmente come usucapiente, sembra quindi possibile riconoscere la qualifica di derivatività ad un acquisto che, intervenendo per dirimere una situazione di incertezza o di controversia, accertando l'intervenuto compimento dell'acquisto per usucapione, sembrerebbe escludere per definizione la possibilità di individuare quel «nesso di derivazione» che tradizionalmente viene posto a sostegno della derivatività⁴⁵⁵.

⁴⁵² Tale norma consente di individuare i fatti dotati di rilevanza giuridica ai fini della qualificazione dell'acquisto dell'usucapiente accertato.

⁴⁵³ Si è essenzialmente presupposto, anche perché situazione rispondente all'ordinaria prassi operativa, che il soggetto che provvede all'accertamento dell'altrui diritto sia il soggetto che, stando alle risultanze dei registri immobiliari, è l'attuale titolare del diritto.

In questo senso, si veda anche KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione* in Studio CNN n. 718 - 2013/C.

⁴⁵⁴ L'espressione è di G. AMADIO, *La salvezza dei diritti dei terzi*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 111.

⁴⁵⁵ Potrebbe ritenersi che i profili problematici su cui ci è soffermati nelle presenti pagine sarebbero stati facilmente risolvibili semplicemente considerando come la

3. Accertamento negoziale dell'usucapione e risoluzione dei conflitti circolatori.

3.1 Pubblicità dichiarativa ed applicazione del principio di continuità ex art. 2650 c.c.

Da ultimo, è necessario soffermarsi, più approfonditamente di quanto sinora fatto, sull'analisi dei conflitti circolatori che possono coinvolgere anche un accordo di mediazione accertativo dell'usucapione. Si è già chiarito come la trascrizione, disposta ai sensi dell'art. 2644 c.c., comporti l'inserimento di un acquisto a titolo originario nella dinamica circolatoria propria di quelli derivativi e la conseguente disapplicazione delle regole dettate per la risoluzione di un conflitto tra un acquisto a titolo originario, giudizialmente accertato, ed uno a titolo derivativo⁴⁵⁶. Si rende necessaria qualche precisazione a proposito delle principali ipotesi di conflitto.

Nel caso in cui l'accertante costituisca un diritto reale di godimento incompatibile⁴⁵⁷ con il diritto che l'usucapiente assume di aver usucapito, si deve sempre considerare il tempo dell'esecuzione della trascrizione e, tra l'accertato usucapiente e l'avente causa dall'usucapito, deve essere riconosciuta prevalenza al soggetto che abbia trascritto per primo⁴⁵⁸. Le medesime conclusioni sono riferibili anche al caso della costituzione di un

vicenda dispositiva realizzata dall'accordo accertativo, proprio perché trova origine in un atto di disposizione privato, non può ledere i diritti dei terzi. Si è ritenuto, al contrario, opportuno indugiare sul problema per porre in evidenza come il tradizionale modo di intendere la distinzione tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo necessiti di essere diversamente intesa, se non anche a livello generale, sicuramente in relazione a particolari fattispecie quali quelle del superamento negoziale dell'incertezza o della composizione transattiva delle controversie.

In particolare, l'approfondimento di queste tematiche, con riferimento alle fattispecie negoziali in parola, ha consentito di porre in evidenza come l'articolazione della vicenda dispositiva – la quale, non potendosi intendere in termini attributivi, escluderebbe la derivatività dell'acquisto – non determini un'influenza decisiva sulla qualificazione dell'acquisto che nelle stesse trova titolo.

⁴⁵⁶ La regola della prioritaria trascrizione dell'accordo accertativo trova applicazione anche nel caso in cui l'avente causa dall'usucapito sia il terzo acquirente in forza di una procedura esecutiva immobiliare, individuale o concorsuale.

⁴⁵⁷ A tal proposito, è necessario precisare come, affinché un atto di disposizione, avente ad oggetto, anche parzialmente, il diritto reale oggetto dell'accertamento negoziale, posto in essere da colui che, sulla base dell'esame ventennale dei registri immobiliari, ne risulti titolare, comporti un'interruzione in senso proprio dell'altrui possesso *ad usucapionem*, allo stesso deve accompagnarsi un'effettiva perdita di possesso da parte del precedente possessore.

⁴⁵⁸ Si prescinde quindi non solo dalla materiale interruzione del possesso, ma anche dalla anteriorità o posteriorità dell'atto dispositivo rispetto al decorso del termine *ad usucapionem*.

diritto personale di godimento, sempre purché quest'ultimo abbia un contenuto incompatibile con il diritto reale usucapito⁴⁵⁹.

Nel caso di conflitto fra più acquirenti per usucapione, si deve distinguere a seconda delle modalità con cui sia stato accertato l'acquisto. Posto che nessun rilievo deve essere attribuito alla trascrizione ai fini della risoluzione del conflitto tra sentenze accertative dell'usucapione e che, nel caso in cui gli acquisti per usucapione siano stati entrambi negozialmente accertati, trova applicazione il principio della prioritaria trascrizione del titolo, laddove il conflitto concerna una sentenza accertativa e un accordo di mediazione, deve, in ogni caso, attribuirsi prevalenza alla pronuncia giudiziale⁴⁶⁰.

Come noto, infine, l'art. 2644 c.c. non trova applicazione ai fini della risoluzione di un conflitto tra chi abbia acquistato *a domino* e colui che abbia concluso un contratto con un soggetto che non è mai stato titolare del diritto trasferito. Nel caso in cui l'accertante sia un *non dominus* in senso stretto⁴⁶¹, è dubbio se l'accordo accertativo possa costituire, ai sensi dell'art. 1159 c.c., titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata⁴⁶²: a sostegno della soluzione negativa, si pone evidentemente l'impossibilità di qualificare l'accordo accertativo dell'usucapione quale titolo «idoneo a *trasferire* la proprietà»⁴⁶³, mentre, a sostegno di quella positiva, l'astratta configurabilità, rispetto ai terzi aventi causa dall'accertato usucapiente, delle medesime ragioni di tutela sottese alla fattispecie acquisitiva in parola.

⁴⁵⁹ Una situazione di sola apparente incompatibilità potrebbe realizzarsi nel caso in cui il possesso si sostanzi nella percezione dei frutti civili del bene. Sul punto, si veda M. SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 217 ss.

⁴⁶⁰ Sul possibile concorso tra accertamento negoziale e accertamento giudiziale, cfr. par. 2.7.

⁴⁶¹ La terminologia è mutuata da E. GABRIELLI - F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, II, Milano, 2012, p. 60.

⁴⁶² Con riferimento a tale ipotesi, è dubbia la stessa possibilità di procedere alla trascrizione dell'accordo accertativo. Tale interrogativo riguarda, più in generale, la pubblicità di tutti gli atti di disposizione posti in essere da un *non dominus*.

Per un inquadramento della questione, si rinvia a GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 96; FERRI - ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 78 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 6 ss.; NICOLÒ, *La transazione*, I, cit., p. 91; E. GABRIELLI - F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, Milano, 2012, p. 427 ss.

In giurisprudenza, si rinvia a Cass., 11 dicembre 1992, n. 13121, in *Giur. it.*, I, 1, p. 648, che ammette la trascrivibilità della vendita di cosa altrui.

Nessun dubbio sussiste invece a proposito della possibilità che oggetto dell'accordo di mediazione possa essere anche l'accertamento dell'usucapione abbreviata.

⁴⁶³ Alla medesima conclusione si giunge anche relativamente ai contratti di transazione e di divisione. Sul punto, si rinvia per tutti a L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, pp. 225 - 228.

Per quanto concerne l'applicazione del principio di continuità, si deve precisare come, laddove l'accertante non vanti a proprio favore la trascrizione del proprio titolo d'acquisto⁴⁶⁴, la pubblicità dell'accordo accertativo dell'usucapione non produce alcun effetto oltre a quello c.d. di prenotazione⁴⁶⁵.

3.2. Accertamento negoziale dell'usucapione e trascrizione delle domande giudiziali.

Resta da considerare l'ultimo complesso di norme dettate in materia di

⁴⁶⁴ Come già rilevato, la trascrizione della sentenza di accertamento dell'usucapione, effettuata ai sensi dell'art. 2651 c.c., non deve invece rispettare il principio di continuità.

⁴⁶⁵ Sul punto, si veda anche KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, in Studio CNN n. 718 - 2013/C.

Come noto, la trascrizione eseguita in difetto di continuità vale ad assicurare, al soggetto a favore del quale viene eseguita, la prenotazione di un numero d'ordine che varrà quando si realizzerà la continuità.

Si consideri quindi come la trascrizione di un accordo accertativo si coordini con una vicenda successoria *mortis causa*, avendo riguardo sia al caso in cui quest'ultima si riferisca all'usucapiente sia a quello in cui la stessa concerna invece l'usucapito.

Nel primo caso, dovrà, a sua volta, distinguersi a seconda che il perfezionamento di tale acquisto a titolo originario si fosse realizzato in epoca anteriore o posteriore all'apertura della successione. Laddove l'acquisto per usucapione si fosse già perfezionato prima dell'apertura della successione, dovrà essere eseguita una prima trascrizione contro l'usucapito e a favore dell'usucapiente e, quale accettazione tacita dell'eredità, l'accordo accertativo dovrà essere trascritto contro l'usucapiente e a favore dei suoi eredi. Laddove, al contrario, l'apertura della successione del possessore si fosse verificata in pendenza del termine *ad usucapionem* e i suoi eredi avessero continuato il possesso del *de cuius*, ai sensi dell'art. 1146 c.c., la trascrizione dell'accordo accertativo potrà essere realizzata a favore di questi ultimi e contro l'usucapito.

Nel secondo caso, laddove l'accordo accertativo dell'usucapione sia concluso con gli eredi dell'usucapito ed integri un'ipotesi di accettazione tacita dell'eredità, l'accertante avrà l'onere di curare la trascrizione del medesimo, ai sensi dell'art. 2648 c.c., per realizzare la continuità nella pubblicità dei titoli di provenienza. Nel caso in cui il possesso *ad usucapionem* si riferisca a quote indivise, dovrà distinguersi a seconda che il termine finale per il perfezionamento dell'acquisto per usucapione si collochi in epoca anteriore o posteriore all'apertura della successione: nel primo caso, la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità dovrà essere effettuata contro il *de cuius* usucapito ed a favore dei coeredi usucapiti per le rispettive quote; nel secondo caso, tale trascrizione potrà essere effettuata direttamente a favore dell'usucapiente.

Sul punto, SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 217 ss.

Nell'ipotesi disciplinata dall'art. 714 c.c., la trascrizione dell'accordo accertativo dovrà essere effettuata a favore del comunista usucapiente e contro ciascuno degli altri condividenti, per le rispettive quote.

trascrizione, vale a dire quello relativo alle domande giudiziali⁴⁶⁶. A tale proposito, si deve distinguere tra il caso in cui la domanda giudiziale si riferisca ad un'ipotesi di patologia dell'accordo e quello in cui il medesimo costituisca invece il titolo d'acquisto del terzo.

Nel primo caso, si tratta essenzialmente di chiarire se la disciplina posta dagli artt. 2652 e 2653 c.c. trovi applicazione anche con riferimento ad un atto non produttivo di effetti traslativi. Si consideri, ad esempio, la disciplina posta dal n. 6 dell'art. 2652 c.c., ai sensi del quale se la domanda è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda e, nel caso in cui trattasi di domanda diretta a far pronunciare l'annullamento per causa diversa dall'incapacità legale, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, anche se questa è stata trascritta prima che siano decorsi cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, purché, in tal caso, i terzi abbiano acquistato a titolo oneroso. Nonostante, rispetto agli aventi causa dall'usucapiente accertato, si possano rinvenire le medesime ragioni di tutela di qualunque terzo che abbia acquistato diritti da un soggetto dotato di un titolo viziato, è dubbia la possibilità di applicare agli stessi la disciplina cui si è appena fatto riferimento, stante la natura non traslativa dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione⁴⁶⁷.

Se l'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione costituisce il titolo d'acquisto del terzo, quest'ultimo non può fare salvo il proprio acquisto nelle ipotesi in cui, conformemente a quanto disposto dal n. 6 dell'art. 2652 c.c., la pronuncia dichiarativa della nullità del primo atto di trasferimento risulti idonea a privare di tutela il terzo acquirente⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Si è già precisato come l'eventuale trascrizione della domanda giudiziale da parte dell'usucapiente, ai sensi dell'art. 2653, n. 1, c.c., non possa saldarsi alla trascrizione dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione. Sulla trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2653, n. 1, c.c.*, si rinvia al cap. II, par. 1.

⁴⁶⁷ Sul punto, anche con riferimento al caso disciplinato dall'art. 2652, n. 7 c.c., si rinvia a SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione*, loc. ult. cit.

⁴⁶⁸ Secondo la pronuncia Cass., 7 maggio 1974, n. 1292, in *Foro it.*, 1974, I, p. 1069, nonostante la dichiarazione di nullità del primo atto di trasferimento possa, secondo quanto disposto dal n. 6 dell'art. 2652 c.c., privare di tutela il terzo acquirente, non potrà, in alcun caso, incidere sulle «situazioni che trovano tutela indipendentemente dall'efficacia del titolo dichiarato nullo». In conseguenza di ciò, si riconosce che il terzo acquirente in buona fede, in base a titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà, che abbia trascritto prima della trascrizione della domanda diretta a fare accertare la nullità, e abbia posseduto *ad usucapionem* per oltre dieci anni, possa valersi dell'usucapione abbreviata.

3.3. Accertamento dell'usucapione e regime tavolare.

L'unica norma dedicata alla pubblicità dell'usucapione nell'ordinamento tavolare è quella dell'art. 5, primo comma, del R.D. 28 marzo 1929, n. 499⁴⁶⁹, ai sensi del quale, «chi pretende di avere acquistato la proprietà o un altro diritto reale su beni immobili per usucapione o per altro modo di acquisto originario, può ottenerne l'iscrizione nel libro fondiario sulla base di una sentenza passata in giudicato che gli riconosca il diritto stesso»⁴⁷⁰. Si ritiene tuzioristicamente preferibile, in assenza di una specifica previsione sul punto, escludere la possibilità di procedere all'intavolazione del negozio di accertamento di tale acquisto a titolo originario⁴⁷¹.

La conclusione esposta nel testo è riferibile, in linea generale, a tutte le ipotesi in cui la sentenza, pronunciata ad esito del giudizio introdotto con una delle domande giudiziali contemplate negli artt. 2652 e 2653 c.c., sia potenzialmente idonea a pregiudicare i diritti dei terzi acquirenti.

⁴⁶⁹ Il R.D. 28 marzo 1929, n. 499 è dedicato alle «Disposizioni relative ai libri fondiari nei territori delle nuove province» ed è composto dalle «Disposizioni generali sulla pubblicità dei diritti immobiliari» e dal «Nuovo testo della legge generale sui libri fondiari».

⁴⁷⁰ Il secondo comma dell'art. 5 dispone che chi pretende di aver conseguito per prescrizione la liberazione di un immobile o di un altro diritto reale da un vincolo iscritto nel libro fondiario può ottenerne la cancellazione sulla base di una sentenza passata in giudicato, che riconosca l'estinzione del vincolo.

Ai sensi del successivo terzo comma dell'art. 5, «restano però salvi in ogni caso i diritti dei terzi acquistati sulla fede del libro fondiario anteriormente alla iscrizione o alla cancellazione o alla annotazione della domanda giudiziale diretta ad ottenere l'iscrizione o la cancellazione». Tale comma pone essenzialmente il problema del coordinamento dell'effetto acquisitivo prodotto dal possesso con il trasferimento del bene effettuato dal proprietario tavolare, in rapporto al principio della pubblica fede del libro fondiario, cui la previsione in parola rinvia. Sul punto, si rinvia per tutti a E. GABRIELLI - F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione, Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, Milano, 2014, III, p. 433 ss.

⁴⁷¹ Sul punto, si rinvia a SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione*, loc. ult. cit.; BIANCA, *La trascrizione del verbale dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2016, I, p. 119 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ADDIS F., *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 109 ss.
- ALLARA M., *Teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 14 ss.
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 14 ss.
- ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 135 ss.
- AMADIO G., *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996
- AMADIO G., *Comunione e apporzionamento nella divisione ereditaria (per una revisione critica della teoria della divisione)*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 279 ss.
- AMADIO G., *La salvezza dei diritti dei terzi*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 111 ss.
- AMADIO G., *Revocatoria e simulazione*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2016, p. 307 ss.
- ANDRIOLI V., *Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, in *Riv. not.*, 1947, p. 35 ss.
- ANDRIOLI V., voce *Confessione*, in *Nss. D. I.*, IV, Torino, 1959
- ASCARELLI T., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 325 ss.
- ASCARELLI T., *Il negozio indiretto*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 149 ss.
- ASCARELLI T., *L'astrattezza nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 393 ss.
- ASCARELLI T., *La letteralità dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 255 ss.

AURICCHIO A., *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, p. 30

BARALIS G., *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 6 ss.

BARASSI L., *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano, 1952, pp. 418 - 448

BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, p. 290

BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 56 ss.

BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 207 ss., p. 278 ss.

BETTI E., *Astrazione (Negozio astratto)*, in *Nss. D.I.*, I, 2, Torino, 1958

BETTI E., *Causa del negozio giuridico* in *Nss. D.I.*, III, Torino, 1959

BETTI E., *Inefficacia del rapporto cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, II, p. 355 ss.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico* in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, XV, Torino, 1960, pp. 21 ss., 178 ss., 200 ss., 244 ss.

BIANCA C. M., *La comunione legale*, Milano, 1989, p. 583

BIANCA C. M., *La trascrizione del verbale dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2016, I, p. 119 ss.

BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, VII, Torino, 1993, p. 200 ss.

BIGLIAZZI GERI L., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1979, p. 63, nt. 84

BIONDI B., *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XII, Milano, 1967, p. 510 ss.

BOERO P., *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1984, p. 771

BOLONDI, *Ancora sull'acquisto personale, di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 17

BOVE M., *L'accordo conciliativo*, in *Società*, 2012, p. 82 ss.

BOZZI L., *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Milano, 2000

BOZZI L., *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 199 ss.

BRANCA G., *Promesse unilaterali*. Art. 1988, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja - Branca, Bologna - Roma, 1974, p. 428

BRIENZA A., *Verbale di pubblicazione di fotocopia di testamento olografo smarrito - il commento*, in *Notariato*, 2016, VI, p. 628 ss.

BUTERA A., *Delle transazioni*, Torino, 1933, p. 346 ss.

CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive di negozi giuridici*, in *Saggi di diritto*, Padova, 1931, p. 177 ss.

CARBONE V., *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1030 ss.

CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 127

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 16 ss., 146 ss., 75 ss., 578 ss.

CARNELUTTI F., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1926, p. 186 ss.

CARNELUTTI F., *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pp. 6 ss.

- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 40 - 171
- CARNELUTTI F., *Assunzione di prove a mezzo del notaro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, II, p. 210 ss.
- CARNELUTTI F., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 3 ss.
- CARNELUTTI F., *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, p. 235 ss.
- CARRESI F., *La transazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1965
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 319 ss.
- CATRICALÀ A., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988
- CHECCHINI A., *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 229 ss.
- CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903, ora in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, p. 85 ss.
- CIAN G., *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 251 ss.
- CICERO C., *La transazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco - *I singoli contratti*, IX, p. 107
- CICU A., *L'usucapio libertatis nel progetto del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 303 ss.
- CICU A., *L'usucapio libertatis nel progetto del nuovo codice*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, II; in *Seminario giuridico dell'Università di Bologna*, XLII, Milano, 1965, p. 365 ss.
- CICU A., *Usucapio libertatis*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 294 ss.

COMPORITI M., *Diritti reali in generale* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1980, p. 99

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

COSATTINI L., *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, p. 83 ss.

COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, p. 295

D'AMELIO M., *Del possesso*, in *Codice Civile. Commentario*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1942, p. 984

D'ANDREA S., *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 31 ss.

D'ANGELO A., *Le promesse unilaterali. Artt. 1987 - 1991*, in *Codice Civile. Il Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, pp. 513 ss.

DEL PRATO E., voce *Transazione*, c) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XLI, 1992

D'ONOFRIO P., *Della confessione, sub art. 2730 c.c.*, in *Commentario del codice civile* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, III, Firenze, p. 413

DALFINO D., *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1305 ss.

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 121 ss.

DEIANA G., in G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, V, 1, 2, Torino, 1963, p. 1099 ss.

DEL BONO F., *Dichiarazione riproduttiva*, Milano, 1948, p. 97 ss.

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 121 ss.

DI MAJO A., *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 781 ss.

DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1990

DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 282 ss.

DORIA G., *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000

FABBRINI G., *L'accertamento privato (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, I, p. 631 ss.

FABBRINI G., *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968, p. 179, nt. 45.

FALZEA A. - PUGLIATTI S., *I fatti giuridici*, Messina, 1945, pp. 24 ss.

FALZEA A., voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958

FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965

FALZEA., voce *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, 1989

FALZEA A., *Voci di teoria generale del diritto*, 1985, Milano, pp. 59 - 92, 242 - 432

FERRI, *La vendita*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XI, Torino, 1984, p. 209

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 85 ss.

FERRI L. - ZANELLI P., *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1995

FERRIGNO L., *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1985, p. 143 ss.

FOÀ A., *Sulla natura giuridica delle dichiarazioni riproduttive*, in *Temi Emiliana*, 1928, II, p. 5 ss.

FRANZONI M., *La transazione*, Padova, 2001

FUNAJOLI C.A., *La cosiddetta proprietà relativa*, in Studi in onore di Cicu, I, Milano, 1951, p. 386.

FURNO C., *Accertamento convenzionale e astrazione processuale*, Firenze, 1948, p. 29 - 113.

GABRIELLI E. - GAZZONI F., *Trattato della trascrizione*, 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, tomi I e II, Torino, 2012

GABRIELLI G., *Acquisto in proprietà esclusiva dei beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata*, in *Vita not.*, 1984, p. 667 ss.

G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Milano, 2012

GABRIELLI G., *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 355 ss.

GABRIELLI G., *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1367 ss.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, I, p. 196 ss.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, III, Milano, 2002, p. 121 ss.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 2010, p. 225

GALGANO F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, 2014, p. 170 ss.

GALLO P., *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, pp. 1020 - 1021

GENTILE F. S., *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958, p. 253 ss.

GENTILE F. S., *Il possesso*, in *Giur. sist. civ. e comm.* diretta da W. Bigiavi, Torino, 1977, pp. 317- 387 ss. e 438 ss.

GENTILE F. S., *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 30, p. 371 ss.

GIACOBBE, *Note brevi in tema di accertamento negoziale*, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1893 ss.

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

GIORGIANNI M., voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, 1960

GIULIANO M., *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, Bologna, 1965, p. 16 ss.

GORLA G., *Delle ipoteche e del pegno*, in *Commentario del codice civile*, Art. 2784 - 2899, Bologna - Roma, 1968, p. 431 ss.

GORLA G., *L'assegnazione giudiziale dei crediti*, Padova, 1936, p. 166

GORLA G., *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss.

GRANELLI C., *Dichiarazioni ricognitive della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*, in *Foro it.*, 1985, I, cc. 241 ss.

GRANELLI C., *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983

GRAZIANI C.A., *Il riconoscimento dei diritti reali*, Padova, 1979

GRAZIANI C.A., voce *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989

GROSSO G., *Usucapione della cosa come libera?*, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 274 ss.

IRTI N., voce *Rilevanza giuridica*, in *Nss. dig. It.*, Torino, 1968

IRTI N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967

IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino, 1965

IRTI N., *Sul concetto di titolarità (Persone fisica e obbligo giuridico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 501 ss.

IRTI N., *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 67

KROGH, *Gli acquisti del coniuge imprenditore in regime di comunione legale dei beni*, negli *Scritti in onore di Guido Capozzi*, vol. I, Milano, 1992, p. 723 ss.

KROGH M., *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione* in *Studio CNN n. 718 - 2013/C*.

LA PORTA U., *Il problema della causa del contratto. I. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 47 ss.

LASERRA G., *Riconoscimento del debito e promessa di pagare*, in *Dir. e giur.*, 1949, p. 241 ss.

LA TORRE A., *Accertamento negoziale, enunciative di contratto e riconoscimento unilaterale*, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 2247 ss.

LAZZARO G., *La causa del negozio di accertamento*, in *Giust. civ.*, 1963, p. 84

LENER A., *Expressio causae e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione processuale*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 1 ss.

LIEBMAN E. T., *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, p. 274 ss.

LUISO F. P., voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990

LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 187

MACARIO F., *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 148

MAIORCA, voce *Vicende giuridiche*, in *Nss. dig. it.*, XXI, Torino, 1971

MARTINO M., *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011

- MARTORANO F., *Presupposizione ed errore sui motivi nel contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 81 ss.
- MENGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, p. 138 ss.
- MENGONI L., *L'acquisto "a non domino"*, Milano, 1949, p. 261 ss.
- MESSINA G., *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 51 ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, p. 382 - 408 ss.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, II, Milano, 1972, p. 138 ss.
- MESSINEO F., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961
- MESSINEO F., *I titoli di credito*, Padova, 1964, I, p. 153
- MICCOLI M. - LAURINI G., *Il verbale di constatazione: la suggestione di un'usurpazione - il commento*, in *Notariato*, 2016, VI, p. 634 ss.
- MICCOLIS G., *Breve nota sulla efficacia «ultra partes» della sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1817 ss.
- MILIOTTI S., *Verbali di constatazione e funzioni notarili*, in *Riv. not.*, p. 581 ss.
- MINERVINI E., *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, II, p. 241 ss.
- MINERVINI E., *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 581 ss.
- MONTEL A., *Il possesso della cosa libera in rapporto all'usucapione*, in *Riv. dir. priv.*, 1931, I, p. 171 ss.

MONTESANO L., *In tema di accertamento negoziale ed astrazione della causa*, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, p. 782 ss.

MOSCATI, *La causa*, in *Diritto civile. III. Il contratto in generale*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, p. 282

NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974, p. 179 ss.

NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000

NICOLETTI, *Alcune considerazioni intorno ai rapporti tra negozio e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, p. 1498

NICOLÒ R., *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 389 ss.

NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 184 ss.

NICOLÒ R., *Successione nei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, XII, Torino, 1940

NICOLÒ R., voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959

OBERTO G., *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di Bin, I, Padova, 1994, p. 435

ORLANDI M., *Note sugli atti di ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 433 ss.

PALAZZO A., *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIII, p. 379 ss.

PALERMO G., *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d. l. 4.3.2010, n. 28* in *Riv. not.*, 2012, p. 546 ss.

PANUCCIO V., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 118

PAOLINI E., *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, in *Contratti*, 1996, p. 519 ss.

PERASSI T., *Introduzione alle scienze giuridiche (1919 - 1920)*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, pp. 4 ss. - 21 ss. - 30 ss.

PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 2^a rist., Padova, 1953, pp. 55 ss.

PERLINGIERI P., *La compravendita di cosa futura*, in ID., *I negozi sui beni futuri*, I, Napoli, 1962, p. 67

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 640

PIETROBON V., voce *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 383 ss, 487 ss., 516 ss.

PROTO PISANI A., *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, p. 263

PUGLIATTI S. - FALZEA A., *I fatti giuridici*, Messina, 1945, p. 21

PUGLIATTI S., *La trascrizione*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1989

PUGLIATTI S., *Considerazioni sul potere di disporre*, in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1951, p. 35 ss.

PUGLIATTI S., *Della transazione*, in *Commentario D'Amelio e Finzi, Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p. 454 ss.

PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1951, p. 119 ss.

PUGLIATTI S., voce *Acquisto del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958

PUGLIESE G., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, pp. 520, 580 ss.

RAMPOLLA S., *L'intervento del coniuge, non acquirente all'atto di acquisto di bene personale: natura e trascrizione*, in *Vita not.*, 1993, p. 125

RAVÀ A., *Il titolo di credito nella teoria dell'acquisto dei diritti*, Milano, 1936, p. 36 ss.

RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2006, p. 513 ss.

REDENTI E., *La causa del contratto secondo il nostro codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 904 ss.

RIMINI C., *Acquisto immediato e differito, nella comunione legale fra coniugi*, Padova, 2001, p. 296 ss.

RIVA I., *Nuovi orientamenti in tema di acquisti personali del coniuge in regime di comunione legale dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1340

ROLLI R., *Quando la massima travisa la ratio decidendi. È dunque ammissibile l'atto unilaterale ricognitivo con effetti traslativi*, in *Contr. Impr.*, 2001, 2, p. 525

RUBINO D., *Il "sistema" dei beni personali e la convenzione che esclude un acquisto dalla comunione legale (art. 179, 2° co., c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 595 ss.

RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 412 ss.

RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1971, p. 79 ss.

RUFFOLO U. - DI GIOVANNI F., voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 2007

RUPERTO S., *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002

RUPERTO S., *L'usucapione*, Milano, 1992

SACCO R., *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 1988, p. 407

SACCO R. - CATERINA R., *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Scialoja - Branca, Milano, 2014, p. 474 ss

SACCO R., *Il contenuto del contratto*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 5 ss.

SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 587 ss.

SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 1988, p. 407 ss.

SACCO R., voce *Negoziato astratto* in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1985

SANTORO - PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1986

SANTORO - PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976

SANTORO PASSARELLI F., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 6 ss.

SCALFI G., *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano, 1962, pp. 136 ss.

SCALFI G., voce *Negoziato giuridico - V) Negoziato indiretto*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990

SCALISI, voce *Negoziato astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978

SCOGNAMIGLIO R., voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1962

SEGNI M., *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 256 ss.

SEGRÈ G., in *Relazione della Commissione Reale sul progetto preliminare*, Roma, 1937, n. 15, p. 248 ss.

SESTA M., *Il codice della famiglia*, Milano, 2006, I, p. 1086

SPADA P., *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 710 ss.

STOLFI G., *Diritti (Acquisto di)*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938

STOLFI G., *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, p. 133 ss.

TAMBURRINO G., *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, Milano, 1957, III, 472 ss.

TOMMASINI R., voce *Invalità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972

TONANI A., *Eppur si muove! (a proposito di una recente sentenza in tema di constatazioni notarili)*, in *Riv. not.*, 1959, pp. 618 ss.

TRIOLA R., *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino, 2012

TRIOLA R., *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 L.N.*, in *Riv. not.*, 1972, p. 1320 ss.

TROISI, voce *Negozi giuridico – II) Negozi astratto*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990

TROISI C., *Il nuovo articolo 2643, n. 12-bis, c.c. La trascrivibilità dell'accordo di mediazione che accerta l'usucapione*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 837 ss

VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 172 ss.

VALSECCHI E., *Transazione, trascrizione e diritti dei terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 413 ss.

VASSALLI F., *Composizione della lite e tutela dei creditori*, I. *La transazione*, Milano, 1980

VIOTTI S., *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, quale misura normativa ed alternativa a valenza strategica*, in *Giur. merito*, 2010, 5, p. 1232.

VITERBO C., *La «res dubia» e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 220 ss.

ZATTI P., *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 219 ss.

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI

- Cass., 15 maggio 1925, in *Giur. it.*, 1925, I, 1, p. 839
- Cass., 14 maggio 1933, n. 1380, in *Foro pad.*, 1956, I, c. 162
- Cass., 31 maggio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, p. 907 ss.
- Cass., 12 gennaio 1940, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 908 ss.
- Cass., 3 luglio 1960, n. 3440, in *Foro it.*, 1970, I, c. 566
- Cass., 3 agosto 1960, n. 2226, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 311
- Cass., 23 marzo 1961, n. 652 in *Foro pad.*, 1961, I, p. 468
- Cass., 16 ottobre 1961, n. 2441, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 513
- Cass., 4 luglio 1962, n. 1701, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 80
- Cass., 5 gennaio 1963, n. 10, in *Rep. Foro it.*, 1963, voce *Servitù*, c. 2570, n. 163
- Cass., 27 luglio 1964, n. 2070, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 91
- Cass., 25 settembre 1964, n. 2413, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 89
- Cass., 21 giugno 1965, n. 1299, in *Giur. it.*, 1965, 1965, I, 1, p. 1412
- Cass., 8 luglio 1965, n. 1419, in *Foro it.*, 1966, I, c. 895 ss.
- Cass., 28 gennaio 1966, n. 342, in *Giur. it.*, 1966, I, c. 1618 ss.
- Cass., 27 maggio 1966, n. 1379, in *Rep. Foro it.*, 1966, voce *Usucapione*, c. 3013, n. 9
- Cass., 7 giugno 1966, n. 1495, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 220

Cass., 23 ottobre 1968, n. 3421, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 907

Cass., 2 aprile 1969, n. 1080, in *Giur. it., Rep.*, 1969, voce *Transazione*, n. 34

Cass., 30 giugno 1969, n. 2374, in *Rep Foro it.*, 1969, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 86

Cass., 15 gennaio 1970, n. 84, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 373 ss.

Cass., 10 dicembre 1970, n. 2624, in *Giur. it., Rep.*, 1971, voce *Transazione*, n. 7

Cass., 18 marzo 1971, n. 787, in *Giur. it., Rep.*, 1971, voce *Transazione*, n. 5

Cass., SS. UU., 31 marzo 1971, n. 936, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 345

Cass., SS. UU., 6 aprile 1971, n. 1017, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1205

Cass., 27 maggio 1971, n. 1572 in *Giust. civ.*, 1971, I, 984 e in *Foro it.*, 1971, I, c. 2236

Cass., 29 gennaio 1974, n. 241 in *Giur. it.*, I, 1, p. 726

Cass., 23 maggio 1975, n. 2055, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 726

Cass., 24 maggio 1975, n. 2108, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Servitù*, n. 52

Cass., 5 agosto 1977, n. 3545, in *Rep. Foro it.*, 1978, p. 266

Cass., 7 febbraio 1978, n. 569, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Nuova opera*, n. 7

Cass., 16 marzo 1978, n. 1323, in *Giust. civ. Mass.*, 1978

Cass., 17 marzo 1978, n. 1346, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 2171

Cass., 5 settembre 1978, n. 4038, in *Rep. Giur. it.*, 1978, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 183

Cass., 21 novembre 1978, n. 5413, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Usufrutto*, c. 2734, n. 3

Cass., 17 gennaio 1979, n. 202, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Servitù*, n. 24

Cass., 29 ottobre 1979, n. 5663, in *Riv. not.*, 1980, p. 566

Cass., 7 maggio 1980, n. 3019, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Promesse unilaterali*, n. 3

Cass., 28 maggio 1980, n. 3508, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Trascrizione*, n. 12

Cass., 3 marzo 1980, n. 1427, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2175

Cass., 28 maggio 1981, n. 3505, in *Rep. Giur. it.*, 1981, voce *Servitù*, c. 3348, n. 85

Cass., 16 luglio 1981, n. 4653, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 62

Cass., 6 novembre 1981, n. 5857, in *Giur. it. Rep.*, 1981, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 156

Cass., 27 aprile 1982, n. 2634, in *Giur. it., Rep.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 116 e 279

Cass., 9 dicembre 1982, n. 6723, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 12

Cass., 10 gennaio 1983, n. 161, in *Riv. not.*, 1983, p. 1190

Cass., 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Riv. not.*, 1985, p. 424

Cass., 28 gennaio 1985, n. 443, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Trascrizione*, n. 14

Cass., 2 giugno 1989 n. 2688, in *Riv. not.*, 1990, p. 172

Cass., 24 agosto 1990, n. 8660, in *Foro it. Rep.*, 1990, voce *Servitù*, n. 22

Cass., 20 marzo 1991, n. 2983, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, p. 319. 1 e in *Riv. not.*, 1983, p. 1190

Cass., 23 agosto 1991, n. 9047, in *Riv. giur. edil.*, 1992, I, p. 981

Cass., 20 febbraio 1992, n. 2088, in *Vita not.*, 1992, p. 1210

Cass., 1 dicembre 1992, n. 12819, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, p. 1799

Cass., 16 gennaio 1996, n. 301, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 58

Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, in 1997, in *Corr. giur.*, 1997, II, p. 162

Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Usucapione*, n. 6

Cass., 19 febbraio 2000 n. 1917, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1365

Cass., 20 giugno 2000, n. 8365, in *Contratti*, 2000, p. 996

Cass., 28 giugno 2000, n. 8792, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1325

Cass., 7 agosto 2000, n. 10372, in *Riv. not.*, 2001, p. 172

Cass., 3 novembre 2000, n. 14347, in *Giur. it.*, 2001, p. 1848

Cass., 6 dicembre 2000, n. 15503, in *Arch. civ.*, 2001, p. 313

Cass., 27 marzo 2001, n. 4412 in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 595

Cass., 23 novembre 2001, n. 14917, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, p. 586

Cass., 19 giugno 2003, n. 9845, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 97

Cass., 7 settembre 2004, n. 18004, in *Mass. Giur. it.*, 2004

Cass., 18 ottobre 2004, n. 20397, in *Giur. it. Mass.*, 2004

Cass., 3 febbraio 2005, n. 2161, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 2, p. 350

Cass., 7 aprile 2006, n. 8098, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1438

Cass., SS. UU., 12 giugno 2006, n. 13523, in *Giur. it.*, 2007, 4, p. 935

Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, p. 214

Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Riv. not.*, 2007, p. 1443 ss.

Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Giust. civ. Mass.*, fasc. 12

Cass., 23 luglio 2008, n. 20296, in *Notariato*, 2009, p. 351 ss.

Cass., 30 marzo 2009, n. 7640 in *Immobili & dir.*, 2010, p. 44

Cass., 30 dicembre 2009, n. 27668, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 12, p. 1759

Cass., 25 maggio 2010, n. 12790, in *Foro it.*, 2011, 5, I, c. 1475

Cass., 27 luglio 2012, n. 13372, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, p. 978

Cass., SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Foro it.*, 2013, 4, I, c. 1238

Cass., 18 settembre 2012, n. 15698, in *Guida al diritto*, 2012, 42, p. 95

Cass., 2 maggio 2013, n. 10238 in *Nuova giur. civ.*, 2013, 11, p. 1039 ss.

Cass., 30 settembre 2014, n. 23074, in *Guida al diritto*, 2015, 11, p. 52

Cass., SS. UU., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, 2, II, p. 113

Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 3, I, p. 862

Cass., 17 marzo 2015, n. 5201, in *Guida al diritto*, 2015, 24, p. 61

Cass., 26 giugno 2015, n. 13287, in *Banca dati De Jure*

Cass., 9 dicembre 2015, n. 24848 in *Guida al diritto* 2016, 8, p. 92

Cass., 11 aprile 2016, n. 7055, in *Giust. civ. Mass.*, 2016

Cass., 11 agosto 2016, n. 17033, in *Guida al diritto*, 2016, 44, p. 75

Cass., 26 settembre 2016, n. 19570, in *Dir. e giust.*, 2016, 3 ottobre.

