

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 4-2017/C

ANCORA IN TEMA DI TRASCRIVIBILITA' DEL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO

di *Mariano Sannino*

(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 14/06/2017)

Abstract

Il n. 12 bis dell'art. 2643 c.c. regola una fattispecie sostanzialmente diversa dalla sentenza di usucapione trascrivibile ai sensi dell'art. 2651 c.c.; si conferma la legittimità di un accordo di accertamento di usucapione dinanzi al notaio anche al di fuori del procedimento di mediazione mentre per quanto riguarda la trascrivibilità del negozio di accertamento *tout court* la tesi favorevole si basa su alcuni dati normativi (art. 2643 n. 13 c.c. e art. 2655 c.c.) particolarmente significativi.

INDICE: 1. Introduzione. 2. Le diversità tra negozio di accertamento e sentenza di accertamento. 3. La ammissibilità di un negozio di accertamento dell'usucapione anche in assenza del procedimento di mediazione; 4. Ammissibilità della trascrizione del negozio di accertamento in genere.

1. Introduzione

Il tema della trascrivibilità del negozio di accertamento¹, già oggetto di approfondito studio del CNN² è tornato nuovamente alla ribalta a seguito della

¹ Il negozio di accertamento è stato oggetto di ampie e approfondite indagini; tuttavia ci limiteremo per ora a citare solo i contributi monografici riservandoci di procedere ad ulteriori richiami bibliografici successivamente: M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958; A. VALENTE, *Accertamento dichiarativo e dinamica giuridica*, Milano, 1963; A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970, (edizione provvisoria); C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, ristampa, Milano, 1993; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova 2000; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002.

² G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione «dichiarata» dal cedente e atti dispositivi*, in *Studi e materiali del C.N.N.*, 2008, p. 519 ss.

introduzione del numero 12 bis nell'art. 2643 c.c. che ha espressamente consentito la pubblicità degli accordi di mediazione che accertano l'usucapione³. Questa novella si è resa necessaria al fine di dirimere e superare definitivamente il contrasto giurisprudenziale sorto a seguito della introduzione del procedimento di mediazione anche in tema di usucapione⁴.

Come spesso accade, tuttavia, la norma, diretta a risolvere una specifica questione, apre forse più interrogativi di quanto sia in grado di scioglierne. Infatti subito dopo l'introduzione del nuovo dettato normativo i dubbi si sono incentrati sulla sua portata innovativa e sulla sua applicabilità oltre il caso espressamente disciplinato, con particolare riferimento all'ipotesi del negozio di accertamento compiuto direttamente dinanzi al notaio senza instaurare preventivamente il procedimento di mediazione; inoltre non è chiaro se, alla luce di siffatta novità legislativa, possa considerarsi definitivamente ammessa la trascrivibilità del negozio di accertamento ovvero se la norma abbia natura eccezionale e di strettissima interpretazione.

2. Le diversità tra negozio di accertamento e sentenza di accertamento

Gli autori che nel corso degli anni hanno approfondito il tema del negozio di accertamento hanno da sempre a vario titolo prospettato una diversità tra accertamento convenzionale e accertamento giudiziale fino al punto da ritenere addirittura inammissibile quello compiuto al di fuori della sede processuale⁵. Anche senza voler accettare siffatte tesi dottrinali più radicali, che attualmente risultano superate dal chiaro dettato normativo, le differenze tra accertamento convenzionale e

³ Sul tema cfr. M. KROGH, *Ammissibilità di un accordo conciliativo, ai sensi del D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, avente ad oggetto il riconoscimento di un acquisto a titolo di usucapione e sua trascrivibilità*, Studio n. 3-2012/M, in *Studi e Materiali*, 1, 2013, p. 263 ss.; ID., *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, Studio n. 718 – 2013/C in *Studi e Materiali*, 2, 2014, p. 233 ss.; più di recente ancora ID., *La trascrizione dell'accordo accertativo dell'usucapione*, in *Imm. e propr.*, 2016, p. 499 ss.

⁴ Per una sintesi del dibattito giurisprudenziale che ha indotto il Legislatore a procedere con la novella legislativa in discorso cfr. A. DE DONATO, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vit. Not.*, 2014, p. 130 ss. e più di recente E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, in *Contratti transattivi e negozi di accertamento* in *Tratt. di dir. civ. del C.N.N.* diretto da Pietro Perlingieri, Napoli, 2016, p. 242 ss. Anche il tema dell'usucapione è stato naturalmente ampiamente affrontato in dottrina: cfr. tra i tanti contributi, R. SACCO, (voce) *Possesso*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985 p. 491 ss.; ID. (voce) *Usucapione*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 565 ss.; S. RUPERTO, (voce) *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1022 ss.; F. ALCARO, *Il possesso*, Milano, 2002; R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, vol. VII, II ed., Milano, 2000, p. 490 ss.; R. MAZZON, *Il possesso*, Padova, 2011, p. 217 ss. ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; di recente A. GALATI, *Dell'usucapione, Artt. 1158-1167*, in *Il cod. civ. Comm.* fondato da P. Schlesinger diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013; per un approfondimento dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dalla usucapione anche sotto il profilo comparatistico cfr. R. CATERINA, *Impium preaesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001.

⁵ Cfr. in particolare C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit. p. 1 ss. il quale fonda tutta la sua indagine proprio sulla assoluta inammissibilità di un accertamento convenzionale; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, cit., p. 270 ss.; cfr. pure F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 28 ss.; E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa: La transazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. XXXVII; tomo 2, II ed. Milano, 1986 p. 239 ss.

giudiziale sembrano tali da giustificare pienamente una differenza di trattamento tra le due fattispecie⁶.

In particolare non si può non rilevare come l'attività del giudice, determinando l'emanazione di un provvedimento contraddistinto da intrinseca obbligatorietà, si ponga completamente al di fuori del campo dell'autonomia privata⁷. D'altronde la sentenza è in grado di assicurare una valenza senza dubbio differente: infatti se è vero che al giudice in sede di cognizione non sono attribuiti poteri dispositivi ed il procedimento di accertamento è comunque rimesso alla disponibilità delle parti, tuttavia, il giudice mantiene un ruolo assolutamente preminente nell'ambito delle valutazioni dei fatti asseriti dalle parti⁸. Mentre l'accertamento giurisdizionale mira a rinvenire e a far valere una realtà cd. "ontologica", l'accertamento privato invece fissa una verità "convenzionale"⁹. La sentenza è un atto di autorità e di giustizia mentre il negozio di accertamento è un atto di libertà¹⁰. La sentenza è espressione di una fonte imparziale, disinteressata ed estranea al rapporto o alla situazione che ne è oggetto mentre i suddetti caratteri non si rinvergono nel negozio di accertamento¹¹. Mentre il negozio di accertamento ai sensi dell'art. 1372 c.c. ha forza di legge tra le parti¹², la

⁶ Il punto tuttavia non è affatto pacifico in quanto uno degli studiosi (Francesco Gazzoni) che ha maggiormente approfondito il tema della trascrizione ha prospettato la illegittimità costituzionale della normativa *de qua* ma il ragionamento non ci è giunto attraverso un suo scritto bensì attraverso una conversazione privata riportata nel saggio di G. 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. 1369 ss. Secondo quanto riportato nel testo sopra citato <<la novella dovrebbe peccare di incostituzionalità per intrinseca irragionevolezza, disciplinando la legge in maniera difforme fattispecie identiche in punto di accertamento dell'avvenuta usucapione, sicché l'accertamento negoziale dovrebbe trovare il suo luogo naturale di collocazione nell'ambito dell'art. 2651 c.c. affiancandosi, alla sentenza, il negozio di accertamento; una pubblicità quindi notiziale dal limitato compito informativo>>. La mancanza di uno scritto dell'Illustre Autore sul tema naturalmente impedisce un approfondimento ulteriore della tesi esposta. A ben vedere tuttavia per aversi illegittimità costituzionale dovremmo trovarci di fronte a situazioni analoghe trattate inspiegabilmente in maniera differente; in altri termini dovremmo ammettere che il negozio di accertamento e la sentenza di accertamento siano così simili da dover necessariamente essere disciplinati nello stesso modo; conseguentemente la pubblicità del negozio di accertamento e della sentenza di accertamento dovrebbero essere solo ed esclusivamente quella prevista dall'art. 2651 c.c. Pur non potendo trascurare la autorevolezza della voce dottrinale che si è espressa in tal senso, è possibile dissentire dalla stessa in quanto fondata su di una assimilazione non dimostrata ma data invece per presupposta. In altri termini per potersi parlare di illegittimità costituzionale della novella si dovrebbe prima di tutto dimostrare la identità di fattispecie, la identità strutturale e di effetti tra negozio di accertamento e sentenza di accertamento; solo la suddetta identità consentirebbe di ritenere ingiustificata la diversità di trattamento sotto il profilo della pubblicità. In merito, nel testo si è cercato invece di dimostrare le sensibili differenze tra negozio di accertamento e sentenza di accertamento tali da giustificare la diversità di disciplina proprio in tema di trascrizione.

⁷ In questi termini S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002 p. 187.

⁸ Così M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo accertativo dell'usucapione*, cit., p. 505.

⁹ Cfr. G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione «dichiarata» dal cedente e atti dispositivi*, Studio n. 176/2008/C.

¹⁰ Se infatti l'accertamento negoziale trova un punto in comune con la sentenza dichiarativa, laddove fissa i tratti dubbi di una situazione giuridica al fine di prevenire una lite, esso sotto il profilo degli effetti se ne differenzia notevolmente in quanto produce le vicende di cui all'art. 1321 c.c. effetto estraneo alla sentenza di accertamento; in questi termini L. DAMBROSIO, *o.u.c.*, p. 7.

¹¹ Cfr. C. FURNO, *o.u.c.*, pp. 36 ss.

¹² Sul tema in generale dell'efficacia del contratto cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Comm. del cod. civ.* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2013,

sentenza di accertamento ai sensi dell'art. 2909 c.c. fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa¹³.

Altre differenze sono rinvenibili nell'ambito della partecipazione di tutti gli interessati in quanto mentre nel negozio di accertamento nessun principio obbliga gli interessati a partecipare al negozio stesso, in ambito processuale è ritenuta essenziale invece la partecipazione di tutti gli interessati al processo diretto all'accertamento dell'intervenuta usucapione¹⁴ dovendosi verificare la sopravvenienza di una nuova situazione unitaria ed indivisibile che non può essere affermata o negata se non nei confronti di tutti gli interessati¹⁵; ed ancora, mentre la retroattività della sentenza di usucapione è ormai pacificamente ammessa dalla giurisprudenza¹⁶ e da buona parte della dottrina¹⁷ in tema di negozio di accertamento difficilmente è pensabile di adottare tale soluzione non rientrando la suddetta retroattività reale nell'ambito di disponibilità dei privati in presenza di diritti di terzi incompatibili con il suddetto accertamento¹⁸.

Naturalmente queste differenze non determinano una assoluta diversità tra accertamento negoziale e giudiziario ma ne giustificano una differenza di disciplina quanto meno dal punto di vista della opponibilità nei confronti dei terzi.

L'aver il legislatore indirettamente ammesso la legittimità del negozio di accertamento mediante la sua trascrizione non giustifica una parificazione del negozio di accertamento alla sentenza di accertamento. Anzi la volontà del Legislatore di differenziare i due istituti (negozio di accertamento e sentenza di accertamento) potrebbe essere desunta proprio dai diversi effetti derivanti dalla trascrizione ai sensi dell'art. 2643 c.c. e dell'art. 2651 c.c.

vol. I, II ed., p. 3 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca Bologna-Roma, 1993, *sub art. 1372*, p. 1 ss. dove è possibile rinvenire anche una ampia ricostruzione della origine storica della norma in oggetto.

¹³ Su questo tema cfr. A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1999, 1 e ss.; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. di dir. priv.* a cura di P. Rescigno, Torino, 1997, 7 ss.

¹⁴ In questi termini Cass., 24 agosto 1991, n. 9092 in ragione dell'unità ed inscindibilità del rapporto plurisoggettivo su cui deve incidere la richiesta pronuncia giudiziale. Più in generale, cfr. pure Cass. 26 marzo 1992, n. 3749 secondo cui ricorre litisconsorzio necessario dei comproprietari del bene rispetto alla domanda rivolta ad imporre su di esso un vincolo di natura reale, atteso che la sentenza sarebbe *inutiliter data* senza la presenza in causa di tutti i titolari del rapporto. Per ulteriori richiami giurisprudenziali sul tema cfr. P. POLA, *L'usucapione*, Padova, 2011, p. 182 ss. Sul tema del litisconsorzio necessario cfr. in dottrina G. FABBRINI, (voce) *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 810 ss.; L. ZANUTTIGH, (voce) *Litisconsorzio*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994.

¹⁵ A. PATELLI, *Il litisconsorzio nel processo civile*, Torino, 2001, p. 129 ss.

¹⁶ Cfr. Cass. 28 giugno 2000, n. 8792 in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1325 ss. ed in *Corr. giur.*, 2001, p. 520 ss. con commento di V. SEVERI.

¹⁷ Per un'ampia rassegna delle diverse opinioni cfr. M. KROGH, *Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell'usucapione*, Studio n. 859/2008; più di recente F. CRISTIANI, *Il problema della cd. retroattività dell'usucapione*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1302 ss.

¹⁸ Sul tema della irretroattività dell'accertamento in genere cfr. già S. PUGLIATTI, *Della Transazione*, in *Comm. cod. civ.* D'Amelio e Finzi, Firenze, 1949, p. 456 ss., R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, p. 429; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 105; F. CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. IX, tomo 2, II ed., Torino, 1966, p. 25 ss.

3. La ammissibilità di un negozio di accertamento dell'usucapione anche in assenza del procedimento di mediazione

Una volta chiarite le differenze tra negozio di accertamento e sentenza di accertamento è possibile chiedersi se dell'art. 2343 n. 12 bis c.c. se ne debba fornire una interpretazione assolutamente restrittiva o si possa immaginare una sua applicazione anche al di fuori dei casi espressamente previsti.

Il punto non può essere affrontato senza prima accennare sia pur brevemente alle discussioni dottrinali sulla presunta eccezionalità delle norme in tema di trascrizione. Infatti, con l'emanazione del codice del '42 la sistemazione organica della trascrizione ha resistito per molti anni alle esigenze di una società sempre più evoluta senza che il legislatore abbia sentito la necessità di intervenire sulla stessa per modificarne gli equilibri: il successo di quest'istituto si deve senza dubbio alla qualità di quegli studiosi del diritto che in sede di codificazione riuscirono a infondergli coerenza, armonia ed efficienza temperando il principio del cd. consenso traslativo nell'interesse della circolazione della ricchezza immobiliare¹⁹. Siffatta coerenza e sistematicità era stata già posta in evidenza sotto il vigore del codice del 1865 da Nicola Coviello nel suo trattato dedicato all'istituto della trascrizione e successivamente confermate e meglio enucleate da Salvatore Pugliatti e Rosario Nicolò alla luce delle importanti modifiche apportate al suddetto istituto dal legislatore del '42.

Tuttavia poco dopo i trent'anni dalla nascita del codice attualmente vigente, il Legislatore, adottando la riforma del diritto di famiglia, ha cominciato ad apportare alcune modifiche alla trascrizione (pensiamo in particolare alla pubblicità delle convenzioni matrimoniali viaggianti sul "doppio binario" della trascrizione nei pubblici RR.II. e della annotazione a margine dell'atto di matrimonio); l'effetto di siffatto intervento è stato tuttavia "devastante" se pensiamo al contenzioso che ne è scaturito in tema di prevalenza della pubblicità sull'atto di matrimonio rispetto alla trascrizione nei RR.II.²⁰.

Successivamente, nel 1997, ha visto la luce l'introduzione della trascrizione del contratto preliminare ed anche siffatta novità, pur trovando vasti consensi (stante l'opportunità di tutelare una contrattazione (quella preliminare) sempre più importante nella prassi immobiliare)²¹, non è rimasta esente da critiche sia per la

¹⁹ Cfr. sul tema C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 572 ss.; F. DELFINI, *Itinerari del contratto preliminare e derogabilità dell'art. 1376 c.c.*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, I, Milano, 2002, p. 437; più di recente cfr. l'ampia disamina di E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, *passim*.

²⁰ Sul tema è dovuta intervenire Cass. Sez. Un., 13 ottobre 2009, n. 21658 in *Corr. giur.*, 2010, p. 1612 con nota di G. RIDELLA, *Il regime pubblicitario della "convenzione" del fondo patrimoniale*, p. 1615 ss. per statuire che «la costituzione del fondo patrimoniale è soggetta alle disposizioni dell'art. 162 c.c., circa le forme delle convenzioni matrimoniali, ivi inclusa quella del comma 4, che ne condiziona l'opponibilità ai terzi all'annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione del vincolo per gli immobili, ai sensi dell'art. 2647 c.c., resta degradata a mera pubblicità-notizia, non sopperendo al difetto di annotazione nei registri dello stato civile, che non ammette deroghe o equipollenti e restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti della costituzione del fondo».

²¹ Cfr. G. MARICONDA, *Fattispecie trascrivibili e aspetti transitori*, in *Notariato*, 1997, p. 366 il quale rileva la indispensabilità di tale riforma e la sua decisività per la civiltà giuridica pur evidenziando alcune pecche nell'ambito

decontestualizzazione dell'intervento normativo (contenuto in una legge finanziaria)²² sia per gli inevitabili problemi di coordinamento con altre norme (pensiamo ai rapporti tra efficacia prenotativa, privilegio e ipoteche gravanti sugli immobili)²³.

I successivi ulteriori interventi normativi sono apparsi ancora più destabilizzanti dell'equilibrio raggiunto dal legislatore sulla disciplina della trascrizione introducendo la trascrivibilità dei vincoli di destinazione²⁴ la trascrivibilità dei trasferimenti di "cubatura"²⁵ ed infine la trascrivibilità degli accordi di mediazione aventi ad oggetto usucapione. Senza voler entrare nel merito dei primi interventi normativi sopra citati (che certamente esulano dal tema in oggetto) è necessario porsi un interrogativo: tutte queste nuove ipotesi di atti trascrivibili si sono ben inserite nell'"organigramma" della trascrizione? Oppure il legislatore, accantonando un principio di armonia e coerenza del sistema della pubblicità immobiliare, ha preferito piegarlo anche ad altre esigenze che si sono manifestate nel corso degli anni?

Gli ulteriori interrogativi che discendono da questi interventi "disarticolati" sono molteplici: l'impianto della trascrizione è tuttora organico? E' opportuno ampliare l'ambito di operatività della trascrizione per aumentare la sicurezza del traffico giuridico e per regolamentare nuove forme di circolazione della ricchezza²⁶?

Gli autori che si sono occupati *ex professo* della materia hanno fornito risposte variegata se non addirittura antitetiche tra loro. Secondo un primo orientamento

del procedimento che ha portata alla sua introduzione; in tal senso anche M.G. SALVADORI – G. SCALITI, *La memorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 672 ss. i quali parlano di <<stesura affrettata, effettuata da compilatori distratti dalla cura degli interessi dell'erario e poco attenti alla formulazione dei precetti e che pertanto peccano di incompletezza ovvero difettano di coordinamento>> ma allo stesso tempo elogiano l'introduzione di significative novità nelle contrattazioni immobiliari.

²² Cfr. U. BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, pp. 241 ss. il quale si esprime in termini di abuso dello strumento della decretazione di urgenza pur riconoscendo i meriti della riforma.

²³ Sul punto si è dovuta esprimere anche Cass. Sez. Un., 1 ottobre 2009, n. 21045 con commento di M. PISELLI, *La risoluzione di un preliminare trascritto non deve penalizzare gli istituti di credito*, in *Guida dir.*, 2009, 44, p. 32 ss., con nota di G. VECCHIO, *Per le Sezioni Unite della Cassazione il privilegio immobiliare ex art. 2775-bis, cod. civ. non prevale sulle ipoteche iscritte anteriormente (in requiem dei promissari acquirenti di immobili su pianta o in costruzione)*, in *Vita not.*, 2009, p. 1321 ss., con nota di G. SICCHIERO, *L'ipoteca anteriore prevale sul privilegio ex art. 2725 bis c.c.: quando la giurisprudenza ha i piedi per terra*, in *Giur. it.*, 2010, p. 797 ss.; con nota di L. RUGGERI, *La Cassazione-Sezioni Unite: l'ipoteca, iscritta in data anteriore, prevale sul privilegio del promissario acquirente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 266 ss.; con nota di A. RE, *Le ipoteche delle banche prevalgono sul privilegio speciale dei promissari acquirenti*, in *Imm. e propr.*, 2010, p. 144 ss. Ancora prima della pronuncia delle SS.UU. cfr. , G. TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, 476 ss.

²⁴ Sul tema cfr. AA.VV. *Atti di destinazione. Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012 reperibile in Banca dati Angelo Gallizia, sulla R.U.N.

²⁵ Sul tema si può consultare G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, in *Notariato*, 2012, p. 411 ss.; P. SIRENA, *La trascrizione dei contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti edificatori*, in AA.VV. *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014, p. 201 ss. In aperta critica con la predetta riforma F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, pubblicato on line sul sito www.judicium.it, in *Giust. civ.*, 2012, p. 101 ss., ed ora anche in *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, cit., vol. I, tomo I, p. 205 ss

²⁶ Sull'importanza e sulla centralità della circolazione della ricchezza per il legislatore del '42 in generale cfr. F. GALGANO, (voce) *Negoziato giuridico (Premesse problematiche e dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 941.

ampiamente diffuso, la trascrizione è istituto di carattere eccezionale in quanto derogatorio del principio del cd. consenso traslativo e pertanto gli ampliamenti della sua operatività, se possono essere effettuati dal legislatore, per i privati devono essere attentamente valutati per evitare una pubblicità di eventi non rilevanti ai fini della circolazione immobiliare²⁷.

Opposto a suddetto modo di pensare si trova chi ritiene invece che il principio del consenso traslativo non sia affatto un dogma insuperabile²⁸ e che le norme in tema di trascrizione non siano affatto eccezionali e pertanto si debba procedere con un'interpretazione, non solo estensiva, ma anche analogica delle stesse idonea a ricomprendere tutti gli atti che incidano sulla circolazione immobiliare e corrispondenti ai medesimi interessi tutelati dall'attuale normativa²⁹.

In posizione intermedia si pone chi, pur non volendo accogliere l'idea della trascrizione come sistema "aperto" ovvero "chiuso", ritiene tuttavia di poter adottare una linea interpretativa più equilibrata accettando l'idea di interpretazioni estensive (ma non necessariamente analogiche) nell'ambito del sottosistema della trascrizione³⁰. Per poter superare il problema e volendo tentare di raggiungere un primo risultato sul quale fondare il prosieguo dell'analisi del tema *de quo* sembra a questo punto doveroso accogliere la tesi autorevolmente avallata dalla dottrina sia notarile (Petrelli) che accademica³¹ nel senso di un'apertura del sistema legislativo della trascrizione verso un sempre più ampio ambito di applicazione mediante il superamento del

²⁷ Il più convinto assertore di siffatto orientamento è senza dubbio F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. della trascrizione*, cit., Vol. I, Tomo I, p. 479-480; in tal senso anche R. TRIOLA, *op. ult. cit.*, p. 7 e G. MARICONDA, *Le pubblicità*, Napoli, 2005, p. 67 il quale parla di illegittimo ampliamento della sua operatività; più di recente sempre G. MARICONDA, *Rapporto tra pubblicità legali: concorso e conflitto tra risultanze dei pubblici registri*, in AA.VV. *Pubblicità degli atti e delle attività*, cit., p. 37 ss.; anche R. LENZI, *Disciplina delle pubblicità legali tra interesse alla conoscibilità e interesse alla riservatezza*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, cit., p. 19 ss. chiede cautela nell'ampliamento delle fattispecie trascrivibili e pubblicizzabili quanto meno nell'ottica del fondamentale diritto alla riservatezza.

²⁸ Cfr. sul punto E. FERRANTE, *o.u.c.*, il quale ritiene che una lettura dell'ordinamento miope e unilaterale ha posto tra i principi del consensualismo e delle norme di conflitto in termini di regola ed eccezione, laddove invece queste ultime sono rette da una *ratio* unitaria e prevalente rispetto a quella del consensualismo il che contribuisce a farne un sistema potenzialmente espansivo. Sembra accogliere la tesi della derogabilità del principio consensualistico anche M. BERNARDINI, *o.u.c.*, p. 699.

²⁹ L'Autore che senza dubbio ha approfondito maggiormente siffatto ragionamento è G. PETRELLI il quale ha in primo luogo sviluppato le sue tesi nella monografia *"L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla <<tassatività>> alla <<tipicità>>*, Napoli, 2009, e nei saggi *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare, tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 689 ss.; *Trascrizione immobiliare, Costituzione Repubblicana e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV. *Pubblicità degli atti e delle attività*, cit., p. 47 ss.; *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *Riv. not.*, 2013, p. 749 ss.; *Trascrizione immobiliare e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 329 ss.. Precedentemente sul tema già V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema della pubblicità*, Napoli, 2002 e M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003, entrambe però con minore fervore argomentativo.

³⁰ Cfr. G. BARALIS, *Eccezionalità e specialità nella pubblicità immobiliare*, in *Tratt. della Trascrizione*, cit., vol. III, p. 348 ss. il quale pone l'accento sulla esigenza di "deformare" il diritto comune nell'ambito del sottosistema della trascrizione, caratterizzato dalla particolare rilevanza e tutela del traffico giuridico.

³¹ Cfr. da ultimo P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, in AA.VV. *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014, p. 502 s.

principio di stretta legalità in materia di formalità pubblicitarie³²; in linea con il processo evolutivo dell'istituto³³. Naturalmente si deve sempre tener presente che la pubblicità soddisfa in primo luogo esigenze di certezza e sicurezza del traffico giuridico e della condizione dei beni e quindi può essere promossa per atti che producono gli stessi effetti di quelli di cui è già prevista espressamente la trascrizione. Non si tratterebbe quindi di estendere la pubblicità a situazioni affini, analoghe o assimilabili ma ad atti sostanzialmente identici sotto il profilo degli effetti³⁴.

Tuttavia, anche accettando questa linea interpretativa più "evolutiva", sono stati prospettati dubbi sull'ammissibilità di un accertamento di usucapione compiuto davanti al notaio ma al di fuori del procedimento di mediazione. Sul punto il CNN si è già espresso in maniera favorevole ma è opportuno nuovamente ritornare sull'argomento in quanto la dottrina più recente ha messo in dubbio la legittimità di un accordo di usucapione senza mediatore, sulla base del presunto carattere premiale della mediazione stessa che non ne consentirebbe una applicazione al di fuori dei casi espressamente previsti.

In particolare viene affermata la indispensabilità della mediazione ai fini della pubblicità immobiliare in quanto l'istituto è stato concepito con formule incentivanti perché primo rimedio alla litigiosità per cui deve ritenersi che esista un'area di competenza che rivesta natura premiale ed esclusiva. Si potrebbe anche ammettere un negozio di accertamento senza mediatore ma solo con la presenza del notaio ma rimarrebbero forti dubbi sulla disciplina applicabile³⁵.

Prima di prendere posizione in merito è opportuno precisare che nell'ambito dei mezzi di risoluzione delle controversie la conciliazione si pone come alternativa negoziale alla giustizia sfociando, in caso di esito positivo del procedimento, in un atto di normazione volontaria che le parti sottoscrivono, vincolante e risolutivo del conflitto. La conciliazione è il frutto di un percorso, liberamente condotto e non certo procedimentalizzato, assistito dal mediatore, il quale, non essendo legato necessariamente all'applicazione del diritto e all'accertamento del torto e della ragione, aiuta i litiganti a trovare nuovi piani di dialogo, per provare ad individuare punti di incontro che evidentemente essi da soli non riuscivano a trovare.

Nell'ottica di indurre le parti ad utilizzare siffatta mediazione, il D.Lgs. n. 28/2010, così come modificato dai successivi interventi normativi, ha previsto una disciplina che detta una serie di regole che possono favorire l'uso del suddetto strumento e che può incentivare un numero sempre maggiore di litiganti ad evitare di

³² Cfr. in tal senso anche G. GABRIELLI, *Prefazione* a G. PETRELLI, "L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare", cit., p. 8 il quale tuttavia precisa che il superamento della regola di stretta legalità non può tuttavia sfociare nell'anarchica libertà.

³³ Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Milanofiori Assago, 2012 p. 47 il quale rileva l'esigenza di una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in tema di trascrizione.

³⁴ In questi termini R. LENZI, *o.u.c.*, p. 19 s.

³⁵ G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, cit., p. 1396. Sul punto cfr. pure M. SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 238, il quale non prende posizione in merito pur prospettando i rischi di un rifiuto di trascrizione da parte dei RR.II.

rivolgersi alla magistratura ordinaria³⁶. Pertanto, se la sentenza può senza dubbio considerarsi il frutto di un atto di giustizia, che si fonda su un accertamento e quindi sulla ricostruzione di fatti a cui applicare una preesistente norma di diritto generale ed astratta, la conciliazione invece è il frutto di un componimento di interessi tra le parti.

La mediazione quale modello di soluzione del contenzioso alternativo alla giustizia mira in realtà al raggiungimento di un risultato che, pure nelle sue differenze, possa sostituirsi alla sentenza. La mediazione è vista pertanto dal Legislatore solo come una opportunità per ridurre il continuo aumento di cause pendenti; parimenti si tratta di una nuova e vera opportunità per i cittadini e le imprese di maturare la capacità di affrontare la crisi delle relazioni civili e commerciali prima di delegare ad altri la soluzione. Un sistema quindi della gestione del contenzioso, un modello che pone consapevolmente al centro la *persona*, prima ancora che la *parte*, e approfondisce lo studio dei rapporti tra le stesse, promuovendo strumenti innovativi di gestione dei conflitti che valorizzano i rapporti piuttosto che le posizioni di ciascuno: restituisce agli individui l'opportunità di comprendere le ragioni del conflitto, acquisirne la consapevolezza, creare soluzioni nel proprio interesse.³⁷

Si tratterebbe quindi di uno strumento non solo funzionale alla deflazione del contenzioso giudiziario³⁸, ma finalizzato alla realizzazione di alti valori di cooperazione e condivisione, attraverso il confronto e l'incontro degli interessi.

L'attività del mediatore (facilitatore o valutatore che sia) consiste proprio nel favorire l'emersione degli interessi, ma – una volta che ciò sia avvenuto – il contratto che le parti stipulano non è diverso da quello che esse avrebbero potuto concludere autonomamente senza il contributo del terzo. L'accordo tra le parti può avere quindi qualsiasi contenuto in conformità alla atipicità della autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c. ss., come può avere qualsiasi contenuto la manifestazione di volontà negoziale in cui l'incontro delle parti sia avvenuto senza la partecipazione di terzi. Pertanto l'accordo di conciliazione, qualunque sia il procedimento che ne ha determinato la conclusione mantiene pur sempre la sua ontologica essenza di negozio di autonomia privata. Il mediatore, infatti, si limita ad assistere le parti o al più ad effettuare una proposta che non può comunque porre in dubbio la riferibilità dell'accordo solo ed esclusivamente alla volontà delle parti³⁹.

La sua natura è diversa da quella del verbale di conciliazione essendo questo un atto proprio del mediatore – che spetta a lui redigere – ed espressione dell'epilogo

³⁶ Cfr. G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal D.L. 4.3.2010 n. 28*, in *Riv. not.*, 2012, p. 545 il quale si esprime sulla Novella in termini fortemente critici analizzandola nel prisma dell'art. 24 della Costituzione.

³⁷ Su questi ed altri aspetti generali della mediazione cfr. F.P. LUIO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, M. MARTELLO, *Il Giudice civile di fronte alla mediazione. La cultura ed il significato della mediazione nella società moderna*, M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal cd. "decreto del fare"*, P. D'ALESSANDRO, *L'eccessiva durata del processo civile (un'analisi delle cause)*; tutti i suddetti contributi sono pubblicati on line sul sito www.judicium.it.

³⁸ Cfr. recentemente C. CICERO, *La transazione*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, *I singoli contratti*, 9, Milanofiori Assago, 2014, p. 38 s. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁹ In questi termini cfr. M. BUZIO, *La figura del mediatore*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.Lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012, p. 75; E. FABIANI – M. LEO, *L'accordo di conciliazione*, ivi, p. 267 ss.

della mediazione (è perciò che la verbalizzazione della fase conclusiva si impone anche in caso di mancata conciliazione: art. 11 comma 4 d.lgs. cit.). La differente natura tra accordo conciliativo e verbale è confermata dal fatto che, mentre l'accordo è sottoscritto dalle sole parti, il verbale "*deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere*" (art. 11 comma 2 d.lgs. cit.). Tra l'uno e l'altro vi è tuttavia un rapporto di complementarità, nel senso che al verbale deve essere allegato l'accordo (di cui fa parte integrante).

E' indubbio pertanto che la redazione dell'accordo non appartiene al mediatore, bensì alle parti direttamente o tramite il proprio legale (il sistema delle sottoscrizioni ne è il chiaro indice); al mediatore spetta il solo compito di verificare che quanto le parti hanno dichiarato nell'accordo corrisponde effettivamente alle volontà da loro espresse nella fase negoziale, nonché certificare nel verbale l'avvenuto accordo. Ogni diversa soluzione (*rectius*, la confezione materiale dell'accordo ad opera dello stesso mediatore) non solo sarebbe contraria a ruolo e funzioni del terzo, ma anche lo esporrebbe a taluni profili di responsabilità (ad iniziativa delle parti, che potrebbero ad esempio addebitargli di aver trasposto nell'accordo una volontà non corrispondente a quella effettiva).

Dalle osservazioni sopra riportate possiamo dedurre che la "premialità" non si ricollega all'intervento del mediatore ma alla riduzione – deflazione del carico della giustizia civile; proprio siffatta *ratio* legittima ed incentiva l'utilizzo del negozio di accertamento tra privati anche al di fuori del procedimento di mediazione. Infatti, la premialità della mediazione consiste prevalentemente nella applicazione di una serie di agevolazioni fiscali che difficilmente potranno applicarsi al negozio di accertamento dinanzi al notaio in quanto ci troveremmo di fronte ad una agevolazione fiscale a carattere eccezionale che non potrà essere estesa al di fuori dei casi espressamente previsti.

In realtà se rintracciamo la *ratio* della introduzione normativa del procedimento di mediazione nella esigenza di ridurre il carico giurisdizionale mediante l'utilizzo (incentivato) di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie il medesimo *favor* risulta pienamente rinvenibile anche nell'ipotesi di accertamento dell'usucapione dinanzi al notaio senza l'intervento del mediatore.

Anche il negozio di accertamento di usucapione dinanzi al solo notaio senza il mediatore risponde alla medesima *ratio* di riduzione del carico giudiziario, in quanto la lite può prospettarsi e quindi essere risolta al di fuori del giudizio, ma anche al di fuori dello stesso procedimento di mediazione in una fase ancora anteriore.

In senso contrario nemmeno possono essere dedotte le differenze tra procedimento di mediazione e accordo di usucapione dinanzi al notaio in quanto ad essere oggetto di pubblicità non è il procedimento di mediazione ma sempre l'accordo concluso nell'ambito del suddetto procedimento. Orbene, l'intervento del mediatore non è tale da modificare o alterare la natura strettamente negoziale dell'accordo raggiunto; conseguentemente non si vede quali siano gli elementi ostativi alla applicazione dell'art. 2645 c.c. e quindi alla ammissibilità di un accordo accerta l'usucapione dinanzi al notaio senza l'intervento del mediatore.

Un altro argomento che si potrebbe addurre per ritenere ammissibile un negozio di accertamento dinanzi al notaio senza l'intervento del mediatore può desumersi dalla nuova normativa in tema di negoziazione assistita⁴⁰; in particolare il 3° comma dell'art. 5 del D.L. 132/2014 (conv. in L. n. 162/2014) prevede che *“Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”*.

Orbene, in caso di negoziazione assistita, appare ammissibile la conclusione di una molteplicità di contratti o atti soggetti a trascrizione, ivi incluso astrattamente anche un eventuale accordo che accerti l'usucapione in favore di uno dei coniugi. In questa ipotesi, apparentemente improbabile ma comunque possibile, si potrebbe procedere alla trascrizione dell'accordo di negoziazione assistita che accerta l'usucapione anche in assenza del mediatore ma con l'intervento (imprescindibile) del notaio? La risposta non è agevole in quanto è evidente il difetto di coordinamento tra le norme che purtroppo si succedono nel tempo senza alcuna sistematicità; tuttavia, se partiamo dal presupposto, che si è tentato sopra di dimostrare, che l'atto soggetto a trascrizione di cui al n. 12 bis dell'art. 2643 c.c. è l'accordo che accerta l'usucapione e non certo il verbale di mediazione, se teniamo conto che la novella legislativa si riferisce genericamente agli atti soggetti a trascrizione e non solo agli atti trascrivibili ai sensi dell'art. 2643 c.c. allora una negoziazione assistita che accerti l'usucapione non solo appare ammissibile ma addirittura pienamente trascrivibile.

Una volta consentita siffatta eventuale trascrivibilità il passo ulteriore sarebbe davvero breve e semplice; se è possibile procedere ad una negoziazione assistita che accerti l'usucapione mediante la presenza degli avvocati e del notaio non si vede per quale motivo impedire l'accordo di usucapione direttamente innanzi al notaio; l'unico dubbio rimarrebbe legato alla necessità della presenza degli avvocati e non certo del mediatore.

Un ulteriore spunto può essere tratto dalla legge Regionale del Friuli Venezia Giulia n. 16 del 10 agosto 2006 che espressamente all'art. 30 prevede che i Comuni e le Comunità montane promuovono la stipulazione fra i soggetti interessati di negozi di accertamento dell'usucapione delle rispettive proprietà immobiliari e delle servitù a esse relative⁴¹. Giova ovviamente ripeterlo che trattasi di una Legge Regionale e di un provvedimento che non sembra abbia successivamente trovato altri uguali in altre Regioni italiane e pertanto deve purtroppo considerarsi un caso isolato.

Una volta eliminate le possibili motivazioni ostative alla ammissibilità dell'accordo di usucapione dinanzi al notaio occorre, purtroppo, scontrarsi contro la prassi degli uffici dei RR.II. notoriamente restii ad accettare di trascrivere atti per i quali

⁴⁰ Sul tema cfr. il recente studio di M. Krogh, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, Studio civilistico n. 571-2016/C. approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 22/11/2016 approvato dal CNN il 15-16/12/2016 pubblicato su CNN Notizie il 17 gennaio 2017 pp. 33 ss.

⁴¹ La citazione della legge è nello scritto di A. VENTRIGLIA, *Possibile ricevibilità del negozio di accertamento della usucapione e sua trascrivibilità*, in AA.VV. *L'usucapione*, in Atti del Convegno tenutosi a Campobasso il 20 giugno 2009; Ripalimosani, 2010, p. 68; la segnalazione della suddetta novità normativa si deve però a G. Petteruti anche lui partecipante al suddetto Convegno.

non sia prevista espressamente la trascrizione. A nulla varrebbe obiettare in tal senso la assenza di un codice di trascrizione specifico in quanto la presenza e la ammissibilità del codice generico dovrebbe consentire di superare questa presunta difficoltà.

Peraltro, è possibile citare un negozio di cui si ammette la trascrivibilità pur non essendo la stessa espressamente prevista nell'ambito dell'art. 2643 c.c.; il riferimento potrebbe essere al negozio avente ad oggetto l'individuazione catastale di immobili venduti su carta riconducibile ad un negozio di accertamento⁴². L'opportunità della segnalazione pubblicitaria della venuta ad esistenza e della migliore individuazione degli immobili è senza dubbio fuori discussione e pienamente rispondente ai principi di certezza e affidabilità degli atti risultanti dai RR.II.

4. Ammissibilità della trascrizione del negozio di accertamento in genere

Dopo aver affrontato il tema della ammissibilità della trascrizione del negozio di accertamento dell'usucapione è opportuno domandarsi se la novella legislativa possa in qualche modo influenzare indirettamente il tema della trascrivibilità in genere del negozio di accertamento.

Prima di affrontare quest'ultimo tema è opportuno richiamare sia pur brevemente alcuni risultati raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di accertamento convenzionale e valutare sulla base di detti punti se la novella legislativa consenta effettivamente un ulteriore passo verso il riconoscimento della ammissibilità della trascrizione del negozio di accertamento in generale.

Abbiamo già sopra accennato che il riconoscimento legislativo della trascrivibilità dell'accordo che accerta l'usucapione dovrebbe consentire definitivamente di accantonare le riserve espresse dalla dottrina⁴³ sulla legittimità del negozio di accertamento in generale in quanto è difficile immaginare che tale negozio di accertamento di usucapione possa considerarsi una eccezione rispetto alla regola generale della presunta inammissibilità dell'accertamento convenzionale; tuttavia rimane molto sentita l'esigenza di ben delimitare i confini del negozio di accertamento al fine di distinguerlo e differenziarlo da figure apparentemente affini ma sostanzialmente diverse quali l'atto a rilevanza confessoria stragiudiziale, la mera dichiarazione di scienza, l'atto con *funzione* transattiva, il negozio di interpretazione autentica, la rettifica, la ripetizione ecc.⁴⁴

La giurisprudenza, dal canto suo, riconosce ormai piena cittadinanza al negozio di accertamento in quanto finalizzato a imprimere certezza giuridica a un preesistente

⁴² In tal senso espressamente Cass., 20 ottobre 2014, n. 22183 la cui massima espressamente riconosce che l'atto con il quale gli eredi individuano i beni immobili oggetto di un testamento olografo, specificando i relativi dati catastali, non esaurisce la propria causa nella strumentalità alla trascrizione, in quanto definisce il contenuto delle disposizioni testamentarie svolgendo la funzione, tipica del negozio di accertamento, di ricognizione del contenuto del precedente negozio dispositivo e determina l'effetto della attribuzione in favore di ciascuno dei soggetti nominati nel testamento di determinati beni.

⁴³ Cfr. gli Autori citati alla nota 5.

⁴⁴ Non è affatto facile tuttavia nella prassi distinguere nettamente l'uno dall'altro gli atti sopra citati a causa di una inevitabile confusione concettuale dovuta alla mancanza di soluzioni univoche fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Sul tema dell'atto ricognitivo e della sua differenza dalle figure affini cfr. C. CACCAVALE, *Gli <<atti unilaterali>> di mutuo nel credito bancario*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, parte prima, p. 311 e ss. testo e note.

rapporto o di precisarne definitivamente il contenuto e l'essenza⁴⁵ sia pur non ammettendone la sua trascrivibilità in quanto titolo idoneo per l'acquisto di diritti reali⁴⁶.

Le ricostruzioni dottrinali in tema di negozio di accertamento sono invece estremamente variegata⁴⁷: secondo un primo filone di pensiero (che potrebbe approssimativamente ricomprendere le cd. *teorie dichiarative*) il negozio di accertamento non sarebbe finalizzato a modificare la situazione preesistente ma avrebbe la più limitata funzione di riprodurla per costituire un sicuro mezzo di prova per esigenze di sicurezza; in tal modo le parti si vincolerebbero alla rappresentazione da loro stesse fissata precludendosi ogni diversa interpretazione del rapporto⁴⁸.

In una diversa ricostruzione del fenomeno, il negozio di accertamento non avrebbe finalità riproduttiva a fini di prova ma la diversa finalità di dare certezza al rapporto in quanto il vincolo derivante dal negozio di accertamento sarebbe quello di considerare un dato rapporto "come esistente in un certo modo" così rinvenendo una identità funzionale tra negozio e sentenza⁴⁹. La fissazione della situazione giuridica preesistente non comporterebbe comunque alcuna modifica della stessa se non quella di renderla certa ma lo strumento utilizzato (il negozio) avrebbe inevitabilmente struttura costitutiva⁵⁰.

Secondo una ulteriore ricostruzione il negozio di accertamento avrebbe come finalità principale quella di eliminare la "*res dubia*" e realizzare un regolamento di interessi che sia il più possibile congruente con la preesistente situazione giuridica⁵¹.

Secondo un altro filone di pensiero (al quale si potrebbero invece ricondurre tutte le cd. *teorie costitutive*) con il negozio di accertamento non si fissa solo la situazione preesistente ma la si modifica. Il negozio di accertamento si affiancherebbe al negozio originario pur mantenendo entrambi la loro autonomia con la peculiarità che il negozio di accertamento escluderebbe *inter partes* una diversa interpretazione del rapporto accertato; in questo modo si riconoscerebbe al negozio *de quo* natura

⁴⁵ In questi termini Cass. 5 giugno 1997 n. 4994 in *Riv. not.* 1998, p. 240 secondo la quale «con il negozio di accertamento le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato fatto o rapporto giuridico, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione».

⁴⁶ Cfr. recentemente Cass., 9 dicembre 2015, n. 24848, in *Guida al diritto*, 2016, 8, p. 92 secondo la quale il negozio di accertamento, che può avere anche struttura semplicemente unilaterale, attesa la possibilità per un soggetto di vincolarsi con una dichiarazione unilaterale a considerare per il futuro in un determinato modo una situazione precedentemente incerta, e caratterizzato, quanto alla causa, dallo scopo di imprimere certezza giuridica a un preesistente rapporto o di precisarne definitivamente il contenuto e l'essenza quanto agli effetti, 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.

⁴⁷ Una sia pur breve sintesi la si può leggere in A. CATRICALÀ, (voce) *Accertamento* (negozio di), in *Enc. giur.*, Roma, 1988 p. 1 ss.

⁴⁸ Cfr. A. CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Saggi di diritto*, Padova, 1931, p. 177 ss.

⁴⁹ E' la nota tesi degli "equivalenti giurisdizionali" elaborata da F. CARNELUTTI, *Documento e negozio*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, p. 181 ss.; *Id.*, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, p. 3 ss.

⁵⁰ Cfr. M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 39 ss.

⁵¹ Così F. CARRESI, *Note critiche in tema di accertamento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 70 ss.; *Id.*, *La transazione*, cit., p. 42 ss.

costitutiva ma con funzione dichiarativa⁵². Mediante il negozio di accertamento le parti non modificherebbero il precedente assetto ma si limiterebbero ad assumere un nuovo vincolo avente ad oggetto un diverso apprezzamento della situazione originaria⁵³. In una diversa ed ulteriore prospettiva, il negozio *de quo* avrebbe carattere modificativo a scopo di accertamento, in quanto le parti, volendo accertare vorrebbero modificare il rapporto originario secondo un nuovo apprezzamento⁵⁴.

Ed ancora, secondo una ulteriore ricostruzione, il negozio di accertamento, se incidente su elementi essenziali del rapporto originario, determinerebbe una sostituzione necessaria del nuovo regolamento rispetto al rapporto già esistente in virtù di incompatibilità oggettiva; il nuovo regolamento in quanto autosufficiente dovrebbe pertanto determinare o la sostituzione del vecchio rapporto o la costituzione di uno nuovo tagliando ogni legame con il precedente⁵⁵.

Non manca chi invece ritiene che il negozio di accertamento debba rientrare nell'ambito del *genus* dei negozi cd. "regolamentari" e pertanto finalizzato a regolare una determinata situazione la quale verrebbe così conformata al regolamento concordato; si tratterebbe di un negozio che pur lasciando intatta la struttura ed il titolo del precedente rapporto ne determinerebbe solo la modifica della relativa disciplina (modalità di attuazione o la misura dell'oggetto); di qui il carattere costantemente dispositivo del negozio di accertamento⁵⁶.

Nessuna di queste teorie ha ritrovato ampio seguito in giurisprudenza la quale invece ha accolto la tesi della cd. *efficacia preclusiva*⁵⁷ secondo la quale il negozio di accertamento sarebbe finalizzato alla fissazione di un determinato rapporto giuridico mediante l'eliminazione degli aspetti dubbi con la conseguente preclusione di qualsiasi ulteriore indagine sulla situazione giuridica precedente all'accertamento che sarebbe dotato di una efficacia in grado di impedire di mettere in discussione il nuovo regolamento contrattuale sulla base della diversità della situazione anteriore⁵⁸.

Proprio questo effetto meramente preclusivo impedirebbe, tuttavia, al negozio di accertamento di essere annoverato tra gli atti trascrivibili in quanto lo stesso non sarebbe finalizzato alla costituzione, modifica o estinzione di diritti reali ma

⁵² In questi termini T. ASCARELLI, *La letteralità nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 237 ss.

⁵³ Così R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit. p. 389 ss.

⁵⁴ Cfr. R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 38 ss.

⁵⁵ In questi termini A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., p. 46 ss.;

⁵⁶ E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 217 ss.; così pure L. BOZZI, *o.u.c.*, p. 104 ss., A. VENTRIGLIA, *o.u.c.*, p. 54, sembra orientato in tal senso anche L. DAMBROSIO, *o.u.c.*, p. 35 il quale ritiene che il rapporto controverso venga "regolato" attraverso il negozio di accertamento almeno nell'ipotesi in cui questo miri ad eliminare una incertezza del rapporto non vertente sulla sua stessa esistenza.

⁵⁷ La teoria in oggetto è stata elaborata da A. FALZA, (voce) *Accertamento, (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958 p. 205 ss.; *Id.*, (voce) *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 498 ss, in particolare 503 ss.

⁵⁸ In questi termini Cass. 20 maggio 2004 n. 9651, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 5, secondo la quale il negozio giuridico, inteso come dichiarazione di volontà diretta a realizzare effetti giuridici, può spiegare i suoi effetti anche per il passato, assumendo la natura di negozio di accertamento venendo in tal caso a fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo; cfr. pure Cass., 05 giugno 1997 n. 4994, in *Riv. not.* 1998, p. 240 la quale precisa che con il negozio di accertamento le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato fatto o rapporto giuridico, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione. Per una ricostruzione di tutto il panorama giurisprudenziale cfr. R. FERCIA, (voce) *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2012, p. 35 ss.

preordinato solamente ad eliminare dubbi e incertezze. Il negozio di accertamento caratterizzato, quanto alla causa, dallo scopo di imprimere certezza giuridica a un preesistente rapporto o di precisarne definitivamente il contenuto e l'essenza quanto agli effetti, non determinerebbe *ex se* il trasferimento di beni e di diritti da un soggetto all'altro, né costituirebbe fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, in quanto renderebbe soltanto definitiva la situazione connessa con il rapporto preesistente, la quale è, 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, sarebbero incompatibili con l'effetto traslativo della proprietà⁵⁹.

A nulla varrebbe obiettare che il potere spettante alle parti di accertare possa ricondursi nel più ampio *genus* del potere dispositivo e di qui consentire di immaginare che il negozio di accertamento possa annoverarsi tra gli atti dispositivi e quindi trascrivibili. Infatti, anche a voler ricondurre il potere di accertamento nell'ambito del potere *latu sensu* dispositivo delle parti⁶⁰ lo stesso non può portare a giustificare *tout court* la trascrivibilità del negozio di accertamento. D'altronde nel momento in cui l'accertamento determina una modifica del diritto reale non vertiamo più in materia di accertamento negoziale ma siamo nell'ambito del potere modificativo in senso stretto con la conseguenza che il negozio modificativo sarà trascrivibile in quanto andrà ad incidere sul contenuto o sull'oggetto del diritto reale al punto da rendere necessaria una nuova pubblicità⁶¹.

Pur tenendo in debito conto l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in tema di intrascrivibilità del negozio di accertamento, ci sia consentito provare a percorrere ulteriori percorsi interpretativi finalizzati ad una cauta apertura del sistema della pubblicità immobiliare alla conoscenza di altri fatti e circostanze incidenti su diritti reali.

Infatti, il potere di accertare riconosciuto ai privati potrebbe riguardare fatti e circostanze dal cui verificarsi o meno il legislatore ricollega determinati ulteriori effetti; in particolare il negozio di accertamento potrebbe integrare vicende legali e negoziali consentendo alle stesse di produrre o meno determinati effetti conseguenti in modo automatico alla regolamentazione precettiva preesistente come risulta delineata dalla fissazione dei limiti in cui essa deve operare, effettuata nell'accertamento. L'effetto traslativo costituirebbe quindi il logico corollario di quella funzione diffusamente riconosciuta in giurisprudenza al contratto di accertamento di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio al quale si ricollega precisandone

⁵⁹ In questi termini Cass. 09 dicembre 2015 n. 24848, in *Guida al diritto* 2016, 8, 92.

⁶⁰ G.B. FERRI, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 14 secondo il quale potere di disporre e potere di accertare non sono poteri contrapposti ma ricorrono in ogni atto di autonomia negoziale. *Contra* invece F. SANTORO – PASSARELLI, *o.u.c.*, cit. p. 25 ss. il quale ritiene che il potere dispositivo sia del tutto incompatibile con il potere di accertare. Così pure L. DAMBROSIO, *o.u.c.*, p. 13 secondo il quale la facoltà di disporre di una situazione controversa non implica automaticamente quella di accertare la reale configurazione della stessa.

⁶¹ In senso contrario sembrerebbe orientato E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 245 secondo il quale <<il negozio di accertamento... può avere effetti modificativi del regolamento, modificativi della struttura o del titolo, e cioè innovativi, costitutivi, estintivi, traslativi, e cioè il negozio di accertamento è funzionalmente idoneo a produrre qualsiasi innovazione della situazione preesistente>>.

l'esistenza, il contenuto e l'operatività con effetto immediatamente preclusivo di ogni altra contestazione a riguardo⁶².

E' proprio il caso del negozio che accerta l'usucapione; le parti non "accertano loro stesse l'avvenuta usucapione" ma accertano il verificarsi di determinati fatti ed eventi (decorso del tempo, possesso pacifico e indisturbato) a cui il legislatore ricollega determinati effetti che non sono nella disponibilità dei privati.

Parimenti nel caso di negozio di accertamento avente ad oggetto la costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia⁶³ non sarebbero le parti a costituire la servitù ma alle stesse potrebbe essere riconosciuto il limitato compito di valutare se si sono verificati i presupposti per il completamento della fattispecie cui il legislatore ricollega la costituzione della servitù stessa.

E' possibile ancora citare il negozio avente ad oggetto l'individuazione catastale di immobili (già oggetto magari di un precedentemente atto di vendita degli stessi *su carta* regolarmente trascritto) riconducibile proprio alla figura del negozio di accertamento⁶⁴. L'opportunità della segnalazione pubblicitaria della venuta ad esistenza e della migliore individuazione degli immobili è senza dubbio fuori discussione e pienamente rispondente ai principi di certezza e affidabilità degli atti risultanti dai RR.II.; ma anche qui le parti accertano la venuta ad esistenza dei beni, la loro identità rispetto ai beni già oggetto del precedente atto ma non determinano loro stessi l'effetto traslativo che va invece ricollegato ad una fattispecie complessa espressamente prevista e regolata dal legislatore⁶⁵.

Ad avvalorare ulteriormente il suddetto orientamento potrebbe essere richiamata anche la giurisprudenza di merito la quale ha espressamente previsto che si può procedere alla trascrizione del negozio di ricognizione catastale relativo ad un immobile acquistato per usucapione, allorché tale atto – ai sensi dell'art. 2645 c.c. – consente alla relativa sentenza dichiarativa di usucapione di esplicitare meglio i propri

⁶² In questi termini F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie sulla forma*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1301 ss.

⁶³ In dottrina, su questo tema in generale cfr. recentemente A. SPATUZZI, *La destinazione del padre di famiglia quale ipotesi costitutiva del diritto di servitù: riconoscibilità della fattispecie e profili applicativi*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 828 ss. ed ivi ampi richiami bibliografici

⁶⁴ In tal senso espressamente Cass., 20 ottobre 2014, n. 22183 la cui massima riconosce che l'atto con il quale gli eredi individuano i beni immobili oggetto di un testamento olografo, specificando i relativi dati catastali, non esaurisce la propria causa nella strumentalità alla trascrizione, in quanto definisce il contenuto delle disposizioni testamentarie svolgendo la funzione, tipica del negozio di accertamento, di ricognizione del contenuto del precedente negozio dispositivo e determina l'effetto della attribuzione in favore di ciascuno dei soggetti nominati nel testamento di determinati beni. La sentenza appare importante in quanto riconduce espressamente l'atto di individuazione catastale nell'ambito del negozio di accertamento anche se appare davvero "dirompente" nella parte in cui precisa che il negozio di accertamento (e non il titolo originario sul quale si basa causalmente il negozio di accertamento) determina l'effetto della attribuzione !

⁶⁵ Discorso differente dovrebbe invece valere per il cd. atto ricognitivo dovendo lo stesso essere ben distinto dal negozio di accertamento in quanto il primo, a differenza del secondo, presuppone sì un atto o un fatto in ordine al quale vi è incertezza (quanto meno soggettiva) ma mira solo al rafforzamento di una posizione giuridica. In questi termini, G.A.M. TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in AA.VV. *Liberalità non donative e attività notarile*, Atti del Convegno della Fondazione Italiana per il Notariato, Lavis - Trento, 2008, p. 184 ss.

effetti⁶⁶; a dire il vero il tema affrontato dalla sentenza di merito richiamata sembra riguardare proprio un negozio di accertamento più che una ricognizione di diritti reali in quanto nel caso concreto non si trattava di riconoscere un dato (catastale) già certo ma non manifestato precedentemente ma di eliminare una incertezza derivante dalla una diversa distribuzione delle unità immobiliari a seguito di alcune operazioni catastali. Anche in questa ipotesi tuttavia l'effetto non discenderebbe dal negozio di accertamento ma sempre dalla usucapione, nel caso specifico accertato giudizialmente.

In senso favorevole alla ammissibilità (sia pur in forma dubitativa) della trascrivibilità del negozio di accertamento potrebbero essere addotte anche due norme specifiche in tema di trascrizione: il riferimento è all'art. 2643 n. 13 c.c. in tema di transazione⁶⁷ e all'art. 2655 c.c. in tema di annotamento del verificarsi della condizione risolutiva.

Per quanto riguarda l'esegesi dell'art. 2643 n. 13 c.c. è stato posto in rilievo che la norma *de qua* non farebbe riferimento alla transazione che determina il trasferimento di diritti reali in quanto la stessa è già trascrivibile ai sensi dell'art. 2643 n. 1 c.c.; il legislatore in realtà ritiene ammissibile anche la trascrizione della transazione che ha ad oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti senza che le reciproche concessioni determinino effetti traslativi di diritti reali. In questo caso la trascrizione non sarebbe finalizzata a risolvere i conflitti tra più aventi causa dallo stesso autore ma consentirebbe di opporre, entro determinati limiti, la composizione del conflitto ai terzi; in particolare la transazione, eliminando l'incertezza relativa al regime giuridico di un immobile servirebbe a dirimere il conflitto tra l'avente causa da una parte e l'altra parte in quanto la transazione sarebbe opponibile all'acquirente se la relativa trascrizione sia curata prima della trascrizione dell'acquisto della parte acquirente⁶⁸. Anzi la necessità di trascrivere la transazione dovrebbe essere confermata anche nei casi in cui la stessa non determini alcuna modifica dei registri immobiliari⁶⁹.

⁶⁶ Corte App. Firenze, sez. I, 29 novembre 2013: "Si può procedere alla trascrizione del negozio di ricognizione catastale relativo ad un immobile acquistato per usucapione, allorché tale atto – ai sensi dell'art. 2645 c.c. – consente alla relativa sentenza dichiarativa di usucapione di esplicitare meglio i propri effetti, poiché solo una trascrizione relativa a beni correttamente e puntualmente identificati può fruttuosamente esplicitare i propri effetti (nel caso di specie gli immobili oggetto della sentenza di usucapione avevano assunto nelle more del giudizio una diversa consistenza ed una differente identificazione catastale così che il giudice ha preferito far fare dopo quello che avrebbe potuto essere fatto prima della pronuncia della sentenza con l'ausilio di un CTU cui demandare gli incumbenti per gli aggiornamenti catastali)". L'efficacia degli atti ricognitivi aventi ad oggetto il diritto di proprietà e gli altri diritti reali è tuttora negata invece dalla giurisprudenza di legittimità: (cfr. Cass. 2 maggio 2013, n. 10238, in *Giust. civ. Mass.* 2013; Cass. 11 giugno 2007, n. 13625, in *Riv. not.*, 2008, 445.; Cass. 16 gennaio 1996, n. 301, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 58; Cass. 16 dicembre 1987 n. 9358, in *Vita not.*, 1988, 235).

⁶⁷ In tal senso espressamente G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 215.

⁶⁸ Cfr. R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione in Tratt. di dir. priv.* diretto da M. Bessone, vol. IV, III ed., Torino, 2012 p. 111; cfr. pure A. CHIANALE, (voce) *Pubblicità immobiliare*, in *Dig. disc. Priv., Sez. Civ., Aggiornamento*, Torino, 1997, consultato on line su Banche dati IPSOA.; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Milanofiori Assago, 2012, p. 86 secondo il quale la trascrizione della transazione non sarebbe disposta in ragione dei singoli effetti ma in funzione della causa.

⁶⁹ Cfr. l'ampia disamina compiuta da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 331 ss. e spec. p. 335.

In altri termini, la esigenza di eliminare la lite presente o futura ha spinto il legislatore fino al punto da ammettere la trascrizione di un contratto, la transazione, che pur non determinando necessariamente un effetto reale è talmente rilevante da dover essere comunque trascritto se ha ad oggetto controversie riguardanti i diritti menzionati nei numeri da 1 a 12 bis dell'art. 2643 c.c.⁷⁰

Orbene, se il legislatore ammette la trascrizione di una transazione non traslativa, sembra possibile immaginare la trascrivibilità di un negozio di accertamento ai sensi dell'art. 2645 c.c.. Infatti, la transazione consente il superamento di una controversia mediante la creazione di una nuova situazione giuridica che si sostituisce alla precedente⁷¹ con una efficacia *preclusiva*⁷² che impedisce di mettere in contestazione la situazione giuridica attuata con il nuovo regolamento contrattuale, con la conseguente irrilevanza in cui viene posta ogni ulteriore indagine sulla conformità o meno alla realtà effettiva delle posizioni fatte valere dalle parti in lite⁷³.

Questa stessa *efficacia preclusiva* è agevolmente rinvenibile pure nel negozio di accertamento anche se in quest'ultimo, invece, possono senz'altro mancare le ulteriori caratteristiche proprie della transazione (superamento della lite e reciproche concessioni) ferma restando la innegabile differenza tra i due istituti, il primo finalizzato a dettare un autoregolamento che rispecchi la realtà preesistente ed il secondo finalizzato a creare un autoregolamento che ne prescindano⁷⁴ e senza quindi essere costretti ad accogliere quelle tesi che riconducono transazione ed accertamento nell'ambito di un medesimo *genus*⁷⁵. Infatti, mentre la transazione determina una composizione contrattuale di una lite volta a modificare e/o a sostituire il rapporto controverso, il negozio di accertamento, pur consistendo in un regolamento di interessi, è caratterizzato dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio e, perciò, di questo rapporto o negozio si limita a precisare il contenuto, l'esistenza e gli effetti⁷⁶.

In altri termini, in presenza di un contrasto che è sfociato o sta per sfociare in una vera e propria lite le parti hanno la possibilità stipulare una transazione facendosi

⁷⁰ Si tratterebbe di un contratto qualificabile come contratto normativo successivo, ascrivibile al *genus* dei contratti regolamentari aventi ad oggetto il rapporto giuridico originario e controverso; in questi termini G. GITTI, *La transazione*, in *I contratti di composizione delle liti* a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Tomo I, Milanofiori Aassago, 2005, p. 93 s.

⁷¹ Cfr. F. SANTORO – PASSARELLI, *La transazione*, cit. p. 277 ss..

⁷² L'efficacia preclusiva della transazione si ritrova in molteplici massime della giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., 03 aprile 2003, n. 5139, in *Giur. it.*, 2004, c. 522 secondo la quale «Nella transazione generale non occorre l'individuazione delle singole controversie, nè è necessaria la sussistenza di reciproche concessioni in ordine ad ogni singola vicenda implicata dal contratto poiché con essa le parti intendono chiudere definitivamente ogni contestazione sui loro pregressi rapporti definendo una nuova situazione; di contro riguardando, invece, la transazione speciale un affare determinato, essa produce l'effetto preclusivo limitatamente ad esso; cfr. pure Cass, 06 ottobre 1999, n. 11117, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 2074.

⁷³ S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 270 ss. sulle orme del Falzea. *Contra* F. SANTORO – PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 279 il quale ritiene che la nozione di efficacia preclusiva sarebbe generica e incompatibile con il carattere innovativo della transazione.

⁷⁴ Cfr. E. DEL PRATO, (voce) *Transazione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 818 ss.; cfr. pure A. FALZEA, (voce) *Accertamento*, cit., p. 216 s.

⁷⁵ Ci si riferisce alla tesi prospettata da F. CARRESI, *La transazione*, cit., p. 170 ss. e da E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa: La transazione*, cit., p. 232 ss.; in senso fortemente critico cfr. per tutti G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 70 ss.

⁷⁶ Cfr. T. GALLETTO, *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1379 ss.

reciproche concessioni, ovvero stipulare un negozio di accertamento per superare la lite ma senza reciproche concessioni. Sembra infatti ammissibile riconoscere anche al negozio di accertamento una possibile colorazione transattiva qualora lo stesso sia preordinato alla prevenzione o composizione di un conflitto senza che vengano pattuite reciproche concessioni⁷⁷. Ma appare altresì ammissibile anche un negozio di accertamento con efficacia meramente preclusiva e che non sia contraddistinto né dalla funzione di comporre una lite e né da reciproche concessioni. Orbene se la *ratio* dell'art. 2643 n. 13 c.c. è quella di rendere conoscibili ai terzi accordi relativi a controversie su diritti reali non sembra che le reciproche concessioni debbano necessariamente sfociare in atti aventi contenuto traslativo; anzi la norma sembrerebbe giustificare anche la trascrivibilità di una transazione con effetti obbligatori ma riguardante una controversia sui diritti reali. Se pertanto la transazione non traslativa si trascrive per fare chiarezza sui diritti reali sembrerebbe possibile ammettere anche la trascrivibilità del negozio di accertamento finalizzato a raggiungere la medesima chiarezza sui diritti reali anche se non caratterizzato da reciproche concessioni⁷⁸.

Peraltro anche qualora si escludesse l'applicazione dell'art. 2643 n. 13 c.c. resterebbe comunque la constatazione che l'effetto preclusivo contiene in sé un potenziale effetto dispositivo di diritti reali. In altri termini l'eventualità dell'effetto traslativo accessorio può ritenersi la logica conseguenza di quella funzione riconosciuta anche in giurisprudenza al contratto di accertamento di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio al quale si ricollega precisandone l'esistenza, il contenuto e l'operatività con effetto immediatamente preclusivo di ogni altra contestazione a riguardo⁷⁹; il negozio di accertamento finalizzato alla eliminazione di un'incertezza con efficacia preclusiva per la sua trascrivibilità troverebbe pertanto il proprio fondamento o nel n. 12 bis dell'art. 2643 c.c. (mediazione obbligatoria) o nell'art. 2643 n. 13 c.c. (accertamento transattivo) ovvero ancora ai sensi dell'art. 2645 c.c.: ciò in quanto atto potenzialmente traslativo.

Se non si volesse ritenere applicabile al negozio di accertamento l'art. 2643 c.c. o l'art. 2645 c.c. rimarrebbe da valutare la possibilità di pubblicizzare lo stesso mediante annotazione a margine della originaria trascrizione ai sensi dell'art. 2655 (ma

⁷⁷ S. RUPERTO, *o.u.c.*, p. 168 ss.

⁷⁸ Nel senso della trascrivibilità del negozio di accertamento cfr. F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, cit., spec. p. 1320 ss. il quale evidenzia che l'eventualità dell'effetto traslativo accessorio costituirebbe il logico corollario di quella funzione generalmente riconosciuta in giurisprudenza al contratto di accertamento di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto al quale si ricollega precisandone l'esistenza, il contenuto e l'operatività con effetto immediatamente preclusivo di ogni contestazione. Ammette una interpretazione estensiva della norma in tema di trascrizione della transazione al negozio di accertamento F. CARRESI, *La transazione*, cit., p. 73. In senso contrario F. GAZZONI *o.u.c.*, p. 474 secondo il quale l'accertamento non modifica il contenuto del negozio originario accertato ma ne fissa solo il significato ovvero fa nascere l'obbligo di non intenderlo se non in un dato modo. Diversamente opinando si attribuirebbe all'accertamento una funzione modificativa che non gli appartiene la quale finirebbe per svuotare di significato l'accertamento identificandolo con la *renovatio contractus*. Contrario anche G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 47, il quale ritiene che una persona non può imporre con atto negoziale il vincolo anche ad un terzo, quale è il proprio avente causa a titolo particolare, estraneo all'atto stesso; l'efficacia *inter partes* dell'accertamento escluderebbe l'ammissibilità della trascrizione dello stesso.

⁷⁹ cfr. F. GAMBINO, *o.u.c.*, p. 1320 ss.

anche dell'art. 2688 c.c.) c.c. che legittima l'annotazione di fatti (avveramento ma anche mancato avveramento della condizione) particolarmente utili al fine di garantire la fedeltà al vero delle risultanze dai registri immobiliari.

Il tema *de quo* è stato recentemente oggetto di nuovi contributi che sostanzialmente ribadiscono i due orientamenti già precedentemente consolidatisi nel tempo⁸⁰. A fronte di chi ritiene che (ancora oggi) debba considerarsi pienamente vigente il principio di tipicità e/o tassatività delle annotazioni⁸¹ si sono sviluppate linee interpretative più aperte ad un possibile ampliamento degli atti oggetto di pubblicità laddove si manifesti l'esigenza di evitare una difformità tra contenuto di una segnalazione già esistente e la realtà giuridica, anche in assenza di una disposizione di legge in tal senso in ossequio ad un "principio di verità"⁸². In altri termini, sarebbe opportuno tenere in debito conto che l'ampliamento degli atti e dei fatti soggetti a pubblicità non deve necessariamente essere visto come un pericolo al traffico giuridico ma anzi come una opportunità per agevolare la circolazione dei diritti reali e per rendere il sistema della pubblicità più efficiente. In particolare la formalità pubblicitaria dovrebbe seguire la vicenda negoziale dalla sua nascita, nella sua modificazione ed anche nella sua estinzione al fine di eliminare le informazioni "false" o non più attuali⁸³.

L'annotazione quindi sarebbe particolarmente utile se finalizzata a rettificare e/o aggiornare il contenuto di una precedente segnalazione stante l'esigenza di conformità dei fatti pubblicizzati alla realtà giuridica⁸⁴. In particolare l'art. 2655 c.c. ma anche l'art. 2668 c.c. in tema rispettivamente di cancellazione per avveramento di condizione risolutiva e cancellazione di condizione sospensiva o risolutiva dimostrerebbero come non sia estranea al sistema una forma di pubblicità di "secondo grado" finalizzata ad eliminare l'incertezza derivante da un evento il cui verificarsi o mancato verificarsi deve essere accertato quanto meno convenzionalmente al fine di consentire al negozio di produrre i suoi effetti, ovvero consentire di consolidare definitivamente gli effetti già prodotti ovvero ancora risolvere gli effetti già verificatisi.

Qualora si accogliesse l'orientamento sopra esposto le applicazioni pratiche potrebbero essere molteplici: pensiamo al negozio che accerta l'esistenza di una servitù per destinazione del padre di famiglia⁸⁵, un negozio che accerti l'avvenuta

⁸⁰ Cfr. da ultimo G. FREZZA, *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento*, in *Comm. del cod. civ.* fondato da P. Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli, *Artt. 2654 – 2682*, Milano, 2017 dove è possibile rinvenire ampia bibliografia in merito.

⁸¹ Cfr. già sotto il vigore del codice del 1865 N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., I, p. 243, 529; II p. 24, 353; più di recente F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 85 ss.; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit. p. 177 rileva come la pubblicità accessoria sia fortemente sottovalutata.

⁸² In questo senso G. GABRIELLI, *Presentazione* al volume di G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit. p. 8;

⁸³ In questi termini G. BARALIS, *Eccezionalità e specialità nella pubblicità immobiliare*, in *Tratt. della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, vol. 3, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, Milanofiori Assago, 2014, p. 369, p. 380. Il contributo *de quo*, (dal quale è stata tratta la citazione) su espressa precisazione dell'Autore rappresenta una riproduzione, salvo qualche modifica, correzione, abbreviazione e aggiornamento, del volume *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2010.

⁸⁴ Cfr. ancora G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 58 ss.; sul tema in generale delle annotazioni cfr. G. BARALIS, *L'annotazione*, in *Trattato della trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, *Formalità trascrittive e procedimento, Trascrizione mobiliare. Intavolazione*, vol. 3, cit. p. 127 ss.

⁸⁵ Sul tema *de quo* recentemente cfr. Cass. SS. UU., 16 febbraio 2016, n. 2949 in *Imm. e propr.*, 2016, 5, 328. la quale conferma che «la costituzione per destinazione del padre di famiglia, che si determina non in virtù di una

accessione invertita⁸⁶, oppure un negozio che accerti l'avvenuta perdita del diritto di usufrutto per abuso dell'usufruttuario, ovvero ancora l'estinzione di un diritto reale per non uso⁸⁷.

In tutti i suddetti casi, la pubblicità, sia pur non obbligatoria, risulterebbe comunque particolarmente utile, quanto meno a fini notiziali al fine di rendere edotti i terzi di fatti e/o circostanze di particolare interesse ai fini della circolazione dei diritti reali in genere⁸⁸.

Mariano Sannino

manifestazione di volontà negoziale, ma per la presenza di opere visibili e permanenti destinate all'esercizio della servitù e che siano rivelatrici dell'esistenza del peso gravante sul fondo servente, richiede il concorso di più elementi costitutivi di una complessa fattispecie, e cioè: a) l'esistenza di due o più fondi appartenenti allo stesso proprietario tra cui, con opere visibili, si sia costituito un rapporto obiettivo di servizio tale da manifestare l'esistenza di una servitù se i due fondi o le due parti del fondo appartengano poi a distinti proprietari; b) la separazione dei due fondi o delle due parti del fondo per effetto di un atto di alienazione volontario. Pertanto, in presenza di tali elementi e in mancanza, all'atto dell'alienazione, di una volontà contraria, la servitù si intende stabilita "ope legis" e a titolo originario.>>. Non sembra tuttavia che siffatta sentenza possa essere adottata per escludere la trascrivibilità della suddetta servitù in base ad un negozio che accerti la sussistenza dei requisiti e/o fatti previsti dalla legge e trascrivibile ai sensi dell'art. 2643 n. 13 oppure ai sensi dell'art. 2651 c.c. stante comunque l'opportunità di pubblicizzare la suddetta servitù.

⁸⁶ In giurisprudenza Cass. 31 marzo 1987, n. 3103 ha stabilito che la cosiddetta accessione invertita, in base alla quale a colui che abbia in buona fede occupato con un proprio edificio una parte del suolo del vicino può essere attribuita, a determinate condizioni, la proprietà del terreno occupato (art. 938 c. c. vigente e art. 452 c. c. del 1865), non opera mai automaticamente, ma, *salvo l'effetto della volontà delle parti interessate*, è sempre pronunciata dal giudice, il quale, controllato il concorso delle necessarie condizioni di legge, emette sul punto sentenza di natura costitutiva. Più recentemente cfr. T.A.R. Toscana, Sez. III, 5 giugno 2013, n. 901 in *Corr. merito*, 2013 p. 1017 secondo il quale l'istituto della c.d. accessione invertita (detto anche occupazione appropriativa o acquisitiva) ... può avvenire soltanto attraverso lo *strumento negoziale*, l'usucapione, il procedimento espropriativo ordinario o, in via eccezionale, con le modalità di cui all'art. 42 bis del D.P.R. n. 327/2001; il provvedimento è commentato da G. DE SANCTIS, *La c.d. accessione invertita: una panoramica sull'origine, l'evoluzione e l'attuale rilevanza giuridica di un controverso istituto*, ivi, p. 1018 ss.

⁸⁷ Un'ampia casistica è offerta da G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia eventuali limiti all'autonomia privata*, cit.

⁸⁸ Per quanto riguarda le modalità con cui attuare siffatta pubblicità abbiamo già accennato che si potrebbe utilizzare la trascrizione (ai sensi del combinato disposto degli artt. 2643 n. 13 c.c. e 2645 c.c.) ovvero l'annotamento (ex art. 2655 c.c. o 2668 c.c.) a seconda del diverso contenuto del negozio di accertamento. Se quest'ultimo intende accertare una vicenda non precedentemente oggetto di pubblicità si potrebbe procedere mediante la trascrizione mentre se invece l'accertamento viene ad incidere su rapporti già oggetto di autonoma pubblicità si potrebbe utilizzare lo strumento dell'annotamento.