ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in Discipline giuridiche

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE GIURIDICHE

curriculum

DISCIPLINE PRIVATISTICHE E DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

XXXI CICLO
(2015-2018)

TESI DI DOTTORATO

Gli effetti processuali del negozio di accertamento

Prof. Giuseppe Grisi
Coordinatore

Prof. Antonio Carratta
Docente guida

Dott.ssa Giulia Ricci
Dottoranda

A.A. 2017/2018

INDICE

Considerazioni introduttive *1*

CAPITOLO I

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO.

INTRODUZIONE STORICA E DESCRIZIONE DELL'ISTITUTO

1. La *confessio* e la *stipulatio* nel diritto romano 4
2. L'accertamento tra privati in età medievale 8
3. L'elaborazione del contratto di riconoscimento astratto nella Germania di diritto comune 10
4. Elaborazione della causa materiale di accertamento 13
5. L'approdo del negozio di accertamento nel dibattito della dottrina italiana 16
6. Questioni di ammissibilità e causa del negozio di accertamento 19
7. Negozio di accertamento e transazione. Le teorie dichiarative 24
8. Le teorie costitutive 27
9. La teoria dell'efficacia preclusiva 30
10. Il negozio di accertamento e l'autotutela 33
11. La teoria dell'efficacia regolativa 35
12. Gli orientamenti della giurisprudenza 38
13. Conclusioni e programma dello studio 40

CAPITOLO II

GLI EFFETTI DELLE DICHIARAZIONI PRIVATE E DELLE MANIFESTAZIONI NEGOZIALI SULL'ACCERTAMENTO PROCESSUALE

1. Premessa 46
2. La confessione e la fissazione formale del fatto 47
3. La confessione e l'accertamento processuale della verità materiale 52

4. La «confessione del debito» 56
5. La ricognizione di debito e l'accertamento negoziale 59
6. Confessione, ricognizione e accertamento negoziale 63
7. Dichiarazioni negoziali private e potere giurisdizionale 64
8. La funzione di composizione negoziale della controversia. Premessa 76
9. La transazione 77
10. L'efficacia della transazione 80
11. L'effetto abdicativo della transazione 84
12. La rinuncia alla pretesa (rinvio) 87
13. La transazione nel processo. L'*exceptio litis per transactionem finitae* 90
14. La transazione nel processo. La cessazione della materia del contendere 93
15. Conclusioni sulla transazione 97
16. Considerazioni sull'arbitrato libero 98
17. L'introduzione dell'arbitrato irrituale 106
18. L'*exceptio compromissi* 109
19. *(segue)* L'art. 819 *ter* c.p.c. 116
20. Considerazioni conclusive 118

CAPITOLO III

L'INCIDENZA PROCESSUALE DEL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO COME EFFETTO ESSENZIALE DELLA FUNZIONE ACCERTATIVA

1. Premessa 121
2. Funzione dell'accertamento negoziale e dichiarazione della norma astratta 125
3. Funzione dell'accertamento negoziale e posizione della norma concreta 126
4. Incidenza della verifica storica sulla funzione dell'accertamento 129
5. Rilevanza del veicolo dell'accertamento 132
6. Nucleo comune della funzione dell'accertamento 138
7. L'incidenza processuale del negozio di accertamento sul piano della verifica storica 142
8. Gli effetti processuali essenziali della funzione dell'accertamento negoziale 146

9. Incidenza del negozio di accertamento a fondamento dell'eccezione di rito. La rinuncia all'azione 148

10. Incidenza del negozio di accertamento a fondamento dell'eccezione di merito. L'azione di accertamento negativo del diritto incompatibile 152

11. Incidenza del negozio di accertamento a fondamento della domanda 156

12. Effetti processuali del negozio di accertamento stipulato in pendenza del giudizio 161

13. *(segue)* Il negozio di accertamento sopravvenuto nel giudizio di merito 163

14. *(segue)* Il negozio di accertamento sopravvenuto nel giudizio di legittimità 167

15. Incidenza processuale dell'accertamento negoziale affidato al terzo. L'arbitrato irrituale 170

16. Incidenza del negozio di accertamento sull'arbitrato 176

Considerazioni conclusive *180*

Bibliografia *188*

Considerazioni introduttive

«La realtà del diritto è certamente una sola: è questo il limite, del resto implicito, di ogni categoria, che il giurista non può e non deve dimenticare»: da questa premessa si dipana lo studio sugli effetti processuali del negozio di accertamento[1].

Accostandosi al negozio di accertamento si percepisce sin dalle prime battute che la disputa cui ha dato luogo è costantemente caratterizzata, sin dalla configurazione in via autonoma dell'istituto nell'ordinamento germanico, dalla contrapposizione tra «negozio e processo» – continuando a citare Nicoletti – o, più specificamente, tra accertamento negoziale e accertamento giurisdizionale. A fronte di questa dicotomia, l'interpretazione prevalente ha negato alla radice l'ammissibilità dell'accertamento posto in essere tra privati, per via dell'incompatibilità dell'attività accertativa con l'efficacia dispositiva propria del negozio giuridico[2].

Eppure, l'assenza di un'espressa previsione, da parte del legislatore, del potere dei privati di spendere l'autonomia negoziale al fine di accertare un rapporto giuridico incerto non è, di per sé, un ostacolo all'ammissibilità del negozio di accertamento: basti pensare al classico dibattito sulla legittimità dell'azione di mero accertamento, di cui oggi non si dubita nonostante l'assenza di un espresso fondamento normativo[3], per comprendere che il problema dell'ammissibilità del negozio di accertamento non deriva, tanto, dalla riconducibilità o meno del potere di accertare entro l'ambito dell'autonomia negoziale dei privati, quanto, piuttosto, dall'efficacia processuale che dovrebbe riconoscersi all'istituto *de quo* in caso di risposta affermativa.

---

[1] C.A. NICOLETTI, *Alcune considerazioni attorno ai rapporti tra «negozio» e «processo»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1488 ss., spec. 1490.

[2] F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, I, Napoli, 1975, 22 ss.

[3] G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 77 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1947, 195 ss.

Ove si tenga a mente che la legge consente che i privati, tramite lo strumento negoziale, diano luogo alla risoluzione di controversie giuridiche su diritti disponibili *ex* art. 1965 c.c., in modo da fissare l'esistenza e/o la consistenza del rapporto giuridico o di alcuni suoi effetti, dovrebbe ritenersi parimenti meritevole di tutela *ex* art. 1322, comma 2, c.c. il negozio che raggiunga il medesimo risultato a prescindere dallo strumento dell'*aliquid datum et aliquid retentum*. Che queste manifestazioni negoziali implichino una disposizione del diritto sostanziale non è revocabile in dubbio, ove se ne accetti la descrizione in termini di «disposizione finalizzata all'accertamento», ossia espressa dalla fissazione della norma concretamente applicabile alla situazione giuridica preesistente incerta[4].

Dopo aver valutato le contrapposte posizioni inerenti all'ammissibilità dell'istituto, si presenta, dunque, all'interprete l'ulteriore aspetto problematico di individuare gli effetti processuali del negozio di accertamento, ovvero delineare il rapporto intercorrente tra il negozio ed il giudizio, quando il primo tende al medesimo scopo cui è istituzionalmente preordinato il secondo.

In questa direzione, colpisce la lucidità della riflessione di Falzea, che nel descrivere l'attività dell'accertamento giuridico ne ha intuito l'essenza nell'efficacia preclusiva e, sotto tale qualificazione, ha accostato – seppur per motivi diversi – le dichiarazioni private, rappresentate dalla confessione e dalla transazione, al giudicato, combinati secondo una gradazione via via crescente della preclusione prodotta, fino ad individuare il «massimo grado» dell'effetto preclusivo nella cosa giudicata *ex* art. 2909 c.c.

Questi spunti rendono necessario affrontare la questione degli effetti processuali del negozio di accertamento attraverso lo svolgimento di valutazioni distinte: mentre gli effetti processuali delle dichiarazioni non negoziali dei privati, come la confessione e il riconoscimento del debito, sono chiaramente descritti e collocati dal legislatore sul piano dell'accertamento dei fatti, la stessa uniformità non è rilevabile in ordine all'incidenza processuale delle manifestazioni negoziali

---

[4] E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 26 ss., spec. nota 52; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, in *Annali dell'Università di Messina*, 1932-33, spec. 418.

riconducibili al *genus* dell'accertamento, come la transazione e l'arbitrato irrituale. A questo riguardo, l'incertezza sugli effetti della transazione si riflette sulla qualificazione giuridica della relativa eccezione; analogamente, le contrapposizioni sulla natura dell'arbitrato irrituale hanno veicolato distinte accezioni dell'*exceptio compromissi* e, in tempi più recenti, il contrasto sull'applicabilità dell'art. 819 *ter* c.p.c. In misura non inferiore incide sulla nostra indagine la configurazione della cessazione della materia del contendere che, se da un lato si è imposta nella prassi giurisprudenziale come provvedimento di rito connesso al venir meno della lite (*i.e.*: dell'interesse ad agire in giudizio), dettato da esigenze di economia processuale, dall'altro, nella stessa ricostruzione dei giudici di legittimità, lascia filtrare l'opportunità di una diversa configurazione dell'incidenza processuale dell'accertamento negoziale, che non sia la mera conclusione in rito del giudizio in cui ne è stata invocata l'efficacia[5].

A fronte di un quadro di diritto positivo ermetico – se non lacunoso –, si impone all'interprete una presa di posizione netta. Se gli effetti processuali del negozio di accertamento vanno riferiti all'ambito dell'accertamento fattuale – nel quale, peraltro, appare arduo collocare l'attività negoziale di disposizione dei diritti –, l'istituto *de quo* va, in un certo senso, scorporato: alla rilevanza processuale delle dichiarazioni *sub specie facti*, corrisponde l'irrilevanza delle dichiarazioni *in jure*.

Se invece si intende che la funzione per cui il negozio di accertamento è ammesso nell'ordinamento partecipa di alcuni caratteri della funzione giurisdizionale – nella misura in cui pone in essere la fissazione della regolamentazione giuridica del rapporto incerto o controverso – è necessario collocarne gli effetti essenziali proprio nello svolgimento del processo, poiché è nella specifica eventualità della sovrapposizione della sentenza al negozio di accertamento, aventi ad oggetto il medesimo rapporto sostanziale, che può valutarsi la meritevolezza della funzione dell'accertamento negoziale e l'attitudine "complanare" rispetto all'accertamento giurisdizionale.

---

[5] Ci si riferisce, in particolare, a Cass., Sez. un., 18 maggio 2000, n. 368, in *Corr. giur.*, 2000, 1181 ss.

CAPITOLO I

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO.

INTRODUZIONE STORICA E DESCRIZIONE DELL'ISTITUTO

SOMMARIO 1. La *confessio* e la *stipulatio* nel diritto romano 2. L'accertamento tra privati in età medievale 3. L'elaborazione del contratto di riconoscimento astratto nella Germania di diritto comune 4. Elaborazione della causa materiale di accertamento 5. L'approdo del negozio di accertamento nel dibattito della dottrina italiana 6. Questioni di ammissibilità e causa del negozio di accertamento 7. Negozio di accertamento e transazione. Le teorie dichiarative 8. Le teorie costitutive 9. La teoria dell'efficacia preclusiva 10. Il negozio di accertamento e l'autotutela 11. La teoria dell'efficacia regolativa 12. Gli orientamenti della giurisprudenza 13. Conclusioni e programma dello studio

1. *La* confessio *e la* stipulatio *nel diritto romano*

L'elaborazione del negozio giuridico finalizzato all'accertamento di un rapporto preesistente tra soggetti privati risale agli studi della dottrina tedesca del XIX secolo sviluppatasi nel solco della Scuola storica. In primo luogo, si rende necessario tratteggiare alcuni istituti di diritto romano secondo la rielaborazione di cui furono oggetto nell'epoca del diritto comune, in particolare nell'esperienza germanica, ove si rinvengono le radici del fenomeno dell'accertamento negoziale tra privati[6].

Emerge infatti che l'istituto del riconoscimento astratto dell'obbligazione elaborato da Bahr, quale forma di determinazione contrattuale e stragiudiziale sull'esistenza o su alcuni elementi di un rapporto giuridico, affonda le proprie radici nella teoria dei «surrogati della sentenza» di Savigny[7].

---

[6] C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Berlin, 1840-1852, trad. it. di V. Scialoja, VII, Torino, 1886-1898, 7 ss.

[7] SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., VII, 7 ss.; O. VON BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel-Göttingen, 1867, 169 ss.

Il fondatore della Scuola storica aveva individuato nella *confessio* e nell'*interrogatio in iure* del diritto romano degli esempi di «surrogati della sentenza», ponendo in rilievo l'idoneità di questi a definire la lite con una decisione, rendere superflua la sentenza e costituire il presupposto dell'esecuzione.

Nell'*ordo iudiciorum* la *confessio* indicava la dichiarazione del convenuto avente contenuto conforme alle affermazioni dell'attore, produttiva di effetti diversi a seconda che fosse resa *in iure* o *in iudicio*[8].

Poiché la fase *in iure* era dedicata all'attività negoziale delle parti culminante nella *litis contestatio* e non prevedeva lo svolgimento di una fase istruttoria, la dichiarazione "confessoria" del convenuto non rilevava sul piano probatorio ma integrava un atto dispositivo della parte convenuta[9].

In particolare, se si trattava di un'*actio certae pecuniae*, la *confessio in iure* aveva il valore di una condanna, descritto dalle fonti come «*confessus pro iudicato*», e rendeva superflua la pronuncia della sentenza[10]. Di conseguenza, il convenuto era immediatamente vincolato a rispettare quanto dichiarato e tenuto ad eseguire la prestazione[11]. Quando invece l'azione esercitata aveva ad oggetto

---

[8] La fase *in iure* era dedicata al confronto tra le parti innanzi al magistrato ufficiale o *praetor*, al fine di individuare pattiziamente l'oggetto della lite. Questa veniva poi istruita e decisa nella fase *in iudicio* dal giudice privato o *iudex*. Il passaggio dalla prima alla seconda fase era segnato dalla *litis contestatio*, uno scambio di dichiarazioni formali con cui le parti determinavano pattiziamente l'oggetto del giudizio e si impegnavano ad accettare il provvedimento conclusivo, v. F.L. VON KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad. it. con note di N. De Crescenzio, Napoli, 1872, 208 ss.; E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, 433 ss.; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, 163 ss.; G. PUGLIESE, *Le legis actiones*, in *Il processo civile romano*, I, Roma, 1962, 370 ss.; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., VI, 257 ss.

[9] S. DI PAOLA, *Confessio in iure*, I, Milano, 1952, 22 ss.

[10] PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, 370; KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, cit., 208; quella riportata nel testo è l'interpretazione prevalsa fino all'epoca più recente, trasmessa da Savigny e recepita dalla dottrina tedesca, v. *infra*. Si ricorda tuttavia che studi successivi hanno prospettato l'ipotesi che la *confessio in iure* non integrasse un negozio giuridico astratto, idoneo in mancanza di titolo a costituire un nuovo rapporto obbligatorio, v. DI PAOLA, *Confessio in iure*, cit., 79 ss.

[11] Dunque come se il convenuto fosse stato *condemnatus*, oltre che *iudicatus*, v. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, cit., 154 ss. Secondo una diversa ricostruzione, pur confermandosi l'equiparazione tra *confessio* e *iudicatus*, si nega che in caso di *actio certae pecuniae* la *confessio in iure* sarebbe stata idonea a fondare direttamente l'esecuzione; ciò in quanto le fonti riferirebbero della *condemnatio* come istituto che, da un certo momento in poi, ha sostituito il *iudicatus* come

un'obbligazione dal contenuto indeterminato, la *confessio in iure* non era suscettibile di immediata esecuzione, ma era idonea a fondare una procedura di cognizione per la determinazione del *quantum*[12].

Il risultato conseguito con la *confessio in iure* era considerato equivalente alla «verità formale» prodotta dalla sentenza, ossia una «finzione di verità», con valore di accertamento del rapporto giuridico nel senso affermato dall'attore. Il carattere negoziale della fase *in iure* si propagava dunque alla *confessio* e, tramite questa, all'efficacia dell'accertamento.

La funzione della *confessio in iure* quale surrogazione della sentenza e mezzo di produzione di «diritto formale» al pari del giudicato determinava la limitazione dell'impugnabilità esclusivamente al rimedio eccezionale della *restitutio* da parte del pretore, condizionata alla dimostrazione dell'errore di fatto non determinato da negligenza[13].

Per questi motivi, la dottrina moderna ha considerato la *confessio in iure* come un «quasi-contratto» avente ad oggetto rapporti di diritto sostanziale[14].

Al di fuori di tale categoria si collocano la *confessio in iure* parziale e quella *in iudicio.* La prima, una dichiarazione del convenuto conforme ad una parte delle affermazioni dell'attore, aveva portata sostanziale di *litis contestatio*, ossia l'effetto di determinare *a contrario* l'oggetto del giudizio, escludendone i fatti confermati nella dichiarazione del convenuto. La seconda costituiva invece una dichiarazione resa nella fase giudiziale e valeva come mezzo di prova liberamente valutabile dal giudice.

---

momento conclusivo della cognizione, v. DI PAOLA, *Confessio in iure*, 27 ss. È invece minoritaria la tesi del BETTI, in *Studia et Documenta Historiae et Juris*, 1935, 431 ss., secondo cui la *confessio in iure* prestata *certae pecuniae* avrebbe avuto natura diversa dalle altre ipotesi di confessioni, in quanto sarebbe stata una forma di mancata *defensio* di fronte ad un'azione esecutiva, estranea all'attività di accertamento.

[12] BETTI, *Diritto romano*, cit., 456; SCIALOJA, *Procedura civile romana*, cit., 170 ss.; PUGLIESE, *Actio e diritto subbiettivo*, Milano, 1939, 415 ss.

[13] Non trattandosi di un mezzo di prova, era esclusa la possibilità della prova contraria alla *confessio in iure*. La previsione della *restitutio* pretoria contro la *confessio in iure* affetta da errore ha suscitato il parallelismo con la *condictio indebiti* del diritto comune, v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., VII, 38 ss.

[14] SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 38; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, Milano, 1927, II, 443 ss.; *contra* DI PAOLA, *Confessio in iure*, 27 ss.; BETTI, in *Studia et Documenta Historiae et Juris*, 431 ss.

Nel periodo di transizione verso il diritto giustinianeo, la graduale sostituzione della *cognitio extra ordinem* all'*ordo iudiciorum* ha determinato il venir meno della struttura bifasica del processo ed una notevole attenuazione del carattere negoziale della *litis contestatio*[15]. In tal modo la *confessio in iure* ha perso il connotato dispositivo ed è confluita nella categoria dei mezzi di prova, con il valore di confessione giudiziale.

Tra gli istituti di diritto romano classico, ai fini del nostro studio è interessante riflettere anche sull'evoluzione dell'istituto romano della *stipulatio*, il contratto obbligatorio formale che si caratterizzava per la conclusione orale ed avente ad oggetto prestazioni determinate.

Secondo la ricostruzione prevalente, la giustificazione causale della *stipulatio* era individuata nella forma stessa della sua conclusione: la solennità verbale richiesta per la stipulazione del contratto integrava il necessario collegamento tra la volontà delle parti e la produzione degli effetti previsti dalla legge[16].

Peraltro, la forma solenne caratterizzante la *stipulatio* è stata gradualmente abbandonata durante il processo di cartolarizzazione delle obbligazioni che, in età comunale, ha risposto alle esigenze dell'incrementarsi dei traffici commerciali. Con la perdita della connotazione orale, la formula della *stipulatio* è diventata oggetto del documento scritto, che ha preso la denominazione di *cautio discreta.*

Questa consisteva nella promessa di pagamento contenente la menzione della causa del vincolo e spiegava gli stessi effetti obbligatori dell'antica *stipulatio*; nel contempo, il documento contenente la *stipulatio* integrava una confessione stragiudiziale del fatto costitutivo dell'obbligazione. Diversamente, la

---

[15] Nonché la devoluzione della decisione alla competenza esclusiva del magistrato statale, per approfondimenti v. BETTI, *Diritto romano*, cit., 667 ss.

[16] C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 126 ss. Non può qui essere approfondita la questione inerente la giustificazione economico causale della *stipulatio*, ma va menzionato il diverso orientamento secondo cui la *stipulatio* avrebbe dovuto avere una causa materiale che giustificasse economicamente l'obbligazione, poiché altrimenti il convenuto per l'adempimento avrebbe potuto esperire l'*exceptio doli*, v. A. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, Torino, 1992, 105 ss.

promessa che non menzionava la *causa debendi*, nota come *cautio indiscreta*, era priva di efficacia sostanziale e probatoria[17].

La diffusione della circolazione della *cautio discreta* ha dato origine alla questione del rapporto intercorrente tra il documento inteso come *res*, bene oggetto di possesso e trasferimento, e l'ineliminabile funzione rappresentativa dello scritto, rilevante a fini probatori[18].

Sul piano processuale, il crescente utilizzo delle *chartae* ha determinato l'irrigidimento delle forme imposte in fase probatoria; in particolare ciò si avvertiva rispetto alla *cautio discreta*, che allo stesso tempo integrava il titolo costitutivo dell'obbligazione e ne rappresentava la confessione stragiudiziale[19].

2. *L'accertamento tra privati in età medievale*

Dal processo di cartolarizzazione dell'obbligazione favorito dall'incremento nell'utilizzo del documento scritto, tra il X e l'XI secolo è derivata la diffusione di documenti finalizzati a creare *certitudo* in ordine ai rapporti tra privati, noti come *breve certitudinis* o *chartulae securitatis.*

Tali documenti erano interamente redatti dai soggetti privati che, per porre fine ad una lite determinata dall'incertezza su uno o più elementi del rapporto, si assicuravano la reciproca astensione dal perseguimento delle proprie pretese e contestazioni in sede processuale. Si tratta delle prime manifestazioni del collegamento tra l'incertezza, menzionata come causa delle *chartulae securitatis*, e la lite, intesa come lo scontro tra una pretesa ed una contestazione[20].

---

[17] D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, cit., 107 ss.

[18] D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, cit., 107; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 126 ss.

[19] In questa sovrapposizione tra documento costitutivo e funzione probatoria del contratto ha collocato l'origine dell'equivoco sulla confessione come negozio obbligatorio FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 128, secondo il quale la *cautio discreta* avrebbe avuto soltanto funzione probatoria e l'elemento volitivo, erroneamente scambiato per volontà di obbligarsi, non sarebbe stato altro che volontà di confessare; M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche uber einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, Berlin, 1827, 276 ss.; G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Foro sardo*, 1902, 137 ss., poi in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, III, 1 ss.

[20] F. CALASSO, *Accertamento negoziale e processuale di diritti nell'Alto medio evo*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1962, IV, 737 ss., ove un'ampia analisi delle fonti da cui risultano vari esempi di tali documenti.

Formalmente tali documenti rappresentavano dei veri e propri processi verbali di processi simulati tra le parti, menzionanti l'individuazione delle parti, l'oggetto di pretese e contestazioni, l'avvenuto compimento della citazione, la presenza di testimoni e di un estensore. Entro questa cornice, il nucleo centrale del documento era costituito dalla dichiarazione delle parti di rinunciare alla pretesa o alla contestazione sul rapporto o sul bene in conflitto. In particolare, le parti stabilivano espressamente che l'impegno assunto le avrebbe obbligate come una sentenza «*pro futuri temporibus*».

Si è ipotizzato che la redazione di simili documenti, nonostante il riferimento alla simulazione del processo, rappresenti la manifestazione documentale di un accordo precedentemente raggiunto dalle parti per la composizione della controversia. Il documento è, dunque, sorretto dall'intenzione di costituire formalmente l'impegno negoziale e, nel contempo, rappresentarlo esternamente, come testimonia la descrizione particolareggiata del contesto.

Documenti finalizzati alla *certitudo* erano diffusi anche nella variante delle *promissiones*, che obbligavano a non contestare la proprietà di determinati beni, accompagnate dall'inserimento di clausole penali. Questi erano concepiti come dichiarazioni aventi ad oggetto il riconoscimento del diritto di proprietà a favore del destinatario del documento, con l'effetto di precludere la lite su di esso[21].

Il tratto comune tra le diverse varianti di *brevi certitudinis* rinvenute nelle fonti è individuato nella natura di attività privata che queste attestano, ossia l'attività di accertamento negoziale finalizzata a consolidare un diritto oggetto di contestazione.

Si ritiene che l'efficacia negoziale delle *chartulae securitatis* consistesse nella costituzione dell'obbligazione reciproca di non contestare nel processo la

[21] A questo tipo di *chartae* se ne affiancano altre, contenenti la dichiarazione che la soluzione del contrasto era stata raggiunta mediante reciproci sacrifici, e lo stesso componimento imprimeva certezza al rapporto dichiarandone la configurazione pattuita, cd. *chartulae convenientiae*, su cui v. CALASSO, *Accertamento negoziale e processuale di diritti nell'Alto medio evo*, cit., 739; ID., *La* convenientia*: contributo alla storia del contratto in Italia durante l'alto Medio Evo*, Bologna, 1932, 76 ss.; F. TREGGIARI, voce *Transazione (diritto interm.)*, in *Enc. dir*., XLIV, Milano, 1992, 796 ss.

situazione accertata, disponendo la nullità di qualsiasi atto o documento compiuto in contrasto con tale vincolo.

Rispetto alla confessione stragiudiziale, apparentemente simile alla promessa di non contestare il diritto in sede di giudizio, queste dichiarazioni promissorie integravano forme di riconoscimento unilaterale del diritto, e come tali costituivano oggetto di accordo tra le parti[22].

3. *L'elaborazione del contratto di riconoscimento astratto nella Germania di diritto comune*

Individuati gli istituti che, in vario modo, sono riconducibili al *genus* dell'accertamento tra privati di rapporti disponibili, la compiuta determinazione di un negozio di accertamento si colloca nella Germania del XIX secolo.

Con la teoria dei «surrogati della sentenza», Savigny aveva posto in rilievo la capacità di alcuni atti, provenienti dai privati, di incidere sul rapporto controverso con la medesima capacità definitoria propria della sentenza ed una simile efficacia esecutiva. Al di fuori di questa categoria, Savigny collocava figure ulteriori, quali la transazione, il compromesso, la rinuncia e la recognizione, distinte dai «surrogati» perché inidonee a decidere la lite, ma affini ad essi perché consentivano il superamento della controversia e rendevano superflua la pronuncia della sentenza.

Tra tali istituti, la rinuncia e la recognizione sono descritte come figure «ambigue», utili a soddisfare differenti intenzioni delle parti, dall'abbandono della lite specifica alla definitiva rinuncia all'affermazione del diritto, e capaci di manifestarsi in diverse forme: come contratto[23], dichiarazione unilaterale o confessione[24].

---

[22] CALASSO, *Accertamento negoziale e processuale di diritti nell'Alto medio evo*, cit., 740.

[23] Si accentua in tal caso la somiglianza con la transazione, dalla quale l'istituto si distingue solo perché quella richiede l'*aliquid datum, aliquid retentum*, v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 9 ss.

[24] Anche la recognizione può fondarsi su diverse motivazioni, come l'intenzione di riconoscere effettivamente il diritto, l'animo di donare o l'abbandono della causa dubbiosa solo per evitare il processo, v. SAVINGY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 19.

Dal contratto di recognizione, prospettato da Savigny come negozio volto ad «eliminare la lite provocando un mutamento del rapporto», Bahr ha tratto la premessa per l'elaborazione del contratto di riconoscimento astratto dell'obbligazione o *Anerkennungsvertrag*[25].

Nel contesto storico di riferimento, gli studiosi del diritto avvertivano l'esigenza di migliorare la protezione prestata dall'ordinamento all'attività dei privati, sotto il profilo della certezza dei rapporti obbligatori ed in funzione dell'eventuale vicenda processuale. Si consideri che nella Germania del diritto comune il processo era caratterizzato da un accentuato formalismo, che frequentemente rendeva arduo per le parti prevedere l'esito della controversia, come dimostra la previsione dell'efficacia non vincolante della confessione stragiudiziale[26].

Per colmare simili lacune, Bahr ha proposto l'introduzione dell'istituto del riconoscimento astratto di debito quale titolo privo di *expressio causae* idoneo a rendere certa l'obbligazione sul piano sostanziale. Rispetto al rapporto preesistente, il riconoscimento astratto integra, dunque, un nuovo titolo costitutivo. Il carattere astratto rende il riconoscimento idoneo a produrre l'effetto

---

[25] BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., 169 ss. Il primo collegamento tra il riconoscimento astratto elaborato da Bahr e la categoria dei surrogati della sentenza di Savigny risale a J. UNGER, *Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag*, in *Jherings Jahrbücher*, VIII, Jena, 1866, 179 ss., il quale, diversamente dal *Sistema* del Savigny, ricomprende il contrato di riconoscimento tra i surrogati della sentenza, in quanto equivalente ad una pronuncia delle parti stesse sulla propria causa. Si ritiene inoltre che la costruzione del Bahr sia stata influenzata da alcune riflessioni di Puchta in ordine alla questione della qualificazione del riconoscimento astratto come un vero e proprio contratto o un mero scopo, v. G.F. PUCHTA, *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig, 1851, 609 ss. Ulteriori antecedenti e spunti sono stati rinvenuti in H. LIEBE, *Entwurf einer Wechselordnung fur das Herzogthum Braunschweig sammt Motiven*, Braunschweig, 1843, 34 ss. e dalla dottrina commercialistica sulla cambiale (di cui Bahr ha sostenuto l'*Abstrakten natur*). Per ulteriori approfondimenti v. L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, 24 ss.

[26] SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 57 ss., ove invece l'A. fa riferimento all'ordinamento prussiano, che, pur considerando entrambe le forme di confessione come semplici mezzi di prova, mostrava un elemento di contatto con il diritto romano prevedendo che l'ammissione della pretesa da parte del convenuto non fosse seguita da sentenza, bensì da una dichiarazione di riconoscimento, *Agnitionsresolut*, che veniva pubblicata come una sentenza e resa esecutiva, conformemente alla *confessio in iure* originaria. La confessione giudiziale, invece, aveva valore vincolante in giudizio e non integrava un surrogato della sentenza, SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 50 ss.; BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche uber einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, cit., 300 ss.

di costituzione dell'obbligazione. Poiché esso è valido a prescindere dalla menzione del rapporto preesistente, infatti, l'effetto tipico si produce anche nell'ipotesi in cui il rapporto sia inesistente o difforme dalle risultanze del riconoscimento. Si ammette, in definitiva, la possibilità che le parti pongano in essere il riconoscimento per costituire un nuovo rapporto obbligatorio (cd. astrazione sostanziale o *Abstraktionswille*), con lo stesso effetto degli altri negozi bilaterali a carattere dispositivo[27].

Sul piano causale, il riconoscimento astratto fonda la propria giustificazione economica sull'autonomia privata[28], in conformità al prevalente orientamento della dottrina tedesca secondo cui la conclusione del contratto deriva dal mero accordo tra le parti e la funzione economica di questo va ricavata dalle loro dichiarazioni[29].

Il riconoscimento astratto può, dunque, assolvere la duplice funzione di accertamento di un rapporto preesistente o di costituzione di una nuova obbligazione: in ogni caso, l'accordo stipulato tra le parti è idoneo a fornire la prova definitiva del vincolo.

Nell'elaborazione originaria di Bahr, al riconoscimento causale si contrappone il riconoscimento astratto, inidoneo a fondare un'autonoma azione di adempimento. Se le parti menzionano nel documento il titolo preesistente, costitutivo dell'obbligazione oggetto di riconoscimento, è individuabile l'intenzione di precostituire una prova, e l'efficacia dell'atto va limitata al piano processuale similmente alla confessione stragiudiziale[30].

---

[27] Il rapporto preesistente è posto come un mero presupposto eventuale del riconoscimento di Bahr, v. M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 134; rileva BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., 27 ss., che tale astrattezza produce conseguenze sulla disciplina dell'errore sulla sussistenza della causa, in senso limitativo dei rimedi della *condictio* e *exceptio doli*.

[28] BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., 124 ss.

[29] BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., 125.

[30] BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., 94; LIEBE, *Der abstrakte obligatorische Vertrag im modernen Rechte*, Gruchot Beitrag, 1884, vol. 28, 547 ss.

4. *Elaborazione della causa materiale di accertamento*

La prospettiva del contratto di riconoscimento astratto come fonte autonoma di obbligazione ha variamente influenzato la dottrina successiva[31] e lo stesso legislatore tedesco, che ha accolto l'istituto nel § 781 del *Bürgerliches Gesetzbuch* accanto alla promessa di pagamento[32].

In particolare la dottrina ha approfondito la questione del contenuto dell'obbligazione generata dal riconoscimento. Mentre nella costruzione di Bahr questa viene identificata con lo stesso rapporto riconosciuto, al quale il riconoscimento fornisce un nuovo titolo costitutivo, altri Autori hanno sostenuto che il riconoscimento astratto opera alla stregua di un *constitutum debiti*, idoneo a fondare l'azione di adempimento come se la prova del debito fosse stata raggiunta[33]. Secondo tale impostazione, inoltre, gli effetti del riconoscimento astratto sono coincidenti con gli effetti della confessione stragiudiziale, che nello studio di Bahr, invece, è integrata dal riconoscimento causale ed ha efficacia limitata al piano processuale.

---

[31] Le maggiori critiche alla dottrina di Bahr si fondano soprattutto sull'astrattezza del contratto obbligatorio, espressione della prevalenza del «dogma della volontà» sui requisiti di causa e forma del contratto, v. F.K. NEUBECKER, *Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen*, in *Archiv. für bürgeliches Recht* 22, 1903, 72 ss., e poi in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 83 ss., trad. da M.T. ZANZUCCHI; nel senso dell'inammissibilità del negozio di riconoscimento, K. HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeshäft, Sonder-Abdruck aus der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke*, II, Breslau, 1910, 68 ss.; A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozeßualen Anerkenntnis und Verzicht*, Tübingen-Leipzig, 1903, *passim*.

[32] L'introduzione è stata fortemente influenzata dall'opera degli Autori che hanno approfondito lo studio del Bahr, tra cui v. B. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, trad. it. di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1926, II, 593 ss.; M. PAGENSTECHER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, 1905, 96 ss. Rispetto all'elaborazione di Bahr, peraltro, gli istituti disciplinati nel *BGB* presentano alcune differenze, tra cui rileva la previsione nel § 812 di un'azione generale di arricchimento, o *condictio indebiti*, che consente la ripetizione della prestazione effettuata senza causa anche se fondata sul riconoscimento; nonché il § 821 *BGB*, che consente al promittente che si sia obbligato senza causa di rifiutare l'adempimento in via preventiva, similmente ad una *exceptio doli*; per simili rilievi v. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., 29.

[33] L'efficacia del riconoscimento astratto e di quello causale viene dunque ridotta alla mera inesigibilità di ulteriori prove del debito nei confronti dell'attore, v. C.G. BRUNS, *Das* Constitutum debiti, in *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, I, Weimar, 1861, 74 ss.; R. SCHLESINGER, *Zur Lehre von den Formalcontracten und der* Querela non numeratae pecuniae, Leipzig, 1858, I, 137 ss.; successivamente, nel senso di ricondurre l'efficacia del negozio di accertamento all'alleggerimento dell'onere probatorio, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, II, XI Auf., Munchen, 1977, 432 ss.

Nelle *Pandette*, Windscheid ha collocato il riconoscimento astratto nel novero degli atti a scopo di accertamento. Tra questi si distinguono la ricognizione a scopo probatorio, coincidente con la confessione stragiudiziale, e la ricognizione avente natura contrattuale. Rispetto alla prova, il contratto di ricognizione si caratterizza per l'intenzione delle parti di obbligarsi; se l'atto è sprovvisto dei requisiti richiesti per integrare il contratto, tuttavia, è comunque idoneo a spiegare gli effetti della confessione[34]. Secondo Windscheid, il contratto di riconoscimento sorretto dall'intento di obbligarsi produce un vincolo reciproco tra le parti, avente ad oggetto l'obbligo di non dedurre in giudizio il rapporto in modo difforme dalla risultanza del riconoscimento[35].

Relativamente agli effetti del contratto di riconoscimento astratto, si è successivamente diffusa l'interpretazione favorevole all'efficacia reale dell'istituto, idoneo a produrre una modificazione immediata del rapporto preesistente nel senso fatto proprio dalla dichiarazione; diversamente, al riconoscimento a scopo probatorio o attributivo è stata assegnata efficacia obbligatoria[36]. Per tale motivo è emersa la necessità di isolare e distinguere lo scopo dell'accertamento dagli scopi attributivo e probatorio. In tal senso si è affermato che soltanto il riconoscimento a scopo di accertamento integra un riconoscimento in senso proprio, o *Anerkennung zwecks Feststellung*, la cui peculiarità risiede nella capacità di eliminare l'incertezza da un rapporto preesistente.

---

[34] WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, cit., 595 ss., secondo un'impostazione che riecheggia quella del *Sistema* di Savigny (v. *supra*); l'A. ammette che l'istituto perde di utilità se, per coglierne esattamente gli effetti, è necessario rinvenire caso per caso l'intento delle parti.

[35] WINDSCHEID, *op. loc. ult. cit.*, rilevava che simili situazioni, ossia attribuzioni patrimoniali senza altra causa che non fosse quella di imprimere certezza al rapporto, sono rinvenibili anche nel riconoscimento contenuto in una transazione o in un compromesso, ossia le figure che Savigny nel *Sistema* aveva descritto come istituti idonei ad eliminare la controversia ma non a deciderla e dunque aveva escluso dalla categoria dei surrogati della sentenza. Alle critiche per cui in tal modo il diritto sostanziale avrebbe «invaso» il diritto processuale illegittimamente, l'A. giustificava la ricostruzione tramite l'esempio della legittimità delle promesse di sottomissione all'esecuzione, da cui non si discosta la promessa di farsi condannare implicitamente contenuta nel riconoscimento, v. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, cit., par. 702, n. 5.

[36] E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, 40 ss.

Viene così prospettata l'autonomia concettuale dell'attività dei privati tesa ad accertare un rapporto giuridico, ammettendo che il fine cui tendono le parti possa essere anche il mero conseguimento della certezza, indipendentemente dalle ulteriori funzioni di scambio o dall'intenzione di precostituire un mezzo di prova. La configurazione dell'accertamento come causa autonoma ha assunto il carattere della «fissazione» della realtà preesistente o *Festellungsgeschaft*[37].

Originariamente, dunque, la configurazione autonoma della causa di accertamento come fondamento della volontà negoziale è stata necessaria per distinguere il riconoscimento astratto dai diversi casi in cui il riconoscimento è finalizzato ad altri risultati, di tipo attributivo o probatorio.

Allo stesso tempo, peraltro, l'elaborazione della causa di accertamento è stata sviluppata relativamente al riconoscimento causale[38]. Quest'ultimo, che nella teoria di Bahr viene equiparato alla confessione stragiudiziale, nella prospettiva della dottrina successiva ha assunto la struttura del contratto, al quale la causa autonoma di accertamento si attaglia maggiormente rispetto al riconoscimento astratto. Il riconoscimento causale espresso in forma contrattuale e sorretto dall'intenzione di eliminare l'incertezza viene descritto come negozio di accertamento o *Feststellungsvertrag*. Diversamente dal riconoscimento astratto, che può valere sia a costituire un nuovo rapporto obbligatorio sia a rimuovere l'incertezza da un'obbligazione preesistente, il negozio di accertamento causalmente determinato dalla volontà di accertare presuppone l'esistenza di un rapporto e richiede che questo sia menzionato come oggetto dell'accertamento.

Sotto il profilo dell'efficacia, al negozio di accertamento è stata assegnato inizialmente un effetto modificativo del rapporto preesistente[39], ad ulteriore distinzione dal riconoscimento astratto. Mentre l'efficacia di quest'ultimo può risultare vanificata con l'esperimento della *condictio indebiti*, l'efficacia

---

[37] BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, cit., 240 ss., 261, ove si precisa che alla stessa categoria negoziale appartiene la transazione, per la quale si individua una causa «mista» di scambio e accertamento.

[38] Secondo l'elaborazione originaria della causa di accertamento, il riconoscimento causale è idoneo a produrre i medesimi effetti sul rapporto incerto prodotti dalla sentenza di mero accertamento, v. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, cit.

[39] F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie*, Tübingen, 1967, 133 ss.

immediatamente modificativa del negozio di accertamento ne garantisce l'operatività indipendentemente dalla conformità dell'accertamento rispetto alla situazione preesistente. L'eventuale difformità tra il rapporto incerto ed il rapporto risultante dall'accertamento non integra un'ipotesi di errore bensì una delle possibili direzioni della volontà di accertamento[40].

Per Altri, invece, gli effetti del negozio di accertamento sono percepibili esclusivamente sul piano processuale. Ciò in quanto l'ordinamento può effettivamente soddisfare la volontà di accertare un rapporto preesistente soltanto riconoscendo ai privati la capacità di porre il rapporto accertato fuori contestazione. A tal fine, è stata invocata l'analogia con il tipico effetto della transazione della «messa fuori contestazione» o *Außerstreitstellung*[41].

5. *L'approdo del negozio di accertamento nel dibattito della dottrina italiana*

Il clima di progressiva apertura all'autonomia privata proprio della Germania di fine '800 ha favorito l'originale configurazione della causa di accertamento come direzione della volontà negoziale, in modo indipendente dall'attuazione di spostamenti patrimoniali[42]. Quando in Italia si è diffuso lo studio del negozio di accertamento, invece, l'istituto è stato inquadrato entro i più ampi temi, allora dibattuti, del rapporto tra documento e negozio, da un lato, e della natura probatoria o negoziale della confessione stragiudiziale, dall'altro[43].

---

[40] KÜBLER, *Feststellung und Garantie*, cit.

[41] M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, I, in *Arch. fur civil. Praxis*, vol. 97, 1905, 291 ss. L'ammissibilità di una simile conclusione nell'ordinamento italiano sarà vagliata nel prosieguo del presente lavoro, grazie al confronto con istituti espressamente previsti dal legislatore.

[42] RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, cit., 293 ss.; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teils des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 2, Munchen und Leipzig, 1918; BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, cit.

[43] T. CLAPS, *L'indole giuridica del cosiddetto «contratto riproduttivo»*, in *Giur. it.*, 1898, I, 2, 449 ss.; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, Napoli, 1915, 291 ss.; L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, 430 ss.; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, 197 ss.; A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925, 25 ss.; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181 ss.; A. FOÀ, *Sulla natura giuridica della dichiarazione riproduttiva*, in *Temi emiliana*, 1928, II, 5 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della*

L'accertamento in forma negoziale è stato inteso, inizialmente, come una categoria generale entro cui ricondurre atti e negozi variamente finalizzati ad imprimere certezza ad una situazione giuridica preesistente incerta, secondo una direzione parzialmente diversa da quella seguita dalla dottrina tedesca[44]. Un simile distacco è dovuto alla circostanza per cui, mentre l'ordinamento della Germania di diritto comune negava rilevanza, tra le fonti dell'obbligazione, alla *cautio indiscreta*, negli ordinamenti francese e italiano si era diffusa, sin dal diritto intermedio, una deroga a tale principio per favorire lo sviluppo dei traffici commerciali.

I *Parlements* francesi avevano ammesso, nei giudizi instaurati innanzi alla *curia mercatorum*, l'efficacia obbligatoria delle promesse di debito senza menzione del titolo, note come *billets non causés*[45]. Lo sviluppo, seppur con alcune ambiguità, di questa prassi ne ha determinato il recepimento nella codificazione civilistica del 1804, il cui art. 1132 ha sancito la validità della convenzione priva di *expressio causae*, per cui il detentore del documento è avvantaggiato da una presunzione relativa di esistenza dell'obbligazione; l'art. 1326 ha inoltre affermato il valore probatorio della dichiarazione unilaterale dell'obbligato, purché documentata per iscritto[46].

---

rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione, in *Annali dell'Università di Messina*, 1932-33, 400 ss.; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 10 ss. Senza sviluppi rimase, invece, la tesi che riconduceva al negozio di accertamento la controdichiarazione nella simulazione, v. F. sen. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, 312 ss. Soltanto dopo alcuni decenni l'istituto fu oggetto di autonomi approfondimenti, tra cui v. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., 134 ss.; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit.; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1957.

[44] Per tali considerazioni, in senso critico, v. E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc*., 1933, 260 ss.

[45] Su cui v. C.A. GRAZIANI, voce *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 518 ss.

[46] Su cui v. G. DEIANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 11 ss.; e, nella dottrina francese, G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it., XII, Milano, s.d., n. 320; A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Roma, 1970, 11 ss.; D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, cit., 147 ss., il quale dubita che a tali documenti possa riconoscersi efficacia obbligatoria e non meramente documentale; BOZZI, *Sub art. 1988*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2015, 32 ss.

Il codice civile italiano del 1865 ha riprodotto la prima previsione nell'art. 1120, e nell'art. 1121 ha stabilito la presunzione relativa dell'esistenza della causa. L'obbligatorietà della promessa unilaterale scritta è stata trasposta nell'art. 1325 c.c., nella parte dedicata alla «prova delle obbligazioni»[47].

Un'ulteriore differenza dall'ordinamento tedesco risiedeva nella previsione del valore di prova legale della confessione stragiudiziale e, di conseguenza, nella propensione della nostra dottrina a ricercare nel campo processuale, e non sostanziale, il mezzo dei privati per conseguire certezza relativamente ad un rapporto giuridico disponibile, quanto meno relativamente ai fatti[48].

I fattori ora ricordati hanno comportato l'inquadramento dell'istituto *de quo* nel tema del rapporto tra documento e negozio[49]. Nei primi decenni del XX secolo si è sviluppata l'idea di riconoscere al documento una funzione ulteriore rispetto a quella della rappresentazione del vincolo incerto al fine probatorio[50]. In

---

[47] Si rinvia alla parte successiva del lavoro l'esame sul distacco dell'art. 1988 da questa tradizione, ed il conseguente sviluppo dell'orientamento giurisprudenziale che riconduce al riconoscimento il solo effetto della *relevatio ab onere probandi*, v. Cass., 22 aprile 2004, n. 13642, in Rep. *Foro it.*, 2004, voce *Promesse unilaterali*, n. 5250; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2104, in *Giust. civ*. Mass., 2012, 2, 162; in dottrina v. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino, 1999, 826 ss.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 165 ss., per una riconduzione dell'istituto entro i confini della confessione; per la riconduzione al negozio di accertamento, v. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., 143 ss.; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, cit., 377 ss.; *contra* BOZZI, *Sub art. 1988*, cit., 44 ss.

[48] Per simili rilievi v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, 10 ss.; BOZZI, *Accertamento materiale e astrazione materiale*, cit., 50 ss.

[49] Si ricorda che il codice civile del 1865 prevedeva nell'art. 1340 c.c. che l'atto di ricognizione o rinnovazione facesse piena prova dell'esistenza e del contenuto del documento originale, salvo che ne fosse provata la difformità. Questo tipo di documento veniva inquadrato nella categoria dei documenti confessori dal contenuto «narrativo e testimoniale», v. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, 799 ss., e, in forza dell'idoneità a procurare certezza sul documento originario, vi fu accostato il negozio di accertamento. Soltanto in seguito è stato sottolineato che, trattandosi di mere dichiarazioni di scienza in funzione probatoria, tali documenti non vincolano le parti, e, nei confronti del giudice, operano alla stregua di una confessione sull'esistenza o il contenuto del documento, v. N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 152 ss.; C. GRANELLI, voce *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1048 ss.; sulla differenza tra l'art. 1340 c.c. 1865 e l'attuale art. 2720 c.c., v. V. ANDRIOLI, voce *Atti di ricognizione o di riproduzione*, in *Nss. D. I.*, I, Torino, 1958, 1525 ss.

[50] CLAPS, *L'indole giuridica del cosiddetto «contratto riproduttivo»*, cit., 450; MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., 414 ss. L'orientamento risale a H. DEGENKOLB,

particolare, si è sostenuto che quando il documento riproduce il titolo costitutivo del vincolo in modo sufficientemente autonomo, al punto da poter valere come manifestazione della volontà di rendere il rapporto immune da eventuali «eccezioni litigiose», il documento non assolve soltanto la funzione probatoria, ma costituisce esso stesso un contratto. La causa atipica di tale contratto viene individuata nella volontà delle parti di accertare il rapporto preesistente[51] e l'effetto specifico nella preclusione di liti future sullo stesso oggetto[52]. In tal modo, si è ritenuto che il riconoscimento – o l'accertamento – sorretto dalla volontà negoziale e non dal semplice intento di precostituire una prova sia idoneo ad incidere direttamente sulla situazione sostanziale.

Secondo questa ampia concezione del riconoscimento come contratto, la differenza tra questo ed il documento di riconoscimento meramente probatorio risiede nel fatto che quest'ultimo ha ad oggetto esclusivamente i fatti e con esso le parti perseguono la certezza in previsione del processo e soltanto all'interno di esso. Il contratto di accertamento o riconoscimento, invece, procura la certezza nella diversa e maggiore misura in cui incide direttamente sulla situazione sostanziale, rendendo vincolante per le parti anche l'intelligenza giuridica dei fatti costitutivi e definitiva la qualificazione giuridica del rapporto, nonché precludendo la lite[53].

6. *Questioni di ammissibilità e causa del negozio di accertamento*

L'istituto del negozio di accertamento ha posto in dottrina questioni di ammissibilità e di efficacia[54]. Sull'ammissibilità ha inciso l'individuazione della causa del negozio di accertamento come negozio atipico; mentre l'efficacia

---

Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion, in *Archiv. fur civil Praxis*, vol. 71, 1887, 161 ss.

[51] CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 185 ss.

[52] CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 188; CLAPS, *L'indole giuridica del cosiddetto «contratto riproduttivo»*, cit.; CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, cit., 4.

[53] CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 188; CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, poi in *Saggi di diritto*, I, Padova, 1931, 177 ss.

[54] In giurisprudenza è invece pacifica l'ammissibilità dell'istituto, sin da Cass. 13 maggio 1950, n. 1229, in *Giur. Cass. civ.*, 1950, XXIX, 363; Trib. Milano, 18 luglio 1948, in *Mon. Trib.*, 1948, 284.

riconosciuta all'istituto deriva dalle caratteristiche assegnate all'attività di accertamento praticabile con il mezzo negoziale.

In primo luogo, il negozio di accertamento costituisce un'eccezione alla prevalente funzione del negozio giuridico di favorire la circolazione della ricchezza tra privati[55]; d'altra parte, che l'ordinamento riconosca funzioni negoziali diverse da quelle riconducibili allo scambio di beni e servizi è confermato dalla previsione del contratto di transazione e del patto compromissorio arbitrale[56]. La funzione di questi tipi contrattuali viene infatti ravvisata nella composizione stragiudiziale, in via eteronoma o autonoma, delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili.

Da ciò discende che l'estraneità di un contratto atipico alla funzione *lato sensu* di scambio non esclude di per sé che esso assolva ad una funzione rilevante e meritevole di protezione per l'ordinamento. Si è osservato, inoltre, che la stessa funzione compositiva delle controversie potrebbe esser perseguita dai privati senza il ricorso allo schema tipico della transazione, che richiede l'*aliquid datum et aliquid retentum*, bensì mediante accertamento delle posizioni giuridiche incerte e, di conseguenza, mediante il riconoscimento integrale della pretesa di una delle parti, con raggiungimento del medesimo risultato compositivo[57].

A tal punto è necessaria una precisazione in ordine al duplice ruolo che può assumere il negozio di accertamento rispetto alla situazione giuridica incerta.

---

[55] Sul contratto come principale strumento di circolazione giuridica, v. A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 7 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 802 ss.; sul punto, per più ampi approfondimenti, v. S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, 500 ss.

[56] La diversa finalità perseguita dalla transazione si ritiene implicitamente confermata dalla collocazione dell'istituto a chiusura del Titolo III del Libro IV del Codice civile; per l'accostamento della transazione al compromesso, accomunando la funzione di composizione stragiudiziale della controversia, RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 501; F. CARRESI, *La transazione*, Torino, rist., 1966, 75 ss.; individua nella lite il tratto comune tra la transazione e la cessione dei beni ai creditori; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1987, 1148 ss. Sull'ammissibilità del negozio che non sia finalizzato alla circolazione di ricchezza, e dunque prescinda dagli scambi patrimoniali, v. G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, 225 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di F. VASSALLI, XV, Torino, 1952, 313 ss.

[57] Vista la generale ammissibilità di schemi negoziali atipici per il perseguimento di scopi per cui siano predisposti schemi negoziali tipici, v. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, 46 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1954, 251 ss.

Generalmente si afferma che il negozio di accertamento elimina l'incertezza riguardante un rapporto giuridico: in tal modo il mezzo negoziale previene la lite che può sorgere dall'incertezza o, se la lite è già sorta, la compone[58].

È interessante rilevare, peraltro, che in dottrina è stata proposta la distinzione della giustificazione causale del negozio di accertamento a seconda che esso prevenga o componga la lite causata dall'incertezza[59]. La teoria si fonda sul presupposto che l'unica forma di incertezza rilevante per il diritto sia quella oggettiva[60], *id est* il dubbio socialmente apprezzabile che si è tradotto nel conflitto di apprezzamenti tra le parti di una situazione giuridica sostanziale[61].

Se la situazione di conflitto si mantiene sul piano meramente intellettuale dell'incertezza, senza tradursi nel compimento di atti tipici rilevanti per l'ordinamento, la situazione giuridica è incerta ma non controversa, poiché su di essa non è sorta alcuna lite. Anche in tal caso, peraltro, è possibile che le parti

---

[58] V. *ex multis* CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, I, 125 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 25 ss.; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario al codice civile* diretto da M. D'AMELIO, E. FINZI, II, 2, Firenze, 1949, 454 ss.; GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979, 149 ss.; M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 720 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di F. VASSALLI, XIV, cit., 41 ss.

[59] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 67 ss.

[60] L'oggettività dei valori giuridici implica infatti che la loro validità ed efficacia non dipende dalla conoscenza effettiva che ne hanno i destinatari, v. *ex multis* A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205 ss.; d'altra parte va considerato che i comportamenti dei singoli costituiscono il primo strumento per la realizzazione dell'ordinamento e la conoscenza soggettiva che essi ne hanno non è irrilevante per l'operatività delle norme. Il contemperamento tra l'oggettività e la soggettività della conoscenza è raggiunto tramite l'espediente della conoscibilità, *i.e.* la possibilità oggettiva di conoscenza soggettiva dei fenomeni giuridici, quale condizione minima per l'imposizione dei valori giuridici ai soggetti dell'ordinamento. *Contra*, nel senso che, invece, l'incertezza sulla situazione giuridica sia irrilevante v. CARRESI, *La transazione*, cit., 6 ss.; FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 123 ss.

[61] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 513 ss., che traspone sul piano sostanziale l'elaborazione di G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 85 ss., nota 68, secondo cui l'incertezza obbiettiva del (ossia la lite sul) diritto, e dunque l'interesse alla sua cessazione mediante un processo di accertamento, è realizzata soltanto nel momento della contestazione del convenuto in giudizio; e di FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 208 ss., secondo cui l'incertezza oggettiva formalmente manifestatasi mediante la contestazione in giudizio può essere rimossa soltanto con un titolo altrettanto formale, quale quello risultante dall'attività di accertamento; da ciò consegue, nell'elaborazione del Falzea, la definizione dell'accertamento come «dell'attività che conduce alla creazione di un titolo formale in grado di imporsi ai soggetti in contestazione e vincolarli al suo contenuto».

abbiano interesse ad eliminare l'incertezza, ed il mezzo a loro disposizione è il «negozio di accertamento *puro*»[62]. Questo tipo di negozio di accertamento pone il problema del coordinamento tra l'attività conoscitiva, propria della fattispecie accertativa, e la volontà negoziale[63]. A livello teorico, si è ritenuto che la dichiarazione di scienza, come risultato dell'attività conoscitiva, può essere resa sia come tale o «fine a se stessa», sia all'interno di un negozio. In questa seconda ipotesi l'attività conoscitiva, ossia il giudizio delle parti sul rapporto giuridico incerto o un suo elemento, si inserisce quale momento intermedio in prospettiva della disposizione. Ne deriva che l'accertamento negoziale non ha struttura autonoma ma trae giustificazione dalla volontà dispositiva[64].

Secondo la richiamata elaborazione nel negozio di accertamento «*puro*» si esprime il potere atipico dei privati di eliminare l'incertezza da una situazione giuridica disponibile tramite una decisione negoziale che sia il risultato di un giudizio. Dal punto di vista del controllo della meritevolezza dell'interesse sotteso al negozio atipico di accertamento *ex* art. 1322, comma 2, c.c. può dedursi, almeno in astratto, il rilievo sociale dell'accertamento dal fatto che, allo stesso fine, l'ordinamento statale predispone l'esercizio della funzione giurisdizionale[65].

Tale conclusione va peraltro coordinata con la concezione, da tempo prevalente nell'ordinamento, secondo cui la causa del contratto dev'essere individuabile «in concreto», nel senso che la meritevolezza degli interessi perseguiti dai privati non va affermata in astratto, nemmeno relativamente ai contratti tipici, ma dev'essere valutata in relazione al concreto assetto di interessi realizzato dal contratto[66].

---

[62] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 523 ss., corsivo nel testo.

[63] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 216 ss.

[64] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 524.

[65] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 184 ss.; LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 40 ss.; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 591 ss.; in giurisprudenza, v. Cass. 23 marzo 1961, n. 652, in *Foro it*., 1962, I, 244 ss.; Cass. 20 giugno 1958, n. 2164, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1893.

[66] Sulla complessa questione si rinvia a A. GUARNIERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. civ.*, XI, Torino, 1994, 327 ss.; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718; BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., 110 ss., per cui, secondo una piena adesione all'orientamento della causa in concreto (v. *infra*), va esclusa ogni valutazione in astratto della meritevolezza della

Di conseguenza, sul piano astratto può concludersi per l'ammissibilità dell'attività dei privati finalizzata all'eliminazione dell'incertezza, ma la validità del negozio è subordinata alla condizione che esso soddisfi un apprezzabile interesse delle parti alla fattispecie concretamente realizzata[67].

Dall'ipotesi finora considerata va distinto il caso in cui dall'incertezza sulla situazione giuridica sia derivato il compimento di atti tipici, quali la pretesa e la contestazione, da cui si deduce l'insorgenza della lite[68]. In tal caso le parti possono comporre la controversia sia mediante reciproche concessioni, concludendo un contratto di transazione, che mediante l'eliminazione dell'incertezza che ha dato causa alla lite, tramite un negozio di accertamento di tipo «*transattivo*»[69].

Il negozio di accertamento «*transattivo*» ha una funzione ulteriore e socialmente prevalente rispetto all'eliminazione dell'incertezza, ovvero la composizione stragiudiziale e autonoma della controversia. Il momento conoscitivo, necessario all'eliminazione dell'incertezza, costituisce un'attività strumentale alla composizione della controversia, che assorbe la funzione dell'istituto[70]. In tal senso viene in rilievo il riferimento alla composizione delle controversie come funzione causalmente rilevante del negozio giuridico che, se il legislatore ha previsto per alcuni tipi contrattuali, non può escludersi come giustificazione di schemi negoziali atipici[71].

A maggior ragione ciò dovrebbe valere ove si consideri il *favor legislatoris* per le soluzioni della lite provenienti dalle parti rispetto alla risoluzione

---

funzione di accertamento, dovendosi interpretare l'art. 1322, comma 2 c.c. nel senso che l'unica valutazione che in astratto può compiersi sui negozi atipici è il vaglio sulla liceità dell'interesse.

[67] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 521 ss.

[68] V. *sub* nota 56.

[69] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 67 ss. *Contra*, nel senso che anche la composizione della lite con una soluzione intermedia può integrare indifferentemente una transazione o un negozio di accertamento, a seconda dell'intenzione delle parti, v. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, cit., 622; BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., 88 ss.

[70] Mentre quando la composizione stragiudiziale della lite è perseguita con la transazione l'attività strumentale allo scopo è rappresentata, per previsione legislativa, dalle reciproche concessioni; per ulteriori approfondimenti sulla «funzione *transattiva*», v. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 518 ss.

[71] V. *sub* nota 52.

eteronoma della controversia, come dimostrano le norme in tema di conciliazione e transazione[72]. Per quanti hanno ritenuto che la rimozione dell'incertezza non sia ragione sufficiente a giustificare sul piano economico e sociale l'utilizzo di uno strumento negoziale atipico, non è superfluo ricordare che, in passato, era discussa anche l'ammissibilità dell'interesse ad agire in giudizio in via di mero accertamento[73], e che è infine prevalsa l'opinione per cui lo stato di fatto contrario al diritto, fondamento dell'interesse ad agire, non è soltanto quello determinato dalla violazione, ma anche lo stato di incertezza del diritto stesso[74].

7. *Negozio di accertamento e transazione. Le teorie dichiarative*

Il secondo ordine di questioni poste dal negozio di accertamento riguarda invece il difficile coordinamento tra attività conoscitiva e volontà negoziale, che si è riflettuto sulla struttura e sull'efficacia dell'istituto, oscillanti nel dibattito dottrinale tra la natura dichiarativa dell'accertamento e la portata necessariamente innovativa del negozio giuridico.

Partendo dal presupposto per cui le parti sono vincolate, seppur con modalità e mezzi di coazione differenti, tanto al contenuto della sentenza quanto al vincolo negoziale creato dalla propria volontà, si è inizialmente sostenuta l'identità funzionale tra negozio e sentenza di accertamento, nel loro effetto di imporre alle parti un comportamento cui già in precedenza queste erano tenute, e che, tramite tali atti, è stato soltanto dichiarato. Per questo motivo il negozio di accertamento è stato accostato alla sentenza di accertamento in termini di «equivalenza» e nella dichiaratività si è ravvisato il *proprium* degli istituti di accertamento[75].

---

[72] Ma anche l'impostazione del processo civile secondo il principio della domanda e l'ammissibilità degli accordi sull'onere della prova, v. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., 20 ss.; PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 454 ss.; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, 11 ss.

[73] CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, cit., 73 ss.

[74] In quanto lo stato di incertezza su quale sia lo stato di fatto conforme al diritto viola, seppur mediatamente, il diritto stesso, v. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, cit., 85 ss. Per ulteriori approfondimenti sull'interesse ad agire in accertamento mero si rinvia ai capitoli seguenti.

[75] Per lo sviluppo di tale orientamento, v. *infra* nel testo. Per ora, v. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 3 ss., in cui si spiega che la differenza tra l'accertamento

L'accostamento si giustificava, nella vigenza del codice civile del 1865, ricorrendo all'argomento della natura dichiarativa del contratto di transazione. La dottrina maggioritaria sosteneva infatti che l'art. 1772 c.c. 1865, che equiparava gli effetti del contratto a quelli della sentenza passata in giudicato, dovesse interpretarsi nel senso che la transazione, come la sentenza di accertamento, vincola le parti alla determinazione del rapporto transatto corrispondente alla situazione giuridica preesistente, da cui è stata rimossa l'incertezza[76].

La dichiaratività così attribuita alla transazione, intesa come corrispondenza del regolamento transattivo alla situazione preesistente, è stata, dunque, estesa al negozio di accertamento, inteso ora come negozio atipico concettualmente autonomo, ora come il *genus* entro cui ricondurre transazione, rinuncia e riconoscimento[77].

Sentenza di accertamento, transazione e negozio di accertamento si ritengono così accomunati dalla struttura dichiarativa, intesa come la modalità di incisione sul rapporto preesistente controverso. A differenza dei contratti di tipo dispositivo, che incidono su una rapporto avente fondamento economico e giuridico certo tra le parti, i contratti dichiarativi così come la sentenza di accertamento presuppongono una situazione giuridica incerta o litigiosa, a causa

---

negoziale e quello giurisdizionale starebbe invece nella struttura dei due atti, in quanto *i)* il contenuto della sentenza è un giudizio, attraverso il quale si perviene alla determinazione del comando, *posterius*, mentre *ii)* nel negozio di accertamento il *prius* è costituito dal comando, cui le parti si sottopongono reciprocamente, ed avente ad oggetto il giudizio.

[76] COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., 291 ss.; V. POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921, 8 ss.; G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1921, 60 ss.; ID., *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, 140 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, Messina, 1945, 139 ss.; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 6 ss.; *contra*, sin dal vigore del codice abrogato, NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, cit., 438 ss.; per l'origine di tale interpretazione nella dottrina francese, v. Z. VON LIGENTHAL, *Manuale del diritto civile francese*, trad. it. di L. Barassi, II, Milano, 1907, 701 ss. In Italia, la teoria è stata superata con l'entrata in vigore del nuovo codice, v. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 57 ss.; ad eccezione di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 37 ss. e CARRESI, *La transazione*, cit., 98 ss.

[77] Nel primo senso CARRESI, *op. loc. ult. cit.*; nel secondo STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, cit., 132 ss.; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 8.

di un contrasto di apprezzamenti in fatto o in diritto che impedisce l'attuazione del comando esistente[78].

Secondo questa tesi la sentenza ed i contratti dichiarativi costituiscono il risultato di un giudizio di tipo giuridico, proveniente dal giudice o dalle parti ed avente ad oggetto la determinazione di un nuovo regolamento del rapporto[79]. Il contenuto di tali atti è la dichiarazione del comando imposto alle parti, il quale ha natura complementare rispetto al comando originario; la situazione risultante dagli atti dichiarativi è la coesistenza dei due comandi all'interno di uno stesso rapporto, che determina un concorso di fattispecie[80].

La difficoltà nell'individuare e percepire gli effetti dei contratti dichiarativi è dovuta proprio al fatto che questi non operano sul piano materiale ma soltanto su quello giuridico, in cui producono un rafforzamento del comando preesistente tramite la creazione di un comando complementare, idoneo a porre il rapporto fuori contestazione. L'individuazione degli effetti dei contratti dichiarativi, dunque, richiede il raffronto tra la situazione giuridica dichiarata e quella preesistente[81].

Secondo altra dottrina, la dichiaratività del negozio di accertamento va intesa come necessaria conseguenza della struttura contrattuale di secondo grado, il cui scopo di eliminazione dell'incertezza può essere conseguito soltanto tramite la fissazione del contenuto della situazione preesistente nel senso determinato dall'accertamento[82]. Il *quid novi* derivante dal negozio di accertamento è la

---

[78] CARRESI, *La transazione*, cit., 104 ss.

[79] CARRESI, *op. loc. ult. cit*.

[80] CARRESI, *op. loc. ult. cit.*, ove il chiaro accostamento al concorso di fattispecie che sarebbe generato dal giudicato secondo la teoria di ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 23 ss. La complementarietà del comando preesistente con quello originato dal contratto dichiarativo o dalla sentenza di accertamento viene spiegata con il riferimento al concorso di azioni cui questi danno luogo, nel senso che la pretesa fondata sul negozio dichiarativo o sulla sentenza può esser fatta valere soltanto congiuntamente alla pretesa preesistente, derivante dal rapporto originario, la quale, a sua volta, non può esser fatta valere in modo diverso da come risultante dal contratto dichiarativo.

[81] CARRESI, *La transazione*, cit., 119 ss.

[82] BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 320 ss., ove si esclude la configurabilità del negozio di accertamento a struttura costitutiva con effetto sostitutivo del rapporto incerto con quello accertato a pena di disperdere l'autonomia concettuale della figura nell'istituto della novazione; per le teorie che sostengono la sostituzione, v. *infra*, in particolare, LENER, *Attività*

certezza, intesa come determinazione vincolante dell'esistenza o del modo di esistere del rapporto[83].

8. *Le teorie costitutive*

La dottrina prevalente non ha accolto l'impostazione della teoria dichiarativa ed ha preferito limitare il carattere della dichiaratività ad alcuni aspetti del negozio di accertamento, mantenendo ferma la struttura costitutiva del negozio giuridico. Si è avvertita la necessità di coordinare l'aspetto innovativo della situazione giuridica insito nello strumento negoziale con la funzione del giudizio, che, generalmente assente o irrilevante nel procedimento di formazione della volontà contrattuale, è evocata come elemento strutturale dell'istituto in esame.

In tal senso, Alcuni hanno proposto il coordinamento tra la funzione dichiarativa dell'accertamento e la struttura costitutiva del negozio mediante la configurazione di un negozio ad efficacia obbligatoria[84], sul modello del *Feststellungsvertrag* dei Pandettisti[85] e delle *chartae securitatis* dell'alto Medio Evo[86]. Il negozio di accertamento è ora descritto come il *genus* cui appartengono i contratti di riconoscimento e transazione, accomunati dal risultato concreto della fissazione di un determinato modo di intendere il rapporto tramite la creazione di

---

ricognitiva e accertamento negoziale, cit., 47 ss., secondo cui l'efficacia sostitutiva del negozio di accertamento non si confonde con la sostituzione operata dalla novazione, grazie al diverso rapporto che intercorre tra l'obbligazione da novare e quella nuova.

[83] CARRESI, *La transazione*, cit., 122 ss.

[84] NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, cit., 421 ss.; la tesi è stata accolta da una giurisprudenza minoritaria ma con avallata dalle Sezioni Unite, Cass., 23 agosto 1991, n. 9047, in *Corr. Trib.*, 1991, 2759; Cass., 12 novembre 1981, n. 6001, in *Foro it.*, 1982, I, 1341; Cass., 7 agosto 1979, n. 4570, Rep. *Foro it.*, 1979, voce *Contratto in genere*, n. 70; Cass., 14 marzo 1977, n. 1031, *ivi*, 1977, voce cit., n. 68; v. recentemente R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. civ.*, Agg., Torino, 2012, 33 ss.

[85] E, più in generale, secondo la tradizione per cui l'atto non traslativo quando identificato con il contratto produce esclusivamente effetti obbligatori, v. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, cit., 595 ss.

[86] V. *supra*.

un'obbligazione reciproca tra le parti, il cui oggetto corrisponde al contenuto della dichiarazione contrattuale[87].

Secondo una diversa elaborazione, il negozio di accertamento assume lo schema del contratto ad effetti reali e la modificazione immediata della situazione giuridica preesistente consiste nell'apporto di certezza nel senso determinato dalle parti[88]. Ammettere una modificazione del rapporto preesistente che non sia il mero conferimento di certezza avrebbe la conseguenza di svilire il senso stesso dell'accertamento negoziale; per tale motivo è necessario individuare il *novum* nella «fissazione» in via immediata della configurazione del rapporto come risultante dal negozio[89]. A differenza della prospettazione dell'efficacia obbligatoria, che individua un modo di operare autonomo dell'istituto, questa teoria presuppone la configurazione del negozio di accertamento come una categoria generale meramente descrittiva dell'attività di accertamento dei privati, a cui si intendono predisposti gli istituti della confessione, del riconoscimento, dell'interpretazione autentica e della ripetizione del negozio a scopo di accertamento[90].

Per Altri, l'efficacia reale del negozio di accertamento determina l'immediata modificazione della situazione giuridica attraverso la creazione di un rapporto concorrente rispetto a quello preesistente, idoneo a vincolare le parti a

---

[87] NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, cit., 421 ss.; G. TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di E. Eula*, III, Milano, 1957, 478 ss.; DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., 36 ss.; G. GRANDE, *L'autotutela consensuale*, in *La disciplina dell'autotutela*, a cura di P. GIANNITI, Padova, 2006, 251 ss.; contro l'efficacia obbligatoria del negozio di accertamento l'argomento predominante è l'inesistenza nell'ordinamento del divieto di rendere dichiarazioni in contrasto con l'accertamento, sia per il negozio che per la sentenza passata in giudicato, v. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 212 ss.; contrari all'efficacia obbligatoria anche CARRESI, *La transazione*, cit., 90 ss.; LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 41 ss.; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Brescia, 1996, 45 ss.; contro l'efficacia obbligatoria della sentenza di accertamento, v. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, cit., 85 ss.

[88] GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., 52 ss.; T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, 308 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 205 ss.; ID., *La letteralità nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 237 ss.

[89] GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., 56.

[90] GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*; ID., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 235 ss.

non intendere quest'ultimo in modo diverso dalla determinazione risultante dall'accertamento. L'unico modo per far rivivere il rapporto secondo la sua configurazione originaria, eventualmente al fine di devolverne l'accertamento al giudice, è l'impugnazione del negozio di accertamento[91]. L'ampiezza di tale impugnazione è inoltre destinata a mutare a seconda che le parti abbiano inteso accertare il rapporto preesistente facendo salva l'eventuale difformità di questo rispetto al risultato dell'accertamento oppure abbiano voluto escludere la rilevanza di questa. Soltanto in questa seconda ipotesi la difformità della realtà preesistente non rileva come motivo di impugnazione del negozio di accertamento, poiché esso esprime, nel contempo, volontà accertativa e volontà dispositiva. Nel primo caso, invece, facendo salva la possibilità di annullare il negozio di accertamento difforme dall'effettiva configurazione del rapporto preesistente, le parti hanno inteso esclusivamente accertare[92].

Vanno infine ricordate le elaborazioni secondo cui la natura costitutiva del negozio giuridico, espressione del potere dispositivo, è ontologicamente incompatibile con l'attività di accertamento, al punto da doversi escludere l'ammissibilità dell'accertamento negoziale[93]. Poiché la volontà negoziale non può essere vincolata al risultato di un accertamento, l'istituto non si distingue da un comune negozio dispositivo, per la validità del quale va esclusa la rilevanza dell'eventuale difformità del rapporto accertato dalla situazione giuridica preesistente[94].

La negazione della funzione dell'accertamento negoziale non esclude, peraltro, che i privati possano vincolarsi ad una determinata intelligenza di un rapporto disponibile tra loro esistente e controverso, ma soltanto che la

---

[91] ASCARELLI, *La letteralità nei titoli di credito*, cit., 255 ss., 262; ID., *Arbitri e arbitratori*, cit., 226, secondo cui integrano negozi di accertamento così configurati i titoli di credito e gli arbitrati liberi.

[92] ASCARELLI, *La letteralità nei titoli di credito*, cit., 257 ss.; *contra* nel senso che soltanto quando le parti escludano la rilevanza della difformità è integrato il negozio di accertamento, v. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996, 506 ss.

[93] F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, 28 ss., ove si sostiene l'irrilevanza dell'elemento del giudizio nella formazione della volontà negoziale.

[94] SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 35 ss.; F. DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva e negozio di accertamento*, in *Arch. giur.*, 1948, 182 ss.

dichiarazione espressa da tale negozio, per la natura dell'attività svolta e gli effetti, sia equiparabile alla dichiarazione contenuta nella sentenza di accertamento. Nell'ambito di questa interpretazione si colloca la distinzione tra la certezza prodotta dalla sentenza, che si considera «trovata» attraverso la dichiarazione del diritto, e la certezza impressa con il negozio, che esprime la volontà privata ed è certezza «creata» tramite la disposizione del diritto[95].

L'inammissibilità dell'istituto, e più in generale dell'attività privata di accertamento, è stata sostenuta anche nell'ambito degli studi sulla confessione stragiudiziale, sul presupposto che la rilevanza dell'accertamento privato sia limitata nell'ordinamento all'attività di costituzione delle prove[96]. La riflessione muove dal presupposto per cui l'attività dichiarativa dei privati avente ad oggetto un rapporto incerto ha autonoma rilevanza all'interno del processo esclusivamente nei limiti della confessione stragiudiziale[97]. Il riconoscimento del debito ed il negozio di accertamento possono, dunque, rilevare nel processo esclusivamente se rispettano i requisiti richiesti per produrre gli effetti della dichiarazione confessoria e, di conseguenza, limitatamente ai fatti dedotti[98].

9. *La teoria dell'efficacia preclusiva*

Un importante contributo alla teoria generale del diritto è rappresentato dall'elaborazione di un *tertium genus* tra le categorie dell'efficacia dichiarativa e

---

[95] SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit.; ID., *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1171 ss.; l'A. riprende la nota distinzione tra «gefundenes» e «gestattenes Recht» proposta da UNGER, *Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag*, cit., 179 ss.; LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., 274 ss., che peraltro ammette il parallelismo tra sentenza e componimento processuale e transazione; FOÀ, *Sulla natura giuridica della dichiarazione riproduttiva*, cit., 65 ss.; M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 250 ss.

[96] FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 34 ss.; v. anche TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, cit., 467 ss.

[97] FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 113 ss.; v. anche GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 45 ss.

[98] Con la conseguenza che la parte della dichiarazione, unilaterale o contrattuale, che esprima un giudizio di diritto sul rapporto o la sua qualificazione, è irrilevante per la prevalenza del principio per cui *jura novit curia*, FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 36; la teoria sarà approfondita nel capitolo successivo, quando si proporrà il confronto tra gli effetti processuali della confessione stragiudiziale ed il negozio di accertamento; *contra* MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, 63 ss.

costitutiva degli atti giuridici, individuato nell'efficacia di tipo preclusivo, attribuita in particolare agli atti di accertamento[99].

Partendo dal presupposto per cui le situazioni giuridiche possono essere affette da incertezza a causa del trascorrere del tempo o dell'insorgere di contestazioni, gli istituti che l'ordinamento predispone per la rimozione dell'incertezza non sono qualificabili in termini di efficacia costitutiva o dichiarativa. Queste implicano, infatti, una relazione di continuità con la situazione preesistente, poiché consistono l'efficacia costitutiva in una sua trasformazione e quella dichiarativa in un mutamento che rimane all'interno della situazione giuridica preesistente. In entrambi i casi, gli effetti dichiarativi e costitutivi sono apprezzabili tramite il confronto con la situazione preesistente, in termini di difformità o di conformità.

Diversamente l'efficacia dei fenomeni giuridici preordinati alla rimozione dell'incertezza, quali l'usucapione e la prescrizione, che rimuovono l'incertezza causata dal trascorrere del tempo, l'accertamento e la transazione, che rimuovono l'incertezza determinata da contestazioni, si spiega soltanto nei termini dell'effetto preclusivo[100].

L'effetto preclusivo consiste nell'elisione del confronto con la situazione preesistente in modo da rendere irrilevante la relazione di conformità o difformità tra la situazione giuridica prodotta e quella anteriore. In particolare, quando l'incertezza sia sorta da contestazioni, l'attività di accertamento è idonea a porre fine alle stesse rendendole irrilevanti, ossia privandole di «forza paralizzante» anche per il futuro.

Tra i fatti di accertamento si distinguono quelli che spiegano effetto preclusivo direttamente sul piano processuale, come la confessione, o su quello sostanziale, come la transazione. I primi hanno un'efficacia preclusiva di grado minore in quanto, operando esclusivamente sul piano processuale, si limitano a

---

[99] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 205 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss.

[100] FALZEA, *Accertamento, (teoria generale)*, cit., 210 ss., ove si precisa che la transazione non è un fatto di accertamento in senso tecnico perché mancante dell'elemento della attività spirituale di chiarificazione della realtà, ma tramite l'*exceptio litis per transactionem finitae* produce l'efficacia preclusiva di grado maggiore al pari del giudicato.

«preparare» il fatto di accertamento sostanziale costituito dal giudicato, avente la massima efficacia preclusiva. La minore efficacia preclusiva dei fatti di accertamento di tipo processuale comporta che questi siano superati e assorbiti dai fatti di accertamento di tipo sostanziale, che in ogni caso prevalgono sui primi. Tale prevalenza è confermata dal rilievo per cui il fatto di accertamento sostanziale, come la confessione, è destinato ad essere assorbito dal giudicato tramite la pronuncia della sentenza di merito; al contrario, la deduzione in giudizio di un fatto di accertamento sostanziale, come la transazione anteriormente conclusa sullo stesso oggetto della domanda, impedisce che sia pronunciata la sentenza di merito[101].

Nella originaria configurazione dell'efficacia preclusiva resta peraltro irrisolto il problema dell'ammissibilità, tra i fatti di accertamento, del negozio: si precisa infatti che, ove si ritenga ammissibile, requisito essenziale del negozio di accertamento dev'essere l'attività di chiarificazione spirituale della situazione giuridica incerta[102].

---

[101] FALZEA, *Accertamento, (teoria generale)*, cit., 215 ss.; v. anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 156 ss., che riprende questa distinzione quando distingue negozio di accertamento e riconoscimento: quest'ultimo opera solo in giudizio e vale solo a determinare la premessa della decisione del giudice, mentre il negozio di accertamento ha valore anche contro le contestazioni della controparte e prevale sulla prova dell'ignoranza della difformità del rapporto.

[102] FALZEA, *Accertamento, (teoria generale)*, cit., 218; l'A. sembra, comunque, negare l'ammissibilità del negozio di accertamento sul presupposto dell'inconciliabilità tra il momento della conoscenza, *i.e.* della ricerca della verità in ordine alla situazione giuridica preesistente e incerta, ed il momento della volontà, che implica l'intento dispositivo delle parti ed il mantenimento della situazione giuridica accertata anche nell'eventualità che sia in contrasto con la situazione giuridica reale preesistente. Il problema non si porrebbe per la transazione, la quale ha scopo di eliminazione della lite tramite una soluzione di compromesso, e dunque la preclusione delle contestazioni successive è naturale complemento della causa del contratto, FALZEA, *op. loc. ult. cit.* Alla teoria dell'efficacia preclusiva è stata riconosciuta validità di portata generale, ma, relativamente al negozio di accertamento l'opinione prevalente è nel senso che l'effetto preclusivo, sicuramente idoneo a descrivere un effetto dell'istituto, non ne esaurisce la portata. Ciò è confermato dal rilievo per cui l'effetto preclusivo viene descritto in relazione ad istituti tra loro molto distanti, come la prescrizione, l'usucapione, il giudicato e la transazione; in particolare, rispetto al negozio di transazione, emerge la difficoltà di ricondurre la totalità degli effetti alla preclusione delle contestazioni sulla situazione anteriore, v. *ex multis* RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 274 ss. Diversamente dalla dottrina, la giurisprudenza in tema di negozio di accertamento ha accolto la teoria dell'efficacia preclusiva, v. Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, 2456, con nota di E. BRUNETTI, e in *Riv. not.*, 1998, II, 240, ove la descrizione dell'efficacia preclusiva di «future contestazioni» e dell'esperibilità dell'azione; Cass., 23 marzo

10. *Il negozio di accertamento e l'autotutela*

Merita di essere segnalata anche la proposta collocazione dell'accertamento convenzionale nell'ambito dell'autotutela privata di tipo consensuale, quale espressione del potere di autoregolamentazione dei privati conseguente all'accertamento del rapporto[103].

L'interpretazione si inquadra nell'ambito della teoria generale della pluralità degli ordinamenti giuridici, elaborata agli inizi del XX secolo in contrapposizione alla teoria normativistica[104]. Rinviando ad altri studi rilievi più approfonditi, è necessario ricordare che mentre la diffusa teoria kelseniana riconduceva l'intera produzione normativa all'esistenza di una norma fondamentale identificata nello Stato, altra dottrina ha mutato prospettiva ed affermato che a ciascuna istituzione, ente o formazione organizzata esistenti corrisponde un distinto ordinamento ed un diverso insieme di norme[105]. In tal modo si afferma l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici, e che il diritto corrisponde unicamente alla produzione normativa statale[106].

1996, n. 2611, Rep. *Foro it.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 208; Cass., 23 agosto 1991, n. 9047, in *Corr. Trib.*, 1991, 2759; Cass., 10 gennaio 1983, n. 161, *Giur. it.*, 1983, I, 1, 710, e *Riv. not.*, 1983, II, 1190; Cass., 27 aprile 1982, n. 2634, Rep. *Foro it.*, 1982, voce cit., n. 65; Cass., 14 novembre 1979, n. 5924, *ivi*, 1979, voce cit., n. 72; Cass. Sez. un., 16 marzo 1978, n. 1323, *ivi*, 1978, voce cit., n. 62.

[103] PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, cit., 158 ss.; *contra* BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 529 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 3.

[104] La teoria normativistica del diritto fu elaborata da H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911 e in *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1984. In contrapposizione a questa, in linea generale fondata sull'esistenza di una *Grundnorm* a fondamento dell'intera produzione giuridica, Santi Romano elaborò la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici in *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918, 25 ss.; ID., voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 14 ss.; v. poi SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, in *Studi in onore di F. Messineo*, IV, Milano, 1959, 327 ss.

[105] ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 35 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, cit., 350.

[106] ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 35 ss.; *contra* G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1939, 14 ss.; CARNELUTTI, *Appunti sull'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir proc.*, 1963, 366 ss., che ammette peraltro la configurabilità di una pluralità di ordinamenti «sociali»; ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 267 ss.

Tra gli ordinamenti esistenti sono distinti quelli sovrani, come l'ordinamento dello Stato, da quelli autonomi, come l'ordinamento dei privati; questi ultimi non sono ordinamenti originari bensì traggono la propria capacità normativa dal riconoscimento da parte degli ordinamenti sovrani. Ai poteri legislativo e giurisdizionale esistenti nell'ordinamento sovrano corrispondono, negli ordinamenti autonomi, i poteri di autonomia ed autotutela. In particolare nell'ordinamento dei privati l'attività che esprime il potere di autonomia si manifesta nel negozio giuridico, che costituisce la fonte normativa dell'ordinamento, quale fonte dei rapporti tra privati[107]. Della stessa natura del potere di autonomia, che si esplica nella creazione normativa dei privati, è il potere di gestirne l'attuazione, tramite la tutela del rapporto[108].

In tal senso quando un conflitto impedisce l'attuazione della norma negoziale, i privati possono esercitare il potere di autotutela, ritenuto equivalente ed alternativo al potere giurisdizionale dello Stato, e perciò inteso come giurisdizione privata[109].

Su questi presupposti è stata prospettata la riconducibilità del negozio di accertamento al potere di autotutela privata[110]. Presupponendo la distinzione tra autonomia ed autotutela private quali espressioni del potere dei privati, rispettivamente, di produzione di norme giuridiche e di attuazione delle stesse al fine di superare un conflitto, è stata proposta la riconduzione dell'attività di accertamento convenzionale all'autotutela consensuale piuttosto che all'autonomia negoziale.

---

[107] SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 27 ss., *contra*, limitando l'efficacia del negozio alla creazione, modificazione ed estinzione del rapporto ed escludendo l'idoneità a creare le norme, SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., par. 6, 40 ss.; v. anche nel senso delle teorie normative dell'autonomia privata, SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, cit., 15 ss.

[108] SANTI ROMANO *L'ordinamento giuridico*, cit., 27 ss.; dalla progressione dal potere di autonomia al potere di tutela dei privati ha fatto derivare la teorizzazione del procedimento privato SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 213 ss., ove il primo atto concreto di esercizio del potere nella sequenza procedimentale è costituito dall'azione.

[109] SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 215.

[110] PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, cit., 270 ss.; v. Cass. 10 gennaio 1983, n. 161, cit.

L'adesione alla teoria della pluralità degli ordinamenti consente inoltre di affermare il carattere di alternatività dell'accertamento consensuale su diritti derivanti da norme negoziali rispetto alla giurisdizione dell'ordinamento statale[111].

11. *La teoria dell'efficacia regolativa*

Va ora menzionata l'elaborazione che maggiormente ha conciliato il carattere innovativo del negozio con l'attività accertativa tesa all'eliminazione dell'incertezza. Nell'ambito delle teorie costitutive è infatti emerso che queste tralasciano il carattere dell'accertamento, e, dunque, privano di rilevanza causale e della minima caratterizzazione l'istituto di cui si discute; ciò vale sia per chi ha affermato l'effetto puramente modificativo del rapporto incerto, senza alcun rilievo dell'attività conoscitiva svolta dalle parti[112]; sia per chi ha descritto l'efficacia costitutiva come una sostituzione del rapporto incerto con quello risultante dall'accertamento[113]. Si ricorda infatti che la sostituzione del rapporto è una fattispecie complessa composta da una vicenda estintiva e da una vicenda costitutiva, prevista nel nostro ordinamento con l'istituto della novazione[114].

Come accennato trattando della meritevolezza dell'interesse all'accertamento negoziale, una definizione compiuta del negozio di accertamento

---

[111] PUCCINI, *op. loc. ult. cit*.; v. anche BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, cit., 530 ss., secondo il quale l'autonomia privata costituisce la fonte dei rapporti giuridici anche prima di ricevere il riconoscimento statale, in quanto fenomeno socialmente rilevante; soltanto con il riconoscimento statale, peraltro, l'atto normativo dei privati sarebbe provvisto dell'elemento della sanzione. In questa cornice il negozio di accertamento si colloca, unitamente alla transazione, nel *genus* dell'autonomia privata, seppur confinante con l'autotutela consensuale a scopo di accertamento (categoria cui appartengono, invece, la confessione stragiudiziale ed il compromesso arbitrale), v. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

[112] Tesi di CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., 38 ss., che configura la fattispecie del «negozio modificativo a scopo di accertamento» in termini di sostituzione di una situazione giuridica certa ad una incerta.

[113] V. *sub* nota 90.

[114] Contrari all'efficacia novativa del negozio di accertamento v. infatti CARNELUTTI, *Documento e negozio*, cit., 189 ss.; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, cit., 400 ss.; MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, cit., 604 ss.; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, 550 ss.; IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., 68 ss.; GRANELLI, *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988, 102 ss.

dovrebbe tener conto della relazione di consequenzialità tra l'attività di accertamento e la decisione negoziale, in modo da spiegare come la seconda si informi ai risultati della prima[115].

A tal fine, alcuni studi hanno precisato che nella categoria dell'efficacia costitutiva sono compresi non solo gli effetti modificativi, ma anche quelli di tipo regolativo[116]. L'effetto regolamentare o regolativo è proprio della decisione negoziale che sia il risultato del giudizio delle parti e comporta l'immediata incidenza del negozio di accertamento sulla situazione giuridica preesistente; tale incidenza consiste nella conformazione del rapporto ad una nuova regola, risultante dall'attività di giudizio delle parti stesse[117].

In particolare, rispetto alla tesi che rinviene nel negozio di accertamento una forma di sostituzione della situazione giuridica incerta, questa interpretazione supera il rischio di *dispersione* del negozio di accertamento nella fattispecie della novazione. Va infatti escluso che il negozio di accertamento costituisca un nuovo rapporto, e, dunque, sostituisca un rapporto preesistente. Peraltro il rapporto preesistente ha una sua rilevanza all'interno della fattispecie del negozio di accertamento, in quanto mantiene la propria identità e risulta modificato esclusivamente negli aspetti precedentemente incerti che sono stati oggetto di accertamento e regolazione[118].

---

[115] *Contra* SANTORO-PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, cit., 1172 ss.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 36 ss.

[116] LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 139 ss.; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 589 ss.; MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, cit., 597 ss.

[117] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 598; MINERVINI, *op. loc. ult. cit.*, che sostiene la rilevanza della conformità o difformità del risultato dell'accertamento dalla situazione giuridica preesistente, poiché, in caso di irrilevanza, l'istituto integrato sarebbe la novazione e non il negozio di accertamento; parimenti l'A. riconosce un negozio novativo e non di accertamento nel caso in cui oggetto della nuova determinazione contrattuale non sia la mera disciplina del rapporto, bensì un suo elemento strutturale; *contra* sul punto LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 140, secondo cui è in ogni caso irrilevante il giudizio delle parti sulla situazione giuridica, che resta nella sfera dei motivi delle parti.

[118] LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 61 ss., ove la precisazione che l'elemento distintivo dalla novazione consiste in ciò, che mentre la novazione presuppone la compatibilità dell'obbligazione da novare con quella nuova, che sostituisce la prima nel rapporto fondamentale (e per questo è necessario l'*animus novandi*, perché altrimenti le due obbligazioni potrebbero coesistere), con il negozio di accertamento la sostituzione invece è necessaria, per

Per configurare l'efficacia regolativa del negozio di accertamento è inoltre necessario che l'intenzione delle parti sia effettivamente indirizzata in tal senso, cioè che esse siano realmente incerte sul rapporto preesistente[119] e non intendano invece pattuire una novazione[120].

La differenza tra l'efficacia regolativa e quella modificativa, entrambe espressioni della portata innovativa del negozio, consiste nella modificazione solo eventuale del rapporto preesistente, limitata al caso in cui il risultato dell'accertamento non corrisponda alla situazione preesistente affetta da incertezza; gli atti ad efficacia modificativa, invece, esauriscono la loro funzione nel mutamento[121].

Tale configurazione implica che il rapporto incerto è il presupposto di fatto del negozio di accertamento e, allo stesso tempo, l'oggetto su cui ne ricadono gli effetti: questi possono manifestarsi anche in termini di attribuzione di diritti o costituzione di obblighi, se ciò è funzionale all'eliminazione dell'incertezza sull'*an* o sul *quantum.*

Emerge a tal punto che nel negozio di accertamento, in confronto con altre figure negoziali, assumono particolare rilievo le intenzioni delle parti, sia relativamente alla necessità della loro incertezza, sia in ordine all'attività conoscitiva che ha condotto alla decisione negoziale[122]. Ne deriva una particolare rilevanza della motivazione contrattuale, dalla cui esplicitazione deve risultare l'*iter* accertativo come coefficiente causale dell'effetto regolativo[123].

---

incompatibilità oggettiva o assorbimento rispetto alla situazione preesistente; l'A. distingue poi il caso in cui l'accertamento verta sull'esistenza stessa del rapporto originario, con conseguente sostituzione integrale; v. anche BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 720 ss.

[119] MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, cit., 609 ss.; LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 38 ss.; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 79 ss., ove l'ulteriore considerazione per cui se le parti invece sono certe e intendono limitarsi a rendere il rapporto certo soltanto verso l'esterno, ossia nei confronti di terzi o del giudice, porrebbero in essere atti diversi, quali rinnovazione, ricognizione e ripetizione.

[120] MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, loc. cit.

[121] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 589 ss.; MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, cit., 601.

[122] V. *sub* nota 114.

[123] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 575 ss.

All'effetto regolativo si accompagna, in via accessoria, l'effetto preclusivo, a garanzia della stabilità del risultato negoziale[124]. Questo è infatti connaturato alla funzione dell'accertamento, in quanto la certezza giuridica è garantita soltanto dalla completa esclusione della persistenza del conflitto intellettuale sui valori che sono stati accertati. Non potendosi conoscere l'effettivo stato di incertezza soggettiva delle parti, il mantenimento dello stato di certezza raggiunta con lo strumento negoziale è assicurato dall'irrilevanza del conflitto intellettuale sulla difformità o conformità del risultato dell'accertamento rispetto alla situazione giuridica preesistente[125].

12. *Gli orientamenti della giurisprudenza*

Diversamente dalla dottrina, la giurisprudenza riconosce da tempo l'ammissibilità del negozio di accertamento e ne ha consolidato una descrizione «perimetrale», definendo l'istituto *a contrario* rispetto alle tipiche manifestazioni dell'autonomia privata[126]. L'ammissibilità dell'istituto è riconosciuta sul presupposto della meritevolezza dell'intento delle parti di imprimere certezza giuridica ad un rapporto preesistente, precisandone l'esistenza, gli effetti o il contenuto in modo definitivo e vincolante per le parti stesse[127].

---

[124] RUPERTO, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui, in risposta ai dubbi di FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 218 ss., non c'è ragione di escludere che un atto atipico di natura negoziale di cui sia accertata l'ammissibilità nell'ordinamento possa produrre l'effetto preclusivo, se esso è connaturato al tipo di attività svolta dalle parti e necessario al conseguimento del risultato del negozio stesso.

[125] RUPERTO, *op. loc. ult. cit.*; MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, cit., 605; FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 281 ss., che, pur senza accogliere la teoria dell'efficacia preclusiva, evidenzia la contraddizione tra il concetto di accertamento vincolante e la prospettazione della rilevanza della difformità dalla situazione giuridica preesistente, concludendo nel senso che la vincolatività a prescindere dalla conformità dalla situazione giuridica preesistente costituisca il *proprium* dell'accertamento.

[126] FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, cit., 35 ss.

[127] *Ex multis* v. Cass., 27 aprile 1982, n. 2634, in *Giur. it. Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 586. Diversamente dalla dottrina maggioritaria, inoltre, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile anche il negozio di accertamento unilaterale, quando la dichiarazione provenga dalla parte che abbia interesse contrario alla rimozione dell'incertezza, Cass., 29 ottobre 1979, n. 5662, in *Riv. not.*, 1980, 566 ss.

Al fine di distinguere il negozio di accertamento dalla transazione, si riconosce al primo l'efficacia meramente dichiarativa[128] che viene esclusa per il secondo[129]. Diversamente dalla dottrina, peraltro, la giurisprudenza non ha specificato la nozione della natura dichiarativa, e deve escludersi che il termine sia utilizzato per indicare un ordine di effetti contrapposti a quelli costitutivi e preclusivi[130]. Si ritiene infatti che l'enunciazione giurisprudenziale dell'efficacia dichiarativa è svolta al fine di distinguere il negozio di accertamento dalla transazione, la quale, per natura, ha l'effetto di modificare o sostituire il rapporto oggetto di composizione[131].

Tale lettura è confermata dalle pronunce secondo cui il negozio di accertamento ha funzione di «regolamentazione» del rapporto preesistente ed incide sul negozio originario in via concorrente, senza estinguerlo[132]. È invece minoritario l'orientamento, implicitamente avallato dalle Sezioni Unite, dell'efficacia obbligatoria del contratto di accertamento[133].

La giurisprudenza ha aderito anche alla teoria dell'efficacia preclusiva di ulteriori contestazioni in ordine al rapporto accertato[134], al punto, in alcuni casi, da affermare l'estensione di questa preclusione all'esperibilità dell'azione giudiziale[135].

L'elaborazione giurisprudenziale ha riconosciuto quali ipotesi peculiari di nullità del negozio di accertamento i casi in cui la situazione accertata risulti

---

[128] Cass., 12 marzo 2008, n. 6739, in Rep. *Foro it.*, 2008, voce *Contratto in genere*, n. 335, e in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 201 ss., con nota di BOZZI, *Negozio di accertamento ed effetti (non) meramente dichiarativi*; Cass., 18 dicembre 1981, n. 1811, in *Giur. it. Rep*., 1981, voce cit., n. 637.

[129] Cass., 3 marzo 1980, n. 1427, in *Giur. it.* Mass., 1980.

[130] BOZZI, *Negozio di accertamento*, cit., 205; FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, cit., 37.

[131] Cass., 22 settembre 1981, n. 5172, in *Giur. it.* Mass., 1981.

[132] Cass., 17 settembre 2004, n. 18737, in Rep. *Foro it.*, 2004, voce *Transazione*, n. 3; Cass., 15 febbraio 1978, n. 715, in *Vita not.*, 1978, 158. Dalla natura dichiarativa la giurisprudenza fa inoltre derivare l'efficacia retroattiva del negozio di accertamento, v. Cass., 15 gennaio 1970, n. 84, in *Giur. it. Mass.*, 1970.

[133] Cass., Sez. un., 16 marzo 1978, n. 1323, cit.

[134] Cass., 23 marzo 1996, n. 2611, in Rep. *Foro it.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 208; Cass., 23 agosto 1991, n. 9047, in *Corr. trib.*, 1991, 2759 ss.; ulteriori riferimenti *sub* nota 97.

[135] Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, cit.; v. *infra* Cap. III.

inesistente o, pur essendo esistente, fosse certa[136]; e quello della dichiarazione negoziale che si esaurisce in una mera qualificazione giuridica del rapporto[137].

Dalla funzione di eliminazione dell'incertezza, la giurisprudenza ha tratto l'applicabilità all'istituto dell'art. 1969 c.c., con la conseguente esclusione dell'impugnabilità del negozio di accertamento per errore di diritto[138], per errore di fatto[139] o entrambi[140].

Può concludersi che la descrizione del negozio di accertamento come negozio dichiarativo non sia distante dall'elaborazione di quella parte della dottrina che ha individuato il *proprium* dell'istituto nella dichiarazione della nuova regola di conformazione del rapporto preesistente[141].

13. *Conclusioni e programma dello studio*

Dalla ricostruzione del negozio di accertamento nel diritto sostanziale è emerso che il contratto di accertamento è il negozio atipico con cui le parti di un rapporto avente ad oggetto diritti disponibili intendono rimuovere l'incertezza sull'esistenza, il contenuto o gli effetti del rapporto stesso.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritengono che l'ordinamento ammetta, a tal fine, lo strumento negoziale, considerata la libertà riconosciuta all'autonomia privata quando il fine perseguito sia meritevole di tutela, come l'eliminazione dell'incertezza, o sia comunque un fine lecito e meritevole nel caso concreto.

Sul piano degli effetti, è prevalsa la teoria secondo cui il contratto di accertamento abbia efficacia modificativa, nella ristretta accezione dell'efficacia

---

[136] Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Foro it.*, 1985, I, 238 ss., con nota di GRANELLI, *Dichiarazioni ricognitive della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*.

[137] Cass. 10 novembre 1976, n. 4141, in Rep. *Foro it.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 86.

[138] Cass., 28 gennaio 1966, n. 342, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1623.

[139] Cass., 26 ottobre 1961, n. 2421, in *Giust. civ.*, 1962, I, 515; Cass. 8 luglio 1965, n. 1419, in *Foro it.*, 1966, I, 897.

[140] Cass., 10 maggio 1967, n. 941, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 346; Cass. 15 gennaio 1970, n. 84, in *Giust. civ.*, 1970, I, 1, 376.

[141] FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, cit., 37. Per ulteriori riflessioni sull'orientamento giurisprudenziale, si rinvia al capitolo successivo, ove si considereranno le pronunce relative ai singoli istituti di volta in volta confrontati con il negozio di accertamento; sulla giurisprudenza v. anche E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997, 15 ss.

regolativa; questa si caratterizza per l'immediata modificazione del rapporto in senso conformativo alla nuova regola imposta dalle parti. La causa di accertamento mantiene un'autonoma configurazione e si riflette sull'elemento del giudizio, tramite il quale le parti si accordano per la determinazione della nuova regolamentazione.

La determinazione contrattuale del nuovo regolamento di un rapporto preesistente incerto ha suscitato, in passato, l'idea di un parallelismo tra l'istituto *de quo* e l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato[142].

La descrizione dell'effetto regolativo ha infatti evocato un'analogia tra il giudicato ed il negozio di accertamento, fondata sull'effetto comune di imporre ad un rapporto un nuovo regolamento «che prima non c'era e che d'ora in poi c'è, e deve essere osservato»[143]. Ciò descrive la finalità di imprimere certezza sui rapporti giuridici tramite la sostituzione di un comando certo e vincolante per le parti ad un comando preesistente e incerto. La struttura propria dell'attività di accertamento, negoziale e giurisdizionale, può essere, dunque, individuata nella dichiarazione vincolante del modo di essere o della stessa esistenza del rapporto, *id est* la dichiarazione e l'imposizione del «dover essere» della relazione giuridica preesistente[144].

Una completa definizione del negozio di accertamento richiede di approfondire tale parallelismo, a partire da alcune precisazioni in ordine al concetto di accertamento nell'ordinamento giuridico.

Trattando degli effetti che in dottrina sono stati attribuiti al contratto di accertamento, si è dato conto della teoria dell'efficacia preclusiva, che descrive la categoria di effetti propria degli atti di accertamento giuridico[145]. Questa, muovendo dalla definizione dell'incertezza oggettiva quale unica situazione di dubbio rilevante per l'ordinamento, ha concluso per una definizione dell'accertamento anch'essa di tipo «oggettivo», nel senso di «(im)porre per certo,

---

[142] ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 123 ss.

[143] ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in ID., *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 55 ss.

[144] ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 23 ss.

[145] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 205 ss.

fissare in modo non più discutibile una determinata realtà»[146]. Secondo questa impostazione, la fissazione conseguente l'accertamento è necessariamente il risultato di un'attività di ricerca e verifica storica dei fatti materiali, senza la quale di accertamento non potrebbe parlarsi[147].

Perciò l'elaborazione originaria dell'efficacia preclusiva si riferisce agli atti di accertamento espressamente previsti dalla legge e ne esclude l'estensione a forme negoziali atipiche[148]. Da ciò deriva che l'accertamento giudiziale, nella forma della sentenza passata in giudicato, esprime nell'ordinamento il grado più compiuto di accertamento, coincidente con la verità, e dunque spiega il massimo effetto preclusivo.

L'affermazione della coincidenza dell'accertamento espresso dal giudicato con la verità è stata posta in dubbio, peraltro, da dottrine altrettanto autorevoli, fondate sulla distinzione tra la realtà dei fatti storici ed il risultato dell'accertamento giudiziale, ossia tra verità materiale e verità formale[149].

Nonostante si riconosca che l'interesse pubblico sotteso al processo consiste nella fissazione dei fatti nella sentenza secondo verità, si è affermato che un simile risultato non può essere in alcun modo garantito e rappresenta, piuttosto, un fine tendenziale dell'ordinamento[150]. Anche il processo di accertamento, nella misura in cui disciplina nella forma e nei modi l'attività di ricerca della verità, allo stesso

---

[146] FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 75 ss.

[147] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 216 ss.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 111 ss.; MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, cit., 610 ss.; per l'irrilevanza di questa GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., 56 ss.; con riferimento a tutte le attività giuridiche, LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., 274 ss.; FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 77 ss.; per la distinzione tra l'accertamento negoziale e quello giurisdizionale nel senso che solo nell'accertamento giurisdizionale il *prius* sia il momento logico, conoscitivo, mentre in quello negoziale prevalga il momento precettivo, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 222 ss.; nel senso che nel negozio di accertamento sia irrilevante, in quanto precontrattuale, l'attività conoscitiva, ANDRIOLI, *Efficacia del chirografo d'avaria nel tempo*, in *Riv. dir. navig*., 1939, II, 273 ss.

[148] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 219.

[149] CARNELUTTI, *La prova civile*, ristampa, Milano, 1992, 18 ss.

[150] CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*

tempo la limita e tanto vale ad escludere, sul piano teorico, che il risultato dell'accertamento giudiziale corrisponda alla realtà materiale[151].

Si determina così una scissione tra l'attività di ricerca della verità materiale, che resta l'obiettivo cui tende l'accertamento giudiziale, dal risultato concretamente conseguibile nell'ordinamento giuridico, che si riduce a fissazione o determinazione vincolante dei fatti[152].

Pur essendo indubbio che, all'esito del giudizio di accertamento, l'unica forma di certezza rilevante per il diritto sia la determinazione espressa dalla sentenza passata in giudicato[153], non è necessario affermare che tale espressione di certezza coincida con la verità storica[154]. Ciò non significa che all'ordinamento sia estraneo l'accertamento, ma se ne ridefinisce la nozione nel senso della fissazione di una regola definitiva su un oggetto precedentemente incerto[155], a prescindere dalla sua corrispondenza con la realtà[156]. La descrizione dell'accertamento come una «tendenza *ad certum*» non è dunque molto distante dal risultato di «fissazione» che la prevalente dottrina ha assegnato al contratto di accertamento[157].

Tali considerazioni vanno tuttavia coordinate con la tradizionale affermazione secondo cui l'esigenza di certezza giuridica può essere soddisfatta soltanto mediante la dichiarazione giudiziale del diritto, poiché «solo il giudicato

---

[151] CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*

[152] CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 12 ss.; recentemente è stata ripresa la distinzione tra accertamento come attività, che corrisponde al processo di ricerca della verità materiale, e accertamento come risultato che corrisponde al concetto di fissazione, con la precisazione che i due concetti possono esistere anche disgiuntamente, v. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 75 ss.

[153] CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., II, 402 ss.

[154] ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Nss.D. I.*, IV, Torino, 1959, 10 ss.

[155] E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1991, 18 ss.

[156] Si pensi, ad esempio, all'incidenza sull'accertamento giudiziale della confessione, per lungo tempo qualificata come negozio giuridico processuale, v. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 145 ss., o come dichiarazione di volontà, v. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1935, 412 ss.; sull'efficacia preclusiva della confessione, FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 215.

[157] CALASSO, *Accertamento negoziale e processuale di diritti nell'Alto medio evo*, cit., 740 ss.

crea il fenomeno di soggezione all'accertamento»[158]. La soggezione delle parti del processo alla sentenza passata in giudicato si esplica nella preclusione delle future contestazioni dell'oggetto del giudizio e la stabilità del vincolo relativo comporta che le contestazioni eventualmente proposte siano trattate alla stregua di mera «resistenza impotente», e non come violazioni giuridicamente rilevanti[159].

Ciò non determina peraltro l'esclusione a priori della configurazione dell'accertamento negoziale come alternativa a quello giurisdizionale.

Si può considerare, infatti, la diversa situazione in cui versa il rapporto giuridico su cui incide il giudicato da quella su cui interviene il negozio di accertamento. Pur essendo entrambi i rapporti affetti da uno stato di incertezza, eventualmente determinata da contestazioni, l'imposizione della certezza tramite il giudicato, ossia tramite un comando proveniente dall'esterno che assicura il massimo grado di vincolatività, è necessaria per comporre lo stato di conflitto.

Ben diverso è lo stato del rapporto giuridico non ancora dedotto in giudizio, quando sull'oggetto di questo si verifica la convergenza delle volontà delle parti tese all'eliminazione dell'incertezza. In questo caso l'imposizione di una regola cui soggiacere reciprocamente può presentarsi in forma di negozio giuridico, ovvero di una regola che trae la propria forza vincolante dall'essere il risultato dell'incontro di due volontà.

È indubbio che il risultato determinato da tali forme di accertamento non sia sovrapponibile, ma la divergenza riguarda l'efficacia e la stabilità del vincolo, nel senso che «l'accertamento contenuto nella sentenza è relativo agli effetti che alla sentenza sono ricollegati»[160]; qualitativamente, invece, anche il vincolo che

---

[158] CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, cit., 87 ss.; RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., 21 ss., ma nel senso che l'accertamento negoziale produca gli stessi effetti del giudicato, v. Cass., 14 marzo 1977, n. 1031, in Mass. *Foro it.*, 1977; Cass., 7 agosto 1979, n. 4570, in Mass. *Foro it.*, 1979.

[159] CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, cit., 89.

[160] C.A. NICOLETTI, *Alcune considerazioni attorno ai rapporti tra «negozio» e «processo»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1488 ss., ove più ampie considerazioni sull'ammissibilità dell'accertamento negoziale, in forza dell'inesistenza nell'ordinamento di una norma che assegni in via esclusiva il potere di accertamento al giudice; l'argomento della differenza "quantitativa" del vincolo generato dall'accertamento è ripreso da FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 82 ss., che propone l'individuazione di quattro stadi di vincolatività: *a)* la fissazione fino a prova contraria, *b)* la fissazione fino ad una specifica prova

scaturisce dalla fissazione definitiva di un regola convenzionale deriva da un accertamento, se le parti hanno fissato tale regola in seguito ad un giudizio privato espressione nel rispetto delle condizioni imposte all'autonomia privata[161].

Tali considerazioni hanno stimolato lo studio degli effetti processuali del negozio di accertamento. Ci si chiede in particolare come operi nel processo l'efficacia preclusiva delle contestazioni riconosciuta al negozio di accertamento dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti.

Per stabilire l'esatta portata del vincolo gravante sulla parte per effetto del negozio di accertamento occorre verificare quali siano le conseguenze processuali della stipulazione di questo, con quale incidenza queste si manifestino nel processo in caso di inosservanza, quando il rapporto o l'elemento di esso che è stato oggetto di accertamento tra le parti sia dedotto in giudizio, e quale reazione ciò comporti sullo svolgimento dell'accertamento negoziale.

A tal fine si tratteranno distintamente i casi in cui l'instaurazione del processo sia posteriore o antecedente rispetto alla conclusione del contratto di accertamento. Lo studio si baserà sul confronto di tali circostanze con gli effetti processuali di istituti di composizione del conflitto di origine negoziale e incidenti sulla proposizione della domanda, quali il contratto di transazione ed il compromesso per arbitrato irrituale; nonché con l'efficacia processuale di atti non negoziali, come la confessione stragiudiziale ed il riconoscimento del debito, che vincolano il giudizio nel merito dell'accertamento.

---

contraria, *c)* la fissazione fino ad esperimento di uno specifico mezzo di impugnazione o contestazione, *d)* la fissazione definitiva non più contestabile; v. anche LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., 274 ss., nel senso che i privati non possano vincolarsi all'accertamento, in quanto l'accertamento non è vincolante di per sé ma in forza della posizione del soggetto che accerta, ossia della funzione giurisdizionale; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 113 ss.

[161] NICOLETTI, *Alcune considerazioni attorno ai rapporti tra «negozio» e «processo»*, cit., 1494 ss.; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, cit., 409 ss.

CAPITOLO II

GLI EFFETTI DELLE DICHIARAZIONI PRIVATE E DELLE MANIFESTAZIONI NEGOZIALI SULL'ACCERTAMENTO PROCESSUALE

SOMMARIO 1. Premessa 2. La confessione e la fissazione formale del fatto 3. La confessione e l'accertamento processuale della verità materiale 4. La «confessione del debito» 5. La ricognizione di debito e l'accertamento negoziale 6. Confessione, ricognizione e accertamento negoziale 7. Dichiarazioni negoziali private e potere giurisdizionale 8. La funzione di composizione negoziale della controversia. Premessa 9. La transazione 10. L'efficacia della transazione 11. L'effetto abdicativo della transazione 12. La rinuncia alla pretesa (*rinvio*) 13. La transazione nel processo. L'*exceptio litis per transactionem finitae* 14. La transazione nel processo. La cessazione della materia del contendere 15. Conclusioni sulla transazione 16. Considerazioni sull'arbitrato libero 17. L'introduzione dell'arbitrato irrituale 18. L'*exceptio compromissi* 19. *(segue)* L'art. 819 *ter* c.p.c. 20. Considerazioni conclusive

1. *Premessa*

Per tracciare l'efficacia processuale del negozio di accertamento si ritiene opportuno procedere, secondo la conclusione raggiunta nel capitolo precedente, al confronto con quelle manifestazioni e dichiarazioni negoziali e non negoziali dei privati che hanno una particolare incidenza sul processo civile.

Premesso che qualsiasi atto di diritto sostanziale, ove dedotto in giudizio, determina un effetto che, generalmente, può riguardare l'assetto del *thema decidedum* o del *thema probandum*, ciò che si intende approfondire, ai fini del nostro studio, sono quegli atti e negozi dei privati che hanno sul processo un'incidenza *sui generis* prevista espressamente dal legislatore, come per le dichiarazioni confessorie e di riconoscimento del debito, o impostasi nel diritto vivente, come per la transazione e l'istituto dell'arbitrato irrituale.

2. *La confessione e la fissazione formale del fatto*

Tra i mezzi di prova, la confessione consiste nella dichiarazione che una parte fa attorno alla veridicità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte, dichiarazione a cui la legge, a determinate condizioni, assegna il valore di prova legale. Da alcuni decenni le questioni controverse in tema di confessione possono considerarsi risolte, e, anche in sede giurisprudenziale, risultano aperti pochi margini di discussione. Ai fini della nostra indagine interessa il percorso storico e argomentativo che si è concluso con l'individuazione della natura giuridica della confessione quale dichiarazione di scienza dei privati.

La definizione di cui all'art. 2730 c.c. ha segnato una rilevante presa di posizione del legislatore rispetto al precedente dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in cui, tra contrapposte interpretazioni, la confessione era stata ricondotta alla categoria dei negozi giuridici in funzione dell'accertamento tra privati[162].

La questione della natura giuridica della confessione è sorta dalla necessità di giustificare l'efficacia di prova legale della dichiarazione, ossia la vincolatività nei confronti del giudice rispetto all'accertamento dei fatti confessati, purché «relativi a diritti disponibili» (art. 2733, comma 2, c.c.).

L'efficacia di prova legale della confessione rappresenta il risultato della valutazione del legislatore secondo cui il fatto confessato è idoneo a «rappresentarne un altro, senza che il giudice possa in nulla modificare lo svolgimento di questa deduzione e senza che le parti ne possano con altre prove oppugnare i risultati»[163]. Perché la confessione produca tale effetto, è necessario che il soggetto dichiarante sia capace di agire e di disporre del diritto al quale i fatti confessati si riferiscono, ovvero sia un rappresentante che dichiara nel

---

[162] V. ANDRIOLI, *Confessione (dir. proc. civ.*), in *Nss. D. I.*, IV, Torino, 1959, 10 ss.; C. FURNO, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 883 ss.; ID., *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948; L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, XXVII, 128; ID., *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 65; M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir*., I, Milano, 1958, 235 ss.; A. DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile*, Torino, 1901, IV, 81; G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, III; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, 17 ss.

[163] ANDRIOLI, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 11 ss.

rispetto dei limiti e dei modi del vincolo di mandato (artt. 2731, 2733 comma 2, c.c.). Se la confessione è resa fuori dal giudizio, l'efficacia di piena prova è subordinata alla condizione che la dichiarazione sia stata fatta alla controparte o a chi la rappresenta (art. 2735 c.c.).

I contrasti inerenti l'individuazione della natura giuridica della confessione derivano dal fatto che si tratta di una dichiarazione produttiva di un effetto di fissazione irrevocabile del fatto, e ciò determina, seppur indirettamente e tramite il provvedimento giurisdizionale, un mutamento della situazione giuridica soggettiva analogo a quello determinato dagli atti dispositivi dei privati aventi natura negoziale[164].

Oltre al requisito espressamente previsto dal legislatore della necessaria capacità di obbligarsi per il diritto cui si riferiscono i fatti confessati, l'interpretazione della confessione come un atto di volontà negoziale è stata alimentata dall'introduzione del requisito dell'*animus confitendi*, inteso come la volontà e la consapevolezza di riconoscere la verità del fatto dichiarato, obiettivamente sfavorevole al dichiarante e favorevole all'altra parte[165].

Peraltro, proprio la contrapposizione tra la volontarietà e la volontà sottese alla confessione rappresenta il fondamento del contrasto inerente la natura giuridica dell'istituto. Gli studi più risalenti, infatti, hanno frequentemente invocato l'elemento della volontà negoziale in funzione di accertamento per giustificare la produzione del vincolo imposto al giudice di conformarsi al

---

[164] ANDRIOLI, *Confessione (dir. proc. civ.)*, loc. cit.

[165] Sul concetto di *animus confitendi*, in generale, v. E. BETTI, voce *Animus*, in *Nss. D. I.*, I, Torino, 1957, 632 ss.; D. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 180 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Animus*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 437 ss.; in giurisprudenza la nozione non è univoca, come dimostrano le recenti pronunce inerenti il valore probatorio delle dichiarazioni rese dal datore di lavoro all'ispettore del lavoro che agisce in qualità di organo della pubblica amministrazione, v. Cass., 7 settembre 2015, n. 17702. Sulle diverse definizioni giurisprudenziali dell'*animus confitendi*, cfr. Cass., 12 giugno 1947, n. 921; Cass., 3 settembre 1947, n. 1558, secondo cui tale elemento va inteso come «consapevolezza del dichiarante di riconoscere un fatto ad altri vantaggioso, con la previsione di non poterlo in seguito contestare»; Cass., 22 gennaio 1957, n. 176; Cass., 8 maggio 1957, n. 1585, che lo ha definito come «volontarietà del riconoscimento della verità di un fatto, indipendentemente dalla consapevolezza e dalla conoscenza delle conseguenze che possono derivare da tale riconoscimento»; Cass., 13 giugno 1956, n. 2053, nel senso che l'*animus confitendi* integri la «consapevolezza e volontà di riconoscere la verità di un fatto a sé sfavorevole e vantaggioso per l'altra parte, indipendentemente dal fine per il quale la dichiarazione è resa».

contenuto della confessione, vincolo che non potrebbe derivare da una mera dichiarazione di scienza.

La teoria della natura negoziale della confessione era prevalente nella dottrina anteriore all'entrata in vigore del codice civile del 1942, poiché si riteneva che l'*animus confitendi* fosse espressione della volontà negoziale del dichiarante di fissare determinati fatti in modo definitivo, e che ciò implicasse la volontà di riconoscimento del diritto cui il fatto si riferisce[166]. Tale interpretazione era, da un lato, compatibile con il dato normativo, considerando che l'art. 1356 c.c. 1865 non limitava l'oggetto della dichiarazione confessoria alla verità dei fatti, e, inoltre, si adeguava alle norme in tema di capacità dispositiva del confitente e della revocabilità della confessione limitata all'ipotesi dell'errore di fatto (v. art. 1360, comma 2, c.c. 1865)[167].

L'effetto negoziale della «fissazione formale del fatto» prodotto dalla confessione si riteneva sorretto dalla volontà del dichiarante, diretta a far sì che il giudice «*fissi* il fatto *com'è dichiarato* e realizzi la norma *prescindendo dalla sua verità*»[168]. Nonostante la modificazione della situazione giuridica sostanziale avvenga soltanto tramite l'emissione della sentenza giudiziale, il contenuto di questa risulta vincolato alla fissazione irrevocabile del fatto risultante dalla confessione.

---

[166] A. WACH, *Das Geständniss Ein Beitrag zur Lehre von dem prozessualischen Rechtsgeschäft*, in *Arch. civ. Pr.*, 1881, LXIV, 211 ss.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1894, II, 683 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1907, n. 388; A. CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, 26 ss., poi in *Saggi di diritto*, I, Padova, 1931, 201; nel senso che la confessione integri un negozio giuridico unilaterale di tipo processuale, CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 44, ma, per un diverso orientamento, v. ID., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, I, 1936, n. 355; M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, 1883, 114 ss.; E. GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano. Parte generale*, 2, I, Napoli, 1894, 283 ss.; F. RICCI, *Delle prove*, Torino, 1891, 414; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 51 ss.

[167] Cfr. C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, Torino, 1927, 521 ss.; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 9 ss.; le obiezioni secondo cui il vincolo per il giudice non deriva direttamente dalla dichiarazione di volontà della parte, ma dalla legge, sono superate nel senso che l'effetto della confessione è riconducibile alla costituzione dell'obbligo in favore altrui, cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 41.

[168] CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 39, corsivo nel testo.

Sia la direzione della volontà del dichiarante, che l'idoneità a vincolare il contenuto del provvedimento giurisdizionale, consentivano di escludere la confessione dal *genus* delle mere dichiarazioni di scienza[169]. Nel novero delle tesi della natura negoziale della confessione, si sono distinte le possibilità di qualificare il negozio giuridico *de quo* come avente carattere sostanziale o processuale.

Secondo alcuni interpreti, il negozio giuridico di tipo sostanziale integrante la confessione coincide con l'istituto del riconoscimento astratto del debito, avente natura dispositiva, elaborato nell'ordinamento tedesco[170]. La consapevolezza richiesta a fondamento della confessione integra, come per gli altri negozi sostanziali, la volontà degli effetti giuridici dell'atto; lo scopo è la costituzione di un nuovo titolo a fondamento del rapporto, ed il risultato è rappresentato dalla fissazione, che rende inammissibile ogni residua controversia inerente la verità di quanto dichiarato[171]. L'elemento convenzionale si rinviene nel «tacito accordo delle parti di considerare, per gli effetti giuridici che si agitano nella lite, come accertato il fatto tra le stesse parti concordato col mezzo della confessione, sottraendolo così all'ulteriore costatazione»[172].

Con tale interpretazione non viene negata l'efficacia della confessione sul piano probatorio, ma questa viene intesa come conseguenza secondaria del carattere convenzionale della confessione, equiparabile ad una ricognizione del

---

[169] GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., 240 ss.; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 9 ss.; CARNELUTTI, *La prova civile*, loc. cit.; LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., 521 ss.

[170] O. VON BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel-Göttingen, 1867, 169 ss., sulla cui elaborazione v. *retro*, Cap. I, § 1.

[171] MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 58 ss., ove si ammette una diversa gradazione dell'efficacia della confessione a seconda che verta su fatti o su diritti: quando oggetto della dichiarazione sono fatti singoli, la confessione determina l'«assunzione dell'obbligo di assoggettarsi senza contestazione all'allegazione processuale del fatto riconosciuto»; diversamente, quando oggetto della dichiarazione confessoria sono rapporti giuridici, prevale l'aspetto sostanziale dell'istituto, che acquista la medesima intensità di un'attribuzione patrimoniale; in quest'ultimo caso, se la confessione è prestata nella convinzione della sua rispondenza a verità, essa costituisce l'assunzione di un nuovo obbligo formale, ha una funzione cautelare e concede un nuovo titolo per l'effetto giuridico; se invece la confessione è data nell'incertezza della verità, essa crea l'effetto giuridico riconosciuto proprio tramite la confessione.

[172] MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, loc. cit.

diritto proveniente dalla parte che ha la capacità di disporne[173]. Nel contempo, si giustifica in questo modo la minore efficacia della confessione stragiudiziale resa ad un soggetto diverso dalla controparte o da un suo rappresentante: l'assenza dell'elemento convenzionale tra le parti del rapporto giuridico oggetto di confessione determina, in tal caso, la degradazione della confessione a mera dichiarazione di scienza, il cui valore probatorio è soggetto alla libera valutazione del giudice[174].

Secondo un altro orientamento, poiché la disposizione del diritto voluta dal confitente si manifesta soltanto sul piano del giudizio e si attua per mezzo della sentenza, la quale incide direttamente sulla situazione giuridica sostanziale, la natura della confessione è quella di un negozio giuridico processuale[175]. In particolare, l'effetto dispositivo della confessione si verifica in via diretta esclusivamente sul materiale istruttorio, e, tramite il vincolo imposto al giudice nella valutazione di questo, si riflette sul contenuto della sentenza e produce effetti nella sfera giuridica delle parti[176].

Dalla descrizione in termini negoziali della confessione deriva che il vincolo processuale che questa produce è di tipo giuridico, *id est* un vero e proprio effetto contrattuale; al contrario, le dichiarazioni di scienza rilevanti sul piano probatorio producono in giudizio un vincolo di tipo logico, incidente sul libero convincimento del giudice[177].

---

[173] GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, loc. cit.

[174] RICCI, *Delle prove*, loc. cit.

[175] CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 36 ss.; per la nozione, ormai superata, del negozio giuridico processuale come l'atto processuale in cui la volontà acquista un rilievo analogo alla volontà negoziale, cfr. V. DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 138 ss.; WACH, *Das Geständniss Ein Beitrag zur Lehre von dem prozessualischen Rechtsgeschäft*, cit., 238 ss.

[176] MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 145; CARNELUTTI, *La prova civile*, loc. cit.; N. LIPARI, *Sull'indivisibilità della confessione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 127 ss.

[177] L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1942, 130 ss.; ID., *Sulla natura giuridica della confessione stragiudiziale*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, 671 ss.; in questi termini viene descritta anche la figura della ricognizione documentale, che si ritiene idonea ad integrare un negozio giuridico processuale soltanto quando la volontà diretta a produrre effetti processuali può essere distinta da quella diretta a produrre effetti materiali, *i.e.* quando la formazione del documento è distinta dalla formazione del negozio (materiale) che il documento è

Il carattere processuale del negozio giuridico rappresentato dalla confessione si riteneva compatibile, inoltre, con il fatto che la confessione, pur avendo natura negoziale, non ha effetto costitutivo di un potere di azione autonomo né di alcun diritto a favore della controparte[178].

In altri termini, vigente il principio per cui il processo non è mezzo di disposizione di diritti, la dichiarazione del confitente che produce nel processo una disposizione del diritto non può costituire *ex se* il fondamento di ulteriori poteri, di tipo sostanziale, riconducibili alla medesima situazione giuridica.

Perciò la modalità di attuazione del negozio giuridico processuale rappresentato dalla confessione è stata descritta attraverso l'imposizione di un vincolo, a carico del giudice, a rendere una decisione conforme senza dar rilievo ad affermazioni contrarie. Di conseguenza, l'eventualità che fossero rese dichiarazioni difformi da quella confessoria avrebbe integrato una violazione dell'obbligo negoziale prodotto dalla confessione, la cui reintegrazione sarebbe avvenuta all'interno dello stesso processo per opera del giudice[179].

3. *La confessione e l'accertamento processuale della verità materiale*

Con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, la teoria della natura negoziale della confessione è diventata inconciliabile con la disciplina positiva dell'istituto. *In primis*, l'art. 2730 c.c. ha individuato espressamente l'oggetto della dichiarazione confessoria nell'affermazione dell'esistenza di «fatti», accentuando la funzione rappresentativa della dichiarazione.

Al dato normativo si è aggiunta, in questa fase, la rimeditazione del rapporto tra la disciplina pubblicistica del processo e l'autonomia privata, dal bilanciamento dei quali deriva la delicata interpretazione del principio dispositivo. È prevalsa, infatti, la tesi – fino ad allora minoritaria – secondo cui il valore di prova legale della confessione non dipende dall'efficacia dispositiva dell'atto negoziale del confitente, ma rappresenta il risultato di una valutazione di politica

---

destinato a provare; se invece la formazione di negozio e documento è unitaria, si è in presenza di un negozio materiale, cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 38.

[178] CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 755.

[179] È dunque superflua l'azione di adempimento, cfr. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 65 ss.

legislativa, secondo la quale l'ordinamento può rinunciare alla ricerca della verità materiale, entro determinati limiti, a vantaggio dell'economia dei giudizi. Nel caso della confessione, la scelta sottesa al riconoscimento dell'efficacia di prova legale deriva dalla regola di comune esperienza per cui, secondo l'*id quod plerumque accidit*, un soggetto non rende dichiarazioni contrarie al proprio interesse se queste non corrispondono a verità.

Perciò la disciplina processuale del procedimento di fissazione dei fatti si ritiene sorretta dalla funzione pubblicistica e frutto del contemperamento dell'esigenza di accertamento della verità materiale con la garanzia dell'economia processuale. Si è escluso, in tal modo, che la fissazione irrevocabile dei fatti costituisca l'effetto giuridico dispositivo derivante dalla confessione quale dichiarazione di volontà[180].

Per tali motivi, quando la legge prevede un effetto vincolante della confessione rispetto alla valutazione giudiziale, non fa alcun riferimento alla volontà negoziale del dichiarante, in quanto nel processo non opera la tipica funzione di autoregolamentazione privata riconducibile alla volontà negoziale. Ne consegue anche una diversa interpretazione del requisito dell'*animus confitendi*, che viene ora inteso come espressione della volontarietà della dichiarazione[181].

È infatti prevalsa l'opinione secondo cui l'*animus confitendi* esprime il principio di autoresponsabilità delle parti, come «consapevolezza di dire il vero»[182] fondata sulla «normale riconoscibilità oggettiva, per il confitente, del carattere sfavorevole del fatto confessato»[183]. Venendo meno la volontà negoziale

---

[180] ANDRIOLI, *Confessione (Dir. proc. civ.)*, cit., 20 ss.

[181] MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, cit., 128 ss.

[182] S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959, 214 ss., ma, a favore della natura negoziale della confessione, dovuta al rilievo che il diritto positivo pone l'accento «sulla dichiarazione, non sulla verità della dichiarazione», v. anche ID., *Diritto processuale civile*, Padova, 1957, 273 ss.

[183] MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, cit., 140 ss.; ID., *Sull'«*animus confitendi*» e sulla teoria oggettiva della confessione*, in *Riv. dir. proc*., 1950, II, 16 ss.; in senso contrario alla rilevanza dell'*animus confitendi*, in quanto questa comporta l'introduzione di una discrezionalità giudiziale nella valutazione della dichiarazione confessoria che la legge non prevede, v. FURNO, *Confessione (Dir. proc. civ.)*, cit., § 11.

che avrebbe dovuto sorreggere la confessione, l'istituto è stato inquadrato nel *genus* dei meri atti giuridici non aventi natura negoziale[184].

Relativamente al piano di incidenza degli effetti della confessione, inoltre, la natura non negoziale dell'istituto giustifica il fatto che la dichiarazione confessoria vincola il contenuto della sentenza esclusivamente in relazione all'accertamento di un fatto e non modifica, nemmeno indirettamente, il rapporto giuridico sostanziale. Nonostante il legislatore abbia disciplinato l'efficacia di tale dichiarazione in termini di fissazione giuridica del fatto, dunque, questa rileva esclusivamente come mezzo di prova e strumento di convincimento del giudice.

Su queste premesse, è possibile comprendere il diverso effetto prodotto dalla confessione stragiudiziale resa alla parte o ad un suo rappresentante rispetto a quella resa ad un terzo, la quale integra una prova liberamente valutabile dal giudice. La diversa intensità dell'effetto probatorio non è dovuta ad una diversa natura giuridica della dichiarazione, come se si trattasse di un atto dispositivo nel primo caso e di una dichiarazione di scienza nel secondo. Piuttosto, anche in tal caso rileva la valutazione di una regola di comune esperienza secondo cui la dichiarazione resa nei confronti della parte che è destinata a beneficiare degli effetti garantisce, per l'ordinamento, un maggior grado di affidabilità rispetto alla dichiarazione resa nei confronti di terzi disinteressati rispetto al rapporto coinvolto dalla dichiarazione[185].

In tal senso si giustifica anche la previsione della revocabilità della confessione per errore di fatto o violenza (art. 2732 c.c.), pur trattandosi di una dichiarazione di scienza. Anche gli atti riconducibili all'attività processuale, e a quella istruttoria in particolare, possono infatti essere colpiti dai vizi della volontà:

---

[184] MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, loc. cit.; FURNO, *Confessione (Dir. proc. civ.)*, loc. cit.

[185] Valutazione legislativa che tiene conto della necessità di «rialzare il valore della confessione stragiudiziale che supponiamo spontanea e sufficiente alla sua espressione, e quest'omaggio reso all'altrui buona fede … nulla di più schietto e più verace può immaginarsi, e costerebbe uno sforzo il non credervi», v. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, 1877, III, § 3333; BARASSI, *Sulla natura giuridica della confessione stragiudiziale*, cit., 675 ss.

la revoca della confessione rappresenta l'attribuzione di un potere di impugnazione dell'atto affetto da tali vizi, al fine di eliminarne gli effetti[186].

Quanto al requisito della capacità dispositiva del diritto da parte del confitente, esso non è richiesto al fine di disporre, con la confessione, del diritto inerente il fatto confessato, bensì è frutto di una scelta discrezionale del legislatore secondo cui, nel processo inerente diritti indisponibili, l'interesse pubblicistico tendente alla ricerca della verità materiale è prevalente rispetto all'interesse sotteso all'economia processuale[187].

In conclusione, è emerso che la disciplina della confessione è orientata ad esprimere la funzione probatoria dell'istituto, per cui, in presenza dei requisiti espressamente previsti, l'ordinamento considera la dichiarazione dei privati idonea a determinare un accertamento incontrovertibile del fatto dichiarato. Tale accertamento non deriva dall'imposizione di un vincolo avente fondamento nell'autonomia negoziale privata, ma costituisce un effetto processuale predisposto dalla legge[188].

Ai fini del presente studio, interessa porre in rilievo che dalla funzione di prova legale riconosciuta dalla legge alla confessione sorge in capo al dichiarante, in sede processuale, un vincolo avente carattere negativo. Una dichiarazione di scienza, priva di natura negoziale e di efficacia dispositiva, determina in capo al privato l'insorgenza di una preclusione di rendere dichiarazioni contrarie alla confessione o di allegare delle controprove[189]. In tal senso, la confessione è stata descritta come un atto di accertamento di natura processuale o di grado minore, ossia non incidente sul rapporto sostanziale ma sul processo; è nel processo,

---

[186] DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 218 ss.

[187] FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., § 12.

[188] FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, loc. cit.

[189] Vincolo superabile esclusivamente tramite l'invalidazione della confessione per errore di fatto o violenza *ex* art. 2732 c.c., v. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 818 ss.; secondo alcuni interpreti, alle condizioni previste dall'art. 2732 c.c., si aggiunge la dimostrazione che quanto dichiarato non corrisponda a verità, nel senso che l'effetto invalidante della confessione è riconosciuto soltanto per l'errore di fatto o la violenza che abbiano indotto a dichiarare per vero un fatto non vero, mentre, in caso contrario, non avrebbero l'effetto di svincolare il giudice dagli effetti della confessione, v. FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, loc. cit.

infatti, che la confessione «prepara il terreno» per la formazione del fatto di accertamento sostanziale, o di grado maggiore, rappresentato dal giudicato[190].

Ciò si traduce nella messa fuori contestazione di uno o più fatti rilevanti per la decisione, ad opera dello stesso soggetto che avrebbe avuto interesse a contestarne l'esistenza.

Peraltro, secondo autorevole dottrina l'individuazione della confessione come mera dichiarazione di scienza non conduce, di per sé, ad escludere che le parti possano raggiungere il medesimo risultato mediante dichiarazioni aventi natura negoziale, di tipo unilaterale o convenzionale, ovvero tramite la stipulazione di un contratto atipico nel rispetto dei principi generali dell'autonomia privata. Anche dal confronto con l'efficacia della confessione, vincolante in negativo la parte dichiarante e in positivo l'accertamento giudiziale, si manifesta la necessità di approfondire l'incidenza processuale degli atti negoziali che le parti pongono in essere allo scopo di «fissazione» del rapporto giuridico ed avente «forza di legge» tra le stesse (art. 1372 c.c.)[191].

4. *La «confessione del debito»*

L'art. 1988 c.c. dispone che la dichiarazione di riconoscimento del debito produce, nel processo, l'effetto di inversione del carico probatorio a favore del creditore, dispensandolo dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale[192]. Le interpretazioni inerenti la natura giuridica dell'istituto denotano una notevole influenza degli orientamenti succedutisi in tema di confessione, influenza dovuta anche alla comune derivazione storica di tali

---

[190] Ciò in quanto gli atti di accertamento processuali tendono alla rimozione dell'incertezza con effetto preclusivo limitato al campo del processo, il quale «prepara» il fatto di accertamento sostanziale costituito dal giudicato, A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 215.

[191] Cfr. ANDRIOLI, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 23 ss., che giunge alla conclusione che lo stesso risultato di accertamento incontrovertibile dei fatti possa essere perseguito dalle parti tramite la stipulazione della confessione, conclusione che sottintende l'assimilazione della causa di accertamento alla causa di composizione della lite; *contra* nel senso che la causa di accertamento sia incompatibile con lo strumento negoziale, v. FURNO, *Accertamento convenzionale*, cit., 273 ss.; v. *retro* Cap. I, § 8.

[192] Cass., 13 ottobre 2016 n., 20689; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4019.

dichiarazioni dagli istituti della *confessio* di diritto romano e della *cautio indiscreta* elaborata nel diritto comune[193].

Secondo la tesi attualmente prevalente, la ricognizione di debito è costituita da una dichiarazione di carattere asseverativo, avente ad oggetto un diritto soggettivo altrui, rispetto al quale il soggetto che pone in essere la dichiarazione afferma di essere debitore[194]. Questo orientamento ha segnato il superamento di interpretazioni contrastanti, che hanno ricondotto l'istituto ora al *genus* delle dichiarazioni confessorie, ora a quello dell'accertamento negoziale.

Nel vigore del codice civile del 1865, la maggior parte degli interpreti individuava nella ricognizione una vera e propria «confessione di debito», assimilabile alla confessione nella sua forma stragiudiziale e soggetta alla medesima disciplina[195]. Tale assimilazione era compatibile con l'ampia formulazione descrittiva dell'oggetto della confessione di cui all'art. 1356 c.c.

---

[193] Cfr. *retro* Cap. I, §§ 1, 2.

[194] C. GRANELLI, *Confessione e ricognizione nel diritto civile*, in *Digesto Civ.*, III, Torino, 1988, 431 ss.; ANDRIOLI, voce *Atti di ricognizione o di riproduzione*, in *Nss. D. I.*, I, Torino, 1958, 1525 ss.; G. FERRI, *Le promesse unilaterali. I titoli di credito*, in *Tratt. Grosso e Santoro Passarelli*, Milano, 1972; A. LENER, «Expressio causae» *e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, 1 ss.; G. STOLFI, *In tema di promessa unilaterale di pagamento*, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 469 ss.; C.A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino, 1984, 668 ss.; G. BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, in *Delle obbligazioni. Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1974, 406 ss.; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996, 506 ss.

[195] Cfr. C. GRASSETTI, *Revoca di testamento e confessione di debito*, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, 806 ss.; LENER, *«Expressio causae» e astrazione processuale*, cit., 11 ss.; GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, cit., 285; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, cit., 57 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., 503; CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 160 ss.; ID., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 187 ss.; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 758 s.; ID., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 16 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 414 ss.; GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, 149 ss.; *contra* nel senso che la ricognizione si distingue dalla confessione in quanto quest'ultima può avere ad oggetto soltanto i fatti, v. DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile*, cit., 140 ss.; G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Milano-Torino-Roma, 1912, 228; A. COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, 105 ss.; E.T. LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, in *St. Chiovenda*, Padova, 1927, 470; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 816 ss.; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, 233 ss.

1865, che si riteneva idonea a ricomprendere la dichiarazione asseverativa del diritto soggettivo[196].

La compatibilità tra i due istituti è venuta meno, relativamente all'oggetto ed alla natura giuridica della dichiarazione, quando il legislatore del '42 ha puntualmente individuato l'oggetto della dichiarazione confessoria nell'affermazione «della verità di fatti», e ha collocato la disciplina della ricognizione di debito tra le «promesse unilaterali» all'interno del libro dedicato alle obbligazioni.

In tal modo, l'oggetto della dichiarazione ricognitiva è risultato chiaramente distinto da quello della confessione, in quanto l'affermazione della verità di un fatto non corrisponde, sul piano normativo, all'asseverazione del rapporto giuridico che da quel fatto è derivato.

È stato rilevato, peraltro, che la distinzione tra il fatto ed il rapporto giuridico, in relazione ad una medesima fattispecie, non è sempre agevole in astratto, ove si consideri che qualsiasi rapporto giuridico può venire in rilievo *sub specie facti*, e, di conseguenza, non può escludersi aprioristicamente la natura confessoria della dichiarazione che riconosce l'esistenza di un rapporto giuridico. Poiché la qualificazione definitiva del fatto oggetto della dichiarazione appartiene alla valutazione del giudice, sembra che il criterio distintivo fondato sull'elemento dell'oggetto della dichiarazione non sia sufficiente a distinguere, a livello teorico, la dichiarazione di riconoscimento del debito da quella confessoria[197].

Per questo motivo, la questione della natura giuridica dell'istituto di cui all'art. 1988 c.c. è stata successivamente approfondita in altre direzioni.

Nella fase immediatamente successiva all'entrata in vigore dell'attuale codice civile, gli interpreti hanno dato rilievo preminente all'accostamento della

---

[196] CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 759 ss.; GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, cit., 150.

[197] Cass., 27 febbraio 2001, n. 2903, in Rep. *Foro it.*, 2001, voce *Confessione civile*, n. 4; Cass., 21 ottobre 1992, n. 11498, *ivi*, 1992, voce cit., nn. 3 e 4, secondo cui la confessione, pur dovendo avere ad oggetto soltanto fatti, può estendersi *sub specie facti* anche a situazioni giuridicamente rilevanti, non potendo invece comprendere l'ulteriore operazione, riservata esclusivamente al giudice, della qualificazione giuridica del fatto; in dottrina v. FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 887 ss.

ricognizione di debito all'istituto della promessa di pagamento, entrambe disciplinate come fonti di obbligazione produttive di effetti processuali.

In questa direzione, riproponendo la dicotomia tra *cautio discreta* e *indiscreta* risalente al diritto comune[198], è stato posto l'accento sulla distinzione tra il riconoscimento del debito titolato, facente riferimento al rapporto fondamentale da cui ha tratto origine il diritto riconosciuto, e quello astratto, privo di tale menzione[199]. Secondo alcuni interpreti, deve ritenersi che quando la ricognizione del debito menziona il titolo originario dell'obbligazione essa si compone, in realtà, di due dichiarazioni distinte, di cui una relativa al fatto costitutivo e l'altra al debito in senso stretto. Mentre la dichiarazione di riconoscimento del debito soggiace all'applicazione dell'art. 1988 c.c., la dichiarazione affermativa del titolo originario integra una confessione, ove ne ricorrano i presupposti. Se si riconduce la ricognizione titolata ad una forma di confessione stragiudiziale, si conclude che quella vincola il giudice a ritenere come accertato il fatto costitutivo espressamente affermato ed è revocabile soltanto per errore di fatto o violenza[200].

5. *La ricognizione di debito e l'accertamento negoziale*

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno invece negato che la natura del riconoscimento del debito muti a seconda che questo sia titolato o astratto, in quanto la *ratio* sottesa alla disciplina della ricognizione di cui all'art. 1988 c.c. si rinviene proprio nella necessità di tenere distinti gli effetti del riconoscimento del debito da quelli della confessione[201].

---

[198] V. *retro* Cap. I, § 1.

[199] GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, cit., 674 ss.

[200] Revocabili anche per errore di diritto, inteso come l'erronea autovalutazione della propria posizione giuridica, senza che sia precluso al dichiarante di fornire la prova dell'inesistenza dei fatti costitutivi del rapporto, cfr. C. FALQUI MASSIDDA, voce *Promessa unilaterale*, in *Nss. D. I.*, XIV, Torino, 1959, 84 ss.

[201] Si veda in tal senso la *Relazione al codice civile* del Ministro Guardasigilli, §§ 615 e 782; resta fermo che l'affermazione della *causa debendi* nel riconoscimento del debito ha il rilevante effetto di agevolare la posizione della controparte, attraverso la precisazione dell'oggetto della prova contraria da fornire, v. Cass., 13 gennaio 1997, n. 259, in *Arch. civ.*, 1997, 381; Cass., 22 gennaio 1987, n. 567, in Rep. *Foro it.*, 1987, voce *Promesse unilaterali*, n. 6; Cass., 18 febbraio 1977, n. 735, in *Dir. fall.*, 1977, 225.

Da un lato, anche se il riconoscimento del debito contiene la menzione dell'esistenza della *causa debendi*, questo non va ricondotto alla disciplina della confessione; d'altra parte, l'unica differenza dal riconoscimento astratto è ravvisabile nell'agevolazione della prova contraria avente ad oggetto il titolo originario[202]. Su queste premesse, si contrappongono attualmente le tesi della natura del riconoscimento del debito come istituto avente fondamento negoziale o come mera dichiarazione giuridicamente rilevante.

Secondo la prima impostazione, la ricognizione di debito rappresenta un negozio giuridico di tipo unilaterale e recettizio, con cui la parte passiva di un rapporto sostanziale persegue lo scopo di consolidare la posizione del creditore[203]. Nonostante l'art. 1988 c.c. descriva la dichiarazione ricognitiva soltanto nell'effetto processuale, questa produce, *in primis*, l'effetto sostanziale di rendere giuridicamente coercibili promesse isolate, contenenti obblighi di pagamento o atti di ricognizione di debito, e svincolate dal modello causale originario e tipico.

Ciò determina una «semplificazione analitica» della fattispecie sostanziale originaria, che, limitatamente ad una sua frazione, viene resa giuridicamente autonoma[204]. L'individuazione di una simile modificazione della fattispecie sostanziale si rende necessaria per giustificare l'inversione dell'onere probatorio sul piano processuale, ove si consideri che, tramite la dichiarazione ricognitiva, si può ottenere una sentenza di riconoscimento del credito a prescindere dall'individuazione di una fattispecie costitutiva originaria, distinta dalla dichiarazione stessa.

I sostenitori della teoria negoziale riconducono la funzione causale del riconoscimento del debito alla categoria generale dell'accertamento negoziale, ponendo in rilievo il tratto comune della fissazione di fatti giuridici o di rapporti

---

[202] LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970, 51 ss.; GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, 85 ss.

[203] Cass., 6 ottobre 1989, n. 3239, in Rep. *Foro it.*, 1989, voce *Promesse unilaterali*, n. 3; Cass., 2 dicembre 1974, n. 3929, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 95.

[204] A. DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 59 ss., secondo cui, analogamente a quanto avviene nel diritto tedesco, è consentito dare vita a promesse svincolate dalle consuete fonti delle obbligazioni, rappresentate dal contratto e dal delitto.

antecedenti tramite l'esercizio dell'autonomia privata; in tal senso, il negozio di accertamento è stato definito come una forma di «riconoscimento bilaterale»[205].

L'accostamento del riconoscimento del debito al negozio di accertamento, tuttavia, non tiene conto di alcuni tratti essenziali dell'istituto negoziale che sono estranei al riconoscimento *ex* art. 1988 c.c., tra cui, in primo luogo, il presupposto dello stato di incertezza, che non necessariamente ricorre nella ricognizione di debito. Inoltre, considerando che lo scopo perseguito dalle parti con il negozio di accertamento è il superamento del predetto stato di incertezza insistente sul rapporto giuridico, le prevalenti ricostruzioni del negozio di accertamento concordano nell'individuarne l'effetto tipico nella fissazione della situazione giuridica preesistente, tramite la preclusione di ogni ulteriore accertamento di questa.

Una simile preclusione non sembra invece desumibile dal tenore normativo dell'art. 1988 c.c., ove l'effetto processuale della *relevatio ab onere probandi* in favore della parte che ha ricevuto la dichiarazione è temperato, espressamente, dalla possibilità per il dichiarante di fornire la prova contraria.

La stessa disposizione, dunque, contempla implicitamente l'eventualità di un accertamento del rapporto in senso contrario alla dichiarazione ricognitiva[206]. A ciò si aggiunge che il superamento dell'effetto del riconoscimento non richiede necessariamente la dimostrazione dell'errore da parte dell'autore della

---

[205] Nel senso che l'effetto preclusivo proprio del negozio di accertamento sarebbe compatibile con il rilievo probatorio del riconoscimento di debito, v. Cass., 24 febbraio 1976, n. 600; Cass., 24 febbraio 1988, n. 1958; App. Napoli, 5 luglio 1966, Rep. *Foro it.*, 1967, voce *Promesse unilaterali*, n. 4; Cass., 9 ottobre 1969, n. 3239, in *Foro it.*, 1970, I, 125; in dottrina cfr. A. DE MARTINI, *Ricognizione di debito e astrazione processuale della causa*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 429 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Riconoscimento di proprietà contenuto in un testamento*, *ivi*, 1951, I, 33 ss.; G. TAMBURRINO, *Sull'inquadramento della promessa di pagamento e della ricognizione di debito tra le promesse unilaterali*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, 587 ss.; GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., 234 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 147 ss.

[206] MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, cit., 155 ss.; A. DONATI, *La dichiarazione ricognitiva di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 557 ss.; GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979, 129 ss.; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del «negozio di accertamento»*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 613 ss.; M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 262 ss.

dichiarazione, né la controprova subisce limitazioni in ordine al mezzo istruttorio utilizzabile[207].

La riconduzione di tali istituti entro un'unica categoria è inoltre impedita dalla differenza strutturale tra il riconoscimento del debito di cui all'art. 1988 c.c., unilaterale, ed il negozio di accertamento, bilaterale. Si ritiene, infatti, che tale differenza non rivesta un ruolo meramente descrittivo delle modalità di accertamento privato e che, al contrario, giustifichi la distinzione sul piano dell'efficacia degli istituti richiamati.

Partendo dalla premessa secondo cui l'ordinamento mostra una forma di diffidenza dalle promesse unilaterali, com'è desumibile dall'art. 1987 c.c., si può affermare infatti che l'efficacia accordata dalla legge alla ricognizione di debito ha carattere eccezionale e per questo, pur essendo disciplinata tra le fonti di obbligazione, la ricognizione ha efficacia limitata all'inversione dell'onere della prova in sede processuale.

Quando, invece, la dichiarazione di riconoscimento del debito costituisce oggetto di attività negoziale avente struttura bilaterale, con la partecipazione della parte favorita dal contenuto della dichiarazione, viene meno la *ratio* di una simile diffidenza. Si tratta, infatti, di una manifestazione dell'autonomia negoziale che, seppur atipica, persegue uno scopo socialmente meritevole qual è il superamento di uno stato di incertezza sull'esistenza o sul modo di essere di una situazione giuridica sostanziale, che l'ordinamento ammette *ex* artt. 1322 e 1372 c.c.[208]

Per tali motivi, può escludersi che la ricognizione del debito abbia natura negoziale e l'istituto può essere ricondotto alla categoria generale degli atti privati di affermazione e consolidazione di un vincolo preesistente. Ciò induce a negare all'istituto di cui all'art. 1988 c.c. la produzione di alcun tipo di effetto sostanziale, nemmeno di tipo preclusivo[209]. La dichiarazione di riconoscimento del debito si distingue, in questi termini, non solo dal negozio di accertamento, ma

---

[207] A differenza dell'atto di ricognizione di cui all'art. 2720 c.c., v. GRANELLI, *Confessione e ricognizione nel diritto civile*, cit., §§ 4,5.

[208] BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, cit., 412 ss..

[209] GRANELLI, *Confessione e ricognizione nel diritto civile*, cit., § 5; D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., 507 ss.

anche dalle dichiarazioni rese tra privati che prevedono espressamente l'inopponibilità di eccezioni da parte del dichiarante.

Mentre il primo comporta il superamento dello stato di incertezza sul rapporto giuridico preesistente, innestandovi una regolamentazione ulteriore, le seconde costituiscono il presupposto della condanna con riserva di ripetizione[210].

Tale conclusione è confermata dalla prevalente giurisprudenza, che ha descritto l'istituto *ex* art. 1988 c.c. ricorrendo alla figura dell'astrazione processuale: l'astrattezza è riferita alla presunzione di esistenza del rapporto fondamentale sul quale incide l'inversione dell'onere della prova. Perciò si afferma che sul dichiarante grava l'onere di dimostrare l'inesistenza, l'invalidità o l'estinzione del rapporto fondamentale, al fine di superare la presunzione *iuris tantum* circa la sua esistenza[211].

6. *Confessione, ricognizione e accertamento negoziale.*

Ripercorrendo l'inquadramento sistematico degli istituti della confessione e della ricognizione di debito, è emersa la loro riconducibilità al novero delle dichiarazioni private non aventi natura negoziale, idonee ad incidere sull'accertamento processuale secondo gli effetti predeterminati dalla legge e, soltanto per mezzo della sentenza, sul rapporto giuridico sostanziale.

Ferma restando la natura di mera dichiarazione di scienza della confessione, i cui effetti dipendono da valutazioni del legislatore fondate sulle regole della comune esperienza, l'istituto rivela l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di limitazioni all'accertamento processuale della verità materiale per mezzo di dichiarazioni destinate a produrre un «effetto pratico equivalente al suo raggiungimento»[212].

Appare condivisibile, per tale motivo, l'elaborazione della confessione nell'ambito della teoria generale dell'accertamento, non perché questa abbia

---

[210] D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, loc. cit.

[211] Cass., 9 settembre 1981, n. 9480, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 719; Cass., 16 ottobre 1969, n. 3372, in Rep. *Foro it.*, 1969, voce *Promesse unilaterali*, n. 7; Cass., 11 marzo 1976, n. 853, in *Foro it.*, 1976, I, 1879, nel senso che la ricognizione di debito esoneri il destinatario non soltanto dall'onere di fornire la prova del rapporto fondamentale, ma anche da quello della sua allegazione.

[212] ANDRIOLI, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 11 ss.; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, 86 ss.

funzione negoziale accertativa o dichiarativa, ma perché è possibile declinare l'effetto della dichiarazione confessoria secondo il paradigma dell'efficacia preclusiva. Nonostante l'efficacia della confessione non incida direttamente sul rapporto giuridico sostanziale, è pacifico che, nell'ambito del giudizio, questa tende alla rimozione o al superamento dell'incertezza sull'esistenza di un fatto determinato, comportando la preclusione di accertamenti ulteriori dello stesso fatto storico e rendendo irrilevanti eventuali contestazioni sulla medesima realtà, al pari degli atti di accertamento di tipo sostanziale[213].

Poiché l'ordinamento ammette che una parte del rapporto giuridico, tramite una dichiarazione non negoziale, determini la fissazione di un fatto materiale all'interno del processo, vincolando *lato sensu* il giudice a fondarvi la decisione nel merito, non può escludersi che allo stesso scopo si adoperino entrambe le parti del rapporto giuridico, manifestando a tal fine una volontà negoziale, al rispetto della quale risultano reciprocamente vincolate con un atto avente «forza di legge»[214]. Contestualmente, la previsione dell'inversione dell'onere della prova a carico della parte che ha reso una dichiarazione di riconoscimento del debito induce ad approfondire quali siano le conseguenze nel processo dell'allegazione di un negozio giuridico, in luogo di una ricognizione unilaterale, in cui è confluita la volontà di entrambe le parti del rapporto di riconoscere l'esistenza o un determinato modo di essere della situazione giuridica sostanziale[215].

7. *Dichiarazioni negoziali private e potere giurisdizionale*

L'espressa descrizione dell'oggetto della confessione nell'affermazione della «verità dei fatti» *ex* art. 2730 c.c. ha determinato l'esclusione dal novero delle dichiarazioni confessorie delle dichiarazioni asseverative di diritti. È infatti opinione condivisa quella secondo cui la disposizione fa implicitamente riferimento ai fatti storici o materiali rilevanti per l'accertamento della fattispecie,

---

[213] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 214 ss.

[214] L. COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, 68; GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., 235 ss.; ANDRIOLI, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 23 ss.; *contra* FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, loc. cit.

[215] GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., I, 227 ss.; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958; M. FABBRINI, *L'accertamento privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1960, 631 ss.

i quali si distinguono dai fatti giuridicamente costitutivi del rapporto sostanziale, ossia la *causa petendi* del diritto dedotto in giudizio[216].

Viene esclusa, dunque, la natura confessoria delle dichiarazioni con cui le parti affermano o negano l'esistenza dei fatti giuridicamente rilevanti posti a fondamento del diritto dedotto in giudizio. Ciò ha determinato l'insorgere della questione della configurabilità, nel nostro ordinamento, di effetti processuali tipici delle dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda, della loro natura negoziale e della conseguente idoneità a vincolare il giudice nella decisione di merito[217].

Per riconoscimento della domanda si intende generalmente la dichiarazione con cui il convenuto dichiara la fondatezza della pretesa dell'attore, in fatto e in diritto, accettando senza riserve la relativa richiesta; la rinuncia alla pretesa individua invece la dichiarazione con cui l'attore abbandona la propria domanda, perché ne riconosce l'infondatezza o afferma l'inesistenza del diritto per cui ha agito in giudizio.

Nel vigore del codice di rito precedente, la mancanza di un'apposita disciplina aveva indotto autorevoli interpreti ad individuare dei margini di ammissibilità nell'ordinamento delle suddette dichiarazioni, sia per la loro derivazione storica dall'istituto della *confessio in iure*, sia per l'influenza esercitata dalla dottrina germanica relativamente ai corrispondenti istituti della *Verzicht* e dell'*Anerkenntnis*, espressamente disciplinati nella *Zivilprozessordnung* tedesca.

Nei §§ 306 e 307 della *Z.P.O.*, all'interno della sezione dedicata alle sentenze emesse senza lo svolgimento della cognizione piena sull'oggetto del giudizio, sono infatti disciplinate le sentenze sulla rinuncia (*Verzicht*) e sul riconoscimento (*Anerkenntnis*), che costituiscono sentenze di merito aventi il

---

[216] A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir*., XVI, Milano, 1967, 926 ss.

[217] Secondo la nota categoria elaborata dalla dottrina tedesca, cfr. A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, Tubinga-Lipsia, 1903, 4 ss.; K. HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1903, *sub* § 149; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess Als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, 312 ss. Nel nostro ordinamento cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1947, 316 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., 169 ss.; *contra* FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 916 ss.; LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, cit., 451 ss.

medesimo contenuto delle dichiarazioni con cui, rispettivamente, l'attore ha rinunciato alla domanda o il convenuto si è assoggettato alla pretesa attorea[218].

La *ratio* di tali previsioni si rinviene nell'esigenza di garantire l'economia processuale, poiché le dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda rendono superfluo l'accertamento processuale in fatto e in diritto. Ne deriva, secondo l'interpretazione prevalente, che le affermazioni di rinuncia e di riconoscimento integrano delle dichiarazioni di volontà, di tipo unilaterale, aventi natura esclusivamente processuale (*Thoeorie der reinen Prozesshandlung*). La sentenza di merito che ne recepisce il contenuto, infatti, non esprime il risultato della cognizione giurisdizionale sull'oggetto del giudizio[219].

Tale orientamento si ritiene confermato dal fatto che le dichiarazioni aventi ad oggetto la pretesa processuale determinano la pronuncia della sentenza conclusiva a condizione che siano espresse senza riserve. In caso contrario, il giudice deve procedere all'accertamento delle eccezioni che accompagnano la dichiarazione di rinuncia o di riconoscimento, e, venendo meno la finalità di economia processuale, l'effetto della dichiarazione si riduce a quello di una confessione sull'esistenza o inesistenza dei fatti allegati nella domanda[220].

Secondo una diversa impostazione, invece, alle parti non è consentito influire sullo svolgimento del processo con una mera dichiarazione di volontà, motivo per cui l'effetto processuale di cui ai §§ 306 e 307 *Z.P.O.* si giustifica soltanto se inteso come conseguenza indiretta, sul piano processuale, di un atto avente natura sostanziale (*Theorie der Doppelnatur*)[221]. Se le dichiarazioni di

---

[218] Il § 93 *Z.P.O.*, inoltre, prevede che il convenuto che abbia riconosciuto la pretesa, nonostante sia soccombente, può ottenere la condanna alle spese dell'attore, se dimostra che con il proprio comportamento non ha dato causa all'azione in giudizio. La medesima disciplina è prevista nei §§ 394 e 395 della *Z.P.O.* austriaca; nell'ordinamento francese, gli artt. 408 e 409 del *Nuoveau Code de procédure civile* prevedono invece il riconoscimento della domanda e l'*acquiescment au jugement*, inteso come accettazione del contenuto della sentenza di primo grado con rinuncia all'impugnazione.

[219] HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, cit., 4 ss.; per ulteriori approfondimenti e richiami v. A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, Milano, 1995, 513 ss.

[220] HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, cit., 133 ss.; cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., 522 ss.

[221] M. WOLF, *Das Anerkenntnis im Prozessrecht*, Gehlen, 1969, 57 ss.; B. THOMAS, *Zur Doppelnatur von Klageanerkenntnis und Klageverzicht*, ZZP, 89, Münster, 1976, 80 ss.

rinuncia e di riconoscimento della domanda avessero natura esclusivamente processuale, non sarebbe ammissibile l'effetto di privare il giudice del potere di accertamento dei fatti e di decidere nel merito del diritto applicabile. L'idoneità di tali dichiarazioni a fondare una decisione giudiziale nel merito, vincolandone il contenuto, sarebbe, dunque, la dimostrazione del fatto che queste producono effetti sostanziali, individuati nella costituzione del titolo di un nuovo rapporto giuridico, il quale sostituisce il rapporto preesistente controverso, dedotto in giudizio, e diventa l'oggetto della decisione di merito.

In questi termini, l'emissione della sentenza conclusiva non sarebbe altro che il risvolto processuale del mutamento avvenuto sul piano sostanziale[222].

Il modello processuale tedesco delle dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda ha influenzato la dottrina italiana, che, nel vigore del codice di rito del 1865, ha tentato di individuare un'efficacia processuale *sui generis* delle dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda.

Nel Progetto di Chiovenda, gli artt. 78 e 79 prevedevano che, ove in giudizio fossero intervenute dichiarazioni di rinuncia o di riconoscimento della domanda, il giudice avrebbe dovuto emettere una sentenza di merito che ne recepisse il contenuto. Secondo questa concezione, poiché il riconoscimento della domanda rappresenta l'affermazione di esistenza del diritto dedotto, esso equivale alla confessione di tutti i fatti allegati a fondamento della domanda stessa. Per tale motivo, come la confessione vincola il giudice a ritenere il fatto come accertato, il riconoscimento della domanda lo vincola al suo accoglimento nel merito, dopo aver accertato l'interesse ad agire e la sussistenza della norma giuridica applicabile. Diversamente dal modello tedesco, peraltro, la rinuncia o il riconoscimento della domanda sarebbero stati inefficaci nel caso in cui il giudice avesse accertato un evidente errore giuridico nella domanda, l'illiceità della causa del riconoscimento o della rinuncia, la notoria insussistenza dei fatti o la simulazione[223].

---

[222] THOMAS, *Zur Doppelnatur*, cit., 83 ss.; seguendo le indicazioni della dottrina più risalente, v. WACH, *Das Geständnis Ein Beitrag zur Lehre von dem prozessualischen Rechtsgeschäft*, cit., 244 ss.

[223] CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopoguerra*, Napoli, 1920, 61 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 316 ss.

Nel Progetto di Carnelutti, invece, la previsione delle dichiarazioni di rinuncia e riconoscimento della domanda, contenuta nell'art. 295, si inserisce nella più ampia elaborazione della teoria degli equivalenti giurisdizionali[224]. Si prevedeva, infatti, che tali dichiarazioni avrebbero integrato il presupposto per l'emissione di un provvedimento conclusivo del giudizio e decisorio sulle spese, avente forma di ordinanza e contenuto conforme alla dichiarazione di rinuncia o di riconoscimento; in quest'ultimo caso, l'ordinanza avrebbe avuto efficacia esecutiva.

Nella teoria di Carnelutti, le dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda rappresentano le ipotesi di «autocomposizione extraprocessuale della lite», unitamente al contratto di transazione, ed esprimono un negozio giuridico unilaterale[225]. Poiché l'effetto dell'autocomposizione, implicito nella rinuncia e nel riconoscimento della domanda, è rappresentato dal venir meno della controversia, il giudice non deve procedere all'accertamento dei fatti né alla risoluzione della questione di diritto; per questo il provvedimento conclusivo del giudizio ha la forma di ordinanza e non di sentenza. La stessa ordinanza, peraltro, appartiene al *genus* dei provvedimenti di condanna, ed è idonea ad assegnare alla domanda riconosciuta un valore esecutivo equivalente a quello proprio della sentenza giurisdizionale[226].

Secondo tali proposte normative, le dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della pretesa avrebbero rappresentato una forma di cooperazione dei privati alla formazione del provvedimento giurisdizionale, dalla quale sarebbe derivato un vincolo nei confronti del giudice non limitato al piano fattuale ma inerente l'intera operazione logica di sussunzione del rapporto giuridico nella fattispecie astratta[227].

---

[224] CARNELUTTI, *Progetto* presentato alla *Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 154 ss.; precedentemente, ne *La prova civile*, cit., 169 ss., si era affermato che il riconoscimento della domanda rappresenta l'adesione del convenuto alla pretesa attorea, da considerare come la proposizione di una domanda di identico contenuto.

[225] V. anche art. 87 del *Progetto Carnelutti*.

[226] CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, loc. cit.

[227] P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, 231 ss.

Secondo un'impostazione analoga a quella del procedimento monitorio puro o di omologazione del lodo arbitrale, dunque, si è ritenuto che tali dichiarazioni siano idonee a produrre un effetto processuale diverso da quello delle comuni dichiarazioni processuali provenienti dalle parti, vincolando il contenuto del provvedimento conclusivo del giudizio, e riducendo il potere del giudice all'assegnazione dell'efficacia esecutiva, tipica del comando giurisdizionale, alla dichiarazione di riconoscimento.

La proposta assegnazione di un'efficacia processuale tipica alle dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda è stata tuttavia superata dal legislatore del '40, con l'avallo della dottrina maggioritaria. Riconoscere un rilievo autonomo a tali dichiarazioni sarebbe stato infatti incompatibile con il principio della «supremazia pubblicistica» a cui risulta improntata la funzione giurisdizionale nell'impianto originario del codice di rito attuale. In particolare, si sarebbe verificata una frizione con la regola generale secondo cui la controversia dedotta in giudizio non è nella disponibilità delle parti, né queste possono vincolare il giudice in ordine al diritto applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio per il principio di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c.[228]

De jure condito, le dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda producono effetti nel processo limitatamente all'affermazione della verità circa l'esistenza (il riconoscimento) o l'inesistenza (la rinuncia) dei fatti materiali sottesi alla domanda stessa, e, se ne ricorrono i presupposti, è applicabile a queste la disciplina della confessione, o quella dell'ammissione se la dichiarazione è resa dal procuratore.

Il vincolo derivante nel giudizio dalle dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda viene ricondotto così all'ambito dell'accertamento dei fatti, mentre permane in capo al giudice il potere/dovere di emettere la decisione secondo diritto e concludere il giudizio all'esito dell'accertamento.

---

[228] LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, cit., 451 ss.; A. MICHELI, *Rinuncia della pretesa e riconoscimento della domanda*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, 366 ss., che ammette che fuori dal processo le parti possono mettere in chiaro il modo di essere di un rapporto, surrogando così la decisione del giudice; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 124 ss.; A. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 481 ss.

In mancanza di una previsione espressa, dunque, la rinuncia ed il riconoscimento della domanda costituiscono dei meri comportamenti processuali che non incidono sul potere giurisdizionale[229]. Diversamente, ammettendo che il giudice debba accogliere il contenuto *in jure* del riconoscimento o della rinuncia, e pronunciare una sentenza di merito a conclusione del giudizio, si incorrerebbe nella violazione del principio secondo cui *jura novit curia*[230].

Nonostante ciò, il dato positivo non esaurisce pienamente gli spunti di riflessione sorti dal dibattito sull'efficacia delle dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda.

In tal senso, si richiama, in primo luogo, la giurisprudenza che ha individuato nelle dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda delle fattispecie determinanti la cessazione della materia del contendere (v. *infra*)[231]. Se l'effetto accordato dal nostro ordinamento alla dichiarazione di riconoscimento della domanda è quello di una confessione o di un'ammissione dei fatti posti a fondamento della dichiarazione, non pare giustificabile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui tali dichiarazioni costituiscono il presupposto per la conclusione del giudizio con una pronuncia avente natura processuale[232]. Sarebbe infatti più coerente, anche con il principio dell'economia processuale, prevedere che in seguito a tali dichiarazioni il giudice debba accertare nel merito l'avvenuto riconoscimento ed individuare autonomamente il diritto applicabile *ex* art. 113,

---

[229] MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*, cit., 354 ss.; CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., 384 ss., 526 ss.; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, loc. cit.; *contra* v. G. TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano 2006, 195 ss., secondo il quale il riconoscimento tacito della domanda sarebbe idoneo ad esonerare il giudice da qualsiasi verifica circa l'esistenza del diritto anche in sede di pronuncia definitiva.

[230] MICHELI, *Jura novit curia*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 575 ss.

[231] Cass. 27 novembre 1984, n. 6156, in *Foro it.*, 1985, I, 745; Cass. 25 gennaio 1984, n. 607; *contra*, nel senso che il riconoscimento della domanda comporta l'accoglimento nel merito, v. Cass. 6 febbraio 1970, n. 249, in Rep. *Foro it.*, 1970, voce *Ingiunzione (procedimento)*, n. 48; sulla cessazione della materia del contendere, v. *infra* § 14 e successivamente al Cap. III.

[232] Cfr. Cass., Sez. un., 28 settembre 2000, n. 1048, in *Foro it*., 2001, I, 954 ss.; *ex multis* Cass., 24 gennaio 2018, nn. 1787-1786; Cass., 28 giugno 2017, n. 1681; Cass., 29 marzo 2017, n. 8138.

comma 1, c.p.c., con l'emissione di un provvedimento idoneo a definire l'accertamento della fattispecie sostanziale e costituire titolo esecutivo[233].

A ciò si aggiunge il rilievo per cui, secondo alcuni interpreti, l'individuazione *de jure condendo* dell'efficacia processuale delle dichiarazioni di rinuncia e di riconoscimento della domanda non costituisce una negazione della funzione giurisdizionale. Si afferma piuttosto che il riconoscimento di tali istituti si porrebbe come una deroga al principio per cui la funzione giurisdizionale si esprime tramite il giudizio a cognizione piena e si conclude con un provvedimento idoneo al giudicato.

Tali riflessioni muovono dalla considerazione del profondo mutamento della concezione dell'ordinamento processuale rispetto a quella prevalente al tempo della codificazione del '40, quando la funzione della tutela giurisdizionale era considerata espressione della supremazia pubblicistica e veniva identificata univocamente con l'accertamento a cognizione piena. L'influenza esercitata nell'interpretazione delle norme processuali dal principio dell'economia dei giudizi potrebbe consentire, come ricordato nel riferimento agli istituti germanici dell'*Anerkenntnis* e della *Verzicht*, una rilettura delle disposizioni processuali preordinate alla formazione del titolo esecutivo[234].

In tal senso sono state considerate le diverse ipotesi in cui emerge che il nostro ordinamento ammette l'utilizzo dello strumento processuale allo scopo di facilitare l'esecuzione in seguito ad accertamenti sommari, i quali, senza realizzare un accertamento immutabile come quello espresso dal giudicato, sono ritenuti idonei a produrre efficacia esecutiva[235].

---

[233] Così E. GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 611 ss.; A. SCALA, *Sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Foro it.*, 2001, I, 960 ss.; ID., *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001, 180 ss.; G. DE STEFANO, *Considerazioni generali sulla cessazione della materia del contendere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 38 ss.; Cass. 6 febbraio 1970, n. 249, in *Giust. civ.*, 1970, I, 696.

[234] A. PROTO PISANI, *Osservazioni sul riconoscimento della domanda: opportunità di riaprire un dibattito prematuramente interrotto*, in *Foro it.*, 1978, I, 1927 ss., spec. 1934 ss.

[235] Il riferimento è ai procedimenti di cui agli artt. 633 ss. e 657 ss. c.p.c. e all'accertamento dei crediti *ex* artt. 512 e 548 c.p.c., v. PROTO PISANI, *Osservazioni sul riconoscimento della domanda: opportunità di riaprire un dibattito prematuramente interrotto*, cit., 1934 ss.

Da ciò si desume che il valore rappresentato dalla cognizione piena ed esauriente come carattere generale primario della funzione giurisdizionale volta alla formazione del giudicato risulta, attualmente, un valore relativo, che è stato frequentemente oggetto di bilanciamento, nelle scelte legislative, con l'esigenza di garantire l'economia processuale ed una maggiore fruibilità della giustizia civile. Dalle riforme della legge processuale intervenute negli ultimi decenni è possibile, infatti, delineare una *ratio* comune nella volontà del legislatore di affiancare al modello tradizionale del processo a cognizione piena, dei procedimenti di diversa natura, che garantiscono una forma di tutela diversa da quella sottesa alla cognizione dichiarativa, e che si concludono con provvedimenti che «esauriscono i loro effetti nell'ambito del processo in cui sono stati emessi», privi dell'efficacia *ex* art. 2909 c.c.[236]

Partendo da tali premesse, sono state avanzate soluzioni interpretative secondo cui assegnare un'efficacia processuale autonoma al riconoscimento della domanda giudiziale, almeno a fini esecutivi, non avrebbe un impatto diverso rispetto a quello che il legislatore ammette con la previsione di provvedimenti giurisdizionali di accertamento *lato sensu* sommario e finalizzati all'esecuzione[237].

In questa direzione, si è colta un'apertura del legislatore nella disciplina dell'ordinanza per il pagamento di somme non contestate, di cui agli artt. 423, comma 1, e 186 *bis* c.p.c., introdotto con l'art. 20 l. 26 novembre 1990, n. 353[238].

L'ordinanza, avente natura anticipatoria e provvisoria ed efficacia esecutiva, è stata accostata al riconoscimento della domanda sulla base dell'individuazione

---

[236] PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, 53 ss.; S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 869 ss.; cfr. anche G. TRISORIO LIUZZI, *Sui termini per la pronuncia delle ordinanze di condanna* ex *art. 186* bis *e* ter *c.p.c.*, in *Giur. it*., 1995, 334 ss.

[237] Recuperando, in tal modo, la categoria degli «equivalenti giurisdizionali» di Carnelutti, cfr. PROTO PISANI, *Osservazioni sul riconoscimento della domanda: opportunità di riaprire un dibattito prematuramente interrotto*, cit., 1933.

[238] Su cui v. *ex multis*, ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 93 ss.; B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993, 149 ss.; CARRATTA, voce *Ordinanze anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Agg., Roma, 1995, 11 ss.

dell'oggetto della non contestazione cui fanno riferimento le disposizioni richiamate. Si è infatti sostenuto che la «non contestazione delle somme» non è riferita ai fatti materiali posti a fondamento della domanda, come generalmente avviene nel nostro ordinamento processuale, bensì al diritto di credito, quale effetto giuridico derivante dal fatto costitutivo allegato nella domanda[239].

Così individuato l'oggetto, si è ritenuto che la non contestazione rappresenti una forma implicita di riconoscimento dell'esistenza del diritto azionato con la domanda.

L'accostamento al riconoscimento della domanda ha indotto a sostenere, inoltre, che la non contestazione di cui agli artt. 423, comma 1, e 186 *bis* c.p.c. abbia fondamento negoziale, in quanto si tratta di un comportamento dal quale è possibile desumere l'esistenza di un accordo, anche implicito, tra le parti. Da ciò è derivato l'inquadramento dell'attività del giudice di emissione dell'ordinanza come un'attività di «ratifica» dell'accordo negoziale, che verrebbe così munito di efficacia esecutiva, pur senza esprimere un accertamento nel merito della domanda[240].

La tesi negoziale è stata sottoposta, tuttavia, ad un'insuperabile obiezione, fondata sul fatto che l'ordinanza di cui all'art. 186 *bis* c.p.c. è revocabile dal giudice, stante il mancato richiamo del terzo comma dell'art. 177 c.p.c. Se il fondamento del riconoscimento implicito della domanda, manifestato con il comportamento non contestativo, fosse rinvenibile nell'autonomia negoziale delle parti, invece, la revocabilità dovrebbe ammettersi soltanto nel caso in cui tale accordo venga meno. In caso contrario, risulterebbe lesa l'autonomia negoziale

---

[239] Come confermato anche da altre disposizioni: v. artt. 263 e 264, 512, comma 2, 598, 666 c.p.c., v. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 130 ss.; C. MANDRIOLI, *Le nuove ordinanze «di pagamento» e «ingiunzionale» nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 644 ss.; B. SASSANI, *Sub art. 186* bis, in *Commentario alla riforma del processo civile* a cura di C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, Milano, 1996, 172 ss.; C. CECCHELLA (-R. VACCARELLA, B. CAPPONI), *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 121 ss.; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, 52 ss.

[240] V. DENTI, G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, 134 ss., secondo cui l'unico modo per far venir meno l'accordo di cui all'art. 423 c.p.c., è l'impugnazione del negozio processuale; con riferimento all'ordinanza di cui all'art. 423 c.p.c., v. anche TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1980, 173 ss.

che la legge avrebbe inteso riconoscere mediante la previsione del provvedimento *ex* art. 186 *bis* c.p.c.[241]

Secondo altri interpreti, pur dovendosi escludere il fondamento negoziale del comportamento non contestativo rilevante *ex* artt. 186 *bis* e 423 c.p.c., l'istituto integra una forma di riconoscimento della domanda, in quanto l'elemento oggettivo viene individuato dalla legge nelle somme e non nei fatti materiali a fondamento di queste. Ciò varrebbe a confermare che il comportamento non contestativo incide sul potere decisorio del giudice e non, invece, sul piano probatorio secondo l'efficacia propria della confessione[242].

Secondo un opposto orientamento, va invece esclusa la coincidenza tra la dichiarazione di riconoscimento della domanda e la non contestazione rilevante *ex* artt. 186 *bis* e 423 c.p.c., in quanto l'oggetto del comportamento non contestativo è relativo ai fatti materiali e non agli effetti giuridici[243].

---

[241] D'altra parte, ciò non significa che la revocabilità dell'ordinanza è rimessa alla discrezionalità del giudice, poiché essa resta ancorata al presupposto della volontà della parte: si ritiene infatti che non ci sia preclusione per contestare un diritto non contestato *ab initio*, in ogni momento anche in sede di impugnazione; dunque finché non viene revocata, la non contestazione equivale al riconoscimento della domanda, sia ai fini della pronuncia dell'ordinanza, che ai fini della decisione di merito, TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, cit., 196.

[242] Che la non contestazione delle somme abbia un effetto diverso dalla non contestazione dei fatti di cui all'art. 115 c.p.c. sarebbe inoltre dimostrato dalla disciplina della revoca delle ordinanza, in particolare per il mancato richiamo all'art. 177, comma 3, c.p.c., per cui si esclude che, in questo caso, la non contestazione produca l'effetto di «riduzione dell'oggetto della causa (con lo stralcio delle somme, ammesse come dovute, dal tema della decisione) che è l'effetto normale della non-contestazione del diritto», v. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 134 ss.; ID., *Lineamenti del processo di cognizione*, cit., 196, secondo il quale dalla non contestazione non deriva un alleggerimento del dovere decisorio del giudice, in quanto permane la necessità di una pronuncia in diritto sulla domanda, anche per la parte che ha ricevuto tutela anticipata dall'emissione dell'ordinanza; ciò è desumibile dall'applicabilità degli artt. 177, commi 1 e 2, e 178, comma 1, c.p.c., per cui l'ordinanza non può «mai pregiudicare la decisione della causa», è sempre modificabile e revocabile, e le questioni ad essa sottese possono essere riproposte al collegio in sede di decisione; soltanto in caso di estinzione l'ordinanza conserva l'efficacia esecutiva fondata sulla non contestazione; v. MANDRIOLI, *Le nuove ordinanze «di pagamento» e «ingiunzionale» nel processo ordinario di cognizione*, cit., 649 ss.; CECCHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, cit., 118 ss., secondo cui si tratta di un accertamento con prevalente funzione esecutiva, inidoneo al giudicato.

[243] PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, 397 ss.; ID, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 238; M.G. CIVININI, *Le condanne anticipate*, in *Foro it.*, 1995, I, 332; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1998, 233; CARRATTA, voce *Ordinanze anticipatorie di condanna*, cit., 7 ss.

A prescindere dall'individuazione dell'oggetto della non contestazione, sembra insuperabile il rilievo per cui, nel nostro ordinamento, la dichiarazione di riconoscimento produce effetti processualmente rilevanti limitatamente all'affermazione di fatti, e, soltanto in relazione a questi, ha valore di confessione o di ammissione a seconda che provenga dalla parte personalmente o dal difensore. La medesima conclusione dovrebbe valere anche se la non contestazione o il riconoscimento riguardassero espressamente non solo i fatti, ma anche gli effetti giuridici[244].

È prevalso, dunque, l'orientamento secondo cui il riconoscimento della domanda non è idoneo ad incidere sul processo nel senso di determinare il contenuto del provvedimento conclusivo, poiché l'instaurazione del giudizio implica l'insorgenza del potere/dovere del giudice di decidere la controversia secondo il diritto ad essa applicabile *ex* art. 113, comma 1, c.p.c., senza che le parti possano influire su tale accertamento mediante dichiarazioni, anche negoziali, diverse da quelle previste dalla legge (v. artt. 1988 e 2730 c.c.).

Ciò induce a riflettere sulla configurabilità della medesima soluzione nel caso in cui le attività volte all'accertamento di tipo negoziale siano poste in essere dalle parti prima di un eventuale giudizio o comunque al di fuori di esso, e, dunque, senza incidere direttamente sul potere/dovere del giudice di emettere una decisione *in jure*. Si ritiene infatti che vi sia una differenza sistematica tra quest'ultima ipotesi ed il riconoscimento della domanda giudiziale, che ontologicamente fa riferimento all'affermazione dei fatti posti a fondamento della pretesa dedotta in giudizio.

La deduzione nel giudizio di fatti costitutivi o estintivi del diritto sostanziale determina, per le parti, l'indisponibilità della relativa qualificazione giuridica, in quanto quelli diventano oggetto della cognizione del giudice, quale unica attività preposta all'accertamento dei fatti e all'individuazione della norma di diritto applicabile. Diversamente, la medesima traslazione dei fatti giuridici verso la

[244] PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, cit., 394 ss.; G. VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995, 54 ss.; ATTARDI, *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di primo grado secondo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 1 ss.

cognizione del giudice non si verifica nel negozio di accertamento, che esprime un «accertamento di parte di per sé stante»[245].

8. *La funzione di composizione negoziale della controversia. Premessa*

La funzione di composizione delle controversie giuridiche è riconosciuta dall'ordinamento quale causa negoziale meritevole di tutela, come dimostra l'espressa previsione dell'art. 1965 c.c. recante la disciplina della transazione. La meritevolezza della causa rende possibile la stipulazione di contratti atipici *ex* art. 1322 c.c., i quali frequentemente sono ricondotti al modello tipico della transazione e, in ogni caso, sono soggetti al confronto con la relativa disciplina al fine di valutarne le norme applicabili[246]. Dal confronto dei modelli atipici con la transazione, emerge che gli accordi negoziali di composizione della controversia che siano privi dell'elemento dell'*aliquid datum et aliquid retentum* sono frequentemente ricondotti al negozio di accertamento, come se tra essi vi fosse una relazione di alternatività nella funzione compositiva della lite, il cui discrimine è tracciato dalla previsione delle reciproche concessioni nel regolamento contrattuale. È quanto accaduto, ad esempio, nell'interpretazione della natura giuridica dell'arbitrato irrituale.

Ripercorrendo le riflessioni dottrinali sulla funzione e l'incidenza sul processo della transazione e del patto compromissorio irrituale, ci si prefigge di cogliere elementi di analogia ed eventuali differenze rispetto al regime, in via di elaborazione, di una possibile efficacia processuale del negozio di accertamento.

---

[245] MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*, cit., 367 ss.

[246] Si pensi, ad esempio, alla disciplina della mediazione prevista dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 o a quella della negoziazione assistita introdotta con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132; v. F.P. LUISO, *La negoziazione assistita (artt. 6 e 12 d.l. n. 132 del 2014)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 658 ss.; all'arbitrato bancario finanziario, su cui v. E. QUADRI, *L'«arbitro bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Studi in onore di A. Cataudella*, a cura di E. DEL PRATO, Napoli, 2013, III, 1893 ss.

9. *La transazione*

L'art. 1965 c.c. definisce la transazione come il contratto con cui le parti, mediante reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già iniziata o ne prevengono una che può sorgere tra loro[247].

In continuità con la formulazione previgente, la disposizione individua il presupposto di fatto della transazione nella lite attuale o potenziale, che viene descritta mediante il riferimento alla contrapposizione di una pretesa e di una contestazione.

La lite transigibile consiste, in linea generale, nel contrasto sostanziale tra le parti del rapporto giuridico, che rileva in quanto sia attuale o solo potenziale. Per una compiuta delimitazione del presupposto della lite transigibile, considerato in funzione del risultato compositivo della transazione, si è imposto agli interpreti il confronto con la lite deducibile in giudizio.

Diversamente dalla lite processuale, che risulta dalla contrapposizione di una pretesa e di una contestazione espresse negli atti preposti all'instaurazione del giudizio, l'esternazione della lite transigibile non richiede tale formalizzazione[248]. Il tratto comune tra le due forme di contrasto risiede invece nel contenuto, individuabile nella contrapposizione tra l'affermazione e la negazione dell'esistenza o del modo di essere di un rapporto giuridico. Ciò determina un ulteriore limite della lite transigibile, che deve investire la sussistenza o il modo di essere della regolamentazione giuridica di una situazione sostanziale, *id est* di una situazione già disciplinata dal diritto; si esclude, dunque, dall'ambito della lite transigibile il contrasto di interessi meramente economico[249].

---

[247] Per approfondimenti sulla transazione, di cui nel presente studio potremo occuparci solo parzialmente, si rinvia a E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992; ID., voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 813 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, 5 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, in *Biblioteca dei contratti*, raccolta da G. Furgiuele, I, Padova, 2001; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999; A. PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIII, cit., 295 ss.; A. BUTERA, *Delle transazioni*, in *La definizione dei rapporti incerti*, I, Torino, 1933, 311 ss.

[248] DEL PRATO, *Transazione (dir. priv.)*, loc. cit.

[249] SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 6 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 40 ss.; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, 88 ss.; F. CARRESI, *La transazione*, Torino, 1966, 16 ss.

Il riferimento al contrasto attuale o potenziale consente inoltre di escludere dalla nozione di lite transigibile anche la *res dubia*, ossia la situazione di mera incertezza soggettiva delle parti sulla situazione giuridica. Come l'esercizio della funzione giurisdizionale non richiede «che presupposti necessari siano il dubbio o la buona fede e … si può litigare senza il presupposto dell'incertezza» così «si può pure transigere senza il presupposto del dubbio»[250]. Ciò implica che la lite è transigibile soltanto se abbia acquisito rilevanza esterna alle parti del rapporto al quale si riferisce, e non se sia limitata alla sfera psicologica di queste[251].

Il presupposto della transazione è integrato da qualsiasi conflitto giuridico in cui si contrappongano distinti apprezzamenti unilaterali in ordine alla norma giuridica applicabile ad una fattispecie sostanziale[252].

L'individuazione del concetto di lite transigibile non è di scarso rilievo, in quanto, unitamente alla previsione delle reciproche concessioni, esprime compiutamente la funzione della transazione come mezzo per la composizione stragiudiziale della controversia giuridica su diritti disponibili. Diversamente dalla generalità dei contratti, che sono finalizzati a disciplinare giuridicamente un rapporto di fatto segnato da interessi di tipo economico, la causa transattiva si

---

[250] Cfr. PALAZZO, *La transazione*, loc. cit.; L. BARBIERA, *Appunti sulla natura e sul concetto della transazione*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Bari*, XV, 1958, 159 ss.; nel senso che la «lite che può sorgere» *ex* art. 1965 c.c. comprenda la situazione di incertezza oggettiva sul rapporto giuridico, v. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario al codice civile* diretto da M. D'AMELIO e E. FINZI, II, 2, Firenze, 1949, 461 ss.; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 1 ss.; *contra* nel senso che la lite transigibile sussista anche nel caso di mera incertezza soggettiva delle parti, secondo le risalenti interpretazioni che riconducono la transazione al *genus* dell'accertamento negoziale, v. S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ*., 2000, I, 31 ss.; nello stesso senso, in giurisprudenza cfr. Cass., 18 novembre 1997, n. 11471; Cass., 10 luglio 1985, n. 4106, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 37 ss.; Cass., 9 ottobre 1974, n. 2739; Cass., 13 aprile 1972, n. 1157.

[251] Tale nozione di lite transigibile si ritiene idonea a ricomprendere anche lo stato di incertezza oggettiva o *res dubia*, che la giurisprudenza ritiene valido presupposto della transazione (v. alla nota precedente), DEL PRATO, *Transazione (dir. priv.)*, cit., § 3; PALAZZO, *La transazione*, cit., 304 ss.; CALAMANDREI, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 3 ss.; Cass., 29 marzo 1985, n. 2207; Cass., 14 maggio 1962, n. 1024, in *Foro It.*, 1962, I, 874; v. distinguendo rinunzia al diritto da rinunzia alla pretesa, in una fattispecie particolare, Cass. 9 maggio 1978, n. 2251, in *Foro it.*, 1978, I, 2195 ss., con nota di LENER.

[252] Cfr. *ex multis* BETTI, *Ragione e azione*, Padova, 1932, 207 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 8 ss.

identifica nella composizione di un conflitto giuridicamente rilevante, il quale verte sulla regolamentazione di un rapporto preesistente[253].

Il requisito delle reciproche concessioni viene descritto dalla legge come il mezzo essenziale per il raggiungimento della funzione transattiva. Secondo una consolidata interpretazione dell'*aliquid datum et aliquid retentum*, tale requisito non si riferisce al diritto sostanziale controverso, ma alle posizioni iniziali di ciascuna parte, che individuano gli estremi della lite transigibile[254]. Poiché gli estremi della lite transigibile sono rappresentati dalle affermazioni di pretesa e contestazione che denotano il rapporto giuridico controverso, la transazione si risolve in una forma di mediazione tra tali posizioni litigiose, finalizzata alla composizione della controversia giuridica[255].

Partendo dal presupposto che le reciproche concessioni consistono nel sacrificio di ciascuna parte nel rinunciare parzialmente e reciprocamente alla propria pretesa ed alla propria contestazione, in favore di un avvicinamento all'altrui posizione, la legge non richiede che le concessioni tra le parti siano equivalenti, ma soltanto che si raggiunga il risultato di reciproco abbandono di ciascuna posizione originaria, al fine di determinare un diverso assetto di interessi rappresentato dal regolamento transattivo. Per questo motivo, è necessario che dal contratto emergano chiaramente sia la lite originaria che la consistenza della rinuncia di ciascuna parte.

Dal punto di vista del rapporto giuridico sostanziale oggetto della lite, la transazione determina una sostituzione della disciplina originaria e controversa con il regolamento transattivo, sostituzione che opera come effetto diretto della

---

[253] SANTORO-PASSARELLI *La transazione*, cit., 7 ss.; 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, 367 ss.; BARBIERA, *Appunti sulla natura e sul concetto della transazione*, cit., 179 ss.

[254] CARNELUTTI, *Sulla causa della transazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, 582 ss.

[255] PALAZZO, *Transazione*, loc. cit.; FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 214 ss., secondo il quale «lungi dal volere l'accertamento i soggetti, con la transazione, intendono invece evitare l'accertamento, attraverso una soluzione pratica che, operando unicamente sul piano delle pretese, prescinde dalla effettiva portata della realtà giuridica su cui muove la contestazione»; Cass., 1° settembre 1995, n. 9229, Rep. *Giust. Civ.*, 1995, «Transazione», n. 1; Cass., 4 settembre 1990, n. 9114, Rep. *Foro It.*, 1990, voce *Transazione*, n. 3; Cass., 14 luglio 1981, n. 4612, Rep. *Giur. It.*, 1981, «Transazione», n. 1.

transazione, a prescindere dall'effettiva consistenza anteriore di questo[256]. Rispetto alla situazione giuridica sostanziale, dunque, la transazione può avere effetto modificativo, costitutivo od estintivo *ex* art. 1321 c.c. Non può escludersi peraltro l'ipotesi che la disciplina preesistente resti invariata, poiché, imprimendo sul rapporto giuridico una nuova regolamentazione, tale contratto elimina qualsiasi interesse giuridicamente rilevante ad accertare l'effettiva consistenza della situazione giuridica preesistente[257].

10. *L'efficacia della transazione*

La funzione di composizione della lite in via transattiva ha rappresentato un nucleo saldo attorno al quale poter definire gli effetti tipici dell'istituto.

La tendenza ad accostare lo scopo compositivo della transazione alla funzione giurisdizionale ha comportato, *in primis*, l'instaurazione del parallelismo tra l'efficacia del contratto transattivo e quella del giudicato e, in secondo luogo, la contrapposizione delle tesi dell'efficacia dichiarativa e dell'efficacia costitutiva, analogamente a quanto si è riportato relativamente al negozio di accertamento[258].

Secondo la risalente teoria dichiarativa, il parallelismo tra la transazione e la funzione giurisdizionale trovava fondamento nell'ordinamento previgente all'interno dell'art. 1772 c.c. 1865, secondo cui, per un principio derivato dal diritto giustinianeo, la transazione ha tra le parti «l'autorità di una sentenza irrevocabile»[259]. Da ciò è derivata la configurazione del regolamento transattivo quale risultato di un giudizio svolto dalle parti ed avente ad oggetto la controversia sul rapporto giuridico di cui le stesse sono titolari. La transazione è stata così identificata con un atto di accertamento della consistenza o del modo di

---

[256] SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 136 ss.; LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, 274 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, 112 ss.

[257] CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, loc. cit.; GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 140 ss., ove si parla di effetto regolamentare, compreso nella tripartizione prevista dall'art. 1321 c.c., da cui deriva una qualificazione della transazione come «contratto normativo successivo».

[258] V. *retro* Cap. I, §§ 7, 8.

[259] Tesi prevalente nel vigore del codice civile previgente, v. BUTERA, *Delle transazioni*, cit., 346 ss.; PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 457 ss.

essere effettivi del rapporto giuridico, avente effetto dichiarativo della regolamentazione giuridica preesistente[260].

Contestualmente all'entrata in vigore della codificazione del 1942, si è diffuso l'orientamento secondo cui gli atti negoziali dei privati non sono idonei a svolgere una funzione di accertamento dei rapporti giuridici, seppur disponibili, in quanto disporre ed accertare rappresentano attività di natura differente e l'accertamento non rappresenta un *minus* rispetto alla disposizione, la quale soltanto rientra tra i poteri di autonomia negoziale. In altri termini, gli atti aventi natura negoziale non possono produrre effetti diversi da quelli costitutivi, modificativi ed estintivi di cui all'art. 1321 c.c.[261]

Da ciò deriva che la funzione compositiva non è elemento scriminante al fine di individuare un effetto tipico della transazione rispetto alla generalità degli atti dispositivi dei privati, che ontologicamente incidono sulle situazioni giuridiche soggettive in modo innovativo, imprimendovi un «comando primario, senza alcun riferimento alla situazione preesistente»[262].

L'efficacia tipica della transazione è stata così individuata nella modificazione in via immediata della situazione giuridica preesistente, alla quale viene sostituita una situazione giuridica certa in quanto non litigiosa[263].

L'esposta dicotomia tra natura dichiarativa e natura costitutiva della transazione è stata in seguito superata. Da un lato, la descrizione della transazione in termini di atto dispositivo ad efficacia *lato sensu* costitutiva non giustifica la relazione tra l'effetto modificativo e lo scopo compositivo della lite: le parti che stipulano la transazione non mirano necessariamente a produrre una modificazione della situazione giuridica anteriore, ma soltanto a superare lo stato di lite.

---

[260] N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Napoli, 1914, I, 291 ss.; G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, 340 ss.; BUTERA, *Delle transazioni*, loc. cit.; CARRESI, *La transazione*, cit., 107 ss.; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 119 ss.

[261] FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 9 ss.; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 26 ss.

[262] SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 29 ss.

[263] Con la precisazione secondo cui l'efficacia della transazione può estendersi fino a determinare la sostituzione integrale della situazione preesistente con una nuova situazione giuridica, integrando la figura della cd. transazione novativa, v. DEL PRATO, *La transazione*, loc. cit.

Dall'altro, al fine del superamento della lite è irrilevante verificare se la situazione giuridica risultante dalla transazione presenti modificazioni o sia corrispondente al rapporto originario controverso. Ciò è confermato dal fatto che la legge richiede espressamente che, con la transazione, le parti dispongano concessioni reciproche, ossia incidano sulle proprie affermazioni di pretesa e di contestazione del rapporto giuridico. Tali affermazioni definiscono la consistenza della lite, ma non necessariamente coincidono con la titolarità attiva e passiva della situazione giuridica sostanziale.

Inoltre, la teoria dell'efficacia dichiarativa ha descritto la funzione compositiva della transazione rinviando ad un'attività di giudizio dei privati che, se intesa come accertamento della realtà sostanziale, non è ontologicamente sottesa alla funzione dell'eliminazione della lite in via transattiva. Si ritiene infatti che la scelta delle parti di stipulare la transazione esprima in modo univoco soltanto l'intenzione di «evitare le lungaggini e le difficoltà di un accertamento giurisdizionale»[264].

Tenendo conto complessivamente delle lacune emergenti dalle precedenti elaborazioni, la questione dell'individuazione degli effetti della transazione è stata affrontata anche nell'ottica della preclusione, riproponendo il parallelismo tra la funzione compositiva negoziale e l'accertamento giurisdizionale[265]. In tal senso, la transazione, come il giudicato, svolge sul piano sostanziale la funzione di rendere irrilevanti le contestazioni inerenti la realtà giuridica ad essa preesistente[266]. Secondo l'elaborazione dell'efficacia preclusiva, l'interesse delle

---

[264] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 216 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 405 ss., secondo cui una compiuta ricostruzione della realtà giuridica non è sottesa logicamente nemmeno alla funzione giurisdizionale, in quanto anche nel processo l'accertamento della realtà materiale rappresenta un fine meramente tendenziale, che conosce attenuazioni in ogni caso in cui la legge disciplina atti dei privati che precludono l'accertamento dei fatti, v. *amplius* nel Cap. III.

[265] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 217; recentemente, per l'equiparazione della transazione al giudicato sotto il profilo della «forza idonea ad esaurire ogni potestà di giudizio su quello specifico frammento di vita e a troncare in modo irreversibile e ad ogni effetto il nesso fra la fattispecie concreta e quella astratta», v. F.P. LUISO, *L'articolo 824* bis *c.p.c.*, in *Riv. arbitrato*, 2010, 2, 235 ss.

[266] V. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 213 ss., ove il richiamo a G. CAPOGRASSI, nella prefazione alla ristampa dell'opera di LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950, 14 ss., secondo cui «già nella esistenza stessa dell'istituto della cosa giudicata è un prescindere, in

parti al superamento della lite mediante transazione può ritenersi soddisfatto soltanto se si ammette che «il regolamento transattivo conservi la propria validità anche se non coincida con la realtà giuridica sostanziale»[267].

Dalla funzione compositiva si deduce che la transazione non produce necessariamente una modificazione della situazione giuridica sostanziale, né rappresenta un accertamento di questa. Ciò in quanto per apprezzare la consistenza dell'effetto modificativo o dichiarativo della transazione sarebbe necessario confrontare la situazione giuridica risultante dal regolamento transattivo con la regolamentazione originaria controversa, ma proprio tale confronto determina la reviviscenza della lite preesistente e vanifica lo scopo compositivo.

Corollario di questa ricostruzione è l'inquadramento dell'*exceptio litis per transactionem finitae* quale eccezione di rito, ossia l'eccezione volta ad impedire l'accertamento giurisdizionale della consistenza originaria del rapporto giuridico transatto (v. *infra*)[268].

Sul piano sostanziale, la qualificazione della transazione quale atto ad efficacia preclusiva risulta compatibile con l'idoneità del contratto a costituire la nuova fonte della situazione giuridica soggettiva, tanto nel caso in cui la transazione abbia effettivamente modificato il rapporto giuridico e la regolamentazione transattiva risulti difforme da quella preesistente, quanto nel caso in cui la transazione abbia conservato tale situazione giuridica e si sia

---

certo modo ed a un certo punto, dalla verità»; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 910 ss.; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 36 ss.

[267] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, loc. cit., secondo cui «la validità della transazione non è compromessa né dall'ipotesi della convergenza né dall'ipotesi della divergenza e, per converso, non è condizionata né all'una né all'altra ipotesi»; PALAZZO, *Transazione*, cit., § 1; *contra* SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 215 ss.; v. *retro* Cap. I, § 9.

[268] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, loc. cit.; sul rilievo per cui il giudicato opera come limite processuale negativo alla pronuncia nel merito della domanda proposta successivamente alla sua formazione, v. M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958, 121 ss.; sul superamento di tale concezione e, più in generale, della dicotomia tra efficacia sostanziale ed efficacia processuale del giudicato, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 60 ss.; E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1321 ss.; CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., 28 ss.; E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1986, 238 ss.; DEL PRATO, *La transazione*, cit., 25 ss.

limitata a dichiarare la preesistente regolamentazione, eliminando la lite connotata dalla pretesa e dalla contestazione.

La dottrina successiva ha sviluppato la concezione dell'effetto della transazione quale sostituzione della fonte giuridica del rapporto, individuando l'incidenza del contratto sul rapporto sostanziale preesistente nell'effetto regolativo «in senso tecnico» di cui all'art. 1321 c.c. In questa direzione, la transazione è stata inquadrata come un «contratto normativo successivo» che dispone una nuova disciplina del rapporto litigioso, potenzialmente idonea a produrre una modificazione della situazione giuridica sostanziale[269]. Questa configurazione dell'istituto è idonea a comprendere le diverse gradazioni che può assumere l'efficacia modificativa della transazione rispetto alla situazione giuridica sostanziale: oltre alla generale efficacia potenzialmente modificativa del rapporto controverso tramite la modificazione della sua disciplina, anche l'ipotesi della transazione innovativa del rapporto stesso, nel caso in cui le parti modificano, costituiscono o estinguono un rapporto diverso da quello litigioso – cd. transazione ad oggetto complesso –, ed i casi eccezionali in cui la transazione ha efficacia novativa ed estintiva del rapporto litigioso[270].

11. *L'effetto abdicativo della transazione*

Tra le tesi finora riportate, può individuarsi un tratto comune nella ricerca dell'effetto tipico della transazione sul piano sostanziale, ossia l'incidenza del regolamento transattivo sulla situazione giuridica preesistente. Va dato atto di un'ulteriore impostazione, secondo cui la descrizione degli effetti della transazione limitata al piano sostanziale appare incompleta, poiché non esprime pienamente la funzione di composizione definitiva della lite.

Su questa premessa, si è affermato che l'effetto compositivo della transazione, il cui risultato sostanziale si manifesta nel regolamento transattivo,

---

[269] La modificazione della situazione giuridica sostanziale, infatti, è eventuale e condizionata all'effettiva consistenza della disciplina anteriore alla transazione, ma vanno fatti salvi i casi in cui la transazione incida su un rapporto diverso da quello litigioso, in senso costitutivo, modificativo ed estintivo, ed i casi eccezionali in cui essa produce un effetto novativo, con estinzione del rapporto litigioso, cfr. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 109 ss.

[270] GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 141 ss.

può considerarsi stabilmente raggiunto soltanto a condizione che la medesima controversia non si riproponga, e, in particolare, che le affermazioni di pretesa e di contestazione non siano fatte valere in un successivo giudizio. In caso contrario, se la pretesa o la contestazione, che sono state espressione della lite transigibile, vengono riaffermate dalle parti in sede processuale, devono ritenersi giuridicamente irrilevanti, poiché giuridicamente irrilevante è l'effettiva consistenza del rapporto anteriormente alla composizione transattiva[271].

L'effetto preclusivo, in questo senso, non costituisce un *tertium genus* dell'efficacia giuridica rispetto a quella dichiarativa e costitutiva, ma descrive il *proprium* della funzione di composizione della lite, *id est* l'effetto estintivo della tutela giurisdizionale relativamente alla lite oggetto di transazione[272].

Sul piano sostanziale, dunque, l'effetto della transazione si ritiene variabile, a seconda dell'effettiva consistenza della situazione giuridica originaria, che risulta modificata nel limite in cui la regolamentazione transattiva sia diversa da quella originaria e controversa. Nell'eventuale processo avente ad oggetto il rapporto giuridico preesistente, invece, il risultato transattivo viene individuato nell'effetto costante di impedire l'insorgere di una nuova controversia identica a quella transatta.

Il fondamento di tale efficacia è rinvenibile, secondo alcuni, nello stesso tenore letterale dell'art. 1965 c.c., che pone in rilievo il nesso tra le reciproche concessioni e le posizioni litigiose della pretesa e della contestazione. Si afferma infatti che il «tramite formale» con cui le parti dispongono della situazione giuridica sostanziale sia proprio l'*aliquid datum et aliquid retentum*, che integra una forma di rinuncia parziale alle affermazioni della pretesa e della contestazione[273].

In tal modo, si giustifica anche la circostanza che il regolamento transattivo non determina necessariamente una modificazione della situazione giuridica

---

[271] FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 414 ss.

[272] CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., 115 ss.; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 196 ss.

[273] La medesima situazione si verifica quando la transazione comporta una rinuncia totale ad una sola delle posizioni litigiose a fronte di una prestazione estranea al rapporto controverso, cfr. DEL PRATO, *Transazione (dir. priv.)*, cit., § 9.

sostanziale, in quanto le «reciproche concessioni» di cui all'art. 1965 c.c. sono riferite alla reciproca disposizione, ad opera delle parti, della rispettiva pretesa e contestazione, e non dell'effettiva posizione giuridica di titolarità, attiva e passiva, della situazione sostanziale. Occorre infatti considerare distintamente l'elemento della lite, esternata dalle parti con le affermazioni della pretesa e della contestazione, e la situazione giuridica soggettiva, incerta in quanto oggetto di lite transigibile.

La funzione di composizione della lite si avvale necessariamente del mezzo delle reciproche concessioni, poiché questo consiste in una parziale rinuncia alla pretesa ed alla contestazione, ossia alle posizioni affermate dalle parti che integrano gli estremi della lite avente ad oggetto la situazione giuridica sostanziale[274]. Nel caso in cui la lite non sia riproposta, invece, la situazione giuridica sostanziale è disciplinata per il futuro dal regolamento transattivo.

Poiché le affermazioni di pretesa e contestazione integrano degli apprezzamenti unilaterali inerenti l'esistenza o il modo di essere del rapporto giuridico, si sostiene che la relativa rinuncia non si identifichi né si sovrapponga alla rinuncia al diritto sostanziale[275].

Ciò determina l'impossibilità, per le parti transigenti, di far valere in un successivo giudizio il medesimo apprezzamento della norma giuridica espresso dalla pretesa e dalla contestazione inerenti la lite transatta, con conseguente preclusione dell'accertamento giurisdizionale della situazione preesistente controversa[276].

---

[274] Cfr. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., 46 ss.; A.M. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, 66 ss.; v. anche FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 307 ss.

[275] Secondo la tradizionale definizione di CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 169 ss.; BETTI, *Ragione e azione*, cit., 206 ss.; A. GENTILI, voce *Pretesa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, cit., 212 ss.

[276] CARNELUTTI, *Sulla causa della transazione*, cit., 583 ss.; CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, loc. cit.; DEL PRATO, *La transazione*, cit., 25 ss.; PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, cit., 48 ss.; per simili considerazioni sull'arbitrato libero, v. E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 137 ss.; *contra* nel senso che tale descrizione dell'effetto della transazione conduce a qualificare il contratto come negozio giuridico processuale o ad effetti processuali, configurazione inconciliabile con gli effetti

A differenza delle interpretazioni richiamate in precedenza, l'effetto tipico e costante della transazione viene individuato, in questo modo, sul piano processuale, ovvero nella disposizione della tutela giuridica della pretesa e della contestazione, mentre l'effetto dispositivo della situazione giuridica sostanziale è meramente eventuale e condizionato all'effettiva consistenza del rapporto giuridico preesistente.

12. *La rinuncia alla pretesa* (rinvio)

L'orientamento esposto presuppone l'adesione alla tesi secondo cui è ammissibile, nel nostro ordinamento, la rinuncia all'azione o alla pretesa, intesa come rinuncia al diritto ad ottenere dal processo un provvedimento di merito, non necessariamente favorevole[277].

Tale teoria muove dal presupposto secondo cui è autonomamente individuabile un diritto ad ottenere il provvedimento di merito, a prescindere dal contenuto di fondatezza o infondatezza, distinto dal diritto sostanziale per il quale si richiede la tutela processuale[278]. Ne deriva che la rinuncia all'azione non si

---

sostanziali, da un lato, e con l'assunto per cui un negozio giuridico non può produrre effetti disomogenei, dall'altro, v. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 635 ss.

[277] N. PICARDI, *La successione processuale*. *I. Oggetto e limiti*, Milano, 1964, 160 ss.; U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 138 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1962, 155 ss.; secondo la dottrina del GOLDSCHMIDT, esposta in *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932.

[278] PICARDI, *La successione processuale*, cit., 166 ss.; v. anche SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 533 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 1007 ss.; C. CALVOSA, voce *Estinzione del processo civile*, in *Nss. D. I.*, VI, Torino, 1968, 978 ss.; v. con riferimento all'arbitrato irrituale, M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Padova, 2001, 217 ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1997, 168 ss.; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 28 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 383 ss.; Cass., sez. un., 17 novembre 1984, n. 5838; Cass., 29 gennaio 1996, n. 655; Cass., 30 ottobre 1991, n. 11650; nel senso che il diritto al provvedimento di merito non sia scindibile dal diritto sostanziale azionato, v. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 169 ss.; ID., *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 13 ss.; MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*, cit., 363 ss.; ID., *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937, 4 ss. Nel senso che la rinuncia all'azione sia una dichiarazione avente ad oggetto la «consistenza giuridica dell'azione», v. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 736 ss., o una dichiarazione confessoria del rapporto giuridico deducibile, v. MESSINA, *Contributo alla teoria della confessione*, cit., 21 ss. Nel senso della completa negazione della figura, che va ricondotta alla confessione dei singoli fatti, v. LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, cit., 453 ss.; ID.,

risolve nella rinuncia al diritto sostanziale, poiché quest'ultimo è dedotto nella domanda quale mera affermazione e, come tale, non può costituire oggetto di rinuncia[279].

D'altra parte, la rinuncia all'azione o alla pretesa viene distinta anche dalla rinuncia agli atti *ex* art. 306 c.p.c., intesa come rinuncia all'insieme dei doveri, poteri e facoltà riconducibili all'iniziativa processuale[280].

Da questi presupposti consegue che il giudice, ove rilevi la rinuncia all'azione, dovrebbe procedere dichiarando l'estinzione del processo con un provvedimento di rito, attestante il venir meno del suo potere potere/dovere di pronunciare nel merito[281].

Come ricordato in precedenza, la principale difficoltà ad ammettere l'istituto della rinuncia alla domanda si rinviene nella funzione pubblicistica della giurisdizione sottesa alla disposizione dettata dall'art. 113, comma 1, c.p.c., che esclude che il giudice, una volta che sia sorto il potere/dovere di decidere nel merito, possa risultare vincolato da una dichiarazione delle parti che esorbiti dall'ambito dei fatti oggetto del giudizio e riguardi il diritto applicabile.

Tuttavia, sembra che la stessa obiezione non possa muoversi rispetto all'effetto abdicativo della transazione, ove si consideri che, al momento della stipulazione della transazione, la rinuncia alla pretesa ha carattere astratto, in quanto si riferisce all'azione astrattamente esercitabile per devolvere in giudizio il rapporto giuridico transatto. La disposizione della tutela giurisdizionale tramite la composizione transattiva si riferisce ad un giudizio successivo ed eventuale, che le

---

Manuale di diritto processuale civile, II, Milano, 1984, 202 ss.; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 124 ss.; A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, 10 ss.; M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 728 ss.

[279] L'assenza di una corrispondenza tra rinuncia all'azione e rinuncia al diritto si ritiene confermata, nel nostro ordinamento, da alcune ipotesi specifiche, tra cui quella del diritto di proprietà, nel qual caso la cui rinuncia al diritto sostanziale determina un effetto traslativo a favore del patrimonio dello Stato, effetto che non deriva dalla rinuncia all'azione a tutela del medesimo diritto, v. PICARDI, *La successione processuale*, cit., 162 ss.

[280] PICARDI, *La successione processuale*, loc. cit.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 736 ss.

[281] PICARDI, *La successione processuale*, loc. cit.

parti intendono evitare per scongiurare la sovrapposizione dell'accertamento giurisdizionale al regolamento transattivo.

La teoria richiamata sembra confermare l'intuizione insita nell'elaborazione dell'efficacia preclusiva, che ha individuato nell'incidenza sul processo il *proprium* della funzione compositiva della transazione[282]. In tal senso, l'individuazione di un effetto abdicativo della tutela giuridica della pretesa e della contestazione costituisce la spiegazione "tecnica" dell'efficacia preclusiva. Si ritiene, infatti, che la preclusione di successive controversie, identiche a quella composta dalle parti in via transattiva, sia giustificabile proprio ricorrendo alla figura della rinuncia preventiva alla tutela delle situazioni giuridiche sottese alle affermazioni di pretesa e di contestazione, tramite la quale si rende irrilevante l'accertamento della «conoscenza, conformità o difformità, e la stessa esistenza» di una regola anteriore e diversa[283].

In conclusione può affermarsi che, fermo restando che sul piano sostanziale la transazione determina una sostituzione della preesistente regolamentazione giuridica della situazione sostanziale, eliminandone la controversia, il pieno raggiungimento del risultato compositivo è garantito da un effetto tipico costante della transazione sul piano processuale. L'effetto preclusivo della transazione, che determina l'irrilevanza della situazione giuridica preesistente, è assicurato dalla rinuncia alla tutela giurisdizionale della situazione giuridica controversa individuata dalle originarie affermazioni di pretesa e di contestazione. L'unica possibilità che la pretesa e la contestazione mantengano rilevanza nella loro consistenza originaria emerge, invece, sotto il profilo dell'annullabilità della transazione, poiché, a tal fine, si può dedurre in giudizio i fatti su cui si fondava la lite originaria[284].

---

[282] Si pensi che il principale ambito di applicazione della teoria dell'effetto preclusivo è rappresentato dalle tematiche del giudicato e del risvolto processuale della prescrizione v. P. VITUCCI, *Le disposizioni generali sulla prescrizione (artt. 2934 – 2940 c.c.)*, Pescara, s.d., 21 ss.

[283] FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, loc. cit.

[284] Al di fuori dei casi di annullabilità, ciò spiega come sia possibile che la transazione produca effetti anche nell'eventualità che la situazione giuridica sostanziale transatta, così come risultante dall'affermazione della pretesa e della contestazione anteriori alla conclusione del contratto, fosse inesistente, cfr. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., 126 ss.

13. *La transazione nel processo. L'*exceptio litis per transactionem finitae

L'individuazione dell'incidenza della transazione nel processo non può prescindere dalla distinzione delle ipotesi che possono in concreto verificarsi nell'alternativa tra la risoluzione della controversia in via transattiva e quella in sede giudiziale. In particolare, vanno distinti i casi in cui, dopo aver concluso la transazione, una delle parti transigenti deduca in giudizio la medesima controversia oggetto di transazione, dalle ipotesi in cui durante lo svolgimento del giudizio, la controversia inerente la situazione giuridica dedotta nel processo venga composta dalle parti in via transattiva e stragiudiziale[285].

La prima ipotesi si verifica quando una delle parti esprime in sede giurisdizionale la medesima affermazione di pretesa o di contestazione che aveva precedentemente costituito oggetto di transazione, con conseguente reviviscenza della controversia sul rapporto giuridico. Un simile comportamento integra una violazione degli impegni assunti con la transazione e ne contrasta lo scopo compositivo. La conseguenza processuale di tale violazione deriva direttamente dall'efficacia che si intende assegnare alla transazione.

Se si accoglie il presupposto per cui il contratto abbia efficacia esclusivamente sul piano sostanziale, con l'eccezione di transazione si deduce l'esistenza di un fatto modificativo o estintivo del diritto oggetto della cognizione del giudice, che entra a far parte del *thema decidendum* ed incide sul contenuto della decisione di merito.

La conclusione è destinata a mutare se, invece, si condivide la tesi secondo cui l'effetto tipico e costante della transazione incide direttamente sul piano processuale, come rinuncia preventiva e convenzionale delle parti alla tutela giurisdizionale delle rispettive affermazioni di pretesa e contestazione.

Secondo questa interpretazione, le parti hanno escluso preventivamente il potere/dovere del giudice di decidere nel merito della situazione giuridica

[285] GITTI, *La transazione*, in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli. I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI, F.P. LUISO, IV, Torino, 2005, 196 ss. In giurisprudenza v. Cass., 12 gennaio 2006, n. 421, in Rep. *Foro it.*, 2006, voce *Transazione*, n. 10; Cass., 7 novembre 2003, n. 16715, *ivi*, 2003, voce cit., n. 24; Cass., 12 novembre 1998, n. 11458, *ivi*, 1998, voce cit., n. 3, secondo cui è affetta dal vizio di ultrapetizione la pronuncia del giudice che ha rilevato d'ufficio l'estinzione di un rapporto per transazione novativa.

individuata dagli estremi della pretesa e della contestazione. Tale rinuncia avrebbe effetto estintivo del diritto ad ottenere una pronuncia di merito sulle affermazioni di pretesa e contestazione che sono state oggetto di transazione. Poiché ciò esprime l'effetto preclusivo che garantisce l'irrilevanza giuridica della controversia per il futuro, dovrebbe concludersi che qualsiasi accertamento del giudice nel merito della pretesa o della contestazione preesistenti contraddice lo scopo transattivo, con conseguente *absolutio* in rito[286].

L'impedimento dell'accertamento giurisdizionale sulla pretesa o sulla contestazione si giustifica soltanto ritenendo che l'*exceptio litis transactae* determini l'insorgenza di una questione pregiudiziale di rito, con cui si faccia valere la mancanza di un presupposto processuale necessario per la decisione di merito, ossia il potere giurisdizionale sul rapporto giuridico, dedotto in giudizio nella configurazione anteriore alla composizione transattiva[287].

Salvi i casi in cui la transazione venga impugnata, infatti, lo scopo di composizione della lite insito nella transazione può ritenersi compiuto soltanto se si preclude la riproposizione della medesima controversia, sia sul piano sostanziale che in sede processuale. Eventuali giudizi possono avere ad oggetto, peraltro, la situazione giuridica sostanziale risultante dal regolamento transattivo.

L'orientamento prevalente, che riconduce l'efficacia della transazione al piano sostanziale, sostiene invece la natura di merito dell'*exceptio litis per transactionem finitae*, in quanto questa «attiene al rapporto, … riguarda non il procedere, ma il giudicare»[288].

Con la deduzione in giudizio dell'avvenuta transazione, infatti, la parte intende far entrare nella cognizione del giudice l'esistenza di un fatto modificativo o estintivo, idoneo a fondare la decisione di rigetto nel merito della domanda[289].

---

[286] CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., 133 ss.

[287] Tali riflessioni saranno riprese e completate dopo aver affrontato la questione dell'incidenza processuale del compromesso in arbitrato irrituale, v. *infra*.

[288] PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, cit., 23 ss., il quale, peraltro, condivide la tesi per cui la transazione produce l'effetto di rinuncia della tutela giurisdizionale della pretesa e della contestazione; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 635 ss.

[289] Sul fondamento sostanziale dell'eccezione, si richiama l'insegnamento tradizionale di CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 149 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 303 ss., secondo cui l'eccezione costituisce il

In particolare, la negazione dell'effetto processuale della transazione risulta necessitata dalla natura stessa della transazione quale negozio di diritto sostanziale, sul presupposto che soltanto i negozi giuridici processuali sono idonei a produrre effetti di natura processuale[290].

Sul contrasto interpretativo così delineato non appare risolutivo l'intervento della giurisprudenza. Pur essendo consolidato l'orientamento secondo cui l'eccezione di lite transatta è rilevabile d'ufficio[291], non c'è uniformità sulla qualificazione della natura di tale eccezione.

Secondo un orientamento minoritario, va dichiarata l'inammissibilità della domanda contro la quale sia stata fatta valere la «preclusione» derivante dalla transazione[292]. In altri casi, la giurisprudenza ha qualificato l'eccezione di transazione come incidente sul merito del giudizio. In tal senso, la rilevabilità d'ufficio è ricondotta al dovere del giudice di pronunciarsi sull'esistenza attuale del diritto dedotto in giudizio, perciò, ove la transazione sia allegata tempestivamente dalla parte interessata, essa entra a far parte del *thema decidendum* come fatto avente effetto automaticamente modificativo o estintivo del diritto dedotto in giudizio[293].

Come si avrà modo di chiarire nel prosieguo del presente lavoro, sembra che la contrapposizione, in sede interpretativa, sulla natura di merito o di rito dell'*exceptio litis transactae* sia la diretta conseguenza della natura *bifronte* degli

---

controdiritto all'annullamento dell'azione; v. anche R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 22 ss.; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 177 ss.; DENTI, *L'eccezione nel processo civile nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 22 ss.; v. ampiamente V. COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 188 ss.

[290] RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, loc. cit.

[291] V. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 324 ss.; Cass., 20 settembre 2012, n. 15931; Cass., 7 marzo 2006 n. 4883; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4008; *contra* v. Trib. Cagliari, 22 dicembre 1997, in Rep. *Foro it*., 2000, voce *Procedimento civile*, n. 260.

[292] V. Trib. Monza, 29 settembre 2016, n. 2543; Trib. Torino, 19 aprile 2004, in *Giur. It*., 2005, 3 ss. che ha dichiarato inammissibili le domande «per preclusione derivante dalla preventiva conclusione di un accordo transattivo tra le parti».

[293] Cfr. Cass., Sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 715 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 305 ss.; COLESANTI, *Eccezione*, cit., 194 ss.; in tal modo, vengono individuate *a contrario* le eccezioni in senso stretto come quelle basate su fatti estintivi, modificativi ed impeditivi che non operano automaticamente sul piano sostanziale, in quanto i relativi effetti costituiscono oggetto di un controdiritto che la parte resistente potrebbe far valere.

istituti che perseguono la funzione dell'accertamento negoziale, il cui soddisfacimento sul piano sostanziale non è scindibile dalla produzione degli effetti processuali che, per questo motivo, richiedono una puntuale definizione[294].

14. *La transazione nel processo. La cessazione della materia del contendere*

L'incidenza processuale della transazione è destinata a mutare ove questa sia stipulata in pendenza di un giudizio avente ad oggetto il medesimo rapporto controverso, con coincidenza della lite transigibile rispetto a quella devoluta nel processo. In tal caso, infatti, le affermazioni di pretesa e contestazione sono state formalizzate negli atti processuali introduttivi del giudizio, con conseguente devoluzione della cognizione della controversia al giudice statale. Pertanto, l'effetto abdicativo della tutela giurisdizionale, che parte degli interpreti riconosce alla transazione, si scontra con il principio per cui la decisione del giudice è strutturalmente vincolata all'applicazione delle norme di diritto *ex* art. 113, comma 1, c.p.c.

Quando il contratto di transazione concluso dalle parti non rispetta le formalità della conciliazione giudiziale *ex* artt. 185 e 92, comma 3, c.p.c., per la quale sono espressamente previsti specifici effetti processuali, la giurisprudenza ritiene che l'esistenza della transazione, ritualmente acquisita agli atti e su cui le parti siano concordi, è rilevabile d'ufficio dal giudice e determina la dichiarazione della cessazione della materia del contendere[295].

Pur non essendo previsto dalle disposizioni processuali civili, l'istituto della cessazione della materia del contendere si è imposto da tempo risalente nella prassi giurisdizionale e, con maggiori criticità, nel dibattito dottrinale, tra le

[294] V. *infra* Cap. III.

[295] Cass., 30 gennaio 2018, n. 2235; Cass., 3 maggio 2017, n. 10728; Cass., 4 maggio 2016, n. 8903; Cass. 18 ottobre 2012, n. 17896; Cass., 10 novembre 2008, n. 26909, secondo la quale, con riferimento alla transazione conclusa in obbligazioni solidali, va pronunciata la cessazione della materia del contendere con efficacia anche nei confronti dei condebitori estranei alla transazione, se il giudice ritiene che questa sia idonea ad eliminare ogni contrasto sull'oggetto della lite; Trib. Milano, 21 luglio 2016; nel caso in cui le parti non concordino sull'esistenza o sul contenuto della transazione, invece, spetta al giudice accertare se la transazione investa o meno il contenuto della domanda giudiziale e pronunciarsi nel merito della domanda, v. Cass., 24 febbraio 2015, n. 3598; Trib. Parma, 11 aprile 2017.

formule alternative di chiusura del processo[296]. Il presupposto viene individuato nel sopravvenire di alcune fattispecie, tra loro eterogenee, che comportano il venir meno del contrasto tra le parti e rendono inutile la pronuncia giurisdizionale[297].

Tra tali fattispecie si distinguono quelle di natura fattuale, tra cui il venir meno dell'oggetto del giudizio, la morte di una delle parti o la successione di leggi, e quelle derivanti dalla volontà delle parti, come la transazione, la rinuncia all'azione, il riconoscimento della domanda, il soddisfacimento integrale della pretesa.

L'istituto risponde all'esigenza di economia e semplificazione processuale, in quanto consente di porre fine al processo quando la controversia sia esaurita ma non ricorrono i presupposti per le formule tipiche di estinzione di cui agli artt. 306 ss. c.p.c.

Secondo alcuni interpreti, d'altra parte, è privo di fondamento positivo l'utilizzo di una formula conclusiva del giudizio diversa, da un lato, dalle ipotesi di estinzione previste dalla legge, e, dall'altro, dal rigetto della domanda in rito o nel merito. Si considera pacifico, infatti, che quando le medesime fattispecie, enucleate come presupposto della cessazione della materia del contendere, si manifestano al momento dell'instaurazione del giudizio, le relative conseguenze

---

[296] Mentre per il processo amministrativo v. la l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, art. 23 ult. comma; per il processo tributario v. il d.P.R. 2 ottobre 1972, n. 36, art. 21.

[297] Cass., Sez. un., 28 settembre 2000, n. 1048, cit.; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2647; Cass., Sez. un., 18 maggio 2000, n. 368, in *Corr. giur.*, 2000, 1181 ss.; Cass., 9 ottobre 1974, n. 2714; Cass., Sez. un., 19 gennaio 1954, n. 92, in *Giust. civ.*, 1954, I, 67; per il contrario orientamento, secondo cui l'istituto non ha alcun fondamento nell'ordinamento e non soddisfa esigenze diverse da quelle sottese alle ipotesi tipiche di estinzione, v. Cass., 15 giugno 1996, n. 5516, in Rep. *Foro it.*, 1996, voce *Procedimento civile*, n. 303. In dottrina cfr. SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 3 ss.; GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, cit., 601 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 426 ss., ove la definizione della cessazione della materia del contendere come di una «vera pronuncia dichiarativa, che pone fine al processo, al pari della sentenza, ma non col meccanismo dell'estinzione» con la quale «vengono meno, perché incompatibili con la situazione che ha dato luogo alla cessazione, le sentenze già pronunciate»; v. con alcuni dubbi sull'ammissibilità dell'istituto, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 477 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 888 ss.; contrari all'ammissibilità dell'istituto v. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, 228; ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, cit., 495 ss.

rilevano nel processo in termini di inammissibilità o infondatezza della domanda. Di conseguenza, non si ravvisa la necessità di mutare la formula conclusiva quando queste sopravvengono durante lo svolgimento del giudizio[298].

In ogni caso, secondo la Cassazione la stipulazione della transazione nel corso del giudizio rappresenta un fatto sopravvenuto idoneo ad eliminare la lite oggetto del processo, in quanto dispone un nuovo regolamento giuridico del rapporto litigioso e determina il venir meno dell'interesse delle parti ad ottenere una pronuncia di merito sul rapporto giuridico nella sua conformazione preesistente[299]. Poiché il fondamento della cessazione della materia del contendere si rinviene nella sopravvenuta carenza di interesse alla pronuncia giudiziale, inoltre, il provvedimento con cui questa viene dichiarata è qualificato come provvedimento di rito, avente natura esclusivamente processuale e inidoneo a formare giudicato *ex* artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c.[300]

Questa interpretazione mostra notevoli criticità ove si consideri l'ipotesi in cui la transazione intervenga nella pendenza del termine per impugnare un provvedimento giurisdizionale di merito avente ad oggetto il medesimo rapporto giuridico transatto: se si intende la declaratoria di cessazione della materia del contendere quale provvedimento di rito, essa dovrebbe determinare l'inammissibilità dell'impugnazione del provvedimento giurisdizionale[301]. In tal modo, tuttavia, le disposizioni previste dagli artt. 358 e 387 c.p.c. comporterebbero il passaggio in giudicato del provvedimento impugnato. Si

---

[298] SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, cit., 3 ss.; A. PANZAROLA, voce *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, § 1; GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, cit., 611 ss.; SCALA, *Sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile*, cit., 960 ss.; nel senso dell'inammissibilità della domanda proposta nonostante la transazione precedentemente stipulata sul medesimo oggetto dedotto in giudizio, v. Trib. Torino, 19 aprile 2004, cit.

[299] Cass., 3 maggio 2017, n. 10728, cit.; Cass., 17 febbraio 2017, n. 4257, cit.; Cass., 4 maggio 2016, n. 8903, cit.; Cass., 24 febbraio 2015, n. 3598, cit.; Cass., 22 gennaio 1997, n. 622; Trib. Milano, 21 luglio 2016, cit.

[300] Con conseguente idoneità esclusivamente al giudicato processuale, v. Cass., 24 gennaio 2018, n. 1695; Cass., 24 febbraio 2015, n. 3598, cit.; Cass., Sez. un., 28 settembre 2000, n. 1048, cit.; Trib. Parma, 11 aprile 2017, cit.; la giurisprudenza ha ammesso invece l'idoneità al giudicato sostanziale nel caso del riconoscimento, da parte dell'attore, dell'infondatezza del proprio diritto, v. Cass., 18 giugno 2014, n. 13885.

[301] Cass., Sez. un., 18 maggio 2000, n. 368, cit.

verificherebbe, dunque, il consolidamento definitivo della regolamentazione della situazione giuridica sostanziale risultante dall'accertamento giurisdizionale, travolgendo il regolamento transattivo e vanificando la volontà delle parti espressa negozialmente.

Per evitare una simile contraddizione, con un noto arresto le Sezioni Unite hanno escluso espressamente il passaggio in giudicato del provvedimento impugnato dopo la conclusione della transazione, pur mantenendo ferma la natura processuale della declaratoria di cessazione della materia del contendere e l'inammissibilità dell'impugnazione successiva alla transazione, disapplicando di fatto le norme richiamate.

Si è inteso, così, accordare prevalenza alla regolamentazione transattiva sopravvenuta rispetto alla decisione giurisdizionale, la quale resta «travolta e caducata e per ciò stesso è inidonea a passare in giudicato»[302].

Rispetto a tale ricostruzione, si ritiene preferibile l'orientamento dottrinale che distingue la natura del provvedimento che dichiara la cessazione della materia del contendere a seconda dell'incidenza sul processo del fatto sopravvenuto.

Nel caso in cui si tratti di un fatto che abbia modificato o estinto la situazione giuridica sostanziale oggetto del giudizio, come avviene, secondo la prevalente ricostruzione, con la transazione, secondo le norme processuali questo fatto estintivo o modificativo entra a far parte dell'oggetto della cognizione del giudice e determina la decisione nel merito del diritto dedotto, idonea al giudicato sostanziale[303]. Il venir meno dell'interesse ad agire – *id est*: dell'interesse al provvedimento di merito – relativo al diritto dedotto in conformità alla regolamentazione anteriore alla transazione, da cui secondo la giurisprudenza trae la natura rituale della declaratoria di cessazione della materia del contendere,

[302] Cass., Sez. un., 18 maggio 2000, n. 368, cit.

[303] Diversamente, quando l'evento sopravvenuto abbia natura processuale, come nel caso dell'estinzione del processo esecutivo nei giudizi di opposizione, non vi sarebbero criticità ad ammettere la corrispondente natura processuale della dichiarazione di cessazione della materia del contendere, cfr. Cass., 18 giugno 2014 n. 13885, cit.; *contra* Cass., 28 maggio 2012, n. 8448; Cass., 4 giugno 2009, n. 12887; cfr. anche Cass., Sez. un., 14 novembre 2014, n. 24286.

rappresenta invece una mera conseguenza della trasformazione dell'oggetto del giudizio sul piano sostanziale[304].

La richiamata impostazione è maggiormente compatibile con le norme previste per l'estinzione del giudizio, in quanto si afferma che, se le parti avessero voluto escludere la pronuncia giurisdizionale nel merito della domanda, avrebbero potuto dimostrarlo tenendo i comportamenti riconducibili alla rinuncia agli atti o all'inattività *ex* artt. 306 e 307 c.p.c. In caso contrario, non può escludersi che almeno una delle parti abbia interesse all'accertamento dell'intervenuta transazione, per cui dovrebbe restare intatto il potere/dovere del giudice di pronunciare nel merito della situazione giuridica oggetto del giudizio, come modificata dal fatto sopravvenuto, *ex* art. 113, comma 1, c.p.c.[305]

L'inquadramento della dichiarazione di cessazione della materia del contendere per sopravvenuta transazione sull'oggetto del giudizio quale provvedimento di merito assolve pienamente, inoltre, alla funzione pubblicistica di economia processuale, ove si consideri che, soltanto in questo modo, essa riflette effettivamente la situazione sostanziale dedotta in giudizio con conseguente idoneità del relativo accertamento al giudicato sostanziale. La differenza tra questo provvedimento e la decisione giurisdizionale sulla domanda sarebbe limitata al fatto che, sopravvenuta la transazione, il provvedimento del giudice viene emesso «senza lite»[306].

15. *Conclusioni sulla transazione*

Così come il contrasto sulla natura dell'*exceptio litis transactae*, l'inquadramento della transazione come presupposto della cessazione della materia del contendere lascia emergere la peculiare incidenza dei contratti di

---

[304] A. ROMANO, *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta di interesse*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1964, 71 ss.

[305] In tal senso, relativamente alla rinuncia all'azione, v. R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 969 ss.

[306] Sembra che questa sia l'unica soluzione in grado di giustificare l'esclusione del passaggio in giudicato del provvedimento impugnato, il quale viene sostituito (non dalla regolamentazione transattiva contrattuale, ma) dalla decisione giurisdizionale, avente natura di merito, che prende atto del mutamento avvenuto a livello sostanziale con la transazione, cfr. C. CONSOLO, *Transazione della lite pendente il giudizio di cassazione: decisione di rito o di merito*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 339 ss.

composizione della lite sul processo. Se così non fosse, infatti, non vi sarebbe motivo per distinguere l'efficacia processuale della transazione, determinante la chiusura in rito del giudizio, da quella degli altri contratti, aventi causa riconducibile ad interessi di tipo economico, la cui deduzione in giudizio rileva all'interno nel *thema decidendum* ed incide sull'accertamento della fondatezza o infondatezza della domanda originaria.

La giustificazione del trattamento processuale differenziato del contratto di transazione rispetto ai contratti non aventi causa compositiva non può rinvenirsi, come sostiene invece la giurisprudenza, nel venir meno dell'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c., in quanto, come la stessa Cassazione afferma, tale presupposto processuale non va valutato rispetto all'esito del giudizio, bensì in relazione al contenuto originario della domanda[307].

Piuttosto, sembra che il motivo del trattamento differenziato risieda nella difficoltà ad ammettere, nel nostro ordinamento, che il contenuto di una pronuncia giurisdizionale di merito possa esser influenzato, o addirittura determinato, da un atto di autonomia negoziale, con cui le parti hanno composto in via stragiudiziale la medesima controversia oggetto del giudizio, poiché ciò limiterebbe l'operatività dell'art. 113, comma 1, c.p.c. D'altra parte, nemmeno la giurisprudenza risulta indifferente alla suggestione inerente l'efficacia preclusiva insita nella funzione di composizione della lite, come dimostra il riconoscimento, seppur scarsamente motivato, dell'impedimento dell'accertamento giurisdizionale a seguito della stipulazione di una transazione stragiudiziale sull'oggetto del giudizio. La portata concreta di tali riflessioni sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo del presente lavoro.

16. *Considerazioni sull'arbitrato libero*

Procedendo nell'individuazione delle manifestazioni dell'autonomia negoziale dei privati che incidono sul potere di accertamento giurisdizionale, viene ora in rilievo quella che tale incidenza esprime in misura maggiore,

[307] Cass., 18 febbraio 2016, n. 3180.

l'arbitrato irrituale[308]. Ai fini del nostro studio non è possibile scandagliare i numerosi aspetti problematici dell'arbitrato, per i quali si rinvia a studi specifici, mentre occorre esaminare la natura giuridica dell'istituto, che, specialmente nella sua forma irrituale, è stato sovente ricondotto al *genus* dell'accertamento negoziale, nonché gli effetti processuali che ne derivano.

La scelta di focalizzare l'attenzione sull'arbitrato irrituale deriva dal fatto che questo mantiene, anche dopo l'intervento del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 4, una configurazione privatistica più spiccata rispetto alla modalità rituale. Secondo la più diffusa interpretazione del combinato disposto degli artt. 819 *ter*, 824 *bis* e 825 c.p.c., quest'ultimo assolve, infatti, ad una funzione *lato sensu* sostitutiva della giurisdizione[309], motivo per cui il carattere negoziale è strettamente considerato in relazione alla fonte originaria della convenzione arbitrale.

Il dibattito teso all'individuazione della natura giuridica dell'arbitrato irrituale si è imposto nel nostro ordinamento a partire dall'inizio del secolo scorso e si è protratto fino ad oggi; soltanto con l'ultima riforma dell'arbitrato, avvenuta nel 2006, l'istituto ha trovato collocazione nel codice di rito all'interno dell'art. 808 *ter* c.p.c., segnando un distacco dalla precedente esperienza dell'arbitrato libero, che occorre ripercorrere brevemente[310].

Nella sua struttura essenziale, l'arbitrato è l'istituto con cui le parti affidano ad uno o più terzi la risoluzione di controversie aventi ad oggetto un rapporto

---

[308] C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012; ID., *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 395 ss.; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010; SASSANI, *Sub art. 808* ter, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, VII, Torino, 2014, 106 ss.; ID., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 25 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997; C. CECCHELLA, *L'arbitrato*, Milano, 2005; ID., *Arbitrato libero e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 881 ss.; MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 441 ss.; ID., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale*, *ivi*, 1994, 821 ss.; L. BIAMONTI, voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958; BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 688 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, loc. cit.

[309] Confermata da Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.*, 2013, I, 2690 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO; Cass. civ., Sez. un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, *ivi*, 2013, I, 341, con nota di D'ALESSANDRO; Cass., 13 maggio 2014, n. 10300, in *Mass. giust. civ.*, 2014; in dottrina, sull'opportunità di tale soluzione v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., 845 ss.

[310] SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., § 1.

giuridico preesistente di carattere disponibile; la funzione dell'arbitrato, inteso come la combinazione dell'accordo compromissorio e della decisione del terzo, è dunque la composizione di una lite preesistente per effetto dell'attività dell'arbitro. Il tratto distintivo tra la forma irrituale e quella rituale, su cui gli interpreti hanno sempre concordato, si rinviene nell'elevata deformalizzazione dell'attività arbitrale irrituale, recepita dal legislatore nella formula della «determinazione contrattuale» di cui all'art. 808 *ter* c.p.c. L'arbitrato rituale esprime invece la composizione della lite attraverso un procedimento espressamente regolato dalle disposizioni del codice di rito, dal quale promana un provvedimento avente gli effetti della sentenza e, secondo l'interpretazione prevalente, idoneo alla cosa giudicata[311].

Le difficoltà insite nell'inquadramento dell'arbitrato libero derivano in parte dalla modalità di riconoscimento dell'istituto, avvenuto ad opera della Cassazione piemontese, come forma negoziale di risoluzione delle controversie e manifestazione contrattuale atipica *ex* art. 1322, comma 2, c.c.[312] La causa del patto compromissorio in arbitrato libero, rinvenuta nella soluzione amichevole ed eteronoma di una controversia, come mezzo estraneo sia alla giurisdizione statale che all'arbitrato rituale, ha così superato il vaglio della meritevolezza previsto per la funzione dei negozi atipici. Ciò ha fatto si che il dibattito sull'arbitrato libero risentisse della tradizionale resistenza degli interpreti ad ammettere nell'ordinamento la funzione dell'accertamento negoziale[313].

Secondo la richiamata pronuncia della S.C., quando le parti si sono accordate per tale modalità di composizione della lite «le norme di procedura più non sono applicabili, perché non si fa luogo ad un vero e proprio giudizio contenzioso» ed il relativo lodo «non è una sentenza e non può avere altro valore

---

[311] BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, cit., § 1.

[312] Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss.; nel senso che la meritevolezza della causa di composizione stragiudiziale o prevenzione della lite giudiziale sia riconosciuta dall'ordinamento, come dimostrano la disciplina della transazione, della conciliazione e «la pacifica ammissibilità del negozio di accertamento», v. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, cit., 443 ss.; PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, 77 ss.

[313] V. *retro* Cap. I, §§ 8 ss.; v. ulteriori riferimenti nel Cap. III.

che quello di una risoluzione contrattuale»[314]. In tal modo è stata riconosciuta alle parti la disponibilità di uno strumento di composizione della controversia derivante esclusivamente dai poteri di autonomia negoziale, e rimesso alla decisione di soggetti estranei al rapporto giuridico controverso. Con questo, le parti eliminano l'esigenza dell'accertamento autoritativo della volontà astratta di legge applicabile al caso concreto, senza derogare alle norme pubblicistiche inerenti la giurisdizione e, comunque, conseguendo il risultato della composizione della lite[315].

Prima che il legislatore intervenisse sull'istituto, definendo espressamente l'arbitrato irrituale, si erano distinte varie opzioni interpretative. Secondo Alcuni, poiché l'ordinamento ammette la configurabilità dei negozi giuridici esclusivamente al fine di comporre conflitti di tipo economico tra i privati, non poteva ritenersi ammissibile uno strumento di origine negoziale volto alla composizione di controversie aventi natura giuridica. Le liti relative ad un rapporto giuridico e dovute al contrasto inerente la norma applicabile si ritenevano, dunque, assoggettabili esclusivamente alla modalità di composizione riconducibile alla giurisdizione statale, derogabile per espressa previsione di legge soltanto in favore dell'arbitrato rituale[316].

Questa ricostruzione implica la concezione della giurisdizione caratterizzata *in primis* dalla natura imperativa o obbligatoria della decisione, e non solo dall'idoneità a fondare l'esecuzione forzata. In tal modo, si escludeva l'equiparazione tra l'obbligatorietà della decisione giurisdizionale e la «forza di legge» contrattuale propria della decisione degli arbitri irrituali, poiché tra le due decisioni sussiste una differenza strutturale; si ammetteva invece l'individuazione di un tratto comune nell'idoneità a porsi come *lex specialis* del rapporto giuridico.

---

[314] Cass. Torino, 27 dicembre 1904, cit.

[315] BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, cit., § 2; osserva SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., § 5, che l'utilità derivante dello strumento in esame era rinvenibile, in origine, nella possibilità di rimettere la controversia ad un soggetto terzo senza l'aggravio rappresentato dalla pubblicità e dagli oneri fiscali previsti per la procedura arbitrale rituale, e che tale utilità si è progressivamente ridotta con le riforme che hanno interessato l'arbitrato rituale, a partire dal 1983, con la separazione tra lodo ed *exequatur*, e poi con la riforma del 1994.

[316] BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 42 ss.; CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 374 ss.; cfr. anche ID., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 121 ss.

L'unica deviazione da tale modello di composizione della controversia giuridica si ammetteva, per espressa previsione di legge, nel caso dell'arbitrato rituale: alla decisione arbitrale rituale si estendevano così i caratteri della decisione giurisdizionale, sia quello imperativo che l'idoneità all'efficacia esecutiva. Diversamente, ricondurre una simile deviazione dalle norme pubblicistiche ad un atto dispositivo negoziale dei privati, finalizzato alla decisione di terzi, avrebbe implicato un'ammissione generalizzata della rinuncia all'azione svincolata dalla rinuncia alla situazione giuridica sostanziale[317].

Da tale impostazione deriva una netta separazione tra le due forme di arbitrato, fondata sulla tradizionale concezione della natura *lato sensu* dispositiva del potere negoziale, al quale è estranea la capacità di accertamento delle situazioni giuridiche soggettive incerte o controverse (v. *infra*)[318]. Poiché il potere di composizione della controversia da parte degli arbitri irrituali trae origine direttamente dall'atto negoziale delle parti, avente natura dispositiva, va escluso che il responso degli arbitri irrituali sia idoneo all'accertamento, trattandosi di una funzione incompatibile con i poteri derivanti dall'autonomia privata.

Mentre la sentenza e la decisione dell'arbitro rituale sono vincolate ad un giudizio, il cui risultato si esprime nell'accertamento della situazione giuridica preesistente derivante dal potere dichiarativo degli organi giurisdizionali, la natura decisoria è estranea alla pronuncia degli arbitri liberi, in quanto incompatibile con l'origine negoziale del relativo potere[319].

Secondo una diversa impostazione, la negazione del potere di accertamento degli arbitri liberi non è dovuta tanto all'origine negoziale di questo, quanto al fatto che le parti stesse, stipulando un patto compromissorio irrituale, esprimono l'intenzione di disporre del rapporto giuridico, in quanto contemplano la possibilità che la regolamentazione risultante dalla decisione del terzo sia

---

[317] BETTI, *Diritto processuale civile*, loc. cit.; si riconosce invece che l'autonomia negoziale delle parti può determinare il risultato di composizione della lite mediante l'esercizio del potere dispositivo efficace esclusivamente sul piano sostanziale, mediante gli istituti tipici del riconoscimento e della transazione, cfr. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, loc. cit.

[318] V. *retro* Cap. I, § 8.

[319] BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, cit., § 7; SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1162 ss.; BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, loc. cit.

difforme dalla situazione giuridica preesistente. In particolare, con la devoluzione della risoluzione della lite agli arbitri irrituali le parti richiedono l'esercizio di un potere svincolato dal rispetto delle norme di diritto, come tale inconciliabile con la funzione di accertamento insita nella giurisdizione dichiarativa[320].

Dall'individuazione del carattere dispositivo della decisione degli arbitri liberi si è sviluppata la tradizionale descrizione dell'istituto come negozio *per relationem*, ossia il negozio con cui le parti, al fine di comporre una controversia giuridica, si impegnano a rispettare la determinazione posta in essere successivamente da un terzo mandatario, come se fosse espressione della loro determinazione contrattuale originaria[321]. Secondo la prevalente interpretazione, gli arbitri liberi agiscono come mandatari delle parti nella stipulazione di un negozio il cui contenuto non è determinabile *a priori*, e può acquisire caso per caso i tratti della transazione, del negozio di accertamento, della rinuncia o del riconoscimento del diritto[322]. Si è ritenuto, dunque, che soltanto invocando la

---

[320] SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, 176 ss.; sulle difficoltà ad ammettere l'arbitrato secondo diritto, v. BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, cit., § 11; tale posizione si distingue dunque da quella tesi che, sul piano generale, esclude in radice che il potere di accertamento sia compreso tra le facoltà riconducibili all'autonomia privata, sul presupposto che il negozio giuridico assolve sempre ad una funzione di modificare il rapporto giuridico preesistente tra i contraenti, su cui v. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., 1171.

[321] Tale ricostruzione risale a P. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss.; G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923, 103 ss.; T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 338 ss.; V. SCIALOJA, *Arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 496 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 747 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di F. VASSALLI, XIV, Torino, 1985, 36 ss.; ID., *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, cit., 443 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 120 ss.; in un primo momento v. anche FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 469 ss.; E.F. RICCI, *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, II, 445 ss.; v. anche BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 742 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 105 ss.

[322] BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, cit., §§ 6, 8; nel senso che, in questo modo, è possibile distinguere l'arbitrato irrituale dall'istituto dell'arbitraggio *ex* art. 1349 c.c., in quanto soltanto l'arbitrato irrituale presuppone ontologicamente l'esistenza di un rapporto giuridico controverso, v. SANTORO PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1159 ss., ove peraltro si esclude che l'arbitrato irrituale sia riconducibile alla transazione, in quanto l'oggetto della disposizione delle parti non è il diritto sostanziale, ma la tutela giurisdizionale o in arbitrato rituale, a favore di una procedura deformalizzata attraverso la quale perseguono ugualmente il fine di ottenere giustizia sostanziale (*op. cit.*, 1163 ss.); per la ricostruzione dell'arbitrato libero come

disciplina del mandato sia possibile giustificare la vincolatività per le parti della decisione degli arbitri liberi, ossia la configurazione del lodo libero quale atto dispositivo che incide nella sfera giuridica delle parti come se fosse stato compiuto direttamente da queste[323].

La qualificazione dell'arbitrato libero come negozio giuridico *per relationem* ha consentito il superamento della limitazione dell'ambito applicativo dell'istituto alle mere controversie economiche, considerando che l'effetto dispositivo riguarda l'intero rapporto giuridico sostanziale, anche nella prospettiva di un'eventuale giudizio.

Ne è derivata la concezione secondo cui le parti, stipulando il patto compromissorio irrituale, rinunciano implicitamente alle pretese originarie per accettare la nuova regolamentazione contrattuale posta in essere dagli arbitri[324]. Su questa premessa, alcuni studiosi hanno sostenuto che il fenomeno arbitrale, rituale o libero, appartiene esclusivamente alla sfera del diritto sostanziale, in quanto l'unica differenza percepibile tra le due modalità di arbitrato è data dall'idoneità all'efficacia esecutiva ed alla trascrizione propria dell'arbitrato rituale[325].

Diversamente, altri interpreti hanno avvertito la necessità di porre in rilievo l'attitudine dell'arbitrato libero, analogamente a quello rituale, a svolgere per le parti una vera e propria forma di «giustizia privata», ovvero una modalità di composizione della controversia mediante giudizio. In questa prospettiva, sia l'arbitrato rituale che quello irrituale costituiscono dei procedimenti in

---

un arbitraggio applicato alla transazione, v. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, cit., 137 ss.; FURNO, *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, II, 157 ss.; Cass., 26 novembre 1946, n. 1332.

[323] BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, cit., § 8; F. GALGANO, voce *Arbitri*, in *N. D. I.*, I, Torino, 1937, n. 54; v. anche la *Relazione* del Ministro Guardasigilli al progetto definitivo del codice di procedura civile (n. 452), ove il riferimento alla profonda diversità della natura dell'arbitrato rituale da quello irrituale, il quale «attiene piuttosto a princìpi ed istituti di diritto sostanziale».

[324] ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, cit., 338.

[325] V. *ex multis* SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 176 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., 162 ss.; PUNZI, *«Efficacia di sentenza del lodo»*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di FAZZALARI, Milano, 2006, 160 ss., nel senso che le modifiche degli artt. 823, 825 e 827 c.p.c., apportate con le riforme l. 9 febbraio 1983, n. 28 e l. 5 gennaio 1994, n. 25 abbiano confermato tale orientamento.

contraddittorio tra le parti, definiti dal giudizio di un soggetto terzo, estraneo ed imparziale rispetto alla controversia[326]. Ferme restando le differenze intercorrenti tra le due forme di arbitrato, in termini di efficacia del lodo e di regime di impugnazione, viene esaltata in tal modo la natura processuale dell'arbitrato[327]. In questa prospettiva, la natura negoziale dell'arbitrato libero non si risolve esclusivamente nell'efficacia dispositiva, poiché la determinazione degli arbitri irrituali esprime il «potere di formulare una decisione», al pari di quello insito nella modalità rituale[328].

Da ciò discende il riconoscimento della partecipazione dell'arbitrato libero alla funzione giurisdizionale, intesa come la funzione logica dell'applicazione di norme di diritto al fine della risoluzione di controversie giuridiche. Poiché il divieto di giustizia privata è riferito esclusivamente all'impiego della violenza tra privati al fine di ottenere il soddisfacimento di un diritto, si è ritenuto che tale conclusione non intacchi l'aspetto pubblicistico della funzione giurisdizionale, ossia il potere di sanzionare la decisione giurisdizionale tramite il riconoscimento dell'efficacia esecutiva, che resta estraneo all'istituto *de quo*[329].

La giurisprudenza ha accolto, dapprima, la tesi unitaria del fenomeno arbitrale, muovendo dal presupposto per cui entrambe le tipologie di arbitrato trovano fondamento nella volontà delle parti del rapporto giuridico, per cui il *dictum* arbitrale rappresenta, in ogni caso, l'espressione dell'autonomia negoziale privata[330]. È stata esclusa, in tal modo, la riconducibilità dell'arbitrato alla

---

[326] FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 22 ss., ove a sostegno della teoria unitaria si richiama l'art. 29 del codice della navigazione; T. CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 638 ss.

[327] Dalla quale si fa derivare, in via interpretativa, l'annullabilità del lodo irrituale per errore di giudizio, cfr. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 23.

[328] SCIALOJA, *Arbitrati liberi*, loc. cit.

[329] SCIALOJA, *Arbitrati liberi*, loc. cit.; BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali*, cit., 45 ss.

[330] Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 ss., con nota di RICCI, in *Riv. arb.*, 2000, 699 ss., e in *Corr. giur.*, 2001, 51 ss., con note di CONSOLO, RUFFINI e MARINELLI; in seguito v. Cass., 1° febbraio 2001, n. 1403, in *Foro it.*, 2001, I, 838 ss.; Cass., Sez. un., 25 giugno 2002, n. 9282; Cass., 30 dicembre 2003, n. 19865, in *Giur. it.*, 2004, 2054 ss.; Cass., Sez. un., 5 gennaio 2007, n. 35, in *Riv. dir. proc.*, 1293 ss. Nonostante la riforma intervenuta nel 2006 abbia comportato il superamento di tale concezione, v. anche Cass., Sez. un., 6 settembre 2010, n. 19047.

funzione giurisdizionale, poiché gli effetti dell'accertamento prodotti dal lodo costituiscono il risultato di un giudizio compiuto dal soggetto investito di tale potere dai privati.

17. *L'introduzione dell'arbitrato irrituale*

Sulla questione inerente la natura dell'arbitrato rituale è stato determinante, in diverse occasioni, l'intervento del Giudice delle leggi, che ha recuperato una concezione biunivoca dell'istituto. Questo percorso ha avuto inizio con la pronuncia con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimazione degli arbitri rituali a sollevare le questioni di legittimità costituzionale delle leggi applicabili[331].

Si è affermato, infatti, che la risoluzione delle controversie nel giudizio arbitrale avviene tramite l'applicazione oggettiva delle norme di diritto alla fattispecie concreta e nel rispetto dei medesimi principi imposti nel giudizio statale. Secondo la prevalente interpretazione, è stata così riconosciuta la natura giurisdizionale del procedimento di arbitrato rituale, inteso come attività logica di individuazione della volontà di legge applicabile al caso concreto, o *jus dicere*; resta ferma invece la natura privatistica dei soggetti che svolgono tale attività, alla quale non è riconducibile la funzione giurisdizionale «in senso soggettivo»[332].

D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità ha continuato ad affermare la natura negoziale dell'arbitrato libero, identificandolo con un negozio di composizione amichevole o di accertamento che gli arbitri sono chiamati a completare per volontà delle parti[333].

Tali orientamenti hanno in parte anticipato l'intervento del legislatore, che con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha, da un lato, accolto l'equiparazione del lodo

---

[331] Corte Cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Foro it*., 2002, I, 1648 ss., e in *Riv. arb.*, 2001, 657 ss., con nota di BRIGUGLIO.

[332] LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, 76 ss.; VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ*., 2001, 12, 2887 ss. Si ritiene che tale orientamento abbia preceduto l'intervento del legislatore, individuando l'efficacia del lodo rituale, a prescindere dall'omologazione, nell'equiparazione alla sentenza non solo per il vincolo prodotto tra le parti, ma anche per l'incontestabilità dell'accertamento del rapporto giuridico in successivi giudizi, arbitrali o statali.

[333] Cass., 8 novembre 2001, n. 13840, in Rep. *Giust. civ.*, 2001, voce «Compromesso e arbitrato», n. 16; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15753, *ivi*, 2001, voce cit., n. 18.

rituale alla sentenza, e, dall'altro, ha fornito la prima regolamentazione generale dell'arbitrato irrituale nell'art. 808 *ter* c.p.c.[334]

Introducendo nell'impianto codicistico l'arbitrato irrituale, il legislatore ha disposto che «le parti possono stabilire, con disposizione espressa per iscritto, che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824 *bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale», con possibilità per le parti di escludere espressamente l'applicazione del procedimento arbitrale codicistico, ferma restando l'inidoneità agli effetti esecutivi ed alla trascrizione di cui all'art. 825 c.p.c.

Secondo alcuni dei primi interpreti, la riforma del 2006 ha segnato la definitiva separazione tra le due forme di arbitrato. Da un lato, il combinato disposto degli artt. 824 *bis* e 825 c.p.c. sancisce la funzione decisoria dell'arbitrato rituale[335]; dall'altro, si confina espressamente il lodo irrituale nella dimensione negoziale[336]. In tal modo si trae conferma della natura del patto compromissorio irrituale quale atto dispositivo del rapporto giuridico sostanziale, riconducibile ad una transazione o ad un negozio di accertamento predisposti dalle parti e completati dagli arbitri *per relationem*[337].

---

[334] In precedenza, le norme di riferimento riguardavano l'arbitrato nelle controversie di lavoro di cui agli artt. 5, l. 11 agosto 1973, n. 533, e 412 *ter* e *quater* c.p.c., introdotti dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, successivamente sostituiti con la l. 4 novembre 2010, n. 183.

[335] Cfr. Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit.; Cass. civ., Sez. un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.; Cass., 13 maggio 2014, n. 10300, cit.

[336] BOVE, *Sub art. 808* ter *c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, 68 ss.; ID., *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in *judicium.it*, § 1; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 571 ss. Per Altri, invece, le modifiche intervenute nel 2006 hanno mantenuto ferma la concezione dell'unitarietà delle due forme di arbitrato, di cui sarebbe stata confermata la natura negoziale. L'equiparazione degli effetti del lodo rituale a quelli della sentenza, infatti, sarebbe limitata ai motivi di impugnazione mentre la natura sarebbe pur sempre quella di atto dispositivo. Le differenze tra il lodo rituale e quello irrituale sarebbero ricondotte invece ai motivi di impugnazione, estranei al lodo irrituale *ex* art. 808 *ter*, comma 2, c.p.c., e all'idoneità all'efficacia esecutiva in seguito all'omologazione *ex* art. 825 c.p.c., cfr. *ex multis* PUNZI, *«Efficacia di sentenza» del lodo*, cit., 162 ss.

[337] Lasciando dubbi sui motivi di impugnativa: trattandosi di contratto, alcuni hanno ammesso l'impugnazione per nullità contrattuale, v. BOVE, *Sub art. 808* ter *c.p.c.*, loc. cit.; v. anche P. BIAVATI, *Sub art. 808* ter, in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2008, 164 ss., secondo il quale l'arbitrato irrituale risultante dalla riforma sarebbe un contratto concluso mediante processo; *contra*, nel senso della tassatività dei motivi di cui al comma 2, dell'art. 808 *ter* c.p.c., v. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 575.

Nonostante l'arbitrato irrituale presenti alcuni elementi di natura procedimentale, tra cui il principio del contraddittorio e la necessità della cognizione sui presupposti della controversia[338], questa impostazione esclude che tali aspetti giustifichino la nozione dell'istituto quale svolgimento di un giudizio idoneo a concludersi con un accertamento[339]. Ciò in quanto, con il compromesso arbitrale irrituale, le parti accettano che la determinazione degli arbitri abbia un effetto eventualmente modificativo del rapporto giuridico controverso, manifestando così un intento dispositivo che non connota, invece, l'instaurazione del giudizio statale o dell'arbitrato rituale. La differenza strutturale del primo rispetto ai secondi è rinvenibile, dunque, nel rilievo per cui il contenuto della sentenza e del lodo rituale è rappresentato da un comando che «ripete necessariamente il suo contenuto da un *giudizio* preesistente, il quale assume … una precisa rilevanza strutturale»[340].

Secondo una diversa impostazione, invece, il riferimento alla «determinazione contrattuale» di cui all'art. 808 *ter* c.p.c. non vale *ex se* ad escludere la natura decisoria del lodo irrituale, in quanto va posto in rilievo il carattere procedimentale che la legge ha assegnato allo svolgimento dell'arbitrato anche nella modalità irrituale[341]. In tal senso si ritiene che l'arbitrato irrituale disciplinato dalla legge appartenga al medesimo modello generale descritto per l'arbitrato rituale, dal quale differisce per l'inapplicabilità degli artt. 824 *bis* e 825 c.p.c. e degli artt. 827 ss. c.p.c.[342]

La «sequenza procedimentale composita» implicitamente richiamata dall'art. 808 *ter* c.p.c. non può spiegarsi, dunque, all'interno di un fenomeno esclusivamente privatistico, poiché il contenuto del lodo irrituale non esprime la

---

[338] Elementi che sono sufficienti a qualificare l'istituto in termini di «processo privato», v. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 11 ss.

[339] BOVE, *Sub art. 808* ter *c.p.c.*, loc. cit.; S. BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la "svolta" negoziale della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 777 ss.

[340] BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la "svolta" negoziale della Cassazione*, cit., 768 ss., corsivo nel testo.

[341] Si mette in rilievo a tal fine l'utilizzo di espressioni tipicamente procedimentali, quali «*definizione della controversia, pronuncia, conclusioni, eccezione, procedimento, contraddittorio*», v. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., § 2, corsivo nel testo.

[342] Nonché gli artt. 819, comma 2, 819 *bis*, 839 e 840, cfr. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., § 4.

volontà delle parti bensì un *munus*, ossia il potere degli arbitri irrituali di emettere un «atto conforme allo scopo istituzionalmente affidatogli». Soltanto in tal modo può giustificarsi il fatto che il lodo irrituale produce effetti nella sfera giuridica delle parti pur non promanando direttamente dalla volontà negoziale di queste[343].

Da questa angolazione le novità apportate dal legislatore nel 2006 legittimano una concezione dell'arbitrato irrituale come un procedimento destinato a concludersi con un atto avente efficacia negoziale che decide la controversia, proveniente da un soggetto ad essa estranea, all'esito di un accertamento degli elementi del rapporto giuridico sostanziale[344].

18. *L'*exceptio compromissi

Alla natura dell'arbitrato irrituale è strettamente connessa l'individuazione del regime giuridico della relativa *exceptio compromissi*, come misura dell'incidenza processuale dell'istituto. Relativamente ai negozi di composizione della controversia è infatti emerso che tale funzione causale esprime l'idoneità del mezzo negoziale a conseguire la certezza sul rapporto giuridico controverso, attraverso l'interruzione del collegamento tra la nuova regolamentazione giuridica ed il rapporto sostanziale preesistente, da cui si trae la necessità di escludere interpretazioni del rapporto giuridico diverse da quella risultante dal negozio di composizione della lite[345].

Secondo la prevalente interpretazione, per diverso tempo accolta anche in giurisprudenza, la scelta delle parti di conseguire lo stato di certezza sul rapporto giuridico controverso tramite l'arbitrato irrituale comporta una forma di rinuncia, relativamente al medesimo rapporto, alla tutela giurisdizionale di tipo pubblicistico, espressa dall'accertamento secondo le norme di diritto sostanziale e con gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.[346]

---

[343] Cfr. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, loc. cit.; ID., *Sub art. 808* ter, cit., 106 ss.; ID., *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1995, 710 ss.

[344] SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato rituale*, loc. cit., ove l'arbitrato irrituale viene ricondotto ai «procedimenti di merito» da instaurare *ex* art. 669, commi 8 e 9, c.p.c.

[345] BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 256 ss., ove la definizione dei negozi di secondo grado; v. *retro* Cap. I, §§ 8 ss.

[346] BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, cit., § 9.

Perciò, secondo alcuni studiosi, il *proprium* dell'arbitrato irrituale si rinviene nell'effetto di rinuncia alla tutela giurisdizionale del rapporto giuridico dedotto nel compromesso arbitrale, derivante dalla scelta negoziale di comporre la controversia insorta tra le parti. L'effettività di questa rinuncia risulta tuttavia condizionata all'emanazione di un lodo valido; in tal modo, se il lodo non viene emesso o è affetto da un vizio che ne determina l'annullabilità, l'effetto abdicativo non si perfeziona e si riespande, per le parti, la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale[347].

Individuato l'effetto di rinuncia, si è ritenuto che l'eccezione con cui una delle parti deduce l'esistenza della convenzione arbitrale irrituale integri una sorta di eccezione di giurisdizione[348], o di improcedibilità temporanea della stessa[349], a favore di una soluzione negoziale della controversia. Ne deriva che l'accertamento della fondatezza dell'eccezione da parte del giudice adito dovrebbe determinare in un'*absolutio* in rito[350].

D'altra parte, autorevoli interpreti hanno escluso la qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini di rinuncia al diritto alla tutela giurisdizionale, richiamando il limite dell'inammissibilità di una rinuncia generale e preventiva all'azione svincolata dalla rinuncia alla posizione giuridica sostanziale. In assenza di un'espressa previsione in tal senso da parte del

---

[347] VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 22 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 22 ss.; SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., 144 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., 183 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, cit., 49 ss.; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 236 ss.; Cass., 2 giugno 1988, n. 3767, in Rep. *Foro it*., 1988, voce *Arbitrato*, n. 54.

[348] FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 126.

[349] CECCHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 395 ss.

[350] Secondo la giurisprudenza maggioritaria, la descrizione del compromesso arbitrale irrituale come forma di rinuncia alla giurisdizione statale determina il rilievo della relativa eccezione nel merito del giudizio successivamente instaurato, v. Cass., 3 agosto 2000, n. 527, cit.; Cass., 25 giugno 2001, n. 9289, in *Riv. arb*., 2002, 511 ss., con nota di BRIGUGLIO; Cass. 8 agosto 2001, n. 10925, in *Foro it*., 2001, I, c. 3079; Cass., 30 dicembre 2003, n. 19865, in *Giur. it*., 2004, 2054; Cass., 21 settembre 2004, n. 18917; Cass., 28 marzo 2007, n. 7649; Cass., 30 maggio 2007, n. 12684; Cass., ord., 20 maggio 2008, n. 12814, in Mass. *Foro it*., 2008, c. 789; v. Cass., 29 gennaio 1996, n. 655, in *Riv. arb.*, 1996, 289 ss.; in dottrina, v. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 259, secondo cui l'eccezione di compromesso implica la contestazione dell'improponibilità dell'azione.

legislatore, deve sostenersi l'indisponibilità, per i privati, dell'interesse pubblico all'attuazione della legge nella sede processuale[351].

In particolare, si è affermato che la rinuncia all'azione sarebbe ammissibile quando, contestualmente ad essa, le parti pongano in essere un «concreto, attuale, e consensuale regolamento dei rapporti controversi», e non, invece, se la rinuncia avviene in favore del procedimento arbitrale, il quale rimette alla futura attività di terzi l'individuazione della regolamentazione sostitutiva del rapporto[352]. Diversamente dalla transazione, che modifica il rapporto giuridico sostanziale e contestualmente compone la lite, la stipulazione del compromesso arbitrale non elimina lo stato di incertezza dal rapporto giuridico controverso, e ciò vale a mantenere fermo l'interesse dello Stato a conseguire nel processo la certezza del diritto[353].

Escludendo l'effetto di rinuncia alla giurisdizione, l'incidenza processuale del patto compromissorio irrituale è stata descritta alla stregua di un mero rinvio temporaneo della tutela giurisdizionale, simile a quello che si verifica nel tempo necessario per l'esperimento del tentativo di conciliazione. In tal senso, il giudice di fronte al quale sia eccepita l'esistenza del patto compromissorio irrituale dovrebbe dichiarare l'improcedibilità temporanea della domanda, subordinata al buon fine del procedimento arbitrale. Soltanto in quel momento la situazione giuridica risulta definita, sul piano sostanziale, dal contenuto della determinazione arbitrale[354].

Per Altri, l'improcedibilità della tutela giurisdizionale sarebbe riconducibile ad una carenza temporanea dell'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c., il cui

---

[351] BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 42; LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 98 ss.

[352] LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, loc. cit.

[353] LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, loc. cit.; in tal senso, in origine, anche il pensiero di CARNELUTTI, *Effetti della clausola irregolare*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 142 ss.; BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 730 ss.; G. ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale e irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 758 ss.; CECCHELLA, *L'arbitrato*, cit., 152 ss.

[354] S. CHIARLONI, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 558 ss.; G. GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, II, 524 ss.; v. anche SASSANI, *Arbitrato irrituale e decorso dei termini: «reviviscenza» dell'azione civile?*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1659 ss.; per la critica a tale orientamento, v. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 184 ss.

accertamento da parte del giudice determina la chiusura del processo con un provvedimento di rito. In questa direzione, è stato affermato che la deduzione in giudizio di un diritto che sia oggetto di un patto compromissorio anteriore, non è giustificata dal bisogno attuale di tutela su cui si regge la proposizione della domanda giudiziale[355]. Ne deriva che, finché il procedimento arbitrale irrituale non sia concluso o non siano scaduti i termini per l'emissione del lodo, la domanda proposta da una delle parti inerente la medesima controversia è inammissibile, stante la mancanza di una delle condizioni dell'azione.

Si è obiettato peraltro che una simile conclusione presuppone una nozione di interesse ad agire difforme da quella tradizionale, intesa come il bisogno di tutela derivante da uno stato di fatto lesivo o contestativo del diritto, tale che, in assenza della tutela giurisdizionale, si verificherebbe un danno ingiusto[356]. Se il rapporto giuridico è effettivamente controverso, infatti, non può negarsi la sussistenza dell'affermazione della lesione o della contestazione del diritto per il solo fatto che sussiste, sullo stesso rapporto, un patto compromissorio irrituale. Rileva in tal caso, piuttosto, l'interesse ad agire inteso come concreto bisogno di tutela, operante come filtro di inammissibilità della domanda giurisdizionale il cui risultato sia conseguibile con altro mezzo predisposto dall'ordinamento[357].

Secondo un'opposta ricostruzione, l'*exceptio compromissi* avrebbe invece natura di eccezione di merito. Si tratta della diretta conseguenza della concezione dell'arbitrato irrituale come negozio concluso *per relationem*, che esprime il potere dispositivo delle parti sul rapporto giuridico soggetto alla cognizione del giudice. L'esercizio del potere dispositivo tramite la stipulazione del patto compromissorio è infatti diretto a modificare o estinguere la situazione giuridica sostanziale. Da ciò consegue che la deduzione in giudizio di un fatto che abbia prodotto l'effetto modificativo incide sull'oggetto della cognizione giudiziale, a

---

[355] CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., II, 373 ss.; GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, cit., 506 ss.; v. anche MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. civ*., XIV, Torino, 1996, 401 ss.

[356] ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 4 ss.; E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giurisdizionale*, in *Jus*, 1954, 547 ss.; per simili rilievi v. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, loc. cit.

[357] Secondo la concezione del *Rechtsschutzbedürfnis* tedesco, cfr. SASSANI, *Note sull'interesse ad agire*, Rimini, 1983, 33 ss.

prescindere dal fatto che l'effetto sia riconducibile all'opera delle parti o di un terzo a completamento dell'atto negoziale predisposto da quelle.

In tal modo, il rapporto giuridico oggetto del patto compromissorio irrituale risulta in giudizio come se fosse condizionato alla successiva emanazione del lodo irrituale, in quanto destinato ad assumere la regolamentazione risultante da quella decisione. Si sostiene, dunque, l'ammissibilità dell'accertamento giurisdizionale avente ad oggetto la medesima situazione giuridica sostanziale composta dagli arbitri, il quale è idoneo al giudicato sostanziale. Resta inteso che si tratta di un accertamento avente ad oggetto un rapporto giuridico *in fieri*, e destinato a venir meno nel momento in cui sia emessa la determinazione arbitrale – secondo le regole dell'efficacia temporale del giudicato –, oppure a consolidarsi definitivamente, nel caso in cui venga annullato il vincolo derivante dal patto compromissorio[358].

Tale ricostruzione non è idonea, tuttavia, a descrivere l'incidenza dell'arbitrato irrituale sul rapporto giuridico dedotto nel processo nel caso in cui le parti abbiano stipulato una clausola compromissoria anziché un compromesso. Al momento della stipulazione della clausola compromissoria, infatti, il rapporto sostanziale è un rapporto certo e non litigioso, né condizionato alla determinazione arbitrale. Di conseguenza, se una delle parti devolve il medesimo rapporto giuridico nel processo, il giudice dovrebbe procedere all'accertamento di un rapporto giuridico sul quale non si è ancora prodotto l'effetto modificativo o estintivo del patto compromissorio. Non si ravvisa, in sostanza, lo stato di quiescenza del rapporto che dovrebbe incidere nel merito dell'accertamento giudiziale[359].

---

[358] ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, cit., 338 ss.; LUISO, *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*, in *Riv. arb.*, 1996, 292 ss.; BOVE, *Note in tema di arbitrato irrituale*, cit., 731 ss.; E.F. RICCI, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28. Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato (sub art. 2)*, in *Nuove leggi civ.*, 1983, 740 ss.

[359] Diversamente, nel caso in cui le parti abbiano stipulato un compromesso è possibile sostenere che abbiano inteso disporre del rapporto giuridico sostanziale tramite la devoluzione agli arbitri della determinazione compositiva della controversia; è dunque possibile individuare nell'allegazione del compromesso un fatto estintivo o modificativo della situazione giuridica oggetto della cognizione giudiziale, che ne risulterebbe influenzata nel merito della decisione, cfr. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 180 ss.

Da tali osservazioni deriva che al momento della stipulazione del patto compromissorio irrituale, pur essendosi manifestata la volontà dispositiva del rapporto giuridico sostanziale, non è stata ancora posta in essere l'attività destinata a produrre i relativi effetti modificativi o estintivi della situazione giuridica dedotta in giudizio. Per questo motivo si esclude che, prima dell'emissione del lodo irrituale, l'*exceptio compromissi* incida nel merito della cognizione giudiziale[360].

Tra le impostazioni finora richiamate, si ritiene preferibile la descrizione degli effetti processuali del patto compromissorio irrituale in termini di rinuncia all'azione in vista di una soluzione stragiudiziale della lite, predisposta e non ancora definitiva al momento della stipulazione del patto compromissorio[361]. Ragionando *a contrario*, se si ritenesse ammissibile la deduzione in giudizio della medesima lite oggetto del patto compromissorio, dovrebbe negarsi la stessa funzione causale dell'accordo con cui le parti si vincolano reciprocamente al rispetto della determinazione arbitrale sul rapporto controverso.

Ne consegue che, salvo l'annullamento del patto compromissorio, l'unica azione astrattamente esercitabile inerente il medesimo rapporto giuridico sia quella volta all'adempimento della determinazione contrattuale *ex* art. 808 *ter* c.p.c., azione il cui titolo è rappresentato non dal rapporto giuridico originario, bensì dal lodo stesso[362].

---

[360] Tale situazione può manifestarsi, in realtà, anche quando le parti abbiano stipulato una clausola compromissoria, poiché è ben possibile che nel momento in cui viene proposta la domanda giudiziale non sia stato ancora avviato il procedimento arbitrale tendente a predisporre la nuova regolamentazione giuridica del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, rispetto al quale la devoluzione in arbitrato si pone come fatto eventuale e futuro, v. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, loc. cit.

[361] V. *sub* nota 342.

[362] LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, cit., 98 ss. Come si avrà modo di approfondire nel Cap. III, per rendere ammissibile tale ipotesi *de jure condito* deve farsi riferimento all'azione come il diritto «relativamente astratto» ad ottenere una pronuncia nel merito, di fondatezza o infondatezza, di un determinato rapporto giuridico. Per superare il vaglio di ammissibilità dell'effetto abdicativo derivante della stipulazione del patto compromissorio irrituale, è sufficiente che tale rinuncia abbia oggetto determinato, riguardante specificamente le controversie presenti o future aventi ad oggetto un rapporto giuridico specifico, cfr. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 174 ss., ove si ripercorre l'insegnamento della dottrina tedesca sulla condizione di ammissibilità delle convenzioni destinate ad avere effetti processuali (*Bestimmtheit, Prozeßvertäge*), ricavato dai §§ 40 e 1029 *Z.P.O.*, v. A. BLOMEYER, *Zivilprozeßrecht:*

In ogni caso, si concorda sul fatto che il patto compromissorio, come manifestazione di volontà devolutiva della controversia agli arbitri irrituali, rappresenta un ostacolo all'esame nel merito della domanda, a causa di una rinuncia convenzionale all'azione, il cui scopo è l'attuazione della volontà negoziale espressa anteriormente[363].

A tale proposito non appare risolutivo l'apporto della giurisprudenza, che da un lato ha accolto la tradizionale definizione dell'arbitrato irrituale come negozio *per relationem* o arbitraggio di una transazione o di un negozio di accertamento, già stipulati con il patto compromissorio e pienamente operanti con l'emissione della determinazione arbitrale; dall'altro, ha affermato la natura di merito della relativa eccezione e, contestualmente, che il patto compromissorio irrituale determina l'improponibilità della domanda giudiziale per rinuncia convenzionale all'azione[364]. In altri casi, invece, si è sostenuto che l'*exceptio compromissi* irrituale implichi una rinuncia convenzionale all'azione, ossia all'accertamento del diritto sostanziale tramite un provvedimento di merito[365].

Erkenntnisverfahren, Berlin, 1963, 176 ss.; HELLWIG, *Zur Sistematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages*, Bonn, 1978, 85 ss.

[363] Per tale motivo si esclude che tale eccezione determini l'improponibilità assoluta della domanda, riconducibile ai casi in cui la situazione fatta valere in giudizio non sia nemmeno astrattamente tutelata da una norma dell'ordinamento, v. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, loc. cit.

[364] Cass., 14 novembre 2002, n. 16044, in Rep. *Foro it*., 2002, voce *Arbitrato*, n. 96; Cass., 21 giugno 2000, n. 4845, in *Gius*, 2000, 1658; Cass., 12 ottobre 1998, n. 10086, in *Foro it*., 1999, I, c. 125; Cass., 2 aprile 1998, n. 3420, in Rep. *Foro it*., 1998, voce *Sport*, n. 60; Cass., 16 luglio 1997, n. 6505, *ivi*, 1997, voce «Arbitrato», n. 158; Cass., 26 ottobre 1996, n. 9357, *ivi*, 1996, voce cit., n. 54; Cass., 21 dicembre 1995, n. 13023, *ivi*, 1995, voce cit., n. 104; Cass., Sez. un., 22 aprile 1994, n. 3871; Cass., Sez. un., 27 arile 1993, n. 4914, in *Foro it.*, 1994, I, 1534 ss.; Cass., 18 dicembre 1990, n. 12002, in *Riv. arb.*, 1991, 790 ss.; una simile ricostruzione non considera che la transazione o il negozio di accertamento incidono *ab origine* sul rapporto giuridico, in modo che le modificazioni eventualmente apportate da tali contratti sono destinate a divenire oggetto della cognizione del giudice sin dal momento della deduzione in giudizio del relativo diritto, come si avrà modo di approfondire *infra* Cap. III; v. anche *retro* Cap. I, § 8.

[365] Cass., 29 marzo 1999, n. 3026; in dottrina C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di merito e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Corr. giur.*, 2001, 1453 ss. Relativamente al regime dell'*exceptio compromissi*, la giurisprudenza prevalente ne ha sostenuto la rilevabilità d'ufficio, ove il patto compromissorio risulti ritualmente acquisito agli atti del giudizio, v. Cass., Sez. un., 9 dicembre 1986, n. 7315, secondo cui quando il giudice rigetta la domanda per esistenza di un patto compromissorio irrituale «definisce il giudizio allo stesso modo in cui dichiara di non poter decidere la controversia sottopostagli allorché accolga l'eccezione di transazione»; trattandosi di rinuncia convenzionale

19. (segue) *L'art. 819* ter *c.p.c.*

Con la riforma del 2006, il legislatore ha espresso rilevanti indicazioni sull'incidenza processuale del compromesso arbitrale, quantomeno nella modalità rituale, nella disposizione di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. Questa qualifica infatti l'*exceptio compromissi* come «eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato», che «deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta»[366].

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, inoltre, la disposizione garantisce l'applicabilità della *translatio judicii* dal procedimento giurisdizionale a quello arbitrale[367]. Viene così evocato il risalente orientamento che inquadrava l'*exceptio compromissi* rituale come eccezione di incompetenza[368], tramite l'affermazione della natura giurisdizionale e sostitutiva dell'arbitrato rituale rispetto alla funzione del giudice ordinario[369].

---

all'azione, le parti possono impedire che il giudice ne rilevi gli effetti soltanto se ripetono il potere dispositivo, annullando l'accordo espressamente o *per facta concludentia*, v. Cass., 29 marzo 1999, n. 3026, cit.; *contra* nel senso che la derivazione negoziale del fatto oggetto dell'*exceptio compromissi*, ossia l'esistenza del patto compromissorio irrituale, imporrebbe di ritenere riservata alla parte la relativa eccezione, v. VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, loc. cit.; RUFFINI, *Sub art. 806*, in *Codice di procedura civile commentato*, III, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2010, 3356 ss.; Cass., 26 gennaio 2000, n. 870, in *Foro it.*, 2000, I, 1901 ss.

[366] In caso di mancata proposizione dell'eccezione, si «esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio», e si precisa che «nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano le norme corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295», v. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008, III, 180 ss.

[367] Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit.

[368] Cass., 24 marzo 1999, n. 2775, in Rep. *Foro it.*, 1999, voce *Arbitrato*, n. 146; Cass., sez. un., 28 novembre 1996, n. 10617, *ivi*, 1996, voce «Competenza civile», n. 142; Cass., 21 dicembre 1995, n. 13023, cit.; Cass., 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3298; in tal senso, v. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, a cura di M. BOVE, C. CECCHELLA, Milano, 2006, 87 ss.; F. CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, 515 ss.

[369] Cass., Sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.; Cass., 13 maggio 2014, n. 10300, cit.; da ultimo, nel senso che la riforma del 2006 abbia costituito una forma di interpretazione autentica della disciplina previgente, con conseguente applicabilità dell'intero statuto della competenza anche a fattispecie di arbitrato rituale cui la riforma non sia applicabile *ratione temporis*, v. Cass., 21 gennaio 2016, n. 1101, in *Giur. it.*, 2016, 12, 2709 ss., con nota di BOCCAGNA.

Secondo la dottrina prevalente, muovendo dal presupposto dell'estraneità dell'arbitrato irrituale alla funzione dell'accertamento giurisdizionale, va esclusa in radice l'applicabilità dell'art. 819 *ter* c.p.c. al patto compromissorio irrituale[370].

Diversamente, secondo gli interpreti che negano la riconducibilità di qualsiasi forma di arbitrato alla funzione giurisdizionale, la disposizione richiamata equipara il patto compromissorio arbitrale ad un accordo di deroga della competenza territoriale e, così inquadrata, è applicabile all'arbitrato irrituale[371]. Ciò sarebbe confermato dalle previsioni per cui la competenza degli arbitri non è esclusa «dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice», e dall'espressa inapplicabilità degli artt. 44, 45 [e 50] c.p.c.[372]

Alla medesima conclusione si accede, per altro verso, accogliendo la concezione dell'arbitrato irrituale come una «tutela procedimentalizzata e garantita», rispetto alla quale l'art. 819 *ter* c.p.c. risulta applicabile[373]. La norma implica infatti che l'esistenza di un patto compromissorio arbitrale operi come presupposto processuale negativo, ovvero come rinuncia delle parti a ricorrere alla giurisdizione statale, insita nella stipulazione del patto compromissorio, rituale o irrituale.

In conclusione, si può affermare che muovendo dal presupposto del riconoscimento della funzione di composizione della controversia dell'arbitrato irrituale, non c'è motivo di escludere che la relativa eccezione sia soggetta alle norme di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. Ne deriva che anche l'arbitrato irrituale è idoneo a determinare una sospensione dell'esercizio della giurisdizione statale, da dichiararsi con un provvedimento di rito, a prescindere dal fatto che le parti abbiano scelto per la composizione della controversia il mezzo rappresentato da

---

[370] BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, loc. cit.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 186 ss.

[371] Si esclude, invece, che l'art. 819 *ter* c.p.c. implichi la qualificazione del rapporto tra giudici ed arbitri come un rapporto di competenza, cfr. RUFFINI, *Sub art. 819* ter, in MENCHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 372 ss.

[372] RUFFINI, *Sub art. 819* ter, loc. cit.

[373] Facendo salvo il dubbio sull'applicabilità della norma nella parte in cui prevede l'impugnabilità *ex* artt. 42 e 43 c.p.c. della pronuncia del giudice sulla propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato, v. SASSANI, *Sub art. 808* ter, cit., 129 ss.

una determinazione contrattuale piuttosto che da un atto avente gli effetti della sentenza[374].

D'altra parte, come si metterà in evidenza nel capitolo successivo, la rinuncia alla tutela giurisdizionale del rapporto controverso deciso in forma negoziale non è giustificabile se non si definisce compiutamente la funzione accertativa. Si intende sostenere che l'effetto preclusivo delle contestazioni, insito nell'attività di accertamento (v. *retro*) in tanto può operare in sede processuale in quanto sia accompagnato da un risvolto che definiremo in seguito *positivo*, il quale descrive l'idoneità dell'atto di accertamento a porsi come fonte esclusiva di disciplina del rapporto giuridico nel raggiunto stato di certezza.

20. *Considerazioni conclusive*

I contrasti interpretativi emersi sulla natura giuridica dell'arbitrato irrituale lasciano filtrare la persistente dicotomia tra la modalità privatistica di composizione delle controversie giuridiche e l'accertamento giurisdizionale.

Va però messo in luce che chi, tra gli interpreti, ha isolato la funzione dell'accertamento rispetto all'attività giurisdizionale, ha concluso che il contenuto delle decisioni arbitrali, rituali o irrituali, non è distinto da quello della sentenza. Ciò in quanto, ragionando sulla finalità della composizione della controversia sottesa alla funzione giurisdizionale, la distinzione tra la forma giudiziale e quella stragiudiziale si rinviene sul piano dei presupposti e dell'efficacia propria del mezzo compositivo (v. *infra*).

Mentre la sentenza interviene su una situazione di fatto in cui tra le parti in lite sussiste un disaccordo assoluto, relativo non solo alla soluzione compositiva ma anche al mezzo della composizione, la devoluzione della controversia in arbitrato presuppone un accordo delle parti inerente la scelta del veicolo attraverso il quale comporre la lite[375].

---

[374] Nel senso che anche la determinazione contrattuale contenuta nel lodo irrituale implichi un accertamento della situazione giuridica sostanziale, v. SASSANI, *Sub art. 808* ter, cit., 133 ss.

[375] Così, quando le parti procedono direttamente alla composizione della controversia, senza ricorrere all'opera del terzo, l'accordo si estende al contenuto della composizione, con la conseguenza che la «forza di legge» del contratto, di cui all'art. 1372 c.c., è equiparabile alla forza

Che tale scelta negoziale sia rivolta all'arbitrato rituale o irrituale, non è aspetto incidente sul contenuto minimo del risultato compositivo, che, anche nella forma del lodo irrituale, presenta alcuni tratti dell'accertamento e produce effetti vincolanti per le parti in ordine alla situazione giuridica sostanziale[376]. Con ciò non si intende negare la distinzione tra le due modalità arbitrali, bensì individuarne la differenza nel fatto che «con l'arbitrato rituale le parti scelgano di esaurire un grado di giudizio chiedendo l'emanazione di un atto idoneo ad acquisire gli effetti di una sentenza di primo grado, mentre con l'arbitrato libero vogliano un atto risolutivo che conservi i proprio effetti nell'ambito dell'autonomia privata»[377].

Ciò significa che la natura dispositiva del mezzo negoziale, su cui si fonda l'arbitrato irrituale, non va sovrapposta alla funzione che il negozio assume per le parti, ossia la composizione della controversia. L'effetto dispositivo insito nel patto compromissorio connota l'arbitrato irrituale nella fonte e nel risultato, ma non anche nel *proprium* dell'attività arbitrale tesa alla composizione della lite. Si intende che le parti, con il compromesso irrituale, dispongono certamente della facoltà di adire l'autorità giurisdizionale, ma non dispongono, o almeno non direttamente, del rapporto controverso, il quale è destinato a conformarsi alla regolamentazione prevista dalla determinazione contrattuale di cui all'art. 808 *ter* c.p.c.

Si tratta, dunque, di un'interferenza analoga a quella posta in essere direttamente dalle parti con la transazione. Anche in quel caso, infatti, si realizza una rinuncia alla pretesa ed alla contestazione che rappresentano gli estremi della lite transatta, al fine di evitare che la medesima lite si ripresenti nella sede processuale (v. *retro*).

La resistenza ad ammettere la disponibilità della tutela giurisdizionale tramite la rinuncia alla pretesa ha notevolmente accresciuto la complessità del dibattito teso a qualificare le eccezioni di lite transatta e di compromesso, ed ha

---

della sentenza e del lodo, v. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 177 ss.; ID., *L'articolo 824* bis, cit., 235 ss.

[376] Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 101 ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 28 ss.

[377] CECCHELLA, *L'arbitrato*, cit., 10 ss.

inciso in egual misura sull'elaborazione dell'istituto della cessazione della materia del contendere.

A tale proposito, si è posto in evidenza che l'affermazione della natura di rito del provvedimento di cessazione della materia del contendere impedisce la chiusura definitiva di una vicenda processuale, mantenendo l'incertezza, e con essa una potenziale controversia, sul piano sostanziale. Un simile risultato può evitarsi ove si prospetti, al ricorrere delle stesse fattispecie, una pronuncia del giudice nel merito della domanda, anche quando la lite originariamente dedotta sia venuta meno per la sopravvenienza di una modalità negoziale di composizione della medesima controversia[378].

Per quanto riguarda le manifestazioni di volontà non negoziale dei privati, comprese quelle implicite nei comportamenti non contestativi, inerenti diritti controversi dedotti in giudizio, si è posto in evidenza che la legge assegna a queste un'incidenza processuale relativa al piano probatorio (artt. 1988 e 2730 c.c., e, come si vedrà *infra*, art. 115 c.p.c.) o alla semplificazione dell'accertamento in vista della tutela esecutiva (artt. 186 *bis* e 423 c.p.c.). Se si ritiene che la volontà negoziale delle parti non possa in alcun modo incidere sull'accertamento dei rapporti giuridici controversi, deve limitarsi *sub specie facti* anche la rilevanza processuale delle manifestazioni negoziali, quali transazione e lodo irrituale, e ricondurne gli effetti a quelli di una confessione o di un'ammissione.

D'altra parte, le questioni sorte attorno all'eccezione di transazione e di compromesso e l'elaborazione, nel diritto vivente, di formule atipiche di chiusura del giudizio per sopravvenienza di fattispecie negoziali con cui le parti dispongono del diritto oggetto della lite processuale, lasciano trapelare ulteriori margini per definire l'efficacia processuale del negozio di accertamento, in stretta connessione con il risultato preclusivo insito nella funzione compositiva della lite.

[378] V. *retro* § 14.

CAPITOLO III

L'INCIDENZA PROCESSUALE DEL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO COME EFFETTO ESSENZIALE DELLA FUNZIONE ACCERTATIVA

SOMMARIO 1. Premessa 2. Funzione dell'accertamento negoziale e dichiarazione della norma astratta 3. Funzione dell'accertamento negoziale e posizione della norma concreta 4. Incidenza della verifica storica sulla funzione dell'accertamento 5. Rilevanza del veicolo dell'accertamento 6. Nucleo comune della funzione dell'accertamento 7. L'incidenza processuale del negozio di accertamento sul piano della verifica storica 8. Gli effetti processuali essenziali della funzione dell'accertamento negoziale 9. Incidenza del negozio di accertamento a fondamento dell'eccezione di rito. La rinuncia all'azione 10. Incidenza del negozio di accertamento a fondamento dell'eccezione di merito. L'azione di accertamento negativo del diritto incompatibile 11. Incidenza del negozio di accertamento a fondamento della domanda 12. Effetti processuali del negozio di accertamento stipulato in pendenza del giudizio 13. *(segue)* Il negozio di accertamento sopravvenuto nel giudizio di merito 14. *(segue)* Il negozio di accertamento sopravvenuto nel giudizio di legittimità 15. Incidenza processuale dell'accertamento negoziale affidato al terzo. L'arbitrato irrituale 16. Incidenza del negozio di accertamento sull'arbitrato

1. *Premessa*

Dopo aver prospettato i termini di incidenza sul processo civile di alcune delle dichiarazioni private non negoziali – confessione e ricognizione del debito – e negoziali – transazione e arbitrato irrituale – previste nel nostro ordinamento, occorre affrontare la questione degli effetti processuali del negozio di accertamento.

Dell'istituto *de quo* si è accolto l'inquadramento quale negozio atipico con cui i privati intendono rimuovere lo stato di incertezza che connota il rapporto giuridico di cui sono titolari, tramite la predisposizione di una nuova regolamentazione dell'intero rapporto e/o di alcuni suoi effetti[379].

---

[379] Secondo la nota categoria elaborata da E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padova, 1931, 9; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 25 ss.; M. DI PAOLO, voce *Negozio di accertamento*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, 55 ss.

In qualità di negozio atipico, l'ammissibilità del negozio di accertamento è subordinata al vaglio della meritevolezza della funzione perseguita dalle parti tramite il mezzo negoziale *ex* art. 1322, comma 2, c.c. Da ciò è emerso che presupposto necessario per apprezzare la funzione dell'accertamento negoziale è l'esistenza di uno stato di incertezza obiettivamente percepibile, riconducibile ad un'apparenza giuridica o ad una divergenza di opinioni che rendono plausibile l'insorgenza di uno stato di lite sull'esistenza o la consistenza del rapporto sostanziale[380].

Lo stato di incertezza su cui è destinato ad incidere il negozio di accertamento può inoltre presentarsi in una dimensione obiettiva più evidente e connotata dalla contrapposizione di affermazioni di pretesa e contestazione, a prescindere dalla loro formalizzazione negli atti previsti dalla legge per l'instaurazione del processo. Facendo salve ulteriori specificazioni, si può, dunque, sostenere che anche la transazione appartiene al *genus* dell'accertamento negoziale, di cui si individua la funzione nella fissazione di una norma vincolante al fine di rendere certo un rapporto giuridico[381].

Quanto all'incidenza del negozio di accertamento sul rapporto giuridico sostanziale, si è ritenuto che questa si esprima mediante l'efficacia cd. regolativa, *id est* mediante la posizione di una nuova regolamentazione giuridica inerente il rapporto sostanziale preesistente, il quale si conforma in via immediata alla decisione negoziale. Si tratta di un effetto riconducibile al genere della modificazione *ex* art. 1321 c.c., di cui condivide il carattere reale[382]. Ciò non

---

[380] F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 118 ss.; ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 4 ss.; tra i sostanzialisti cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2011, 355; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 527 ss.; nel senso che l'incertezza non sia presupposto dell'accertamento negoziale né di quello giurisdizionale v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, 10 ss.; ID., *Il negozio di accertamento*, in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli. I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI, F.P. LUISO, IV, Torino, 2005, 19 ss.

[381] Secondo l'impostazione di ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 25, fondata sulla disciplina della transazione recata nel § 779 *BGB*, che prevede espressamente l'incertezza come presupposto della transazione; v. *retro* Cap. I, §§ 4, 5.

[382] A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Roma, 1970, 139 ss.; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, 589 ss.; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 597 ss.;

significa, invece, che il negozio di accertamento produca effetti reali, poiché le conseguenze sul piano degli spostamenti patrimoniali sono meramente eventuali e dipendono dall'effettiva modificazione prodottasi nella sfera giuridica delle parti rispetto alla situazione preesistente; quest'ultima diventa, peraltro, irrilevante a seguito dell'accertamento stesso[383].

La funzione causale dell'accertamento su cui si regge l'effetto regolativo esprime, dunque, una «competenza normativa» dei privati tesa alla qualificazione e disciplina dei fatti giuridicamente rilevanti[384], che pone in rilievo la relazione di diretta consequenzialità sussistente tra lo stato di incertezza in cui versa il rapporto giuridico e l'idoneità alla produzione degli effetti sul piano sostanziale[385].

Dalla descrizione degli effetti sostanziali del negozio di accertamento emerge, peraltro, un quadro non esaustivo. Posto che la condizione di ammissibilità del negozio di accertamento è il perseguimento effettivo di una

---

sull'affermazione dell'efficacia regolativa del negozio di accertamento v. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 26, secondo cui la definizione negoziale di cui all'art. 1098 c.c. 1865 comprende «il negozio bilaterale volto a regolare non meno che quello volto a costituire un vincolo tra le parti».

[383] LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, loc. cit.; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, loc. cit.; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 597 ss.

[384] Sull'importanza della distinzione dell'effetto regolativo dalla modificazione *tout court* al fine di evitare che il negozio di accertamento sfoci in una forma di astrazione negoziale, v. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 38 ss., in particolare 47 ss.; FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., 35; M. GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., VI, Milano, 1960, 571 ss.; A.P. UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011, 106; EAD., *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*, Torino, 2002, *passim*; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, 35; E. PAOLINI, *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, in *Contr*., 1996, 519; BIANCA, *Il contratto*, cit., 526 s.; *contra* R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, 132 ss.; Cass., 18 giugno 2003, n. 9687. La differenza dalla sostituzione emerge anche dal fatto che il rapporto giuridico preesistente mantiene la propria rilevanza rispetto agli elementi che non sono stati oggetto di accertamento e regolazione, v. LENER, *op. cit.*, 61 ss.; v. anche M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 720 ss.

[385] La rilevanza del presupposto di fatto del negozio di accertamento è tale che, se la situazione giuridica oggetto di accertamento fosse certa o inesistente, il negozio di accertamento sarebbe affetto da nullità, v. Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Foro it.*, 1985, I, 238 ss., con nota di C. GRANELLI, *Dichiarazioni ricognitive della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*; GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, 38 ss., 101 ss.; ID., voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, cit., 571 ss.

funzione socialmente meritevole di tutela, gli effetti del negozio dovrebbero apparire, almeno astrattamente, idonei al soddisfacimento di tale funzione. In altri termini, la condizione di ammissibilità del negozio di accertamento è che questo produca effetti che assicurino compiutamente il superamento della situazione di incertezza, in modo da assicurare il risultato di prevenzione di una lite eventuale – o di composizione di una lite attuale – sul rapporto giuridico accertato, anche nell'eventualità che una parte si sottragga al vincolo negoziale.

La direttrice che si intende seguire nello studio degli effetti processuali del negozio di accertamento è improntata all'accoglimento della tesi dell'efficacia preclusiva insita nell'attività dell'accertamento[386]. L'effetto preclusivo descrive infatti la tendenza dell'atto accertativo a determinare una situazione giuridica la cui validità e la cui efficacia prescindono dalla conformità o difformità rispetto alla situazione preesistente; ciò determina l'irrilevanza delle contestazioni inerenti il rapporto giuridico nella configurazione espressa dalla regolamentazione accertativa[387].

La descrizione in termini generali dell'effetto preclusivo lascia emergere uno dei caratteri essenziali della funzione dell'accertamento negoziale, destinati ad incidere in modo significativo sul piano processuale. Come si vedrà *amplius* a breve, per ritenersi effettivamente raggiunto lo scopo negoziale, l'impedimento delle contestazioni può essere garantito nell'ordinamento soltanto ammettendo che esso si traduca in un'ulteriore preclusione, volta ad escludere l'accertamento della fondatezza delle contestazioni stesse. In questo senso, inizia a delinearsi un primo aspetto dell'incidenza del negozio di accertamento sul processo, poiché è proprio sul piano processuale che è destinato a spiegarsi il risvolto della funzione accertativa che possiamo definire *negativo*[388].

---

[386] V. *retro* Cap. I, § 10.

[387] V. A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir*., I, Milano, 1958, 205 ss.

[388] In modo non dissimile dalla concezione delle contestazioni avverso l'accertamento rappresentato dalla cosa giudicata, le quali vanno intese alla stregua di mera «resistenza impotente» e non come violazioni giuridicamente rilevanti, CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 89.

2. *Funzione dell'accertamento negoziale e dichiarazione della norma astratta*

Prima di procedere nell'indagine appare determinante chiarire in quale accezione ci si può riferire alla funzione dell'accertamento negoziale. Secondo una tradizionale impostazione – che ha avuto preminente rilevanza all'interno del dibattito inerente alle conseguenze della natura negoziale dell'arbitrato irrituale sulla qualificazione della relativa decisione in termini di accertamento – l'unica forma di accertamento giuridicamente rilevante dei rapporti sostanziali è quella risultante dall'attività di giudizio espressamente disciplinata dalla legge nell'ordinamento processuale[389].

In tal senso, la funzione essenziale dell'accertamento consiste nel giudizio di individuazione della norma generale e astratta applicabile alla fattispecie giuridica in forma di comando o norma concreta, avente, per questo, natura derivata[390]. Soltanto il giudicato, che delinea l'efficacia dell'accertamento giurisdizionale secondo il combinato disposto degli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c., è compatibile con una simile attività di giudizio, ossia l'attività dichiarativa del diritto applicabile alla fattispecie sostanziale[391].

In questa accezione, l'accertamento coincide con l'attività ontologicamente condizionata allo svolgimento di un giudizio di diritto e culminante in un comando «necessitato» in quanto conforme all'attività di individuazione e posizione di una norma astratta preesistente[392].

A differenza della disciplina processuale, nell'ambito della formazione del negozio giuridico la legge non prevede alcuna attività preordinata all'individuazione ed applicazione della norma in cui si concreta il comando negoziale. L'unica forma di giudizio rilevante al fine della posizione della norma

---

[389] V. *retro* Cap. II, §§ 17 ss.

[390] Sul fondamento costituzionale del principio di legalità di cui agli artt. 24, comma 1, e 101, comma 2, Cost. e la concezione del giudice come «prolungamento necessario della legislazione» v. A. MICHELI, *«Jura novit curia»*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 575 ss., 597; per ulteriori approfondimenti si rinvia a A. CARRATTA, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011, 233 ss.

[391] BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 705 ss.; C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993, (rist.), 43 ss.

[392] BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 707 ss.

negoziale si desume infatti dalle disposizioni in tema di annullabilità per errore essenziale di cui agli artt. 1428 e 1429 c.c., che implicano esclusivamente lo svolgimento di un giudizio inerente alla valutazione degli interessi posti a fondamento della decisione negoziale.

Da ciò deriva che l'attività negoziale rappresenta ontologicamente l'espressione in forma di comando di una norma concreta, la cui individuazione ha carattere libero e non derivato[393].

Muovendo da questa impostazione, risulta arduo discutere del negozio di accertamento senza incorrere in una *contradictio in adiecto*, poiché in assenza di un dato positivo che individui una relazione di consequenzialità tra il giudizio svolto dai privati ed il comando espresso dal negozio, non si giustifica il ricorso all'accertamento negoziale[394]. In altri termini, se il negozio si risolve necessariamente nell'imposizione di una norma concreta, non derivata giuridicamente, l'attività di accertamento non ha, rispetto ad esso, natura ontologicamente condizionante, ma rileva alla stregua di un semplice motivo che anima le parti[395].

3. *Funzione dell'accertamento negoziale e posizione della norma concreta*

Prima di abbandonare la prospettiva dell'accertamento negoziale, occorre verificare se, da una diversa angolazione, risulti possibile giustificare la presenza dell'istituto *de quo* nell'ordinamento.

Nonostante sia pacifica l'individuazione del fondamento della funzione giurisdizionale nel potere/dovere del giudice di decidere la controversia

---

[393] A conferma di ciò, il rilievo dell'inesistenza del concetto di contratto ingiusto, BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, loc. cit.

[394] *Ex multis* v. F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 4 ss.; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1970, 177 ss. e gli ulteriori riferimenti di cui al Cap. I, § 8; BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, loc. cit., ove si rileva che nemmeno nel giudizio dell'arbitratore sarebbe ravvisabile un'attività di giudizio equiparabile a quella processuale, se non per il fatto che entrambi risolvono una contrapposizione di interessi in posizione di terzietà rispetto ad essa.

[395] BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 717 ss.

applicando le norme di diritto sostanziale *ex* art. 113, comma 1, c.p.c.[396], deve valutarsi se le eccezioni previste dalla legge a tale principio interrompano la relazione necessaria tra accertamento giurisdizionale e giudizio di diritto.

Ci si riferisce all'eventualità, espressamente prevista dal legislatore in via residuale, che il potere decisorio del giudice segua un criterio di giudizio diverso dall'applicazione delle norme generali e astratte di diritto sostanziale, qual è il criterio fondato sull'equità. Pur non potendosi approfondire, in questa sede, le complesse questioni sottese all'interpretazione del giudizio secondo equità[397], occorre considerare che le disposizioni di cui agli artt. 113, comma 2, e 114 c.p.c. esprimono una deroga al principio di legalità delle decisioni giudiziali, in modo da interrompere una corrispondenza altrimenti biunivoca tra l'accertamento giurisdizionale e l'attività di giudizio dichiarativa della norma astratta preesistente di diritto sostanziale.

Per comprendere la portata di tale affermazione, occorre ricordare la distinzione tra le nozioni di «equità generale» ed «equità particolare».

Nella prima accezione l'equità è stata definita come un insieme di regole appartenenti al novero delle fonti di produzione poste a fondamento della decisione giudiziale; in questo senso, la pronuncia secondo equità sarebbe comunque espressione di una norma di diritto sostanziale, come «fonte del diritto … *allo stato inorganico* che il giudice è chiamato a riconoscere ed applicare»[398].

Nel nostro ordinamento, tuttavia, il riferimento all'equità come criterio generale integralmente sostitutivo del principio di legalità è contrario ai principi costituzionali garantiti dagli artt. 24, 101 e 111 Cost.[399]; né sarebbe ammissibile

---

[396] In tal senso v. MICHELI, «*Jura novit curia*», cit., 575 ss.; S. SATTA, «*Jura novit curia*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 380 ss.; ALLORIO, *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 207 ss.; M. TARUFFO (-L.P. COMOGLIO, C. FERRI), *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2011, 28 ss.; R. NEUNER, *Privatrecht und Prozessrecht*, Aalen, 1970, 1 ss.

[397] Per le quali si rinvia a CARRATTA, *Poteri del giudice*, cit., 295 ss.

[398] G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 75 ss.; P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale dell'equità*, in ID., *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1957, 26 ss.; per ulteriori approfondimenti v. CARRATTA, *Poteri del giudice*, loc. cit.

[399] CARRATTA, *Poteri del giudice*, cit., 297 ss.

riconoscere alle regole equitative la natura di fonti del diritto, trattandosi di norme non riconoscibili oggettivamente[400].

Può quindi escludersi che l'equità rappresenti una fonte di diritto sostanziale, ed interpretarsi il riferimento contenuto negli artt. 113, comma 2, e 114 c.p.c. come un criterio particolare, fondato su un giudizio di valore emergente dalla «coscienza normativa» del giudicante[401]. Nei casi espressamente previsti dalla legge o su richiesta concorde delle parti, questo criterio può sostituirsi al canone di decisione improntato all'applicazione delle regole di diritto.

Muovendo da tale definizione, può affermarsi che l'applicazione del criterio di equità a fondamento della decisione giudiziale genera una sentenza non avente carattere dichiarativo, in quanto il comando che ne risulta prescinde dall'applicazione di regole di diritto e pone una norma concreta non derivata da una norma preesistente, generale ed astratta[402]. Eppure, secondo la prevalente interpretazione, non si dubita che la sentenza che ha deciso la controversia giuridica secondo equità sia espressione della funzione giurisdizionale e sia idonea a produrre l'accertamento vincolante «a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa» proprio del giudicato sostanziale *ex* art. 2909 c.c.[403]

Con queste riflessioni non si intende negare che l'essenza della funzione giurisdizionale sia espressa dal principio di legalità sotteso al potere/dovere del giudice di decidere la controversia applicando le norme di diritto sostanziale

---

[400] CARRATTA, *Poteri del giudice*, loc. cit.; C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, 262 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1964, 1955, 38 ss.; SALV. ROMANO, voce *Equità: Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 87 ss.

[401] DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., 158 ss., 207 ss.; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale*, I, Padova, 2015, 258 ss.; E.F. RICCI, *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 393 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2003, I, 112 ss.

[402] V. ampiamente CARRATTA, *Poteri del giudice*, cit., 304; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 50 ss.; nel senso che la pronuncia secondo equità comporta necessariamente una modificazione della realtà giuridica sostanziale, al punto da doversi negare l'idoneità di tale pronuncia alla cosa giudicata, v. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1997, 115 ss.

[403] CARRATTA, *Poteri del giudice*, cit., 329; M. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *La tutela dei diritti. Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, IV, Bologna, 1953, 309 ss.; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, I, 2, Torino, 1973, 1286 ss.; *contra* ATTARDI, *Diritto processuale civile*, loc. cit.

secondo l'art. 113, comma 1, c.p.c.[404] Né potrebbe essere diversamente, dato che l'impronta dell'ordinamento processuale ai principi di legalità e di uguaglianza ha fondamento negli artt. 101 e 3 Cost.; per questo motivo, considerato il rischio di deriva arbitraria insito nella decisione equitativa, le disposizioni di cui agli artt. 113, comma 2, e 114 c.p.c. devono intendersi in modo eccezionale e non caratterizzante la funzione giurisdizionale.

Ciò che interessa è, invece, mettere in rilievo che dallo stesso ordinamento processuale emerge che non è ontologicamente necessaria la relazione tra accertamento giurisdizionale e contenuto dichiarativo della sentenza; quest'ultima può, infatti, imprimere sulla situazione giuridica sostanziale un comando non derivato senza che ciò intacchi la funzione dell'accertamento di cui all'art. 2909 c.c.

In questo modo, si può rilevare che il carattere dichiarativo della sentenza esprime la portata fondamentale del principio di legalità nell'ordinamento processuale, mentre l'accertamento vincolante che costituisce la cosa giudicata esprime l'idoneità della decisione giudiziale ad imporre un comando certo sulla situazione giuridica sostanziale, a prescindere dal criterio di giudizio della decisione applicato dal giudice, purché siano rispettati i limiti imposti dalla legge[405].

4. *Incidenza della verifica storica sulla funzione dell'accertamento*

L'attività ontologicamente essenziale dell'accertamento giurisdizionale consiste, dunque, nella rimozione dell'incertezza dalla situazione giuridica devoluta alla cognizione del giudice, tramite la fissazione vincolante della norma concretamente applicabile[406].

---

[404] Sulla definizione e l'origine del concetto di equità come «giustizia del caso concreto», v. V. FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 69 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 447 ss.

[405] DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., 252 ss.; V. DENTI, *Contributo allo studio del giudizio di equità*, Pavia, 1944, 72 ss.; SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 308; CARRATTA, *Poteri del giudice*, loc. cit.

[406] CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., II, 402 ss.; ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Nss. D. I.*, IV, Torino, 1959, 16 ss.; ALLORIO,

Coerentemente a tale impostazione, e come anticipato nel corso del presente studio, non sembra appartenere al nucleo essenziale della funzione dell'accertamento giurisdizionale nemmeno l'attività di verifica storica, ovvero l'indagine avente ad oggetto la realtà giuridica preesistente[407].

È pur vero che l'accertamento giurisdizionale costituisce il risultato di un'attività scandita da norme preposte a garanzia di un sufficiente grado di approfondimento dell'indagine inerente ai fatti storici, come dimostrano le previsioni riguardanti il regime delle prove liberamente valutabili dal giudice e quelle relative all'eventualità dello svolgimento di un doppio grado di giudizio di merito; si tratta, tuttavia, di elementi riconducibili alla discrezionalità del legislatore, connaturati all'origine processuale dell'accertamento giurisdizionale[408].

Su queste premesse, si concorda con l'impostazione secondo cui il risultato della fissazione dei fatti materiali secondo verità è perseguito dall'ordinamento processuale come fine tendenziale ma non è da questo garantito in modo assoluto[409].

A nostro avviso, l'autonomia ontologica dell'accertamento giurisdizionale dal criterio di giudizio di diritto e dal procedimento di verifica storica della realtà materiale consente di condividere la conclusione favorevole al riconoscimento dell'accertamento negoziale nel nostro ordinamento. Non sembra che vi sia motivo di escludere che i privati possano vincolarsi reciprocamente ad un giudizio su quella che ritengono la modalità di prevenzione o composizione della controversia più giusta secondo diritto o secondo equità, nel rispetto delle

---

Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato, in *Problemi di diritto*, II, cit., 123 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 60 ss.

[407] CARNELUTTI, *La prova civile*, ristampa, Milano, 1992, 18 ss.; FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., 9 ss.; v. *retro* Cap. I, § 13.

[408] FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, loc. cit.; si veda, ad esempio, la conclusione sulla natura della confessione stragiudiziale di cui al Cap. II, §§ 2, 3.

[409] CARNELUTTI, *La prova civile*, loc. cit.; G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, III, 12 ss.; V. ANDRIOLI, voce *Confessione*, cit., 10 ss.; sostiene la distinzione tra accertamento come attività, corrispondente al processo di ricerca della verità materiale, e accertamento come risultato, corrispondente alla fissazione, con la precisazione che i due concetti possono esistere anche disgiuntamente, FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 75 ss.

condizioni previste dalla legge per la manifestazione dell'autonomia negoziale[410]. Tali condizioni sono necessariamente distinte da quelle che reggono l'accertamento giurisdizionale, il quale esprime una funzione pubblicistica informata ai principi costituzionali di uguaglianza, legalità e del giusto processo (v. *supra*).

Può affermarsi, dunque, che stipulando il negozio di accertamento, le parti individuano la norma concretamente applicabile al rapporto giuridico di cui sono titolari allo scopo di renderne certa l'esistenza e/o la consistenza. A tal fine, se tale funzione è ammissibile in quanto socialmente utile, è indifferente che le parti svolgano un giudizio fondato sull'individuazione e applicazione della norma generale e astratta. Ciò in quanto per l'ordinamento non è rilevante il criterio con cui si stabilisce il contenuto del negozio giuridico, bensì che questo rispetti i limiti imposti dalle norme imperative e che sia provvisto dei requisiti previsti a pena di nullità dall'art. 1418 c.c.

La conclusione sostenuta trae conferma dalla disciplina della transazione, che abbiamo ricondotto al *genus* dell'accertamento negoziale, ossia alla funzione *lato sensu* dichiarativa intesa come capacità di fissare un «chiarimento di rapporti giuridici, sino a quel momento dubbi»[411].

L'art. 1965 c.c. dimostra, infatti, l'irrilevanza del giudizio di diritto come criterio della soluzione transattiva, poiché imponendo l'*aliquid datum et aliquid retentum* come strumento di composizione della lite, l'ordinamento ammette che il rapporto sia accertato – e la lite composta o prevenuta – a prescindere dal giudizio di diritto finalizzato all'individuazione della norma astrattamente applicabile al rapporto controverso[412].

Se si concorda sulla meritevolezza, secondo i parametri dell'ordinamento, dello scopo negoziale di imprimere certezza al rapporto giuridico, come sembra

---

[410] L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, Padova, 2001, 1163 ss.; C.A. NICOLETTI, *Alcune considerazioni attorno ai rapporti tra «negozio» e «processo»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1494 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, in *Annali dell'Università di Messina*, 1932-33, 409 ss.

[411] ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 26, nota 52.

[412] In relazione alla transazione, cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 180 ss.

dimostrare la previsione della transazione, può ammettersi che tale funzione sia perseguita anche tramite un negozio di accertamento che, senza la mediazione delle reciproche concessioni, individua la norma concretamente applicabile al rapporto giuridico incerto. Nell'attività negoziale è indifferente, invece, che l'individuazione di tale norma sia condotta attraverso un giudizio che tenga conto della norma generale astrattamente applicabile alla fattispecie concreta[413]. Si avrà modo di approfondire come ciò influisca sul processo avente ad oggetto un diritto derivante dal rapporto giuridico accertato negozialmente (v. *infra*).

5. *Rilevanza del veicolo dell'accertamento*

L'effetto comune dell'accertamento nella manifestazione con modalità giurisdizionali o negoziali è rappresentato dall'individuazione e fissazione di una norma concreta in relazione ad una situazione giuridica sostanziale, tramite la sovrapposizione di una regolamentazione giuridica certa e vincolante a quella preesistente e incerta[414].

Resta inteso che il vincolo derivante dall'accertamento giurisdizionale manifesta una diversa e maggiore intensità rispetto a quello espresso dal negozio di accertamento; si ritiene, però, che tale differenza abbia origine nel diverso regime giuridico del veicolo scelto dalle parti per conseguire l'accertamento del rapporto sostanziale incerto[415].

Per tale motivo, non si dubita che la scelta a favore dell'accertamento giurisdizionale, in cui risulta una spiccata propensione alla verifica storica sottesa alla realtà giuridica materiale, nonché l'impronta del principio di legalità come regola generale (v. *supra*), assicuri alle parti un risultato accertativo connotato da

---

[413] MONTESANO, ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, loc. cit.; sulla funzione della transazione nel senso riportato nel testo, v. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 186 ss.; FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 205 ss.; va invece esclusa la natura dichiarativa del negozio di accertamento se si intende la dichiaratività come negazione del carattere dispositivo, su cui v. F. CARRESI, *La transazione*, Torino, rist., 1966, 75 ss.; A. BUTERA, *Delle transazioni*, in *La definizione dei rapporti incerti*, I, Torino, 1933, 311 ss.; per ulteriori riferimenti a tale contrapposizione v. *retro* al Cap. I, §§ 7, 8.

[414] ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, cit., 55 ss.; ID., *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, *ivi*, 123 ss.

[415] FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., 36 ss.

un maggiore approfondimento e da una maggiore stabilità rispetto al vincolo apposto in forma negoziale.

In questa direzione, emerge che l'unico limite al criterio di giudizio posto a fondamento dell'accertamento giurisdizionale è quello rinvenibile nell'art. 113, comma 1, c.p.c., *id est* l'aderenza al principio di legalità, e, solo in casi eccezionali, si ammette l'applicazione alla fattispecie giuridica di una norma libera e non derivata. Il contenuto dell'accertamento negoziale incontra invece i limiti inerenti il rispetto delle nome imperative, tra cui espressamente si impone il rispetto della liceità della causa e dell'oggetto, nonché delle norme inderogabili di ordine pubblico, tra cui il limite rappresentato dall'indisponibilità di situazioni giuridiche determinate ad opera dei privati.

Una differenza parimenti rilevante si coglie sul piano dei presupposti richiesti per accedere all'accertamento con modalità giurisdizionali rispetto al presupposto dell'accertamento negoziale. Si è più volte affermato, nel corso dello studio, che il presupposto minimo per cogliere la meritevolezza della funzione dell'accertamento negoziale è l'esistenza di uno stato di incertezza percepibile, ancorché non sfociato in una lite, potenziale o attuale, e determinato da una situazione di apparenza giuridica o da una mera divergenza di opinioni circa l'esistenza o la consistenza del rapporto giuridico soggettivo[416]. Poiché la funzione dell'accertamento negoziale è perseguibile dai privati con un mezzo cd. atipico, il presupposto per apprezzarne gli effetti può individuarsi anche in una generica situazione di incertezza soggettiva.

Diversamente, se le parti intendono conseguire lo stato di certezza del rapporto giuridico mediante l'accertamento di carattere giurisdizionale, mettendo in moto il mezzo processuale, si attiva il funzionamento di una risorsa avente carattere pubblicistico. In questo caso, la funzione di accertamento non coinvolge un potere privato in una sua manifestazione atipica, bensì avvia la serie procedimentale tipica predisposta dallo Stato per far fronte al dovere di garantire

[416] CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., 118 ss.; ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., 4 ss.; *contra* nel senso che l'incertezza non sia presupposto dell'accertamento negoziale né di quello giurisdizionale, v. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., 18 ss.

la tutela giurisdizionale dei diritti di cui all'art. 24 Cost. Il corretto funzionamento di tale meccanismo impone, per sua natura, un bilanciamento con il valore rappresentato dalla corretta gestione della risorsa giustizia – espresso e confermato dal novellato art. 111 Cost. – che comporta la necessità di filtrare, in senso lato, l'accesso alla risorsa giurisdizionale tramite l'utilizzo del requisito dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.[417]

È pur vero che, secondo una condivisibile impostazione, va evidenziata una sorta di parallelismo tra la meritevolezza che costituisce il filtro per l'ammissibilità dei contratti atipici *ex* art. 1322, comma 2, c.c. e la meritevolezza espressa dall'interesse ad agire, ma si tratta di un confronto di carattere descrittivo, relativamente al margine di concreta utilità che deve caratterizzare l'esercizio dell'azione così come la spendita del potere negoziale[418].

Dal punto di vista contenutistico, invece, la portata di tale comparazione si attenua: la legge richiede, infatti, tra le condizioni dell'azione, la sussistenza di un «interesse», ossia di un bisogno di tutela giurisdizionale – secondo la letterale traduzione del *Rechtsschutzbedürfnis* tedesco – che deve emergere dall'affermazione dei fatti costitutivi e lesivi del diritto[419], gli interpreti hanno individuato il requisito per accedere alla tutela giurisdizionale in via di

---

[417] Sulla ricostruzione della funzione di filtro dell'interesse ad agire v. M.F. GHIRGA *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, specc. 139 ss.

[418] Sul superamento dell'orientamento secondo il quale negli atti processuali l'aspetto finalistico soggettivo sarebbe assorbito dallo scopo oggettivo che ispira la disciplina delle forme, GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., 157 ss.; sulla contrapposizione alla meritevolezza della figura dell'abuso della tutela, v. G. NICOTINA, *L'abuso nel processo civile*, Roma, 2005, *passim*.

[419] V. *ex multis* CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano 1993, 46; MONTESANO, voce *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 2 ss.; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 70 s.; ID., voce *Interesse ad agire*, in *Nss. D. I.*, VIII, Torino, 1962, 842 ss.; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983; ID., voce *Interesse ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 8 ss.; A. NASI, voce *Interesse ad agire*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, 28 ss.; nel senso che il riferimento all'interesse ad agire non abbia valore precettivo, cfr. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, 3 ed. a cura di T. CARNACINI, M. VELLANI, Milano 1980, 67 ss.; ma v. anche L. LANFRANCHI, *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, I, 1133 ss.; ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Problemi di diritto*, I, cit., 227 ss.; E. GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, 316 ss.; in senso critico rispetto alle prevalenti ricostruzioni dell'istituto, v. M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 98 ss.

accertamento mero nella sussistenza di uno stato di incertezza maggiormente definito rispetto a quello su cui può incidere, meritevolmente, il negozio di accertamento.

In particolare, la specificazione dell'interesse ad agire in via di mero accertamento, che certamente prescinde dall'affermazione dei fatti lesivi del diritto[420], muove dall'impostazione chiovendiana secondo cui questo dipende dallo «stato di incertezza pregiudizievole»[421], che, come si è in seguito precisato, deve risultare dalla domanda come uno stato di incertezza giuridica obiettiva circa l'esistenza della situazione sostanziale dedotta in giudizio, manifestantesi «in fatti esteriori tali da rendere incerta la volontà concreta della legge alla mente di ogni persona normale»[422].

Non rileva, dunque, l'incertezza relativa alla semplice condizione psicologica della parte, ma quella riscontrabile «nell'impossibilità o nella difficoltà di conoscere la *regula agendi* appropriata al caso di specie»[423], a causa di una contestazione o di un vanto che siano sufficientemente consistenti e seri.

L'ordinamento processuale assicura, inoltre, una maggiore stabilità dell'accertamento giurisdizionale rispetto a quello negoziale. Così, mentre le cause di invalidità della sentenza sono rilevanti soltanto nella fase antecedente alla formazione del giudicato *ex* art. 161, comma 1, c.p.c., nella fase a questo successiva possono venire in rilievo soltanto le cause di annullamento riconducibili ai motivi espressamente previsti a fondamento delle impugnazioni straordinarie di cui agli artt. 395, comma 1, nn. 1, 2, 3 e 6, e 404 c.p.c.

---

[420] Ma non dei fatti costitutivi, cfr. *ex multis* Cass. 24 giugno 1995, n. 7196, in quanto il diritto di cui si chiede l'accertamento deve comunque essere prospettato come esistente.

[421] Posto in relazione alla «certezza del diritto nell'opinione comune» come bene autonomamente meritevole di tutela, CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, cit., 46

[422] ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 158 ss.

[423] SASSANI, voce *Interesse ad agire*, cit., 8 ss.; cfr. *ex multis* Trib. Firenze 3 agosto 1990, in Rep. *Foro it.*, 1991, voce *Procedimento civile*, n. 107, per cui «è inammissibile la domanda giudiziale volta all'accertamento di un fatto, strumentale rispetto all'esercizio eventuale di un'altra azione diretta alla tutela di un diritto; per il nostro ordinamento giuridico perché sorga l'esigenza della tutela giurisdizionale attraverso l'azione di accertamento non è sufficiente lo stato di incertezza delle parti circa la portata dei loro diritti in base alla legge o al contratto (incertezza questa che può essere eliminata solo stragiudizialmente mediante un negozio di accertamento)».

L'accertamento negoziale è invece costantemente soggetto al rilievo delle cause di nullità (art. 1422 c.c.) e delle cause di annullabilità entro il termine di prescrizione quinquennale (art. 1442 c.c.), nonché, senza limiti temporali, alla possibilità della risoluzione, tramite una manifestazione negoziale di segno inverso ad opera delle parti titolari del rapporto giuridico accertato[424].

Al confine tra gli elementi di differenza e quelli di analogia rinvenibili tra l'accertamento conseguito con il mezzo negoziale e quello risultante dal provvedimento giurisdizionale si pone l'aspetto dell'efficacia soggettiva dell'accertamento.

Il vincolo derivante dal negozio di accertamento, quale risultato di una manifestazione di volontà consensuale, è informato al principio generale su cui si regge il relativo potere, secondo cui il negozio spiega effetti soltanto nei confronti delle parti che abbiano espresso la propria volontà tramite la manifestazione del consenso.

L'efficacia soggettiva dell'accertamento giurisdizionale prescinde invece dal consenso dei destinatari, ha valore *erga omnes* – seppure come sentenza tra le parti – e vincola i soggetti titolari della situazione giuridica sostanziale accertata a prescindere dal fatto che questi abbiano partecipato alla formazione della decisione processuale (cd. parti in senso sostanziale), ivi compresi i soggetti che sono stati «sostituiti» in giudizio per effetto della legittimazione straordinaria *ex* art. 81 c.p.c.[425]

A prescindere dalla partecipazione alla formazione dell'atto di accertamento, emergono, invece, significativi elementi di contatto tra le modalità accertative ora in comparazione, relativi alla soggezione al vincolo accertativo di soggetti diversi rispetto alle parti che hanno fatto ricorso all'accertamento.

Rispetto alla regola generale secondo cui il negozio di accertamento non spiega effetti nei confronti dei terzi che non abbiano partecipato alla formazione

---

[424] Per ulteriori approfondimenti si rinvia a ROPPO, *Il contratto*, cit., 795 ss.

[425] *Ex pluribus* cfr. F. CARPI, *Sull'efficacia «ultra partes» del giudicato civile*, Milano, 1974, 305 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1947, 378 ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 87 ss.; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, 102 ss.; F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, 84 ss.

della decisione negoziale *ex* art. 1372 c.c., può infatti rilevarsi che, almeno in due occasioni, l'ambito dell'efficacia soggettiva dell'accertamento negoziale è equiparabile a quello di cui all'art. 2909 c.c.

Così, come l'accertamento giurisdizionale vincola anche eredi ed aventi causa che abbiano un titolo posteriore alla formazione del giudicato *ex* art. 2909 c.c.[426], è pacifico che gli stessi soggetti siano destinati a soggiacere anche alla regola imposta dall'accertamento negoziale. Resta inteso che i soggetti che succedono nella titolarità del rapporto giuridico accertato sono soggetti al vincolo negoziale *ex* art. 1372 c.c. ma, nel contempo, diventano titolari della facoltà di scioglimento dello stesso[427].

Analogamente può sostenersi, a nostro parere, l'equiparazione dell'efficacia soggettiva dei diversi mezzi di accertamento nei confronti dei soggetti terzi il cui titolo sia in rapporto di pregiudizialità-dipendenza rispetto a quello accertato e si sia formato successivamente all'accertamento[428]. Come si avrà modo di esporre a breve, infatti, l'accertamento del rapporto giuridico, anche quando ha natura negoziale, è per sua natura idoneo a conformare immediatamente il rapporto giuridico sostanziale e precludere diverse configurazioni dello stesso, e ciò vale a prescindere dal soggetto che intenda farne valere gli effetti giuridici.

Ma tale equiparazione vale, seppur in negativo, anche nei confronti dei terzi aventi un titolo anteriore alla formazione dell'atto di accertamento. Come è indiscutibile che questi non risentano degli effetti dell'accertamento negoziale, in linea teorica sono immuni anche dagli effetti della sentenza emessa *inter alios* in un procedimento instaurato successivamente alla formazione del loro titolo.

---

[426] V. ulteriori riferimenti in C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, 172 ss.

[427] F. PADOVINI, *Rapporti contrattuali e successione per causa di morte*, Milano, 1990.

[428] Come conseguenza dell'estensione oggettiva del giudicato e nel rispetto dei limiti della retroattività della decisione giudiziaria, v. ALLORIO, *Trent'anni di applicazione del cod. proc. civ.*, saggio introduttivo al *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, I, Torino, 1973; ID., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 262 ss.; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, loc. cit.; LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, loc. cit.; *contra* E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, 441 ss. A queste ipotesi si aggiungono i casi di estensione soggettiva espressamente previsti dalla legge, anche *secundum eventum litis*, come l'ipotesi di cui all'art. 1306, comma 2, c.c.

A fronte della regola generale, va fatto salvo il caso in cui il terzo sia chiamato a partecipare al giudizio acquisendo il ruolo di parte cd. in senso processuale nel rispetto del principio del contraddittorio. Può concludersi, dunque, che «gli unici casi nei quali è giustificato che una sentenza produca effetti nei confronti di terzi, qualora il titolo da cui nascono i loro diritti o gli obblighi sia antecedente alla proposizione della domanda, si hanno quando è lo stesso diritto sostanziale a costruire la posizione di costoro come esposta alle modifiche della situazione pregiudiziale, da qualunque fonte esse siano prodotte … tanto dalla sentenza pronunciata nei confronti delle parti del rapporto pregiudiziale, quanto dal contratto da esse stipulato e che quel rapporto pregiudiziale abbia ad oggetto»[429].

6. *Nucleo comune della funzione dell'accertamento*

Come premesso, è possibile evidenziare dei tratti comuni tra il vincolo derivante dall'accertamento negoziale e quello espresso in sede processuale.

Ci si riferisce a quanto emerso nell'ambito degli studi relativi all'efficacia del lodo arbitrale nella sua accezione privatistico-negoziale. In questo senso si è rilevato che, come l'accertamento giurisdizionale, anche il mezzo negoziale avente funzione di composizione della lite è idoneo a determinare l'accertamento del rapporto giuridico fondamentale da cui ha origine il diritto controverso[430].

La tesi muove dal presupposto secondo cui l'effetto vincolante del giudicato in ordine all'accertamento del rapporto giuridico fondamentale non è dovuto alla natura pubblicistico-autoritativa del potere giudiziale, ma alla necessità per l'ordinamento di garantire che le statuizioni relative ai diversi effetti giuridici del medesimo rapporto siano tra loro coordinate.

Si mette in rilievo che se tale efficacia deriva dall'idoneità del mezzo processuale alla composizione della controversia, la stessa va riconosciuta ai

[429] LUISO, *L'articolo 824* bis *c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, 235 ss., spec. § 6; ID., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, loc. cit., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

[430] LUISO, *L'articolo 824* bis *c.p.c.*, cit., § 4; v. anche BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, 166 ss.; *contra* F. AULETTA, *Art. 824*-bis, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, 427 ss.

negozi giuridici con cui i privati perseguono il medesimo scopo, tra cui la transazione ed il patto compromissorio arbitrale, restando fermo il limite derivante dall'efficacia soggettiva della manifestazione negoziale[431].

Se si concorda con il presupposto funzionale da cui è partita la nostra indagine, per cui la transazione persegue il medesimo scopo dell'accertamento negoziale, di porre in essere un «chiarimento di rapporti giuridici, sino a quel momento dubbi»[432], si può estendere l'effetto *de quo* al negozio di accertamento.

Individuata la funzione accertativa nel superamento definitivo dello stato di incertezza tramite la fissazione di una regolamentazione sostitutiva e non contestabile – per via dell'effetto preclusivo – del rapporto giuridico incerto, si ritiene che quando l'accertamento negoziale ha ad oggetto non l'esistenza del rapporto giuridico fondamentale, ma la sua consistenza e, dunque, alcuni suoi effetti giuridici[433], la configurazione del rapporto così come risultante dal negozio di accertamento non possa porsi nuovamente in discussione tra le parti, nel momento in cui sorga un contrasto sull'esistenza di effetti giuridici diversi da quelli accertati in via negoziale[434].

Poiché «non è il tipo di potere esercitato (ed in virtù del quale tale atto è vincolante) che produce l'effetto riflesso, ma il contenuto dell'atto»[435], è

---

[431] LUISO, *L'articolo 824* bis *c.p.c.*, loc. cit.

[432] ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 26, nota 52.

[433] Si pensi, a titolo di esempio, al negozio di accertamento con cui le parti stabiliscono che sia dovuta una determinata somma, e che questa abbia fondamento in un contratto di locazione.

[434] Ciò in quanto «quando le parti disciplinano negozialmente uno degli effetti del rapporto, anche gli altri effetti si coordinano alla disciplina del primo», LUISO, *L'articolo 824* bis *c.p.c.*, loc. cit.

[435] LUISO, *L'articolo 824* bis *c.p.c.*, loc. cit., ove approfonditi richiami all'impostazione contraria di C. PUNZI, *«Efficacia di sentenza» del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005, 829 ss. fondata sulla «irretrattabilità e incontrovertibilità» come tratti esclusivi della sentenza, nello stesso senso v. G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, 722 ss.; nel senso riportato nel testo, v. anche NICOLETTI, *Alcune considerazioni attorno ai rapporti tra «negozio» e «processo»*, cit., 1488 ss., secondo cui «l'accertamento contenuto nella sentenza è relativo agli effetti che alla sentenza sono ricollegati»; FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 82 ss.; per l'impostazione tradizionale, contraria all'accertamento negoziale sul presupposto che l'accertamento non sia vincolante di per sé ma in forza della posizione del soggetto lo pone in essere, v. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, 274 ss.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 113 ss.; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, cit., 87 ss.; E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1991, 21 ss.

necessario riflettere sul nucleo comune della funzione dell'accertamento, fatte salve le rilevanti differenze del regime giuridico del mezzo, giurisdizionale o negoziale, scelto dai privati per conseguire il risultato della certezza del rapporto giuridico.

Tale funzione risulta compiutamente descritta, a nostro avviso, dall'accostamento della transazione al giudicato all'interno della categoria delle *res finitae*, termine con cui si indicano gli istituti aventi la capacità di incidere su una situazione giuridica preesistente in modo da determinare l'esaurimento del rapporto[436].

Com'è stato rilevato da autorevole dottrina, ciò è possibile in quanto sia il giudicato che la transazione incidono sulla situazione giuridica preesistente in modo da diventare l'unica fonte di disciplina del rapporto. Gli effetti giuridici prodotti dal rapporto su cui si è formato il giudicato o la transazione, infatti, non sono più riconducibili alla norma di legge astrattamente applicabile a quel rapporto, bensì alla regolamentazione sostanziale contenuta nel giudicato o nella transazione[437].

Emerge in tal modo la capacità del giudicato e della transazione di recidere il nesso di condizionalità tra la fattispecie concreta e gli effetti giuridici previsti dalla norma astratta in relazione alla medesima fattispecie[438].

Se si condivide il presupposto dell'ammissibilità del negozio di accertamento, deve riconoscersi a questo il medesimo rilievo causale assegnato dalla legge alla transazione ed individuato nel perseguimento dello stato di certezza sul rapporto giuridico. La certezza deriva dal fatto che la norma concretamente individuata in via negoziale è validamente applicata al rapporto

---

[436] L'affermazione si inserisce all'interno dell'approfondito studio dell'efficacia temporale e la resistenza allo *jus superveniens* del giudicato civile, che rappresenta insieme alla transazione il prototipo nonché il fondamento di diritto positivo della categoria delle *res finitae*, v. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 180 ss.; per l'impostazione contraria cfr. R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, 136 ss.

[437] CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 188 ss.

[438] Come dimostra l'art. 1965 c.c. secondo CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, loc. cit.

giuridico, a prescindere dalla conformità ad una norma astratta preesistente, ossia dalla corrispondenza con la realtà materiale e giuridica preesistente[439].

In questo senso, si può affermare che l'effetto regolativo del negozio di accertamento, che individua l'immediata conformazione del rapporto giuridico alla regolamentazione accertativa[440], si giustifica soltanto nella misura in cui la norma concreta imposta con il negozio esprima la volontà negoziale di eliminare lo stato di incertezza dichiarando (in senso atecnico, v. *supra*) la regola ad esso concretamente applicabile[441].

A nostro avviso, l'idoneità del negozio di accertamento a recidere il nesso di condizionalità tra la produzione degli effetti giuridici e la norma astrattamente applicabile al rapporto incerto esprime il risvolto *positivo* essenziale della funzione accertativa e complementare rispetto a quello *negativo*[442].

Dalla natura "bifronte" della funzione di accertamento discende direttamente l'incidenza processuale dell'istituto *de quo*. Nel suo risvolto *negativo*, infatti, esso produce l'effetto preclusivo di ulteriori contestazioni inerenti al rapporto giuridico così come regolamentato dalle parti; ciò si traduce necessariamente nella – ulteriore – preclusione dell'accertamento della fondatezza delle contestazioni ciononostante sollevate. Nel risvolto *positivo*, invece, la

---

[439] CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 188 ss.; MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 268 ss.; G. GITTI, *La transazione*, in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, cit., 86 ss.; cfr. Cass., 7 agosto 1979, n. 4570, in Mass. *Foro it.*, 1979; *contra* nel senso che l'esigenza di certezza giuridica può essere soddisfatta soltanto mediante la dichiarazione giudiziale del diritto, poiché «solo il giudicato crea il fenomeno di soggezione all'accertamento», v. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritti*, cit., 87 ss.; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., 21 ss.

[440] V. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 139 ss.; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 589 ss.

[441] ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 26, nota 52.

[442] In questa direzione, mutuando le conclusioni di CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 188 ss., è dunque possibile individuare un ulteriore effetto comune all'accertamento negoziale e giudiziale nella capacità di resistenza allo *jus superveniens*; sull'efficacia della transazione rispetto allo *jus superveniens* nel diritto romano e nel diritto medievale, v. *retro* Cap. I, §§ 1, 2, ove i riferimenti a C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Berlin, 1840-1852, trad. it. di V. Scialoja, VII, Torino, 1886-1898, 520; CALASSO, *Accertamento negoziale e processuale di diritti nell'Alto medio evo*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1962, IV, 740 ss.; GITTI, *La transazione*, cit., 86; BUTERA, voce *Transazione*, in *Dig. it.*, XXIII, 1, Torino, 1916, 1750 ss.; ID., *Delle transazioni*, cit., 319 ss.; v. anche LUISO, *L'articolo 824* bis *c.p.c.*, cit., § 3; Cass. 6 agosto 2010, n. 18359.

funzione accertativa garantisce l'idoneità del negozio di accertamento a sostituirsi alla norma astrattamente applicabile al rapporto giuridico incerto e porsi nell'ordinamento come unica fonte di disciplina da cui traggono origine i relativi effetti (v. *infra*).

7. *L'incidenza processuale del negozio di accertamento sul piano della verifica storica*

L'individuazione degli effetti sostanziali del negozio di accertamento in termini di efficacia regolativa comporta il riconoscimento dell'efficacia reale dell'istituto, inteso come idoneità ad imporre una conformazione immediata del rapporto giuridico alla regolamentazione negoziale, riconducibile al *genus* dell'efficacia modificativa (v. *supra*).

Nonostante la raggiunta certezza sul piano del diritto sostanziale sia garantita dalla conformazione immediata della situazione giuridica incerta, non può escludersi l'eventualità che una delle parti contraenti si sottragga al vincolo negoziale contestando il rapporto giuridico accertato o, eventualmente, violando gli obblighi che ne sono scaturiti.

Tra gli interpreti che hanno maggiormente approfondito la questione, è emersa la tesi secondo cui il negozio di accertamento allegato nel processo a fondamento di una domanda o di un'eccezione avrebbe il medesimo effetto processuale che la legge ricollega al comportamento non contestativo della parte costituita *ex* art. 115, comma 1, c.p.c.[443], come se con il negozio di accertamento

[443] R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. civ.*, Torino, 2012, 33 ss. Sul principio di non contestazione nel processo civile cfr. *ex multis* CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 282 ss.; SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *judicium.it*, § 7; C.M. CEA, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*, in *Foro It*. 2006, I, 1873 ss.; ID., *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 2, 173; TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 132 ss.; T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale della prova*, Milano, 2009; MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 33 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 39 ss.; I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 237 ss.; F. ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Il processo civile riformato*, a cura di M. TARUFFO, Bologna, 2010, 187 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Assago, 2010, 17 ss.; in giurisprudenza, in senso parzialmente anticipatorio della novella legislativa, v. Cass., Sez. un., 25 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2030 ss. con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, e *ivi*,

le parti intendessero precostituire l'effetto della non contestazione in via stragiudiziale.

Questa impostazione muove dal presupposto per cui l'accertamento negoziale, pur determinando lo stato di certezza del rapporto giuridico mediante la posizione di una norma negoziale, sul piano processuale incontra un ostacolo invalicabile nel rilievo per cui il giudice è svincolato dalle affermazioni di diritto espresse dalle parti *ex* art. 113, comma 1, c.p.c.[444]

Perciò, avendo escluso la rilevanza del negozio di accertamento in ordine alla disciplina degli effetti giuridici derivanti dal rapporto accertato, se ne circoscrive l'efficacia processuale al piano dell'accertamento dei fatti storici inerenti a tale rapporto, i quali risulterebbero pacifici *ex* art. 115, comma 1, c.p.c. Poiché il negozio di accertamento, quale manifestazione dell'incontro delle volontà negoziali, rappresenta un *quid pluris* rispetto al comportamento non contestativo avente carattere unilaterale, deve assegnarsi a questo un effetto «non minore» di quello previsto dalla disposizione richiamata[445].

Una simile conclusione non sembra peraltro condivisibile, ove si considerino, da un lato, l'accezione che essa implica della non contestazione dei fatti di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c., e, dall'altro, la funzione dell'accertamento negoziale che abbiamo posto a fondamento del nostro studio.

Dal primo punto di vista, l'accostamento del negozio di accertamento al comportamento di non contestazione dei fatti *ex* art. 115, comma 1, c.p.c. evoca una concezione dell'effetto della non contestazione inteso alla stregua di un vincolo per il giudice derivante da una sorta di accordo negoziale implicito, tramite il quale le parti avrebbero la capacità di imporre come accertata la verità del fatto non contestato ai fini della decisione. Da una simile impostazione dovrebbe discendere, se si vuole riconoscere un minimo effetto al negozio di

---

2003, I, 604 ss., con nota di A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*; Cass., 7 aprile 2002, n. 5526.

[444] FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., § 5.

[445] FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, loc. cit.

accertamento, che al giudice sia preclusa la possibilità di farsi un diverso convincimento sulla realtà materiale oggetto dell'accertamento[446].

Tale concezione è invece ampiamente smentita dall'introduzione legislativa, ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69, del principio della non contestazione nell'art. 115, comma 1, c.p.c., tra le disposizioni dedicate ai *Poteri del giudice.* L'effetto assegnato dal legislatore al comportamento non contestativo si risolve infatti in una *relevatio ab onere probandi* a vantaggio della parte che ha allegato il fatto non contestato, la quale rende quel fatto pacifico ai fini della decisione. Nei confronti del giudice, la disposizione richiamata è volta ad orientare la valutazione dei fatti nel senso che questo consideri come acquisita la pacificità del fatto non specificamente contestato, ossia che quel fatto non necessiti di essere provato. Ciò non implica, invece, che il giudice debba ritenere il fatto come effettivamente esistente, ogniqualvolta da prove (contrarie) acquisite o da altre circostanze e deduzioni intervenute nel corso del giudizio emerga, in modo inequivocabile, l'inesistenza del fatto non contestato[447].

All'origine dell'efficacia descritta dall'art. 115, comma 1, c.p.c. risiede, dunque, una valutazione di opportunità legislativa secondo cui non è necessaria la prova di un fatto che non sia controverso tra le parti: valutazione dello stesso genere di quella sottesa alla scelta di assegnare alla confessione il valore di una

[446] Ciò per l'inconcepibilità, anche «sul piano epistemologico», della tesi per cui l'allegazione di un determinato fatto, in quanto non contestata, si traduce nella verità dello stesso, cfr. *ex multis* TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 122 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 17 ss.

[447] PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari*, loc. cit.; SASSANI, *L'onere della contestazione*, loc. cit.; CEA, *Non contestazione dei fatti*, cit., 1876; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 285 ss.; TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 132 ss.; PEZZANI, *Il regime convenzionale della prova*, Milano, 2009; MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, loc. cit.; nel senso che la non contestazione determini la prova *ex adverso* del fatto in modo automatico, v. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., 40 ss.; F. FESTI, *Riflessioni sul principio di non contestazione nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2011, 242 ss.; C. CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 57 ss.; nel senso riportato nel testo, in giurisprudenza v. Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, in *Foro it.*, 2006, I, 1873, con nota di CEA; Trib. Catanzaro, 30 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1666, con nota adesiva di FRUS; Cass., 16 giugno 2006, n. 13958; Cass., 6 dicembre 2016, n. 24997; Cass., 24 maggio 2018, n. 12973; Cass., 27 giugno 2018, n. 16885; *contra* v. Cass., Sez. un., 25 gennaio 2002, n. 761, cit.

prova legale, ma qualitativamente diversa, poiché la non contestazione non assurge a fonte di prova bensì a presupposto negativo dell'onere probatorio[448].

A fronte di questa ricostruzione, largamente condivisa in dottrina, emerge che ricondurre l'effetto processuale del negozio di accertamento alla *relevatio ab onere probandi* degraderebbe la manifestazione negoziale avente causa nella funzione accertativa ad un mero accordo di inversione o modificazione dell'onere probatorio, che l'art. 2698 c.c. ammette relativamente ai diritti disponibili e nei limiti in cui non renda eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto[449].

A tal proposito, se si vuole confinare l'incidenza processuale del negozio di accertamento al piano della verifica storica, sembra più congruo riferirsi all'impostazione della dottrina risalente che ha individuato nell'istituto *de quo* l'efficacia di una confessione stragiudiziale[450]. Come si è avuto modo di rilevare in precedenza, tuttavia, si tratta di una tesi strettamente condizionata alle considerazioni derivanti dall'origine storico-politica dell'istituto, radicata nell'ordinamento germanico in cui, in assenza della previsione della confessione stragiudiziale, a ragione poteva cogliersi la funzione dell'accertamento (anche) sul piano fattuale[451].

Se invece si accede all'individuazione della causa dell'accertamento negoziale finora considerata, come idoneità ad imprimere sul rapporto giuridico una norma concreta dalla quale dipende in via esclusiva la produzione degli effetti, può concludersi che nel nostro ordinamento il negozio di accertamento «relativo a meri fatti … è una figura veramente superflua»[452].

---

[448] SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 9; così, ancor prima dell'introduzione del principio generale nell'art. 115, comma 1, c.p.c., v. Cass., 9 giugno 1999, n. 5699; Cass., 16 ottobre 1998, n. 10247; Cass., 16 dicembre 1985, n. 6382; sulla confessione, nel senso riportato nel testo, cfr. *retro* Cap. II, § 3.

[449] Su cui v. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 280 ss.; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, 49 ss., 181 ss.

[450] *Ex multis* cfr. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 43 ss.

[451] V. *retro* Cap. I, §§ 1, 2, 3, 8; Cap. II, § 2.

[452] ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 25, nota 49, sul presupposto che a differenza dell'ordinamento germanico, in cui è riconducibile la genesi dell'istituto, nel nostro ordinamento è espressamente prevista la confessione stragiudiziale, v. *retro* Cap. I, § 8; A. FOÀ, *Sulla natura giuridica della dichiarazione riproduttiva*, in *Temi emiliana*, 1928, II, 21 ss.; v. anche ANDRIOLI, voce *Confessione*, cit., 10 ss.

8. *Gli effetti processuali essenziali della funzione dell'accertamento negoziale*

Come anticipato, l'individuazione dell'effetto processuale del negozio di accertamento consiste nel verificare come si spieghi, alla luce dell'ordinamento processuale, la causa accertativa nella sua accezione "bifronte", ossia nel risvolto *negativo* in cui si concreta l'effetto preclusivo delle contestazioni inerenti il rapporto giuridico accertato, e in quello *positivo* rappresentato dall'espressione di una norma concreta come unica fonte di disciplina degli effetti giuridici dello stesso rapporto.

Sembra utile, ai nostri fini, chiarire che le contestazioni che il negozio di accertamento mira a precludere sono quelle relative all'affermazione di un diritto incompatibile con la regolamentazione accertativa – o alla negazione del diritto derivante dal rapporto giuridico accertato. L'effetto preclusivo essenziale alla funzione dell'accertamento si riferisce, infatti, alle contestazioni idonee a determinare la reviviscenza dello stato di incertezza che rappresenta il presupposto e l'oggetto di incidenza del negozio di accertamento[453].

Diversamente, non intaccano la funzione causale le contestazioni inerenti all'esistenza o alla validità del negozio di accertamento, il quale è soggetto alle regole ordinarie relative alle patologie negoziali di cui agli artt. 1418 ss. c.c., e a

[453] Si rendono necessarie alcune precisazioni terminologiche. Come descritto nel Cap. I, § 11, il negozio di accertamento può avere ad oggetto il rapporto giuridico nella sua interezza ed esistenza, o nella sua consistenza, e dunque relativamente ad alcuni suoi effetti, a seconda dell'elemento affetto dalla situazione di incertezza; poiché l'unità (minima) oggetto del processo è rappresentata dal diritto soggettivo, si preferisce impostare l'indagine considerando il negozio di accertamento avente ad oggetto il singolo diritto, affinché emerga con maggiore evidenza l'effetto dell'istituto nel processo. La conclusione raggiunta sarà comunque applicabile anche al negozio di accertamento che abbia ad oggetto l'intero rapporto giuridico fondamentale, accertato nella sua esistenza e consistenza e non solo relativamente ad un effetto. In secondo luogo, si preferisce l'utilizzo dei termini *diritto incompatibile* e *diritto derivante* dal negozio di accertamento (e non *diritto estinto* e *diritto originato* dal negozio di accertamento) poiché a rigore l'effetto preclusivo implica l'irrilevanza del giudizio di conformità o difformità del rapporto giuridico accertato rispetto alla situazione giuridica preesistente; per tale motivo non può essere stabilito se il diritto esistesse o meno prima dell'intervento dell'accertamento negoziale, ma solo se esso sia incompatibile o derivato rispetto alla regolamentazione accertativa, cfr. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 205 ss.

quelle inerenti le cause di scioglimento del vincolo negoziale risultanti dal combinato disposto degli artt. 1372 e 1453 ss. c.c.

Si procede, dunque, ad affrontare le questioni processuali inerenti il negozio di accertamento valido ed efficace, nell'eventualità in cui una delle parti si sottragga in via unilaterale al vincolo negoziale, sollevando contestazioni sul rapporto giuridico come risultante dall'accertamento negoziale. In particolare, può accadere che il negozio di accertamento sia utilizzato nel giudizio a fondamento di un'eccezione o di una domanda.

La prima ipotesi si verifica quando una delle parti vincolate dal negozio di accertamento contesti il rapporto giuridico accertato, affermando l'esistenza di un diritto incompatibile con la regolamentazione accertativa – o negando l'esistenza di un diritto da questa derivante –, e formalizzi tale contestazione in una domanda giudiziale. In tal modo si esercita un'azione strumentale ad ottenere la tutela giurisdizionale relativa alla situazione giuridica preesistente rispetto al negozio di accertamento. Sul piano sostanziale si tratta di un diritto inesistente, poiché il rapporto giuridico si conforma in via immediata alla regolamentazione accertativa (v. *supra*).

È ragionevole prevedere che in tal caso la parte convenuta chieda il rigetto della domanda, allegando in via di eccezione l'avvenuta stipulazione del negozio di accertamento.

La seconda ipotesi si manifesta, invece, quando una delle parti violi un obbligo derivante dal rapporto giuridico accertato, contestandone l'esistenza risultante dal negozio di accertamento. È prevedibile che la parte che subisce l'inadempimento al vincolo accertativo si rivolga all'autorità giudiziaria, esercitando l'azione di condanna strumentale ad ottenere la tutela relativa alla situazione giuridica accertata negozialmente ed esistente sul piano sostanziale per effetto della conformazione immediata al negozio di accertamento[454].

[454] Non può escludersi l'eventualità che la contestazione del rapporto giuridico accertato prescinda dalla violazione di un obbligo da questo derivante; in tal caso, se la contestazione stragiudiziale connota uno stato di incertezza obiettiva coincidente con l'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c. (v. *supra*), la parte che vi ha interesse può agire in giudizio in via di mero accertamento del diritto derivante dal rapporto giuridico accertato negozialmente.

In entrambi i casi prospettati, la questione degli effetti processuali che derivano dal negozio di accertamento rileva soltanto a condizione che il giudice qualifichi l'atto allegato dalla parte come negozio di accertamento, nel rispetto dell'art. 113, comma 1, c.p.c. Il principio di legalità impone infatti che il giudice applichi alla domanda le norme che ritiene più opportune per il caso concreto, a prescindere dalla qualificazione giuridica dei fatti esposta dalle parti[455].

La qualificazione giuridica dell'atto quale negozio di accertamento implica che il giudice deve concretamente verificare che questo presenti i caratteri essenziali dell'accertamento negoziale, come emersi nel corso dello studio[456].

Trattandosi di un negozio atipico, il momento della qualificazione giuridica *ex* art. 113, comma 1, c.p.c. riveste una particolare importanza, poiché in assenza di un modello di riferimento, spetta al giudice verificare che dall'atto allegato dalla parte, in specie dalla parte della motivazione, emerga in modo inequivoco il perseguimento della funzione accertativa. A tal fine, è necessario che dal negozio di accertamento emergano i principali elementi riconducibili alla funzione accertativa, tra cui il presupposto dello stato di incertezza del rapporto giuridico o di alcuni suoi effetti, la meritevolezza della causa in concreto, l'idoneità funzionale del regolamento negoziale a conseguire lo stato di certezza sul rapporto giuridico, la natura disponibile del diritto cui tale rapporto si riferisce.

A condizione che l'atto allegato dalla parte sia giuridicamente qualificato quale negozio di accertamento, si può procedere ad individuarne l'incidenza sul processo instaurato.

9. *Incidenza del negozio di accertamento a fondamento dell'eccezione di rito. La rinuncia all'azione*

Alla luce del risvolto *negativo* della funzione accertativa come descritto nel corso dello studio, riteniamo che il negozio di accertamento precluda l'esperibilità

[455] MICHELI, «*Jura novit curia*», cit., 575 ss.; COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1989, 277 ss.; per ulteriori approfondimenti si rinvia a CARRATTA, *Poteri del giudice*, cit., 131 ss.; nel senso che il fondamento della libertà del giudice per la qualificazione giuridica del fatto sia rappresentato dall'art. 101, comma 2, Cost., v. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1262 ss.

[456] V. *retro* Cap. I, §§ 11, 12.

dell'azione con cui si fa valere in giudizio un diritto incompatibile con il rapporto giuridico accertato[457], determinando l'inammissibilità della relativa domanda.

Una simile soluzione non può peraltro fondarsi *sic et simpliciter* sul rilievo della funzione socialmente meritevole dell'accertamento, poiché ciò contrasterebbe con il principio processuale per cui rappresentano ipotesi eccezionali le cause che impediscono la conclusione del processo con un provvedimento di merito. È necessario, dunque, radicare il fondamento di tale affermazione nell'ordinamento processuale.

Per sostenere che il negozio di accertamento precluda l'esperibilità dell'azione relativa al diritto incompatibile con il rapporto giuridico accertato, deve verificarsi se la stipulazione di questo incida su alcuno dei requisiti che sono individuati quali cd. condizioni di esistenza dell'azione. Allo stato attuale del dibattito dottrinale, è opinione condivisa quella secondo cui il diritto di azione è una situazione giuridica autonoma e strumentale rispetto al diritto sostanziale per il quale si invoca la tutela, il cui contenuto coincide con la serie di poteri relativi all'agire nel processo e tendenti ad ottenere una pronuncia nel merito della domanda[458].

L'autonomia concettuale del diritto di azione rispetto al diritto sostanziale si riflette sulle sue condizioni di esistenza: l'interesse ad agire, la legittimazione ad agire e la possibilità giuridica descrivono infatti il perimetro delle azioni con cui si propone una domanda «ipoteticamente accoglibile»; ciò fa sì che ai fini della sussistenza del diritto di azione non rileva l'effettiva spettanza del diritto sostanziale per cui si invoca la tutela giurisdizionale[459].

Per tale motivo può escludersi che il negozio di accertamento, in quanto incide sul diritto sostanziale in termini contestualmente modificativi ed estintivi,

---

[457] Una timida propensione in tal senso si rinviene in Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it*., 1997, I, 2456, con nota di E. BRUNETTI, e in *Riv. not.*, 1998, II, 240; v. anche Cass., 23 marzo 1996, n. 2611, in Rep. *Foro it.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 208; Cass., 23 agosto 1991, n. 9047, in *Corr. Trib.*, 1991, 2759; v. *retro* Cap. I, § 10.

[458] *Ex multis* v. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 30 ss.; MICHELI, *Giurisdizione e azione (Premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile)*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 124 ss.; E. FAZZALARI, voce *Azione civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, 30 ss.

[459] MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 47 ss.

determini il venir meno di alcuna delle condizioni dell'azione. In altri termini la rinuncia al diritto, insita nei negozi che hanno effetto estintivo della situazione giuridica sostanziale, non implica la rinuncia all'azione[460].

D'altra parte, occorre considerare l'impostazione secondo cui il diritto di azione può venir meno anche per effetto di un atto di rinuncia da parte del soggetto che ne è titolare. Come si è rilevato nel capitolo precedente, l'istituto della rinuncia all'azione ha diviso gli interpreti tra quanti hanno sostenuto che questa rilevi sul piano sostanziale, determinando l'effetto abdicativo del diritto cui l'azione si riferisce[461], e quanti ne hanno limitato l'incidenza alla dimensione processuale[462].

Si ritiene, peraltro, che una simile contrapposizione non abbia ragion d'essere se si condivide il presupposto per cui il diritto di azione costituisce una situazione giuridica astratta ed autonoma rispetto al diritto sostanziale. Se l'azione è il diritto «astratto dalla fondatezza» nel merito della domanda giudiziale[463] e distinto nel contenuto dal diritto sostanziale, si conclude che l'effetto abdicativo

---

[460] SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 535 ss.

[461] A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001, 180 ss.; MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa (a proposito di una teoria di Francesco Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc*., 1937, 354 ss. Per un ulteriore approfondimento si rinvia ad A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999; ID., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 843 ss.; V. *retro* Cap. II, § 12; in giurisprudenza cfr. Cass., 13 marzo 1999, n. 2268, in *Giust. civ*., 1999, 2689.

[462] N. PICARDI, *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*, Milano, 1964, 160 ss.; SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, cit., 533 ss.; REDENTI, *Corso di diritto processuale civile*, Bologna, 1932, 403 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 98 ss. In questa sede si può solo accennare alle tesi che individuano l'incidenza della rinuncia all'azione con gli effetti riconducibili a quelli della confessione, v. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 736; LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, in *St. Chiovenda*, Padova, 1927, 453 ss.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 199 ss.; in giurisprudenza l'istituto è ricondotto tra i presupposti della cessazione della materia del contendere, ma anche sulla natura di tale provvedimento, quando è determinato dalla rinuncia all'azione, non c'è uniformità di vedute, per cui v. Cass., 13 marzo 1999, n. 2268, cit., che ha assegnato al provvedimento natura di merito, mentre secondo Cass., Sez. un., 19 gennaio 1954, n. 92, in *Giust. civ.*, 1954, I, 67, si tratta di una pronuncia di rito, dovuta al venir meno dell'interesse ad agire.

[463] ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 75.

della rinuncia all'azione riguarda esclusivamente il diritto ad ottenere dal processo un provvedimento di merito[464].

Così definita, la disponibilità dell'azione in senso abdicativo incontra il limite rappresentato dal principio per cui nessuna rinuncia si presume (*nemo res suas iactare praesumitur*)[465]. La validità della rinuncia all'azione è infatti condizionata ad una manifestazione negoziale, che può avere carattere esplicito o implicito purché, in quest'ultimo caso, la volontà di rinuncia sia desumibile in maniera univoca da un «contegno incompatibile con ogni volontà difforme»[466].

Muovendo da queste considerazioni, si rileva che la stipulazione del negozio di accertamento incide negativamente su quella, tra le condizioni dell'azione, che esprime il bisogno di tutela giurisdizionale emergente dall'affermazione dei fatti costitutivi e lesivi del diritto, ossia l'interesse ad agire (v. *supra*), poiché una simile affermazione sarebbe inconciliabile con la volontà negoziale manifestata anteriormente[467]. Il perseguimento della certezza del rapporto giuridico tramite il veicolo negoziale implica in modo inequivoco la rinuncia al diritto di agire in giudizio per invocare la tutela del diritto sostanziale prospettato come incompatibile con il rapporto giuridico accertato in via negoziale.

L'esperibilità dell'azione può, dunque, ritenersi preclusa dal negozio di accertamento non come conseguenza dell'incompatibilità del diritto affermato

---

[464] PICARDI, *La successione processuale*, cit., 160 ss.; SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, loc. cit.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 1007 ss.; C. CALVOSA, voce *Estinzione del processo civile*, in *Nss. D. I.*, VI, Torino, 1968, 978 ss.; U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 138 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 155 ss.; per le origini di tale ricostruzione nella dottrina germanica, v. J. GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932; v. ulteriori riferimenti nel Cap. II, § 12.

[465] SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, cit., 535.

[466] D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1958, 336 ss.; SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, cit., 536, nota 11; S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, 66 ss.; MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937, 11 ss.

[467] Il negozio di accertamento non incide, invece, sulle restanti condizioni dell'azione, individuate nella possibilità giuridica, su cui v. F. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 313 ss.; contro l'autonomia di tale requisito, v. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., 4 ss.; v. Cass., Sez. un., 4 agosto 2010, n. 18053, in *Foro it.*, 2011, I, 125 ss.; e nella legittimazione ad agire, cfr. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, 524 ss.; ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 195 ss.; per ulteriori riferimenti si rinvia a MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 59 ss.

dall'attore con il rapporto giuridico accertato, stante la condivisa natura astratta del diritto di azione, bensì come conseguenza della manifestazione della volontà negoziale di accertamento, alla quale è connaturato l'effetto preclusivo delle contestazioni (risvolto *negativo* della funzione dell'accertamento negoziale).

Per riconoscere all'atto la capacità di conseguire lo scopo per il quale è ammesso nell'ordinamento, l'effetto preclusivo delle contestazioni inerenti il rapporto giuridico accertato – ossia la preclusione dell'accertamento della loro fondatezza – non può non valere in modo specifico per le contestazioni veicolate nella domanda processuale e, dunque, per l'accertamento processuale. È proprio attraverso l'esercizio dell'azione, infatti, che la parte può provocare in via unilaterale un procedimento teso a sostituire la norma concretamente applicabile al rapporto giuridico accertato negozialmente, con conseguente reviviscenza dello stato di incertezza sul medesimo rapporto.

Dalla rinuncia implicita all'azione avente ad oggetto il diritto incompatibile con il rapporto giuridico accertato, deriva l'inammissibilità della domanda giudiziale e, da questa, l'estinzione del processo «analogamente a quanto avviene per l'ipotesi di cui all'art. 306 c.p.c.»[468].

10. *Incidenza del negozio di accertamento a fondamento dell'eccezione di merito. L'azione di accertamento negativo del diritto incompatibile*

Nell'ipotesi in cui il convenuto chieda il rigetto in rito della domanda ed il giudice confermi la qualificazione giuridica del negozio di accertamento, il processo è destinato ad estinguersi applicando per analogia le norme relative alla rinuncia agli atti *ex* art. 306 c.p.c. Nel caso di specie, non è necessaria la dichiarazione del convenuto di consenso all'estinzione del processo, poiché l'effetto invocato con l'allegazione del negozio di accertamento a fondamento

[468] PICARDI, *La successione processuale*, cit., 166; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 134 ss.; per la medesima conclusione, relativamente alla transazione, v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, 133 ss.; Trib. Monza, 29 settembre 2016, n. 2543; Trib. Torino, 19 aprile 2004, in *Giur. It.*, 2005, 3 ss. che ha dichiarato inammissibili le domande «per preclusione derivante dalla preventiva conclusione di un accordo transattivo tra le parti»; in tal senso, concludendo però con l'incidenza della transazione nel merito, cfr. A.M. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, 23 ss.; cfr. *retro* Cap. II, §§ 11, 13.

dell'inammissibilità della domanda rileva come eccezione di rito. Da ciò si presume in modo univoco che il convenuto non abbia «interesse alla prosecuzione», ossia l'interesse alla conclusione del processo con un provvedimento di merito[469].

All'interno della medesima vicenda processuale è possibile, peraltro, che il convenuto, allegando il negozio di accertamento, non si limiti ad eccepire l'inammissibilità della domanda per avvenuta rinuncia all'azione esercitata, ma ne chieda anche il rigetto nel merito.

Muovendo dall'insegnamento chiovendiano relativo alla bilateralità dell'azione, la maggior parte degli interpreti individua nell'istanza di rigetto nel merito della domanda un'azione di accertamento negativo del diritto affermato; si tratta di un'azione avente la medesima struttura di quella esercitata dall'attore, quale esercizio di un potere idoneo a sorreggere il dovere del giudice di pronunciarsi nel merito del diritto oggetto del giudizio[470].

Tale azione è autonoma rispetto a quella esercitata dall'attore, in quanto è idonea a provocare una pronuncia nel merito anche nel caso in cui l'azione esercitata dall'attore venga meno nel corso del giudizio[471]; il fondamento positivo

---

[469] V. *ex multis* Cass., 4 novembre 1980, n. 5911, in *Foro it.*, 1981, I, 1120.

[470] CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 303 ss.; A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 8 ss.; V. TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 72 ss.; ID., *Per la tendenziale unicità di azioni di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 233 ss.; SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 185 ss.; MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 144 ss.; contrari all'impostazione secondo cui l'istanza di rigetto costituisce un'azione di accertamento negativo, v. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano 1969, 94 ss., note 90 e 91; E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1084; v. anche ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962, 163 ss.

[471] Si ritiene infatti che l'azione di accertamento negativo esercitata dal convenuto sia in grado di supplire alla carenza dell'azione proposta dall'attore e consentire la prosecuzione del giudizio da questa instaurato, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, loc. cit.; la bilateralità dell'azione implica che l'azione di accertamento negativo proposta dal convenuto sia un'azione autonoma, che «passa inosservata fin tanto che l'attore insista nella sua domanda», ma la cui autonomia emerge nelle ipotesi in cui venga meno l'azione proposta dall'attore; v. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, loc. cit.; MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 122 ss.; R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 964 ss.; sull'azione di accertamento negativo proposta in via principale v. ampiamente TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, loc. cit.; per una diversa

di tale autonomia si rinviene proprio nell'art. 306, comma 1, c.p.c., il quale riconosce espressamente che il potere/dovere del giudice di emettere un provvedimento di merito possa reggersi sull'«interesse alla prosecuzione» del convenuto, quando venga meno l'esercizio dell'azione principale[472].

Il tratto distintivo dell'azione di accertamento negativo esercitata dal convenuto risiede invece nell'oggetto della domanda: la *causa petendi* è rappresentata dalla negazione del fatto costitutivo o dall'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto affermato dall'attore; il *petitum* consiste nella dichiarazione di inesistenza del diritto dedotto con la domanda principale.

Non sembra che vi siano ostacoli a ritenere che il negozio di accertamento sia posto, nello stesso giudizio, a fondamento di un'eccezione di rito e di un'eccezione di merito. In primo luogo, ciò riflette l'attitudine bifronte dell'istituto *de quo*: l'effetto regolativo prodotto sul rapporto sostanziale si regge sulla funzione causale dell'accertamento, che in tanto può ritenersi conseguibile – ed il negozio può ritenersi meritevole – in quanto si riconosca la capacità di rendere giuridicamente irrilevanti le contestazioni sul piano processuale.

In secondo luogo, appare evidente l'interesse perseguito dal convenuto tramite l'esperimento dell'azione di accertamento negativo[473]. Non può negarsi, infatti, che l'azione con cui l'attore ha affermato in giudizio un diritto incompatibile con il rapporto giuridico accertato costituisce a pieno titolo un vanto della spettanza di un diritto (inesistente), idoneo a generare lo stato di incertezza obiettiva necessario per la sussistenza dell'interesse ad agire in via di accertamento negativo (v. *supra*).

Può affermarsi, dunque, che l'allegazione del negozio di accertamento in via di eccezione determini come effetto minimo l'inammissibilità della domanda,

---

impostazione cfr. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, loc. cit.

[472] V. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 7 ss., 30 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, loc. cit.

[473] A nostro avviso, tale ricostruzione è confermata dall'impostazione dottrinale che sostiene la natura di merito dell'*exceptio litis per transactionem finitae*, v. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, loc. cit.; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 635 ss.; Cass., Sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 715 ss.; v. *retro* Cap. II, § 13.

derivante dalla rinuncia implicita all'azione. Inoltre, il convenuto può mostrare «interesse alla prosecuzione» del giudizio e chiedere il rigetto nel merito, invocando l'effetto estintivo del diritto sostanziale prodotto dal negozio di accertamento[474].

Com'è stato rilevato in dottrina, il provvedimento che accoglie nel merito l'azione di accertamento negativo fondata sull'allegazione di un fatto estintivo ha portata di accertamento dell'esistenza del fatto estintivo e dell'inesistenza del diritto, ovvero dell'inefficacia giuridica del fatto costitutivo affermato dall'attore a produrre quel determinato effetto rappresentato dal diritto soggettivo[475]. In questa prospettiva, si delinea *prima facie* il risvolto *positivo* della funzione dell'accertamento negoziale, consistente nell'idoneità del negozio ad incidere in via immediata sul rapporto giuridico preesistente (v. *infra*).

---

[474] Nel senso che possa avere «interesse alla prosecuzione» *ex* art. 306, comma 1, c.p.c. anche il convenuto che abbia chiesto il rigetto della domanda sia nel rito che nel merito, v. MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 145, nota 7; *contra* ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, loc. cit., il quale esclude l'interesse alla prosecuzione in capo al convenuto che abbia anteposto eccezioni di rito ad eccezioni di merito; cfr. anche LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017, 244 ss.; v. anche Cass., 3 agosto 1999, n. 8387, in Rep. *Foro It.*, 1999, voce *Procedimento civile*, n. 368.

[475] TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, cit., 24; è il caso di menzionare l'interessante impostazione di MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., 1089 ss., la quale ha sostenuto una distinzione ontologica tra l'azione di accertamento negativo che si conclude con la pronuncia di accoglimento e quella destinata al rigetto. Si è affermato, infatti, che la decisione di rigetto della domanda di accertamento negativo non può mai fare stato sull'esistenza del diritto, ossia «sull'*opposto logico* – l'inesistenza del diritto – del *petitum*» perseguito dall'attore; per tale motivo si potrebbe parlare di un'azione solo in senso formale, mentre la sostanza dell'allegazione sarebbe quella di un'eccezione; diversamente, si ritiene idonea al giudicato la pronuncia di accoglimento dell'azione di accertamento negativo avente ad oggetto diritti eterodeterminati, poiché in relazione a questi la pronuncia di accoglimento della domanda di accertamento negativo è idonea al giudicato nella misura in cui l'azione di accertamento negativo sia fondata su un'eccezione in grado di assorbire il giudizio sui restanti elementi della fattispecie; allo stesso modo opera la pronuncia di accoglimento dell'accertamento negativo dei diritti autodeterminati quando sia fondata sull'accertamento dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi; non invece quando sia fondata sull'accertamento dell'inesistenza del fatto costitutivo vantato (stragiudizialmente) dall'attore, poiché in tal caso la pronuncia ha ad oggetto una mera questione (cfr. spec. 1091, nota 63). A nostro avviso tale distinzione non ha motivo di porsi quando l'azione di accertamento negativo sia fondata sull'allegazione del negozio di accertamento; quest'ultimo è infatti idoneo a rilevare nel giudizio sia come negazione del fatto costitutivo dei diritti con esso incompatibili, ossia negazione del rapporto giuridico preesistente e incerto, sia come fatto estintivo degli stessi diritti incompatibili.

11. *Incidenza del negozio di accertamento a fondamento della domanda*

A questo punto, va affrontata la questione dell'efficacia processuale del negozio di accertamento allegato a fondamento di una domanda che esprime l'esercizio di un'azione di condanna, *id est* il risvolto *positivo* della funzione dell'accertamento negoziale.

Questa eventualità si presenta quando una delle parti titolari del rapporto giuridico accertato lamenti l'inadempimento di un obbligo da esso derivante. Nella relativa domanda il *petitum* è rappresentato dal provvedimento di merito dichiarativo dell'esistenza di un diritto derivante dal rapporto giuridico accertato e di condanna all'adempimento, e la *causa petendi* si fonda sul fatto costitutivo rappresentato dal rapporto giuridico accertato, dato dalla combinazione del rapporto preesistente e della regolamentazione accertativa[476].

È utile precisare che l'azione di cui ora si discute è quella strumentale ad ottenere la tutela del diritto che rappresenta l'effetto giuridico del rapporto accertato negozialmente[477]. È chiaro che questa azione non è soggetta all'effetto

---

[476] Le medesime conclusioni sono destinate a valere nel caso in cui l'azione di condanna relativa ad un diritto derivante dal rapporto giuridico accertato sia proposta in via di domanda riconvenzionale nella medesima vicenda processuale descritta nel paragrafo precedente; in tal caso, lo stesso negozio di accertamento allegato come eccezione costituisce il titolo per affermare l'esistenza del diritto, quando il convenuto faccia valere l'avvenuto inadempimento di un obbligo derivante dal rapporto giuridico accertato negozialmente a carico dell'attore originario, con conseguente ampliamento del *thema decidendum* nel rispetto del vincolo del *simultaneus processus* di cui all'art. 36 c.p.c., v. M. DINI, *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, Milano, 1978, 356 ss.; E. VULLO, *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1955, 136 ss.; ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 111 ss. È inoltre possibile che il convenuto eserciti una domanda riconvenzionale volta all'accertamento del diritto originato dal rapporto giuridico accertato in via negoziale: si tratta di una domanda riconvenzionale del tipo descritto, dalla dottrina più risalente, come «eccezione riconvenzionale», v. L. MORTARA, *Commentario al cod. proc. civ.*, Milano, 1923, 180 ss., per mettere in rilievo il tratto comune di tale domanda con l'eccezione, ossia la funzione di frustrare l'azione principale, dovuta all'elemento della pregiudizialità rispetto alla pronuncia sulla domanda principale, v. DINI, *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, cit., 356 ss.; DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 22 ss.

[477] Occorre considerare anche l'eventualità in cui le contestazioni del rapporto giuridico accertato si mantengano sul piano delle affermazioni, alle quali non si accompagni alcuna violazione degli obblighi da questo derivanti: in tal caso, se le contestazioni sono tali da determinare uno stato di incertezza obiettiva coincidente con l'interesse ad agire in mero accertamento (v. *supra*), nulla esclude che la parte agisca in giudizio in via di mero accertamento del diritto derivante dal rapporto giuridico accertato in via negoziale.

abdicativo implicito nel negozio di accertamento, bensì rappresenta lo strumento necessario al soddisfacimento del diritto accertato negozialmente, tramite l'attuazione in via secondaria spettante all'organo giurisdizionale[478].

Emerge, in tal modo, che l'effetto processuale del negozio di accertamento è destinato a rilevare nel merito del giudizio avente ad oggetto un diritto derivante dal rapporto giuridico accertato.

Prima di misurare i termini di tale incidenza, occorre precisare che anche in questo caso si manifesta il risvolto *negativo* della funzione dell'accertamento negoziale, in quanto l'allegazione del negozio a fondamento della domanda determina la preclusione di eventuali contestazioni inerenti il rapporto giuridico accertato. L'effetto individuato nella rinuncia implicita all'azione opera infatti, in questo caso, a carico del convenuto che, chiamato in giudizio per l'adempimento dell'obbligo derivante dal rapporto accertato negozialmente, chieda il rigetto nel merito della domanda negando il fatto costitutivo, ossia negando che il rapporto giuridico così come configurato nel negozio di accertamento abbia prodotto l'effetto affermato dall'attore.

In questo caso l'istanza di rigetto della domanda si traduce in un'azione di accertamento negativo del diritto derivante dal rapporto giuridico accertato, il cui esercizio deve ritenersi precluso in quanto incompatibile con il contegno negoziale che la parte ha manifestato anteriormente, stipulando il negozio di accertamento[479].

---

[478] Se così non fosse, dovrebbe concludersi per l'inammissibilità del negozio di accertamento per illiceità della causa, poiché il negozio atipico costituirebbe, in tal caso, una fonte di disciplina di diritti per il cui soddisfacimento sarebbe necessariamente ricorrere all'autotutela privata, vietata in via generale dall'ordinamento, cfr. E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 529 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 3; v Per l'essenziale funzione sostitutiva della giurisdizione, v. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 7 ss.; CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 2011, 133 ss.; per ulteriori approfondimenti v. MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 7 ss.

[479] Anche da tale prospettiva emerge l'essenzialità della rinuncia all'azione rispetto alla funzione dell'accertamento negoziale: ammettere in giudizio le contestazioni del rapporto giuridico accertato comporta che questo rapporto entri nella cognizione del giudice non nella sua configurazione risultante dall'accertamento, bensì come rapporto giuridico (nuovamente) incerto, vanificando la funzione dell'accertamento negoziale.

Le medesime considerazioni non valgono, invece, se il convenuto fonda l'istanza di rigetto nel merito della domanda non sulla negazione del rapporto giuridico accertato negozialmente, bensì sull'allegazione di ulteriori fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto affermato, verificatisi successivamente alla stipulazione del negozio di accertamento. Simili contestazioni non sono soggette all'effetto preclusivo dell'accertamento negoziale in quanto, come anticipato, non implicano una negazione del rapporto giuridico accertato; allo stesso modo, non è precluso al convenuto contestare eventuali cause di invalidità del vincolo negoziale (v. *supra*).

Tornando alla vicenda in esame, si ritiene che a fronte dell'inammissibilità dell'istanza del convenuto di rigettare nel merito la domanda fondata sul negozio di accertamento valido, e in assenza di ulteriori fatti impeditivi, modificativi ed estintivi del diritto affermato, emerga l'efficacia processuale della funzione dell'accertamento negoziale nel suo risvolto *positivo*.

Se il giudice qualifica l'atto allegato nella domanda come un negozio di accertamento *ex* art. 113, comma 1, c.p.c., in modo da individuare nel rapporto giuridico accertato negozialmente il fatto costitutivo del diritto affermato, il giudizio è destinato a concludersi con la pronuncia della fondatezza nel merito della domanda, senza ulteriore svolgimento di attività processuale. Il risvolto *positivo* della funzione accertativa determina, infatti, l'attitudine della norma concretamente individuata dalle parti ed espressa nella regolamentazione accertativa a sostituirsi alla norma astratta di legge, quale unica fonte di disciplina del rapporto su cui incide il negozio di accertamento.

Individuando la funzione dell'accertamento negoziale, si è tentato di dimostrare che l'ordinamento ammette una simile deviazione dalle norme generali ed astratte, traendo conferma di ciò dalla disciplina della transazione come mezzo di prevenzione e composizione delle liti. Se si condivide il presupposto, che la transazione sia una specie di negozio di accertamento, e che, in ogni caso, questi siano accomunati dalla funzione di imprimere certezza al rapporto giuridico, può

ricondursi il negozio di accertamento alla categoria delle *res finitae* ammesse dall'ordinamento[480].

Ciò significa che la posizione di un comando negoziale sorretta dallo scopo di accertamento è idonea a recidere il nesso di condizionalità tra la norma astratta di legge e l'effetto giuridico del rapporto, in modo che l'effetto giuridico rileva nell'ordinamento non perché il rapporto corrisponda alla fattispecie prevista dalla norma astrattamente applicabile, ma in quanto sia previsto dal negozio di accertamento[481].

Poiché la rescissione del nesso tra la fattispecie concreta e la norma astratta preesistente è la conseguenza dell'idoneità del negozio di accertamento a porsi come fonte unica di disciplina del rapporto accertato, non c'è motivo di escludere che questa fonte, che individua la norma concretamente applicabile, debba valere anche al fine dell'accertamento processuale. Resta intesa la condizione al verificarsi della quale una simile efficacia può manifestarsi: che sia il giudice a qualificare il negozio di accertamento, poiché soltanto questa qualificazione individua nell'atto allegato l'idoneità a soddisfare la funzione causale preordinata a mantenere lo stato di certezza del rapporto tramite l'applicazione di una norma concreta.

Sviluppando queste riflessioni, può concludersi che il giudice, chiamato a decidere sull'esistenza del diritto che costituisce un effetto del rapporto accertato negozialmente, individua il diritto applicabile *ex* art. 113, comma 1, c.p.c. nel momento stesso in cui qualifica il fatto allegato nella domanda come negozio di accertamento, poiché questo ha sostituito alla norma astrattamente applicabile il comando concreto.

Né sembra che si potrebbe concludere diversamente: l'attore che afferma l'esistenza del diritto originato dal rapporto giuridico accertato negozialmente, invoca in giudizio l'applicazione della norma concretamente individuata in via negoziale e retta dalla funzione di accertamento; non potrebbe invece invocare la

---

[480] CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 194 ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 25; v. *retro* al § 1.

[481] CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, loc. cit., con specifico riferimento al negozio di accertamento.

tutela giurisdizionale per l'individuazione di una norma diversa – seppure astrattamente applicabile – poiché la rilevanza di questa, in relazione all'effetto giuridico oggetto del giudizio, è esclusa dalla stessa funzione dell'accertamento negoziale[482].

La conclusione esposta non equivale ad affermare che il negozio di accertamento costituisca un «limite alla libertà di valutazione del giudice nel pronunciare la fondatezza della domanda»[483]. Come si è cercato di dimostrare, infatti, il giudice svolge autonomamente la qualificazione giuridica del fatto costitutivo, individuando nel rapporto giuridico dedotto un rapporto accertato in sede negoziale nel rispetto dell'art. 113, comma 1, c.p.c.

Se si concorda sul presupposto per cui l'accertamento negoziale è ammesso nell'ordinamento in quanto persegue una funzione socialmente meritevole di tutela, non può negarsi che l'individuazione della norma valida, efficace e concretamente applicabile alla fattispecie derivi automaticamente dalla qualificazione giuridica del fatto allegato come negozio di accertamento. La rescissione del nesso di condizionalità tra la norma astratta di legge e la fattispecie giuridica accertata determina, dunque, come effetto del risvolto *positivo* della funzione di accertamento, la fondatezza della domanda con cui si invoca la tutela, di accertamento e di condanna, dell'effetto giuridico derivante da quella fattispecie[484].

---

[482] Mentre sarebbe precluso «invocare l'applicazione della legge» a tutela del diritto originato dal negozio di accertamento, v. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 197, nota 50; A. GENTILI, *L'interpretazione autentica del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1096 ss.; Nella stessa direzione v. GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 611 ss., con riferimento (al riconoscimento del diritto e) alla transazione, che dovrebbe(ro) incidere sul processo determinando la fondatezza nel merito della domanda, facendo salva la qualificazione giuridica ad opera del giudice tanto sulla domanda proposta quanto sulla natura del negozio allegato; v. anche Cass. 6 febbraio 1970, n. 249, in *Giust. civ.*, 1970, I, 696.

[483] Sulla medesima conclusione, con un diverso percorso argomentativo, v. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., 52.

[484] GENTILI, *L'interpretazione autentica del contratto*, cit., 1132 ss.

12. *Effetti processuali del negozio di accertamento stipulato in pendenza del giudizio*

A nostro avviso, l'individuazione dell'effetto processuale del negozio di accertamento nella rilevanza in rito (risvolto *negativo*) e nel merito (risvolto *positivo*) del giudizio avente ad oggetto il diritto derivante dal rapporto accertato, resta invariata nel caso in cui questo sia stipulato in pendenza del processo avente ad oggetto l'accertamento del medesimo rapporto.

Occorre peraltro verificare se la conclusione accolta in precedenza sia compatibile con la prassi consolidata della nostra giurisprudenza secondo cui la sopravvenienza di una transazione in pendenza del giudizio ne determina la conclusione per cessata materia del contendere, assegnando al relativo provvedimento natura processuale. Come si è rilevato nel capitolo precedente, la *ratio* sottesa alla declaratoria della cessazione della materia del contendere per intervenuta transazione sull'oggetto del giudizio è connessa alla necessità di garantire l'economia dei giudizi, esigenza che imporrebbe di evitare lo svolgimento di attività processuale relativa ad un diritto rispetto al quale sia venuta meno la lite sul piano sostanziale[485].

D'altra parte, si condivide l'impostazione secondo cui rinvenire il fondamento della declaratoria di cessazione della materia del contendere nel venir meno della lite (*id est* dell'interesse ad agire) a causa – per quanto riguarda la nostra indagine – di una transazione sopravvenuta, non sarebbe altro che un espediente volto ad evitare che l'attività negoziale delle parti finisca per incidere indebitamente sul potere decisorio del giudice di cui all'art. 113, comma 1,

[485] Per venir meno dell'interesse ad agire, cfr. *ex pluribus* Cass., 24 gennaio 2018, n. 1695; Cass., 3 maggio 2017, n. 10728; Cass., 24 febbraio 2015, n. 3598, cit.; Cass., Sez. un., 28 settembre 2000, n. 1048, in *Foro it.*, 2001, I, 954 ss.; sul punto v. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 490 ss.; SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988, 3 ss.; tale impostazione evoca tacitamente l'autorevole insegnamento che ha individuato lo scopo del processo nella composizione della lite, venendo meno la quale il processo sarebbe come «una tela senza quadro», v. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, cit., 6 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1935; sul superamento di tale impostazione v. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 46 ss.; per ulteriori riferimenti v. *retro* Cap. II, § 14.

c.p.c.[486] A ciò si aggiunge il rilievo, condiviso dalla dottrina prevalente, secondo cui la conclusione del giudizio senza la decisione nel merito della domanda costituisce una violazione del divieto del *non liquet*, ogniqualvolta non ricorrano i presupposti espressamente individuati dalla legge per dichiarare l'estinzione del giudizio *ex* artt. 306 e 307 c.p.c. o l'inammissibilità/improcedibilità della domanda[487].

Relativamente alla pretesa garanzia del criterio di economia dei giudizi, non si vede come questa sia effettivamente soddisfatta tramite la pronuncia di cessazione della materia del contendere alla quale si assegni natura processuale, in tutte quelle circostanze in cui la situazione giuridica sostanziale sia mutata per effetto di un negozio tra le parti idoneo ad imprimere certezza al rapporto giuridico tramite l'individuazione della norma concretamente applicabile.

Secondo le riflessioni svolte nel corso dello studio, si ritiene che ricondurre il negozio di accertamento (e la transazione) alla formula conclusiva del giudizio per cessata materia del contendere rappresenti la negazione della funzione stessa dell'accertamento negoziale, facendo salve alcune doverose precisazioni nel caso in cui questo sopravvenga nel giudizio di legittimità.

Se si ammette il negozio di accertamento, non può negarsi che questo sia destinato ad incidere sul processo in misura non inferiore di quella percepibile sul piano sostanziale. Pertanto la cessazione della materia del contendere appare, in queste ipotesi, una deviazione dal principio per cui il processo tende alla tutela del

---

[486] Secondo quanto emerge dalle pronunce più risalenti sul tema, cfr. Cass. Genova, 11 agosto 1848, in *Giur. degli stati sardi*, 1848-1849, col. 430; cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 136 ss.; CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 251 ss.

[487] GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, 228 ss.; SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, loc. cit.; A. PANZAROLA, voce *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, § 1; GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, loc. cit.; SCALA, *Sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Foro it.*, 2001, I, 960 ss.; nel senso dell'ammissibilità della dichiarazione di cessazione della materia del contendere come esito anomalo del processo, v. G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972; nel senso dell'inammissibilità della domanda proposta nonostante la transazione precedentemente stipulata sul medesimo rapporto oggetto del giudizio, v. Trib. Torino, 19 aprile 2004, cit.

diritto sostanziale intesa come attuazione incontrovertibile del diritto oggettivo[488]. Né tale deviazione sembra giustificata da esigenze di economia processuale, quando si riconosca l'idoneità dell'accertamento negoziale ad eliminare l'incertezza dai rapporti giuridici, e, di conseguenza, a fondare una pronuncia nel merito idonea al giudicato.

13. (segue) *Il negozio di accertamento sopravvenuto nel giudizio di merito*

Quando il negozio di accertamento viene allegato durante lo svolgimento del giudizio di merito, anziché nei suoi atti introduttivi, occorre distinguere il caso in cui le parti siano concordi sull'idoneità dell'atto a determinare la composizione della lite, da quella in cui il negozio di accertamento sia allegato al fine di paralizzare l'attività avversaria.

Nella prima ipotesi, viene in rilievo un importante aspetto dell'impostazione inerente la declaratoria della cessazione della materia del contendere: questa formula conclusiva del giudizio risulta infatti opportuna, secondo la giurisprudenza, ogniqualvolta le parti siano concordi sull'estinzione della lite a causa di un fatto sopravvenuto, poiché solo in tal caso viene meno oggettivamente «la necessità di affermare la concreta volontà giurisdizionale»[489].

D'altra parte, è innegabile che lo stesso risultato sia conseguibile dalle parti mediante gli strumenti predisposti dall'ordinamento processuale, dato che il disinteresse ad ottenere la pronuncia nel merito della domanda è espressamente considerato dalla legge nell'ipotesi dell'estinzione per rinuncia agli atti *ex* art. 306 c.p.c. A prescindere dalla natura del fatto sopravvenuto allegato, e che si tratti di

[488] ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 51 ss.; ID., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 21 ss.; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 61 ss.

[489] In questo senso, la giurisprudenza afferma che il presupposto della cessazione della materia del contendere sia il venir meno, nel corso del giudizio, dell'interesse ad agire, da cui deriva la natura esclusivamente processuale del provvedimento, cfr. Cass., Sez. un., 19 gennaio 1954, n. 92, in *Giust. civ.*, 1954, I, 67; nel senso che in tale circostanza la cessata materia del contendere vada dichiarata d'ufficio, v. *ex multis* Cass., 18 ottobre 2012, n. 17896; Cass., 24 ottobre 2012, n. 18195.

un negozio di accertamento, dunque, in tal caso il giudizio dovrebbe estinguersi per rinuncia agli atti[490].

Se invece le parti, pur allegando il negozio di accertamento e concordando sull'avvenuta composizione della lite per effetto di questo, non veicolano questa situazione nelle dichiarazioni di rinuncia previste dall'art. 306 c.p.c., resta fermo il dovere del giudice di qualificare autonomamente l'atto allegato *ex* art. 113, comma 1, c.p.c. Se tale qualificazione conferma l'individuazione del negozio di accertamento, questo attesta il venir meno dell'interesse ad agire, ossia la negazione del bisogno di tutela emergente dall'affermazione dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi contenuta nella domanda, che il giudice può rilevare d'ufficio come presupposto per dichiarare l'inammissibilità della domanda[491].

Si evidenzia così che gli strumenti processuali tipici sono idonei a regolare la conclusione del giudizio quando le parti siano concordi sull'avvenuta estinzione della lite in sede stragiudiziale; rispetto a questi, la pronuncia di cessazione della materia del contendere a carattere processuale non aggiunge alcuna utilità alla funzione dell'economia dei giudizi[492].

L'effetto processuale è destinato a mutare quando il negozio di accertamento stipulato in pendenza del giudizio viene allegato da una delle parti a sostegno o contro le affermazioni contenute nella della domanda. Si concorda infatti con l'impostazione secondo cui, al fine di individuare gli effetti nel processo di un fatto sopravvenuto, è necessario verificare nel caso concreto se la parte che lo ha dedotto abbia interesse ad ottenere dal giudice una pronuncia nel merito che tenga conto della nuova configurazione del rapporto[493].

---

[490] Così anche ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, loc. cit.

[491] Per questa conclusione v. anche ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, loc. cit.

[492] Poiché la decisione avente efficacia processuale non preclude la riproposizione della domanda, nel caso in cui in un successivo giudizio sia fatto valere il medesimo diritto, incompatibile o confermato dal negozio di accertamento, si ritiene che in questo giudizio si spieghino gli effetti processuali descritti *supra*.

[493] ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, loc. cit.

Mentre l'accordo delle parti sul fatto sopravvenuto implica la negazione di un simile interesse, in modo da rendere irrilevante, nel merito, l'incidenza processuale del fatto sopravvenuto, nell'eventualità che questo sia allegato da una parte per contrastare le pretese o le eccezioni dell'avversario deve specificarsi come ciò incida sull'accertamento processuale.

In primis, anche in questo caso può farsi rinvio alle conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente. Occorre infatti considerare che anche al negozio di accertamento stipulato in pendenza del giudizio appartiene il risvolto *negativo* individuato nel rendere irrilevanti le contestazioni inerenti al rapporto giuridico accertato. Ciò significa che non solo le contestazioni future, ma anche quelle eventualmente già formalizzate negli atti processuali devono considerarsi irrilevanti al confronto con la regolamentazione accertativa.

L'effetto abdicativo insito nell'irrilevanza delle contestazioni riguarda, in questo caso, l'azione giudiziale precedentemente esercitata a tutela di un diritto divenuto *medio tempore* incompatibile con il rapporto giuridico accertato. Perciò, il giudice che qualifichi l'atto allegato da una delle parti come negozio di accertamento, deve pronunciare l'inammissibilità della domanda per sopravvenuta estinzione dell'azione di accertamento – affermativo o negativo – relativa a quel diritto.

Se il negozio di accertamento viene allegato dal convenuto, la pronuncia di inammissibilità della domanda attorea comporta l'estinzione del giudizio (per applicazione analogica dell'art. 306 c.p.c., v. *supra*), salvo che sia lo stesso convenuto a chiedere al giudice la pronuncia di rigetto nel merito. Se la fase processuale in cui viene allegato il negozio di accertamento lo consente, infatti, non può escludersi che il convenuto chieda al giudice di pronunciare l'inesistenza del diritto originariamente affermato dall'attore, rispetto al quale il negozio di accertamento allegato ha prodotto l'effetto estintivo sul piano sostanziale.

Se, invece, il negozio di accertamento è allegato dall'attore, viene in rilievo il risvolto *positivo* della funzione *de qua*, su cui si fonda l'interesse alla dichiarazione di esistenza del diritto affermato nella domanda originaria. La fonte di tale rapporto non è più rappresentata, peraltro, da una norma astratta

preesistente e incerta, bensì dal negozio di accertamento allegato, che ha eliso il nesso di condizionalità tra la norma generale ed astratta e la produzione degli effetti giuridici che costituiscono l'oggetto dell'accertamento giudiziale.

Dalla qualificazione giuridica che il giudice attribuisca al fatto allegato come negozio di accertamento, deriva la conclusione del giudizio nel merito, con la pronuncia dell'esistenza del diritto affermato nella domanda originaria in quanto risultante dall'effetto conformativo prodotto dal negozio di accertamento sul piano sostanziale.

In questi casi, dunque, il giudizio si conclude con un provvedimento di merito che recepisce l'accertamento negoziale del diritto originariamente affermato nella domanda, dichiarandolo esistente quando questo derivi dall'atto allegato, qualificato dal giudice come negozio di accertamento; ovvero inesistente, quando si tratti di un diritto divenuto incompatibile con il rapporto giuridico accertato.

Dal quadro così delineato non può che emergere l'inconciliabilità rispetto alla configurazione giurisprudenziale della pronuncia di cessazione della materia del contendere avente carattere processuale.

Come ha rilevato autorevole dottrina, se si vuole mantenere la declaratoria di cessazione della materia del contendere come formula conclusiva del giudizio non può negarsi che, in alcune fattispecie, tale provvedimento dovrebbe avere natura di merito e non meramente processuale. Ciò si sostiene ogniqualvolta sopraggiunge in giudizio una manifestazione negoziale in grado di incidere sulla regolamentazione giuridica preesistente del rapporto dedotto, la cui stipulazione rende inattuale il provvedimento di merito originariamente invocato dalle parti[494].

Questa conclusione, oltre ad essere imposta dalla funzione di accertamento su cui si reggono le manifestazioni negoziali di cui trattasi, appare anche maggiormente rispondente alla garanzia dell'economia processuale sottesa all'istituto elaborato dalla giurisprudenza. Si intende, infatti, che l'idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento *de quo* impedisce l'eventualità che il rapporto giuridico originariamente controverso venga nuovamente dedotto in

[494] SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, cit., 173 ss.; 272 ss.

giudizio per far valere diritti che sono stati accertati come incompatibili con la regolamentazione negoziale sopravvenuta[495].

Può concludersi, dunque, che la funzione dell'accertamento negoziale, nel suo risvolto *positivo* della sostituzione della fonte di disciplina del rapporto giuridico oggetto del giudizio, determina la cessazione della materia del contendere intesa non quale mera dichiarazione del venir meno della lite – e dell'interesse ad agire – per via negoziale, bensì come pronuncia "qualificata" nel contenuto dal recepimento dell'accertamento negoziale, *id est* della norma concretamente applicabile individuata dalla «competenza normativa» dei privati[496].

14. (segue) *Il negozio di accertamento sopravvenuto nel giudizio di legittimità*

Quando il negozio di accertamento viene stipulato in un momento successivo alla pronuncia giudiziale di merito, si ritiene implicita nella stessa manifestazione negoziale l'intenzione comune delle parti di superare l'accertamento giurisdizionale del rapporto ed evitare che questo acquisti la forza del giudicato di cui all'art. 2909 c.c. Gli strumenti disponibili nel giudizio di legittimità, tuttavia, non appaiono idonei a riconoscere un'autonoma incidenza processuale al negozio di accertamento, per cui si concorda con chi, in dottrina, ha riconosciuto l'utilità della formula conclusiva della cessazione della materia del contendere nella fase di legittimità[497].

In particolare nel giudizio di cassazione si è posto il problema di giustificare la conclusione del processo con un esito diverso dalla pronuncia sui mezzi di

---

[495] SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, loc. cit.

[496] Secondo l'espressione di LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 38 ss., in particolare 47 ss., cfr. *retro.*

[497] SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, loc. cit.; v. anche G. GUARNIERI, *Rinuncia all'azione e cessazione della materia del contendere in Cassazione*, in *Corr. giur*., 1997, 895 ss.; *contra* nel senso dell'inutilità della pronuncia della cessazione della materia del contendere anche in sede di impugnazione, v. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, cit., 488 ss.

censura oggetto del ricorso, salvi i casi di nullità rilevabili d'ufficio[498]. Inoltre, l'allegazione del negozio di accertamento sopravvenuto dovrebbe articolarsi nel rispetto dell'art. 372 c.p.c., che vieta il deposito delle prove documentali non prodotte nei precedenti gradi del processo e diverse da quelle relative alla nullità della sentenza impugnata o all'ammissibilità degli atti introduttivi[499]. Per questo motivo, salvo il caso in cui la parte rinunci espressamente al ricorso secondo il disposto degli artt. 390 e 391 c.p.c., va distintamente verificata l'incidenza del negozio di accertamento sulla vicenda processuale.

Per quanto riguarda l'ammissibilità dell'allegazione, la S.C. ha da tempo riconosciuto che l'esigenza di garantire l'economia dei giudizi impone l'interpretazione favorevole all'allegazione del fatto sopravvenuto e, di conseguenza, alla rilevanza di questo per la conclusione del giudizio. A tal fine, si è ammessa la produzione dell'atto che attesti la cessazione della materia del contendere successivo alla proposizione del ricorso, ricostruendo tale allegazione come la produzione di una prova dell'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza dell'interesse all'impugnazione *ex* art. 372 c.p.c.

A fronte di tale interpretazione, appare inevitabile che nel giudizio di legittimità la rilevanza del negozio di accertamento sopravvenuto si giustifichi esclusivamente come presupposto della declaratoria di cessazione della materia del contendere a carattere processuale[500].

D'altra parte, la Cassazione ha avvertito il bisogno di temperare le conseguenze di tale ricostruzione con l'esigenza di tener conto dell'effettiva volontà delle parti, che stipulando una transazione in epoca posteriore alla pronuncia giurisdizionale, hanno manifestato l'intenzione di superare l'accertamento del rapporto giuridico in essa disposto. Perciò, pur mantenendo ferma la natura processuale della pronuncia di cessazione della materia del

---

[498] Cfr. PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, cit., § 6; GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, cit., 617 ss.

[499] PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, loc. cit.; DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 101 ss.

[500] V. *ex multis* Cass., Sez. un., 18 maggio 2000, n. 368, in *Corr. giur.*, 2000, 1181 ss.; Cass., 6 aprile 2000, n. 5344; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1854; Cass., 28 dicembre 1999, n. 14634; Cass., 27 febbraio 1998, n. 2197; Cass., 18 maggio 1998, n. 4963; favorevolmente PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, loc. cit.

contendere, è stato escluso il passaggio in giudicato del provvedimento impugnato[501].

Di fatto, ciò comporta la disapplicazione degli artt. 358 e 387 c.p.c. e l'introduzione di un deroga alle regole che presiedono alla formazione del giudicato, al fine di accordare prevalenza alla regolamentazione negoziale sopravvenuta rispetto alla sentenza di accertamento aventi ad oggetto il medesimo rapporto giuridico.

In questi termini si coglie la differenza con la rinuncia al ricorso: quest'ultima, a prescindere dal fatto che le parti abbiano stipulato un negozio di accertamento, comporta la conclusione in rito del giudizio ed il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, con conseguente prevalenza di questa sullo stesso negozio di accertamento intervenuto *medio tempore*. Diversamente, tramite il provvedimento dichiarativo della cessazione della materia del contendere, le parti possono evitare che il passaggio in giudicato della sentenza impugnata vanifichi l'espressione dell'autonomia negoziale sulla regolamentazione del medesimo rapporto giuridico.

Dalla *ratio* di questa impostazione si può trarre conferma della validità della tesi con cui abbiamo prospettato una cessazione della materia del contendere "qualificata" dall'accertamento negoziale: ferma restando la resistenza ad ammettere che la manifestazione negoziale possa incidere nel merito del processo, il richiamato orientamento della S.C. riconosce, implicitamente, che il negozio di accertamento incide sulla situazione giuridica sostanziale non solo per effetto della conformazione immediata, ma anche e specialmente come posizione di una fonte esclusiva di disciplina del rapporto (risvolto *positivo* dell'accertamento), idonea a «travolgere» la decisione giurisdizionale emessa in precedenza, in quanto fondata sull'applicazione di una norma astratta diversa dal comando concretamente individuato dalle parti[502].

---

[501] Cass., Sez. un., 18 maggio 2000, n. 368, cit.; Cass., Sez. un., 28 settembre 2000, n. 1048, cit.; Cass., 27 ottobre 1997, n. 10567; Cass., 18 agosto 1992, n. 9592, in *Foro it.*, 1993, I, 1171; Cass., 25 ottobre 1990, n. 10361.

[502] Cass., Sez. un., 18 maggio 2000, n. 368, cit.; v. anche *retro* nel Cap. II, § 14.

15. *Incidenza processuale dell'accertamento negoziale affidato al terzo. L'arbitrato irrituale*

Enucleati gli effetti processuali del negozio di accertamento, risulta ora opportuno valutare se le medesime conclusioni siano estensibili all'arbitrato irrituale.

Nel capitolo precedente si è posto in evidenza che la definizione dell'istituto introdotta con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 in termini di «determinazione contrattuale», all'interno del titolo VIII del libro IV del codice di rito, ha diviso gli interpreti tra quanti ne hanno esaltato la funzione negoziale sottesa al risultato dispositivo rappresentato dal lodo irrituale e quanti, invece, ne hanno evidenziato la funzione decisoria insita nel risultato di accertamento del rapporto giuridico oggetto della convenzione arbitrale[503].

Nella prima direzione, si è manifestata verso l'arbitrato irrituale la tradizionale obiezione inerente il *genus* dell'accertamento negoziale, secondo cui l'atto avente natura negoziale, com'è definito il lodo irrituale *ex* art. 808 *ter* c.p.c., può esprimere soltanto un comando libero e non derivato, rispetto al quale sono estranei gli elementi del giudizio, tra cui l'attidudine ad accertare (v. *retro*)[504].

Nel corso dello studio si è posto in evidenza, tuttavia, che il nucleo essenziale della funzione di accertamento non risiede nella dichiarazione della norma astratta preesistente applicabile alla fattispecie controversa, bensì nel superamento definitivo dello stato di incertezza tramite la fissazione di una regolamentazione sostitutiva e non contestabile alla quale si conforma il rapporto sostanziale. Da ciò abbiamo desunto l'ammissibilità della categoria dell'accertamento negoziale.

In questa prospettiva, non si intende condividere la tesi risalente che inquadrava la decisione dell'arbitrato cd. libero come un negozio di accertamento

[503] V. *retro* Cap. II, §§ 17 ss.

[504] C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, loc. cit.; SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, loc. cit.; BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 717 ss.; ID., *Sub art. 808* ter *c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, 2010, 68 ss.; ID., *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in *judicium.it*, § 1; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 571 ss.; S. BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la "svolta" negoziale della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 777 ss.

o una transazione, stipulati dalle parti e completati *per relationem* dal terzo[505]. Una simile impostazione sarebbe incompatibile con l'attuale configurazione positiva dell'istituto. Si concorda, infatti, con chi ha valorizzato il carattere procedimentale che la legge – con la novella del 2006 – ha assegnato allo svolgimento dell'arbitrato anche nella modalità irrituale[506]. Ne deriva che l'efficacia di «determinazione contrattuale» *ex* art. 808 *ter* c.p.c. non è idonea a descrivere compiutamente il fenomeno *de quo*, il quale si presenta, invece, come una vicenda complessa, il cui svolgimento è predeterminato dal legislatore in una «sequenza procedimentale composita», al termine della quale gli arbitri irrituali emettono un «atto conforme allo scopo istituzionalmente affidatogli», avente attitudine decisoria ed efficacia negoziale nella sfera giuridica delle parti[507].

In questi termini, appare chiaro che la natura dell'arbitrato irrituale non è sovrapponibile al negozio di accertamento. D'altra parte, il lodo irrituale condivide con il negozio di accertamento sia la funzione di eliminazione dell'incertezza dalla situazione giuridica sostanziale – e, con la transazione, la funzione di composizione della controversia –, sia l'efficacia prevista dall'art. 808 *ter* c.p.c. Per tale motivo, si ritiene che esso appartenga al *genus* dell'accertamento negoziale e che produca i medesimi effetti processuali individuati per il negozio di accertamento.

Il lodo irrituale esprime, infatti, in maniera compiuta il risultato dell'accertamento nei suoi tratti essenziali: nel risvolto *negativo*, che abbiamo individuato come effetto preclusivo di ulteriori contestazioni relative al rapporto

---

[505] P. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss.; G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923, 103 ss.; T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 338 ss.; V. SCIALOJA, *Arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 496 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 747 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di F. VASSALLI, XIV, Torino, 1985, 36 ss.; v. ulteriori riferimenti *retro* Cap. II, § 16.

[506] Sull'applicazione delle norme procedimentali dell'arbitrato anche alla modalità irrituale e la riconduzione di entrambe le forme entro un modello unitario, v. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb*., 2007, 25 ss., spec. § 2; v. *amplius* in Cap. II, § 17.

[507] SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., § 4; ID., *Sub art. 808* ter, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, VII, Torino, 2014, 106 ss.; ID., *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1995, 710 ss.; cfr. anche LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 101 ss.

accertato, e in quello *positivo*, poiché la regolamentazione accertativa contenuta nel lodo irrituale esprime la fonte esclusiva di disciplina del rapporto, alla stregua del negozio di accertamento.

Ne consegue che, salva l'ipotesi di annullamento del lodo, l'unica azione astrattamente esercitabile inerente il rapporto giuridico accertato dagli arbitri irrituali è quella volta all'adempimento della determinazione contrattuale *ex* art. 808 *ter* c.p.c. Rispetto a tale giudizio, il criterio dell'accertamento giurisdizionale non è rappresentato dalle norme generali e preesistenti astrattamente applicabili al rapporto incerto, bensì esclusivamente dalla norma concreta individuata nel lodo[508].

Occorre precisare che ciò vale anche nel caso in cui il lodo irrituale non sia dedotto a fondamento della domanda giudiziale, ma sopravvenga in un momento successivo rispetto all'instaurazione del processo. L'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c., nella parte in cui esclude la rilevanza della litispendenza tra i procedimenti arbitrale e giurisdizionale, implica, infatti, che questi possono svolgersi parallelamente, finché il lodo o la sentenza non siano fatti valere, rispettivamente, nel processo statale o nel procedimento arbitrale[509]. L'incidenza processuale del lodo va individuata, dunque, secondo gli stessi parametri utilizzati per il negozio di accertamento, e, a seconda dei casi, si traduce nella declaratoria di inammissibilità della domanda o di cessazione della materia del contendere "qualificata".

È necessario soffermarsi, peraltro, sull'efficacia processuale dell'arbitrato irrituale quando la relativa fattispecie non sia completamente definita, vale a dire quale incidenza processuale abbia la convenzione arbitrale quando gli arbitri non abbiano ancora accertato la situazione sostanziale. Riteniamo che in questo caso si manifesti una vera e propria scissione tra le componenti della funzione accertativa, finora considerate complementari.

---

[508] LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 98 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Padova, 2001, 174 ss.

[509] MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, cit., 423 ss.; sull'applicabilità dell'art. 819 *ter* c.p.c. all'arbitrato irrituale cfr. SASSANI, *Sub art. 808* ter, cit., 129 ss.

In particolare, è certo che la convenzione arbitrale esprima il risvolto *negativo* della funzione di accertamento negoziale: con essa, le parti intendono precludersi reciprocamente la facoltà di sollevare contestazioni in una sede diversa dal procedimento arbitrale. In tal modo, risulta precluso non l'accertamento della fondatezza delle contestazioni in assoluto – come avviene, invece, con la conclusione del negozio di accertamento –, bensì l'accertamento giurisdizionale. Come il negozio di accertamento, dunque, la convenzione arbitrale implica la rinuncia all'azione giurisdizionale e la relativa deduzione in giudizio comporta l'inammissibilità della domanda contraria (v. *supra*).

Anche la dottrina prevalente ha individuato la *ratio* sottostante all'*exceptio compromissi* nell'effetto abdicativo della tutela giurisdizionale relativa al rapporto giuridico dedotto nel patto compromissorio arbitrale[510]. Tuttavia, alla piana affermazione di questo effetto abdicativo si è sempre opposto l'ostacolo, fondato su ragioni di ordine pubblico, dell'inammissibilità della rinuncia all'azione avente carattere generale e preventivo, ossia svincolata dalla rinuncia alla posizione giuridica sostanziale[511].

Su queste premesse, dunque, l'eccezione di compromesso per arbitrato irrituale è stata descritta talvolta come eccezione di giurisdizione[512], talaltra come eccezione di improcedibilità temporanea[513] o di inammissibilità della domanda per mancanza del requisito dell'interesse ad agire[514].

---

[510] L. BIAMONTI, voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, § 9.

[511] BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 42; LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, loc. cit.

[512] E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 126.

[513] C. CECCHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 395 ss.

[514] CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Bologna, 1998, 373 ss.; GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, II, 506 ss.; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, 401 ss.; per le critiche a queste impostazioni v. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, loc. cit. Mentre la prevalente dottrina concorda per il rigetto in rito della domanda a seguito dell'*exceptio compromissi*, la giurisprudenza appare fortemente divisa: v. *ex multis* Cass., 14 novembre 2002, n. 16044, in Rep. *Foro it.*, 2002, voce *Arbitrato*, n. 96; Cass., 21 giugno 2000, n. 4845, in *Gius.*, 2000, 1658, nel senso che *l'exceptio compromissi* ha natura di merito ma determina l'improponibilità della domanda giudiziale; Cass., 29 marzo 1999, n. 3026, nel senso che la stipulazione della convenzione per arbitrato irrituale determini la rinuncia convenzionale all'azione; relativamente al regime dell'*exceptio compromissi*, Cass., Sez. un., 9 dicembre 1986, n. 7315; Cass., 29 marzo 1999, n. 3026, cit., secondo cui è rilevabile d'ufficio, ove il patto compromissorio risulti ritualmente acquisito agli atti del giudizio; *contra* v. Cass., 26 gennaio

In altri casi, si è tentato di giustificare l'effetto abdicativo prodotto dalla convenzione arbitrale affermando che si tratta di una rinuncia "condizionata" all'emanazione di un lodo valido, in modo che, se questo dovesse mancare, l'effetto abdicativo non potrebbe ritenersi perfezionato e si ri-espanderebbe il diritto alla tutela giurisdizionale[515]. Analogamente, alcuni interpreti hanno sostenuto che l'*exceptio compromissi* implica una sorta di rinvio temporaneo della tutela giurisdizionale, simile a quello che si verifica nel tempo necessario per l'esperimento del tentativo di conciliazione; ciò dovrebbe determinare una declaratoria di improcedibilità temporanea del giudizio, subordinata al buon fine del procedimento arbitrale[516].

A nostro avviso, la *ratio* di queste ricostruzioni conferma l'accezione da noi accolta della funzione dell'accertamento negoziale, e, nel contempo, concilia tale funzione con il carattere complesso dell'arbitrato irrituale.

La stipulazione del patto compromissorio, infatti, è sorretta dalla causa di accertamento, ma non è *ex se* sufficiente a conseguirne il risultato. Così, mentre il risvolto *negativo* della funzione accertativa è percepibile sin dalla conclusione della convenzione arbitrale, quello *positivo* è condizionato all'emissione del lodo mediante l'esercizio del potere di accertamento demandato dalle parti al terzo[517]. Ne deriva che, quando una delle parti – nonostante la stipulazione della convenzione per arbitrato irrituale – devolve il rapporto giuridico alla cognizione del giudice statale, l'eccezione con cui il convenuto deduce l'esistenza del patto compromissorio irrituale non può spiegare altro effetto che il rigetto in rito della

---

2000, n. 870, in *Foro it.*, 2000, I, 1901 ss., nel senso che la derivazione negoziale del fatto oggetto dell'*exceptio compromissi* impone di ritenere riservata alla parte la relativa eccezione.

[515] VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 22 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 22 ss.; SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., 144 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., 183 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 49 ss.; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 236 ss.; Cass., 2 giugno 1988, n. 3767, in Rep. *Foro it*., 1988, voce *Arbitrato*, n. 54.

[516] S. CHIARLONI, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 558 ss.; GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, cit., 524 ss.; v. anche SASSANI, *Arbitrato irrituale e decorso dei termini: «reviviscenza» dell'azione civile?*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1659 ss.; in senso critico v. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 184 ss.

[517] LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, loc. cit.

domanda, quale conseguenza dell'efficacia preclusiva delle contestazioni sollevate in una sede diversa da quella, individuata dalle parti, del procedimento arbitrale.

Questa conclusione è avvalorata dalle previsioni di cui all'art. 819 *ter*, commi 1 e 2, c.p.c.[518], che non solo riteniamo applicabili all'arbitrato irrituale[519], ma rappresentano la chiave per predicare l'ammissibilità dell'effetto abdicativo dell'azione "provvisoriamente svincolato" dall'accertamento della situazione sostanziale.

A prescindere dalla qualificazione dell'*exceptio compromissi* come eccezione di «incompetenza», che non si attaglia alla descritta incidenza dell'arbitrato irrituale come rinuncia all'azione giurisdizionale[520], la disposizione richiamata consente, infatti, di giustificare l'effetto abdicativo dell'azione "provvisoriamente svincolato" dalla definizione della fattispecie sostanziale, nella parte in cui prevede l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti tra giudice ed arbitro[521].

Riteniamo, dunque, che in tanto è ammissibile il rigetto in rito della domanda – derivante dall'effetto abdicativo della convenzione e non dall'«incompetenza» del giudice adito –, in quanto il comma 2, dell'art. 819 *ter* c.p.c. consente alla parte interessata di proseguire il giudizio innanzi agli arbitri irrituali, ossia nell'unica sede legittimamente preposta all'accertamento di quel determinato rapporto giuridico, conformemente al vincolo negoziale sorto anteriormente.

In questo modo può escludersi che la dichiarazione di inammissibilità della domanda giudiziale violi i limiti imposti dall'ordine pubblico, in quanto a fondamento dell'inammissibilità non c'è una rinuncia generale e preventiva alla tutela giurisdizionale, bensì, come accade per il negozio di accertamento, una

[518] Sull'inquadramento dell'eccezione di convenzione arbitrale v. *retro* Cap. II, § 19.

[519] Così anche SASSANI, *Sub art. 808* ter, cit., 129 ss.

[520] Sulla qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato rituale come eccezione di incompetenza, v. *ex multis* Cass., 21 gennaio 2016, n. 1101, in *Giur. it.*, 2016, 12, 2709 ss., con nota di BOCCAGNA; v. *retro* i riferimenti *sub* note 362, 363, 364.

[521] A seguito dell'intervento della Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.*, 2013, I, 2690 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO; cfr. anche Cass. civ., Sez. un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, *ivi*, 2013, I, 341, con nota di D'ALESSANDRO; in argomento v. *retro* Cap. II, § 16.

rinuncia relativa all'accertamento secondo la modalità giurisdizionale, così come descritta dal combinato disposto degli artt. 113, comma 1, c.p.c. e 2909 c.c.

Questa ricostruzione è imposta dalla struttura dell'arbitrato irrituale, del quale non può, peraltro, negarsi la funzione di accertamento negoziale. Diversamente dal negozio di accertamento, in cui i risvolti *negativo* e *positivo* si manifestano contestualmente al momento della stipulazione dell'accordo, nell'arbitrato irrituale il risvolto *positivo* dell'accertamento viene "rinviato" allo svolgimento di un'attività ulteriore, demandata al terzo, con la quale si perfeziona la fattispecie accertativa.

Nel caso in cui tale scissione rilevi all'interno del processo, perché il convenuto si trovi nella condizione di dover sollevare *l'exceptio compromissi*, lo strumento necessario per la realizzazione della causa negoziale sottesa al patto compromissorio irrituale è rappresentato dalla previsione della *translatio judicii*.

Può concludersi che la fattispecie di accertamento negoziale costituita dall'arbitrato irrituale è idonea a produrre gli effetti processuali propri del *genus* anche nell'eventualità in cui la fattispecie arbitrale sia dedotta in giudizio in via "incompleta". In questo caso, infatti, il risvolto *negativo* si manifesta sin dalla stipulazione della convenzione, mentre quello *positivo*, ossia l'attitudine a porsi come fonte esclusiva degli effetti giuridici del rapporto accertato, si completa con la pronuncia del *decisum* arbitrale.

16. *Incidenza del negozio di accertamento sull'arbitrato*

Per completare il quadro degli effetti processuali del negozio di accertamento, occorre, a questo punto, invertire i termini della questione appena affrontata e valutare l'incidenza dell'istituto *de quo* sul particolare modello processuale rappresentato dall'arbitrato, considerato come istituto unitario entro cui ricondurre le modalità rituale ed irrituale[522].

[522] Le considerazioni che ci si accinge a svolgere valgono per entrambe le modalità del procedimento arbitrale, rituale o irrituale. Sulla pacifica concezione dell'arbitrato rituale come processo, ossia come «una sequenza di attività alla quale partecipano, in contraddittorio, i destinatari degli effetti dell'emanando lodo», cfr. *ex multis* FAZZALARI, voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Agg., II, 1998, §§ 2 ss.; ID., *L'arbitrato*, cit., 11 ss.; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 1995; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010; per

Emerge *ictu oculi* che il negozio di accertamento condivide con l'arbitrato non soltanto la funzione di imprimere certezza al rapporto giuridico sostanziale mediante la fissazione della norma concretamente applicabile, ma anche la natura negoziale della fonte di tale accertamento. Perciò le due forme di composizione della controversia di origine privatistico-negoziale non sono destinate a sovrapporsi, come può accadere, invece, relativamente al processo in cui si esplica la funzione giurisdizionale statale. L'incidenza del negozio di accertamento sul procedimento arbitrale dipende dall'eventualità che questo sia stato concluso in un momento anteriore o posteriore rispetto alla stipulazione della convenzione arbitrale.

In primo luogo, si prende in considerazione l'ipotesi in cui le parti di un rapporto giuridico, dopo aver concluso un negozio di accertamento relativo alla consistenza e/o a determinati effetti giuridici di questo, stipulino una clausola compromissoria o un compromesso avente ad oggetto lo stesso rapporto giuridico, ma nella sua configurazione anteriore alla regolamentazione accertativa, impegnandosi a devolvere agli arbitri l'accertamento dei medesimi effetti giuridici derivanti dal rapporto accertato negozialmente.

Il fatto che tali manifestazioni negoziali siano preordinate al medesimo scopo e coincidano nell'oggetto, fa sì che la convenzione arbitrale annulli gli effetti del negozio di accertamento, in quanto implica lo scioglimento *per facta concludentia* del negozio anteriore *ex* art. 1372, comma 1, c.c.[523] La convenzione arbitrale conclusa dalle stesse parti del negozio di accertamento ha, dunque, effetto risolutivo di questo, e da ciò deriva il venir meno della regolamentazione

---

l'approfondimento della questione inerente la natura processuale dell'arbitrato irrituale, cfr. E.F. RICCI, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arbitrato*, 1987, 13 ss.; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 394 ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 25 ss.

[523] Se invece si intendesse il negozio di accertamento come contratto ad effetti obbligatori, ossia fonte dell'obbligazione di non intendere il rapporto diversamente da quanto risultante dall'accertamento (v. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, cit., 400 ss.; v. *retro* Cap. I, § 8), potrebbe affermarsi che la posteriore stipulazione della convenzione arbitrale costituisca una novazione dell'obbligazione derivante dal negozio di accertamento *ex* artt. 1230 ss. c.c., che verrebbe sostituita dall'obbligazione di instaurare il procedimento arbitrale per l'accertamento del medesimo rapporto.

accertativa e la reviviscenza dello stato di incertezza preesistente con «effetto retroattivo tra le parti» *ex* art. 1458, comma 1, c.c.[524]

Nell'eventualità che il negozio di accertamento abbia trasferito diritti, la convenzione arbitrale posteriore «distrugge il titolo del trasferimento», mentre sono destinate ad estinguersi le obbligazioni eventualmente derivanti dal rapporto giuridico accertato; in entrambi i casi gli effetti si producono *ex tunc*.

Analogamente, è destinata a perdere efficacia la convenzione arbitrale avente ad oggetto l'accertamento di un rapporto giuridico sul quale le parti intervengano, in seguito, con un negozio di accertamento, ossia individuando autonomamente la norma concretamente applicabile. La stipulazione di un negozio di accertamento successivo al patto compromissorio avente il medesimo oggetto implica, infatti, il mutuo consenso delle parti alla risoluzione di questo *ex* art. 1372, comma 1, c.c.

In questo caso l'efficacia retroattiva della risoluzione comporta il venir meno del vincolo obbligatorio di instaurare il procedimento arbitrale per la risoluzione della medesima controversia. Si verifica, in tal modo, una rinuncia consensuale implicita al procedimento arbitrale, analoga a quella insita nel comportamento della parte che ometta di proporre l'*exceptio compromissi* secondo l'art. 819 *ter* c.p.c. nel giudizio instaurato sulla medesima controversia oggetto di una convenzione arbitrale preesistente[525].

Nell'ambito di questa fattispecie, occorre poi considerare l'ipotesi in cui una delle parti si sottragga al vincolo derivante dal negozio di accertamento ed instauri comunque il procedimento arbitrale. Si ritiene che la parte che ne ha interesse possa allegare il negozio di accertamento nel procedimento arbitrale, al fine di far rilevare la sopravvenuta inefficacia della convenzione arbitrale. Tale allegazione deve rispettare, dunque, i termini di cui all'art. 817, comma 2, c.p.c., che impone di eccepire le cause di inefficacia della convenzione arbitrale nella prima difesa

---

[524] La norma che detta le conseguenze, tra le parti, della risoluzione per inadempimento si considera infatti il prototipo per la disciplina di ogni forma di risoluzione, quale ne sia la causa, cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 883 ss.

[525] Su cui v. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. FAZZALARI, Milano, 2006, 111 ss.; sulla rinuncia consensuale al patto compromissorio cfr. Cass., 4 luglio 2000, n. 8937; Cass., 7 luglio 2014, n. 15452, in *Foro it.*, 2014, I, 2412 ss.

successiva all'accettazione degli arbitri, a pena di decadenza dall'impugnazione del lodo per lo stesso motivo.

Considerazioni conclusive

Dall'indagine svolta è emerso che la consistenza della funzione dell'accertamento negoziale risulta percepibile nell'ordinamento soltanto a condizione di riconoscerne un effetto processuale in rito e nel merito del giudizio avente ad oggetto l'accertamento della situazione giuridica incerta coinvolta dalla manifestazione negoziale. La produzione dell'effetto regolativo del rapporto giuridico sostanziale, che si conforma in via immediata al comando negoziale, non apporta, infatti, alcuna utilità nella relazione tra le parti e, complessivamente, nell'ordinamento, se non si garantisce in sede processuale tanto l'efficacia preclusiva di ulteriori contestazioni, la quale si traduce nell'impedimento dell'accertamento della loro fondatezza, quanto l'attitudine della norma negoziale a porsi come fonte esclusiva di disciplina del rapporto (anche) in vista dell'accertamento giurisdizionale.

Muovendo da tale inquadramento della funzione dell'accertamento negoziale, è indubbia l'utilità pratica dell'istituto per le parti titolari di un rapporto giuridico incerto: attraverso il negozio di accertamento, infatti, queste possono determinare sul piano sostanziale la fissazione di uno stato di certezza del diritto equiparabile al risultato garantito dall'accertamento giurisdizionale. È evidente, però, che a questo approdo si arriva soltanto escludendo l'eventualità che il rapporto venga rimesso in discussione in via unilaterale, situazione che può verificarsi anche e specialmente mediante l'instaurazione del processo, il quale, di regola, comporta la sovrapposizione alla norma negoziale (incerta) del comando risultante dall'accertamento giurisdizionale[526].

L'unica via per ammettere che i privati possano conseguire autonomamente – *id est* senza ricorrere al mezzo processuale, né alla decisione di un terzo – la certezza del rapporto di cui hanno la disponibilità è, dunque, assegnare al negozio di accertamento l'efficacia processuale descritta nel risvolto *negativo* e, specialmente, in quello *positivo* della funzione accertativa, ossia la posizione di

[526] Ferme restando le fondamentali differenze inerenti il veicolo scelto per l'accertamento, v. *supra*; FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, loc. cit.

una norma concreta che, nell'eventualità in cui sorgano ulteriori contestazioni, è destinata a porsi come criterio di giudizio della situazione sostanziale anche nella sede preposta all'accertamento giurisdizionale.

Il quadro delineato impone all'interprete il tentativo di conciliare il negozio di accertamento con la costante negazione, nel nostro ordinamento, dell'idoneità delle dichiarazioni private ad incidere nel merito della decisione del giudice, resistenze radicate nel principio di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c.[527] Come si è posto in evidenza nel corso di questo studio, l'attitudine delle dichiarazioni unilaterali delle parti – di rinuncia o di riconoscimento della domanda – a vincolare il giudice nella decisione di merito è incompatibile con la «supremazia pubblicistica» cui è improntato il codice processuale, espressa, per quanto rileva ai nostri fini, nel brocardo *jura novit curia*[528].

Così, in forza dell'art. 113, comma 1, c.p.c. si esclude l'autonomia processuale della dichiarazione di riconoscimento della domanda, che dovrebbe rilevare limitatamente ai fatti posti a base del diritto dedotto, alla stregua di una confessione o di un'ammissione, a seconda che sia o meno provvista dei requisiti previsti dalla legge ai fini della sussistenza della prova legale[529]. Oltre che

---

[527] In prospettiva comparatistica si rinvia a CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 145 ss.; v. *retro* Cap. II, §§ 1-7.

[528] Ponendo fine in tal modo al dibattito propositivo che una parte della nostra dottrina aveva incardinato attorno all'opportunità di introdurre delle norme corrispondenti ai §§ 306 e 307 della *Zivilprozessordnung* tedesca, riconoscendo autonomo rilievo alle figure del riconoscimento e della rinuncia della domanda al fine provocare l'emissione di un provvedimento senza alcun accertamento in fatto e in diritto, come l'*Anerkenntnis* e la *Verzicht* come intese dalla *Theorie der reinen Prozesshandlung*, cfr. A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozeßualen Anerkenntnis und Verzicht*, Tübingen-Leipzig, 1903, 4 ss.; ulteriori riferimenti in CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., 513 ss.; cfr. i progetti di CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopoguerra*, Napoli, 1920, 61 ss.; e in *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 316 ss.; e di CARNELUTTI, *Progetto* presentato alla *Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 154 ss.; ma anche CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 231 ss.; v. *retro* Cap. II, § 7.

[529] LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, cit., 451 ss.; MICHELI, *Rinuncia della pretesa e riconoscimento della domanda*, cit., 366 ss., che ammette che fuori dal processo le parti possono mettere in chiaro il modo di essere di un rapporto, surrogando così la decisione del giudice; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 124 ss.; ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, cit., 485 ss.; ID., *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di*

imposta dal principio per cui *jura novit curia*, la soluzione è coerente alla *ratio* dell'art. 1988 c.c., che, in via generale, assegna alla ricognizione di debito un'incidenza processuale limitata alla *relevatio ab onere probandi* in favore della parte avvantaggiata dalla dichiarazione[530].

A tale proposito abbiamo rilevato che la legge, in determinate ipotesi, assegna al riconoscimento della domanda degli effetti che esorbitano dal piano dell'accertamento dei fatti, quando pone la «non contestazione delle somme» a fondamento delle ordinanze aventi efficacia esecutiva *ex* artt. 186 *bis* e 423 c.p.c.

Il richiamo rende necessaria una breve digressione. In precedenza si è dato conto delle interpretazioni contrastanti sulla natura della «non contestazione» prevista nelle suddette disposizioni[531]. Così, mentre autorevole dottrina ha ritenuto che l'oggetto della non contestazione sia relativo esclusivamente ai fatti materiali addotti a fondamento delle «somme» vantate dall'attore[532], secondo una diversa impostazione, con cui si concorda, il tenore letterale degli artt. 186 *bis* e 423 c.p.c. sarebbe inequivocabile nel riferire il comportamento non contestativo al diritto di credito[533].

---

primo grado secondo la legge di riforma, in *Giur. it.*, 1992, 1 ss.; CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., 384 ss., 526 ss. Il condizionale usato nel testo è d'obbligo, stante il consolidato orientamento giurisprudenziale che riconduce tali figure alle fattispecie determinanti la cessazione della materia del contendere, v. Cass. 27 novembre 1984, n. 6156, in *Foro it.*, 1985, I, 745 ss.; Cass. 25 gennaio 1984, n. 607.

[530] Cass., 13 ottobre 2016, n. 20689; v. *retro* Cap. II, §§ 4, 5.

[531] V. *retro* Cap. II, § 7.

[532] PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, 397 ss.; ID, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 238; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 233; CARRATTA, voce *Ordinanze anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Agg., Roma, 1995, 7 ss.; ID., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. it.*, 1997, 150 ss.; VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995, 54 ss.; ATTARDI, *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di primo grado secondo la legge di riforma*, loc. cit.

[533] G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 130 ss.; MANDRIOLI, *Le nuove ordinanze «di pagamento» e «ingiunzionale» nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 644 ss.; SASSANI, *Sub art. 186* bis, in *Commentario alla riforma del processo civile* a cura di C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, Milano, 1996, 172 ss.; CECCHELLA (-R. VACCARELLA, B. CAPPONI), *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 121 ss.; MONTESANO, ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, 52 ss.; FORNACIARI, *Gli artt. 186* bis, ter *e* quater*: motivi dell'insuccesso e prospettive «de iure condendo»*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 243 ss.

Tra i sostenitori di questa seconda opzione, la maggior parte assegna alla non contestazione delle somme la natura di un comportamento prettamente processuale, ossia il significato di una scelta di impostazione del sistema difensivo in modo «incompatibile … col disconoscimento dei fatti … o [con] l' impostazione del sistema difensivo su elementi diversi da quel disconoscimento»[534]. Per Altri, invece, la non contestazione è la manifestazione inequivocabile di un riconoscimento implicito della domanda, avente ad oggetto l'affermazione della verità dei fatti e l'adesione al diritto applicabile prospettati dall'attore, al quale il legislatore avrebbe inteso assegnare autonomo rilievo processuale[535].

Proseguendo nella traccia da cui siamo partiti, sembra che, adottando quest'ultima prospettiva, potrebbe individuarsi negli artt. 186 *bis* e 423 c.p.c. la previsione di una dichiarazione unilaterale della parte che incide sull'accertamento giurisdizionale non solo sul piano fattuale mediante la *relevatio ab onere probandi*, bensì in relazione alla decisione *in jure*.

Anche se così fosse, una simile incidenza del riconoscimento implicito della domanda sul processo non scalfisce il principio generale di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c., ma, eventualmente, soltanto quello previsto nell'art. 1988 c.c. Basti tenere presente il regime giuridico assegnato all'ordinanza *de qua*, con particolare riferimento al carattere modificabile e revocabile – su istanza di parte e, in ogni caso, ad opera della sentenza conclusiva del (medesimo) giudizio di accertamento a cognizione piena – per concludere che lo strumento in questione risponde, nella logica processuale, ad una funzione meramente anticipatoria[536]. In altri termini, si tratta di un'ipotesi in cui il legislatore ha valorizzato il

---

[534] MONTESANO, ARIETA, *Il nuovo processo civile*, loc. cit.; SASSANI, *Sub art. 186* bis, loc. cit.

[535] TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, loc. cit.; ID., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1980, 134 ss.; in una posizione ancora più estrema si colloca la tesi di V. DENTI, G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, 134 ss., secondo cui a tale riconoscimento sarebbe sotteso un vero e proprio accordo concluso *per facta concludentia* tra le parti del giudizio.

[536] Proprio dalla considerazione del carattere revocabile dell'ordinanza *de qua* emerge il principale ostacolo ad accogliere la natura negoziale della «non contestazione delle somme», ossia come manifestazione (implicita) di un accordo concluso *per facta concludentia* tra le parti del giudizio.

riconoscimento implicito della domanda per incidere sulla modalità processuale dell'accertamento, ma del tutto ininfluente sul contenuto dell'accertamento giurisdizionale risultante dagli artt. 113, comma 1, c.p.c. e 2909 c.c.[537]

La conclusione è coerente alla configurazione suesposta dei caratteri essenziali della funzione accertativa: se si tiene presente che il risvolto *positivo* essenziale dell'accertamento negoziale è rappresentato dall'attitudine dell'atto a sostituirsi alla norma astrattamente applicabile al rapporto incerto e porsi come unica fonte dei relativi effetti, è chiaro che a quella funzione sono estranee le dichiarazioni unilaterali di riconoscimento e rinuncia della domanda.

Di regola, tali dichiarazioni sono prive anche del risvolto *negativo* della funzione accertativa, *id est* l'effetto preclusivo delle contestazioni, tanto è vero che sia le dichiarazioni di riconoscimento *ex* art. 1988 c.c., che le manifestazioni di cui agli artt. 115 e 232 c.p.c. non impediscono ulteriori accertamenti della situazione sostanziale, bensì li semplificano a livello probatorio.

In via eccezionale, invece, la legge assegna al riconoscimento, seppure implicito nel comportamento non contestativo, un effetto che potremmo accostare a quello dell'accertamento negoziale nel suo risvolto *negativo*. Le disposizioni di cui agli artt. 186 *bis* e 423 c.p.c. sono, tuttavia, il frutto di una valutazione di politica legislativa che, al fine di anticipare la formazione del titolo esecutivo, considera il comportamento non contestativo in modo da farne derivare – provvisoriamente – la superfluità dell'accertamento giurisdizionale del diritto, ma non un compiuto effetto preclusivo di esso.

È evidente, peraltro, che si tratta di una scelta discrezionale del legislatore, frutto di un bilanciamento di interessi e non imposta dalla natura dell'attività spiegata dalla parte con il riconoscimento della domanda. Al contrario, se è nella facoltà del legislatore assegnare al riconoscimento della domanda un effetto anticipatorio, non sarebbe ammissibile la previsione di una sua incidenza sul contenuto *in jure* dell'accertamento giurisdizionale, stante la carenza – nella

[537] PROTO PISANI, *Osservazioni sul riconoscimento della domanda: opportunità di riaprire un dibattito prematuramente interrotto*, in *Foro it.*, 1978, I, 1927 ss., spec. 1934 ss.

dichiarazione unilaterale – del carattere *positivo* essenziale della funzione accertativa.

In altri termini il riconoscimento della domanda – ma lo stesso vale per rinuncia – attua una forma di disposizione del diritto originato dal rapporto controverso alla quale non si accompagna l'individuazione della regola concretamente applicabile a quel rapporto. Sul piano sostanziale, il rapporto non risulta modificato in quanto manca l'individuazione della regola alla quale riferire l'effetto conformativo proprio del negozio di accertamento.

Poiché sono estranee alla funzione accertativa, le dichiarazioni unilaterali sono ontologicamente inidonee ad influire sul potere/dovere del giudice di individuare, tra le norme astratte preesistenti, quella concretamente applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio *ex* art. 113, comma 1, c.p.c.

Con il negozio di accertamento, invece, la disposizione del diritto sostanziale è la diretta conseguenza della funzione dell'accertamento, specialmente considerata nel suo risvolto *positivo*, ovvero la conformazione della situazione sostanziale alla regola individuata dalle parti nell'esercizio dell'autonomia negoziale.

Appare chiaro, a questo punto, che non c'è motivo di mantenere, avverso l'incidenza del negozio di accertamento nel merito del processo, la costante opposizione relativa alle dichiarazioni unilaterali, in quanto la via per ammettere gli effetti processuali descritti *supra* si rinviene nel significato stesso della funzione dell'accertamento negoziale.

Che tale funzione sia meritevole di tutela secondo i canoni dell'ordinamento è desumibile dal combinato disposto degli artt. 1322, comma 2, 1965 c.c. e, *ad abundantiam*, degli artt. 808 *ter* e 819 *ter* c.p.c. (v. *retro*)[538]. Queste norme assegnano ai privati il potere di porre in essere una modalità di autocomposizione della lite o di rimozione dell'incertezza che prescinde dall'intervento dell'autorità giurisdizionale statale tramite una decisione che abbia gli effetti della sentenza.

[538] Sulla meritevolezza del negozio atipico finalizzato alla composizione della lite giuridica, v. Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss.; MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 443 ss.; PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, 77 ss.

Se l'accertamento negoziale, anche nella sua *specie* dell'autocomposizione della lite, è ammissibile, l'ordinamento deve garantire che la regola individuata negozialmente dalle parti resti ferma e vincolante, e resista all'eventualità di un accertamento del rapporto avente contenuto diverso da quello negoziale. La prospettiva della sovrapposizione dell'accertamento giurisdizionale a quello negoziale finirebbe, infatti, per negare l'utilità – e dunque la meritevolezza – della funzione accertativa. Ciò significa che l'efficacia del negozio di accertamento deve manifestarsi proprio nel caso in cui una delle parti invochi la tutela giurisdizionale relativamente agli stessi effetti giuridici accertati negozialmente, poiché è specialmente in questa eventualità che riemerge l'incertezza (superata) o la lite (composta).

Mediante l'effetto preclusivo delle contestazioni, dunque, il risvolto *negativo* della funzione accertativa preclude ulteriori accertamenti del rapporto che siano invocati in via unilaterale, ivi compreso l'accertamento avente natura giurisdizionale.

Ma tale preclusione è giustificata soltanto in quanto si valorizzi anche il risvolto *positivo* della funzione accertativa, tramite il quale può affermarsi che il rapporto oggetto dell'accertamento negoziale rappresenta una *res finita*, ossia una situazione giuridica disciplinata esclusivamente dalla fonte negoziale idonea ad imprimervi lo stato di certezza.

Questa conclusione mette in evidenza che l'accertamento di tipo giurisdizionale e quello negoziale non sono fenomeni contrapposti, bensì "complanari", in quanto tendenti al medesimo fine di chiarire l'esistenza e/o la consistenza del rapporto giuridico mediante la posizione di un comando concreto che, se validamente imposto, non è sostituibile senza la previa eliminazione della fonte da cui ha origine. Ciò si coordina con il principio di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c. considerando che il criterio di giudizio che dirige l'accertamento giurisdizionale «secondo diritto … o secondo equità» non fa altro che imporre al giudice l'operazione di individuazione della norma astrattamente applicabile alla fattispecie sostanziale controversa, ogniqualvolta l'incertezza sul diritto applicabile rappresenti un disvalore per l'ordinamento e la fattispecie superi, per

questo motivo, il vaglio di meritevolezza – in senso lato – insito nel requisito dell'interesse ad agire (v. *supra*).

Ma è proprio su tali presupposti che incide la funzione dell'accertamento negoziale, nei suoi risvolti *negativo* e *positivo*: venuto meno l'interesse ad agire relativamente al diritto accertato – per l'effetto preclusivo delle contestazioni –, permane soltanto l'interesse a che la pronuncia giurisdizionale dichiari che la norma applicabile al rapporto sostanziale è quella individuata con il mezzo negoziale. In altri termini, poiché con il negozio di accertamento viene meno l'incertezza sulla norma applicabile, il criterio di giudizio di cui all'art. 113 c.p.c. è esclusivamente quello conforme al *decisum* negoziale, espressione della «competenza normativa» riconosciuta dall'ordinamento ai privati[539].

[539] Secondo l'espressione di LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., 38 ss., in particolare 47 ss., cfr. *retro.*

Bibliografia

ALLORIO, E., *Bisogno di tutela giurisdizionale*, in *Jus*, 1954.

ALLORIO, E., *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962.

ALLORIO, E., *L'ordinamento giuridico nel prima dell'accertamento giudiziale e altri studi*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957.

ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.

ALLORIO, E., *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955.

ALLORIO, E., *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957.

ALLORIO, E., *Trent'anni di applicazione del cod. proc. civ.*, saggio introduttivo al *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, I, Torino, 1973.

ANDRIOLI, V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964.

ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.

ANDRIOLI, V., *Efficacia del chirografo d'avaria nel tempo*, in *Riv. dir. navig.*, 1939.

ANDRIOLI, V., voce *Atti di ricognizione o di riproduzione*, in *Nss. D. I.*, I, Torino, 1958.

ANDRIOLI, V., voce *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Nss. D. I.*, IV, Torino, 1959.

ARIETA, G., *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale e irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1995.

ASCARELLI, T., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.

ASCARELLI, T., *La letteralità nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932.

ATTARDI, A., *Diritto processuale civile*, Padova, 1997.

ATTARDI, A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1958.

ATTARDI, A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.

ATTARDI, A., *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di primo grado secondo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992.

ATTARDI, A., *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987.

ATTARDI, A., voce *Interesse ad agire*, in *Nss. D. I.*, VIII, Torino, 1962.

ATTARDI, A., voce *Legittimazione ad agire*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993.

AULETTA, F., *Art. 824*-bis, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010.

BARASSI, L., *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1942.

BARASSI, L., *Sulla natura giuridica della confessione stragiudiziale*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905.

BARBERO, D., *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1958.

BARBIERA, L., *Appunti sulla natura e sul concetto della transazione*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, XV, 1958.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., BARDE, L., *Delle obbligazioni*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it., XII, Milano, s.d.

BEKKER, E.I., *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1889.

BETHMANN-HOLLWEG, M.A., *Versuche uber einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, Berlin, 1827.

BETTI, E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1935.

BETTI, E., *Diritto romano*, Padova, 1935.

BETTI, E., in *Studia et Documenta Historiae et Juris*, 1935.

BETTI, E., *Ragione e azione*, Padova, 1932.

BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di F. VASSALLI, XV, Torino, 1952.

BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950.

BETTI, E., voce *Animus*, in *Nss. D. I.*, I, Torino, 1957.

BETTI, E., voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

BIAMONTI, L., voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

BIANCA, C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000.

BIAVATI, P., *Sub art. 808* ter, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, 2008.

BIGLIAZZI GERI, L., voce *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988.

BLOMEYER, A., *Zivilprozeßrecht: Erkenntnisverfahren*, Berlin, 1963.

BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

BOCCAGNA, S., *L'arbitrato irrituale dopo la "svolta" negoziale della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004.

BOLAFFI, R., *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936.

BONFANTE, P., *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905.

BORSARI, L., *Commentario del codice civile italiano*, Torino, 1877.

BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, a cura di M. BOVE, C. CECCHELLA, Milano, 2006

BOVE, M., *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in *judicium.it*.

BOVE, M., *La giustizia privata*, Padova, 2009.

BOVE, M., *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999.

BOVE, M., *Sub art. 808* ter *c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010.

BOZZI, L., *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000.

BOZZI, L., *Negozio di accertamento ed effetti (non) meramente dichiarativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009.

BOZZI, L., *Sub art. 1988*, in *Commentario al codice civile* diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2015.

BRANCA, G., *Delle promesse unilaterali*, in *Delle obbligazioni. Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1974.

BRUNS, C.G., *Das* Constitutum debiti, in *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, I, Weimar, 1861.

BUTERA, A., *Delle transazioni*, in La *definizione dei rapporti incerti*, I, Torino, 1933.

CALAMANDREI, P., *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928.

CALAMANDREI, P., *Il significato costituzionale dell'equità*, in *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1957.

CALAMANDREI, P., *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924.

CALASSO, F., *Accertamento negoziale e processuale di diritti nell'Alto medio evo*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1962.

CALASSO, F., *La* convenientia*: contributo alla storia del contratto in Italia durante l'alto Medio Evo*, Bologna, 1932.

CALVOSA, C., voce *Estinzione del processo civile*, in *Nss. D. I.*, VI, Torino, 1968.

CAMPAGNA, D., *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

CANDIAN, A., *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925.

CANDIAN, A., *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, poi in *Saggi di diritto*, I, Padova, 1931.

CAPOGRASSI, G., *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1939.

CAPONI, R., *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008.

CAPONI, R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949.

CARNACINI, T., *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968.

CARNELUTTI, F., *Appunti sull'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir proc.*, 1963.

CARNELUTTI, F., *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916.

CARNELUTTI, F., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924.

CARNELUTTI, F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.

CARNELUTTI, F., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926.

CARNELUTTI, F., *Effetti della clausola irregolare*, in *Riv. dir. proc.*, 1956.

CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956.

CARNELUTTI, F., *La prova civile*, rist. Milano, 1992.

CARNELUTTI, F., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940.

CARNELUTTI, F., *Progetto* presentato alla *Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*.

CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936.

CARNELUTTI, F., *Sulla causa della transazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1914.

CARPI, F., *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991.

CARPI, F., *Sull'efficacia «ultra partes» del giudicato civile*, Milano, 1974.

CARRATTA, A., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. it.*, 1997.

CARRATTA, A., *Il principio della non contestazione*, Milano, 1995.

CARRATTA, A., *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civil*e, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011.

CARRATTA, A., *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 2011.

CARRATTA, A., voce *Ordinanze anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Agg., Roma, 1995.

CARRESI, F., *La transazione*, Torino, rist., 1966.

CATAUDELLA, A., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967.

CAVALLINI, C., *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009.

CEA, C.M., *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002.

CEA, C.M., *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006.

CEA, C.M., *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*, in *Foro it.*, 2006.

CECCHELLA C., *Arbitrato libero e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1987.

CECCHELLA, C. (-VACCARELLA, R.-CAPPONI B.), *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992.

CECCHELLA, C., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990.

CECCHELLA, C., *L'arbitrato*, Milano, 2005.

CERDONIO CHIAROMONTE, G., *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002.

CHIARLONI, S., *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?*, in *Giur. it.*, 1997.

CHIOVENDA, G., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano 1993.

CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1947.

CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema di diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.

CHIOVENDA, G., *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopoguerra*, Napoli, 1920.

CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928.

CHIOVENDA, G., *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.

CHIRONI, G.P., *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Milano, 1912.

CIACCIA CAVALLARI, B., *La contestazione nel processo civile*, Milano, 1993.

CIVININI, M.G., *Le condanne anticipate*, in *Foro it.*, 1995.

CLAPS, T., *L'indole giuridica del cosiddetto «contratto riproduttivo»*, in *Giur. it.*, 1898.

COLESANTI, V., voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.

COMOGLIO, L.P., *Le prove civili*, Assago, 2010.

COMOGLIO, L.P., voce *Allegazione*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1989.

CONSOLO, C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012.

CONSOLO, C., MURONI, R., *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di merito e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Corr. giur.*, 2001.

CONSOLO, C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017.

CONSOLO, C., *Transazione della lite pendente il giudizio di cassazione: decisione di rito o di merito?*, in *Giur. it.*, 1997.

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

CORSINI, F., *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contr.*, 2006.

COSATTINI, L., *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942.

COSTA, A., *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921.

COVIELLO, N., *Della trascrizione*, Napoli, 1915.

D'ANDREA, S., *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.

D'ANGELO, A., *Le promesse unilaterali*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996.

D'ANGELO, A., *Promessa e ragioni del vincolo*, Torino, 1992.

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

DE MARINI, C.M., *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959.

DE MARTINI, A., *Ricognizione di debito e astrazione processuale della causa*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947.

DE STEFANO, G., *Considerazioni generali sulla cessazione della materia del contendere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969.

DE STEFANO, G., *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972.

DEGENKOLB, H., *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, in *Archiv. fur civil Praxis*, 71, 1887.

DEIANA, G., *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938.

DEL BONO, F., *Dichiarazione riproduttiva e negozio di accertamento*, in *Arch. giur.*, 1948.

DEL PRATO, E., *La transazione*, Milano, 1992.

DEL PRATO, E., voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992.

DENTI, V., *Contributo allo studio del giudizio di equità*, Pavia, 1944.

DENTI, V., *L'eccezione nel processo civile nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961.

DENTI, V., SIMONESCHI, G., *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974.

DENTI, V., voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.

DENTI, V., *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983.

DI MAJO, A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995.

DI MAJO, A., voce *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

DI PAOLA, S., *Confessio in iure*, Milano, 1952.

DI PAOLO, M., voce *Negozio di accertamento*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995.

DIANA, A., *La confessione giudiziale nel processo civile*, Torino, 1901.

DINI, M., *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, Milano, 1978.

DONATI, A., *La dichiarazione ricognitiva di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1979.

FABBRINI, G., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964.

FABBRINI, M., *L'accertamento privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960.

FALQUI MASSIDDA, C., voce *Promessa unilaterale*, in *Nss. D. I.*, XIV, Torino, 1959.

FALZEA, A., voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

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

FAZZALARI, E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956.

FAZZALARI, E., *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968.

FAZZALARI, E., *L'arbitrato*, Torino, 1997.

FAZZALARI, E., voce *Azione civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988.

FAZZALARI, voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Agg., 1998.

FERCIA, R., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. civ.*, Agg., Torino, 2012.

FERRARA, F. SEN., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922.

FERRI, G., *Le promesse unilaterali. I titoli di credito*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1972.

FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1954.

FESTI, F., *Riflessioni sul principio di non contestazione nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2011.

FOÀ, A., *Sulla natura giuridica della dichiarazione riproduttiva*, in *Temi emiliana*, 1928.

FORNACIARI, M., *Gli artt. 186* bis, ter *e* quater*: motivi dell'insuccesso e prospettive «de iure condendo»*, in *Giur. it*., 1997.

FORNACIARI, M., *Il negozio di accertamento*, in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli. I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI, F.P. LUISO, IV, Torino, 2005.

FORNACIARI, M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002.

FRANZONI, M., *La transazione*, in *Biblioteca dei contratti*, raccolta da G. FURGIUELE, I, Padova, 2001.

FROSINI, V., voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966.

FURNO, C., *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948.

FURNO, C., *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951.

FURNO, C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940.

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

GALGANO, F., *Il negozio giuridico*, Milano, 2002.

GALGANO, F., voce *Arbitri*, in *N. D. I.*, I, Torino, 1937.

GARBAGNATI, E., *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955.

GARBAGNATI, E., *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982.

GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1987.

GENTILI, A., *L'interpretazione autentica del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2001.

GENTILI, A., voce *Pretesa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991.

GHIRGA, M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004.

GIANTURCO, E., *Sistema di diritto civile italiano*, Napoli, 1894.

GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1907.

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

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

GIORGIANNI, M., voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.

GITTI, G., *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999.

GITTI, G., *La transazione*, in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli. I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI, F.P. LUISO, IV, Torino, 2005.

GIUSSANI, A., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999.

GIUSSANI, A., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997.

GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozess Als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.

GOLDSCHMIDT, J., *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932.

GORLA, G., *Il contratto*, Milano, 1954.

GRANDE, G., *L'autotutela consensuale*, in *La disciplina dell'autotutela*, a cura di P. GIANNITI, Padova, 2006.

GRANELLI, C., *Dichiarazioni ricognitive della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*, in *Foro it.*, 1985.

GRANELLI, C., *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983.

GRANELLI, C., *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988.

GRANELLI, C., voce *Confessione e ricognizione nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, III, Torino, 1988.

GRANELLI, C., voce *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

GRASSETTI, C., *Revoca di testamento e confessione di debito*, in *Giur. it.*, 1938.

GRASSO, E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. ALLORIO, I, Torino, 1973.

GRASSO, E., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967.

GRASSO, G., *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997.

GRAZIANI, C.A., *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979.

GRAZIANI, C.A., *Le promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino, 1984.

GRAZIANI, C.A., voce *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

GUARNIERI, A., voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. civ.*, XI, Torino, 1994.

GUARNIERI, G., *Rinuncia all'azione e cessazione della materia del contendere in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1997.

HEGLER, A., *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, Tubinga-Lipsia, 1903.

HEINITZ, E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937.

HELLWIG, K., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1903.

HELLWIG, K., *Prozesshandlung und Rechtsgeshäft, Sonder-Abdruck aus der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke*, Breslau, 1910.

HELLWIG, K., *Zur Sistematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages*, Bonn, 1978.

INVREA, F., *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939.

IRTI, N., *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970.

KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1984.

KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911 .

KÜBLER, F., *Feststellung und Garantie*, Tübingen, 1967.

LA CHINA, S., *L'arbitrato*, Milano, 1995.

LANFRANCHI, L., *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969.

LANFRANCHI, L., *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972.

LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrecht*, Munchen, 1977.

LENER, A., «Expressio causae» *e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972.

LENER, A., *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Roma, 1970.

LESSONA, C., *Trattato delle prove in materia civile*, Torino, 1927.

LIEBE, H., *Der abstrakte obligatorische Vertrag im modernen Rechte*, Gruchot Beitrag, 1884.

LIEBE, H., *Entwurf einer Wechselordnung fur das Herzogthum Braunschweig sammt Motiven*, Braunschweig, 1843.

LIEBMAN, E.T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962.

LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1984.

LIEBMAN, E.T., *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1933.

LIEBMAN, E.T., *Sul riconoscimento della domanda*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927.

LIEBMAN, E.T., *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927.

LIPARI, N., *Sull'indivisibilità della confessione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925.

LUISO, F.P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2017.

LUISO, F.P., *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*, in *Riv. arb.*, 1996.

LUISO, F.P., *L'articolo 824* bis *c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010.

LUISO, F.P., *La negoziazione assistita (artt. 6 e 12 d.l. n. 132 del 2014)*, in *Nuove leggi civ.*, 2015.

LUISO, F.P., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981.

LUISO, F.P., *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. FAZZALARI, Milano, 2006.

MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009.

MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Diritto processuale civile*, Torino, 2017.

MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2003.

MANDRIOLI, C., *Le nuove ordinanze «di pagamento» e «ingiunzionale» nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991.

MARINELLI, M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.

MARINELLI, M., *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Padova, 2001.

MATTIROLO, L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1894.

MENCHINI, S., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006.

MERLIN, E., *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997.

MERLIN, E., *Compensazione e processo*, Milano, 1991.

MERLIN, E., voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996.

MESSINA, G., *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Foro sardo*, 1902, poi in *Scritti giuridici*, Milano, 1948.

MESSINEO, F., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

MICHELI, A., *«Jura novit curia»*, in *Riv. dir. proc.*, 1961.

MICHELI, A., *Giurisdizione e azione (Premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile)*, in *Riv. dir. proc.*, 1956.

MICHELI, A., *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937.

MICHELI, A., *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa (a proposito di una teoria di Francesco Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1937.

MINERVINI, E., *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, in *Rass. dir. civ.*, 1986.

MONTELEONE, G., *Manuale di diritto processuale*, Padova, 2015.

MONTESANO, L., ARIETA, G., *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991.

MONTESANO, L., ARIETA, G., *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001.

MONTESANO, L., *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991.

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

MONTESANO, L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di F. VASSALLI, XIV, Torino, 1952.

MONTESANO, L., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981.

MONTESANO, L., *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948.

MONTESANO, L., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994.

MONTESANO, L., *Sull'«*animus confitendi*» e sulla teoria oggettiva della confessione*, in *Riv. dir. proc.*, 1950.

MONTESANO, L., voce *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

MORTARA, L., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1923.

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

NASI, A., voce *Interesse ad agire*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972.

NEUBECKER, F.K., *Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen*, in *Archiv. für bürgeliches Recht* 22, 1903, e poi in *Riv. dir. comm.*, 1904, trad. da M.T. Zanzucchi.

NEUNER, R., *Privatrecht und Prozessrecht*, Aalen, 1970.

NICOLETTI, C.A., *Alcune considerazioni attorno ai rapporti tra «negozio» e «processo»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969.

NICOLÒ, R., *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, in *Annali dell'Università di Messina*, 1932-33.

NICOTINA, G., *L'abuso nel processo civile*, Roma, 2005.

PADOVINI, F., *Rapporti contrattuali e successione per causa di morte*, Milano, 1990.

PAGENSTECHER, M., *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, 1905.

PAGNI, I., *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011.

PALAZZO, A., *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, XIII, Torino, 1985.

PALMIERI, A.M., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000.

PANZAROLA, A., voce *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002.

PAOLINI, E., *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, in *Contr.*, 1996.

PAOLINI, E., *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997.

PARENZO, E., *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929.

PATTI, S., *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987.

PESCATORE, M., *La logica del diritto*, Torino, 1883.

PEZZANI, T.M., *Il regime convenzionale della prova*, Milano, 2009.

PICARDI, N., *La successione processuale*, Milano, 1964.

POLACCO, V., *Del contratto di transazione*, Roma, 1921.

PROTO PISANI, A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003.

PROTO PISANI, A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982.

PROTO PISANI, A., *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990.

PROTO PISANI, A., *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000.

PROTO PISANI, A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.

PROTO PISANI, A., *Osservazioni sul riconoscimento della domanda: opportunità di riaprire un dibattito prematuramente interrotto*, in *Foro it.*, 1978.

PROTO PISANI, A., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006.

PUCCINI, L., *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1957.

PUCHTA, G.F., *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig, 1851.

PUGLIATTI, S., *Della transazione*, in *Commentario al codice civile* diretto da M. D'AMELIO e E. FINZI, II, Firenze, 1949.

PUGLIATTI, S., *La trascrizione immobiliare*, Messina, 1945.

PUGLIATTI, S., voce *Animus*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

PUGLIESE, G., *Actio e diritto subbiettivo*, Milano, 1939.

PUGLIESE, G., *Le legis actiones*, in *Il processo civile romano*, I, Roma, 1962.

PUNZI, C., *«Efficacia di sentenza del lodo»*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. FAZZALARI, Milano, 2006.

PUNZI, C., *«Efficacia di sentenza» del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005.

PUNZI, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012.

PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008.

PUNZI, C., *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007.

QUADRI, E., *L'«arbitro bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Studi in onore di A. Cataudella*, III, a cura di E. DEL PRATO, Napoli, 2013.

QUADRI, R., *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974.

REDENTI, E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931.

REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, 3 ed. a cura di T. CARNACINI, M. VELLANI, Milano 1980.

REDENTI, E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911.

RICCI, E.F., *Legge 9 febbraio 1983, n. 28. Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato (sub art. 2)*, in *Nuove leggi civ.*, 1983.

RICCI, E.F., *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993.

RICCI, E.F., *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arbitrato*, 1987.

RICCI, E.F., *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997.

RICCI, E.F., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1991.

RICCI, F., *Delle prove*, Torino, 1891.

RICCI, G.F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009.

ROCCO, U., *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917.

ROMANO, A., *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta di interesse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964.

ROMANO, A.A., *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006.

ROMANO, SALV., *Autonomia privata (appunti)*, in *Studi in onore di F. Messineo*, IV, Milano, 1959.

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

ROMANO, SALV., voce *Equità: Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966.

ROMANO, SANTI, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918.

ROMANO, SANTI, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

ROPPO, V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA E P. ZATTI, Milano, 2011.

ROTA, F., *I fatti non contestati e il nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Il processo civile riformato*, a cura di M. TARUFFO, Bologna, 2010.

RUFFINI, G., *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005.

RUFFINI, G., *Sub art. 806*, in *Codice di procedura civile commentato*, III, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2012.

RÜMELIN, M., *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B.G.B.*, I, in *Arch. fur civil. Praxis*, 97, 1905.

RUPERTO, S., *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002.

SALVIOLI, G., *Storia della procedura civile e criminale*, Milano, 1927.

SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1970.

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

SANTORO-PASSARELLI, F., *La transazione*, Napoli, 1975.

SANTORO-PASSARELLI, F., *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956.

SASSANI, B., *Arbitrato irrituale e decorso dei termini: «reviviscenza» dell'azione civile?*, in *Giust. civ.*, 1980.

SASSANI, B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989.

SASSANI, B., *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1995.

SASSANI, B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007.

SASSANI, B., *Note sull'interesse ad agire*, Rimini, 1983.

SASSANI, B., *Sub art. 186* bis, in *Commentario alla riforma del processo civile* a cura di C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, Milano, 1996.

SASSANI, B., *Sub art. 808* ter, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, VII, Torino, 2014.

SASSANI, B., *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977.

SASSANI, B., voce *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.

SASSANI, B., voce *Interesse ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989.

SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *judicium.it*.

SATTA, S., *«Jura novit curia»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955.

SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966.

SATTA, S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931.

SATTA, S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1957.

SCADUTO, G., *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923.

SCALA, A., *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001.

SCALA, A., *Sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Foro it.*, 2001.

SCHLESINGER, R., *Zur Lehre von den Formalcontracten und der* Querela non numeratae pecuniae, Leipzig, 1858.

SCIALOJA, V., *Arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922.

SCIALOJA, V., *Procedura civile romana*, Roma, 1936.

SCOGNAMIGLIO, R., *Riconoscimento di proprietà contenuto in un testamento*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951.

SEGNI, M., *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *La tutela dei diritti. Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, IV, Bologna, 1953, 309 ss.

SEGNI, M., *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982.

SEGRÈ, G., *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1920.

STOLFI, G., *In tema di promessa unilaterale di pagamento*, in *Giur. it.*, 1972.

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

STOLFI, G., *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933.

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

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

TAMBURRINO, G., *Sull'inquadramento della promessa di pagamento e della ricognizione di debito tra le promesse unilaterali*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953.

TARUFFO, M. (-COMOGLIO, L.P.-FERRI, C.), *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2011.

TARUFFO, M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.

TARZIA, G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991.

TARZIA, G., *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano 2006.

TAVORMINA, V., *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989.

TAVORMINA, V., *Per la tendenziale unicità di azioni di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001.

THOMAS, B., *Zur Doppelnatur von Klageanerkenntnis und Klageverzicht*, Münster, 1976.

TREGGIARI, F., voce *Transazione (diritto interm.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992.

TRISORIO LIUZZI, G., *Sui termini per la pronuncia delle ordinanze di condanna* ex *art. 186* bis *e* ter *c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1995.

UGAS, A.P., *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011.

UGAS, A.P., *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*, Torino, 2002.

UNGER, J., *Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag*, in *Jherings Jahrbücher*, VIII, Jena, 1866.

VACCARELLA, R., *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001.

VACCARELLA, R., voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

VALSECCHI, E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU E F. MESSINEO, Milano, 1986.

VELLANI, M., *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958.

VERDE, G., *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000.

VERDE, G., *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995.

VERDE, G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010.

VITUCCI, P., *Le disposizioni generali sulla prescrizione (artt. 2934-2940 c.c.)*, Pescara, s.d.

VON BAHR, O., *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel-Göttingen, 1867.

VON KELLER, F.L., *Il processo civile romano e le azioni*, trad. it. con note di N. De Crescenzio, Napoli, 1872.

VON LIGENTHAL, Z., *Manuale del diritto civile francese*, trad. it. di L. Barassi, Milano, 1907.

VON SAVIGNY, C., *Sistema del diritto romano attuale*, Berlin, 1840-1852, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1886-1898.

VON TUHR, A., *Der Allgemeine Teils des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, Munchen und Leipzig, 1918.

VULLO, E., *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1955.

WACH, A., *Das Geständniss Ein Beitrag zur Lehre von dem prozessualischen Rechtsgeschäft*, in *Arch. civ. Pr.*, 1881.

WINDSCHEID, B., *Il diritto delle Pandette*, trad. it. di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1926.

WOLF, M., *Das Anerkenntnis im Prozessrecht*, Gehlen, 1969.

ZANZUCCHI, M.T., *Diritto processuale civile*, Milano, 1964.