
PRESENTAZIONE DELLA IV EDIZIONE

La IV Edizione delle *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile* è stata completamente rivista e aggiornata ai recenti sviluppi giurisprudenziali.

In particolare, sono stati introdotti nuovi capitoli, quali il capitolo 3 della Parte III, dedicato alla *libertà di autodeterminazione, alla disponibilità del bene vita e al biotestamento*, il capitolo 6 della Parte IV, sulle *Liberalità indirette*, il capitolo 4 della Parte V dedicato al *Principio di accessione e ai rapporti con la comproprietà sul suolo comune*, il capitolo 2 della Parte VII sulle *Clausole generali e sul controllo del giudice sul contratto* e il capitolo 14 sempre della Parte VII sulle relazioni esistenti tra *il tempo e il contratto* e in particolare sul fenomeno dell'*usura sopravvenuta*.

Al di là dell'introduzione di nuovi capitoli, il resto del manuale risulta aggiornato in ogni sua parte.

Si pensi, ad esempio, al capitolo 1 della Parte V, in cui si trovano i nuovi paragrafi dedicati alle *servitù di parcheggio* e al *condhotel*, oppure a tutta la Parte VII in cui sono registrati i recenti interventi giurisprudenziali sulla *forma nel contratto di investimento* (S.U., n. 1465/2018), sulla *mediazione atipica*, sulla *nozione di meritevolezza degli interessi* (anche avendo riguardo alle clausole *claims made* apposte nei contratti di assicurazione), sulla *compensatio lucri cum damno* (S.U. nn. 12564, 12565, 12566, 12567/2018) e sulla c.d. *nullità per inadempimento*.

Il risultato finale è un *manuale operativo* in cui il punto di partenza è rappresentato dallo studio dei principi generali del diritto civile che vengono declinati trasversalmente nelle varie branche del diritto civile, senza mai perdere di vista i recenti orientamenti giurisprudenziali.

Per questa edizione deve essere ringraziata la collega Alessandra Tedesco che ha collaborato al capitolo 2 della Parte VII sulle clausole generali, nonché il dott. Carlo Mandile che ha collaborato al capitolo 6 della Parte IV.

Napoli, settembre 2018

L'AUTORE

PRESENTAZIONE DELLA III EDIZIONE

Le *Coordinate ermeneutiche di Diritto Civile*, giunte alla terza edizione, si arricchiscono di ulteriori capitoli: in particolare, è stata introdotta, all'interno della Parte II, la Sezione II dedicata alle "altre relazioni familiari", in cui si è dato conto delle unioni civili e delle convivenze di fatto alla luce della legge n. 78/2016. All'interno della Parte VII, dedicata all'"autonomia negoziale e contratti", sono stati inseriti tre nuovi capitoli: il capitolo IV sulla forma "funzionale" del contratto, il capitolo V sugli "elementi accidentali, condizione potestativa e finzione di averamento" e il capitolo X dedicato alla nuova fattispecie di leasing abitativo introdotta dalla legge di stabilità del 2016. On line è stato introdotto il capitolo "La crisi del divieto del patto commissorio e il nuovo patto marciano del d.l. n. 59/2016 (convertito con modifiche in l. 119/2016)". Il risultato finale è un vero e proprio manuale diviso in IX parti e composto da 48 capitoli a fronte degli iniziali 25 della I edizione. La crescita esponenziale del manuale, non solo quantitativa, ma soprattutto qualitativa, è il frutto di uno studio continuo della materia che registra i continui cambiamenti legislativi e giurisprudenziali, ma che non muta il tradizionale obiettivo delle *Coordinate*: fornire, in modo chiaro e innovativo, una chiave di lettura della recente evoluzione normativa e giurisprudenziale, analizzando, in maniera sistematica, i principali istituti del diritto civile, sia mediante il richiamo alle tesi dottrinarie più accreditate, sia e soprattutto attraverso l'esame critico dei più recenti interventi della giurisprudenza di merito e di legittimità. In quest'ottica il testo approfondisce i più recenti interventi legislativi in tema di pattuizione commissoria, pegno non possessorio, unioni civili, convivenza di fatto, anatocismo e *leasing* immobiliare abitativo, senza tralasciare i più importanti interventi giurisprudenziali (si pensi alla donazione di beni altrui, all'esatta delimitazione delle liberalità indirette, alla *step child adoption*, alla compensazione del credito contestato, alla forma "funzionale" del contratto, al preliminare "abusivo", alla validità delle clausole *claims made* e ai danni punitivi).

Nel testo non mancano i riferimenti al diritto romano curati, con il consueto rigore scientifico, dal Professor Cosimo Cascione, Ordinario di Storia del diritto romano presso l'Università "Federico II" di Napoli.

Un sentito ringraziamento va all'Editore che ha creduto e crede in questa esaltante avventura.

L'ultimo pensiero è diretto, come al solito, agli studenti che dovranno sostenere le prove scritte nei concorsi nelle magistrature e nelle avvocature, affinché le *Coordinate* possano fornire loro un concreto aiuto per costruire i temi che possono cambiare la vita, come è, peraltro, accaduto con riguardo alla prova di diritto civile del concorso in magistratura del 2016 (sulla tutela dell'utilizzatore nel leasing), o con riguardo a quella del concorso per procuratore di stato del 2017 (sulla compensazione del credito contestato), cui erano dedicati appositi capitoli nella II edizione delle *Coordinate* (in relazione a questa edizione si possono confrontare i capitoli 3 della Parte VI e 8 della parte VII).

PRESENTAZIONE DELLA II EDIZIONE

Giungono alla seconda edizione le *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile*, in seguito al successo inatteso della prima edizione (2014) e del volume di aggiornamento del 2015.

Nonostante il breve lasso di tempo trascorso, il volume è profondamente mutato nella struttura, subendo sostanzialmente una metamorfosi, dovuta alla continua riflessione operata sugli istituti cruciali del diritto civile, favorita anche dai recenti interventi giurisprudenziali. Confrontando gli indici delle due edizioni, è possibile notare che si è passati dagli iniziali 25 capitoli agli attuali 41. Si tratta di una crescita non soltanto quantitativa, ma soprattutto qualitativa.

Il volume conduce il lettore attraverso un diritto civile in profonda crisi, che viaggia verso il tendenziale superamento della tradizionali categorie delineate dagli interpreti nel secolo scorso (si pensi, a titolo esemplificativo, alla nozione di soggettività giuridica, alla rilevanza giuridica della convivenza di fatto e al connesso problema dei matrimoni monoaffettivi, all'autonomia negoziale nella fase di scioglimento del matrimonio, alla frantumazione dell'unitarietà del contratto e alla crisi di identità della responsabilità civile). Grazie anche all'opera incessante della giurisprudenza, si impone un costante e meditato aggiornamento, che, tuttavia, non trascuri mai l'impostazione dogmatica della disciplina sostanziale.

Il volume approfondisce, peraltro, i più recenti interventi legislativi (si pensi alla negoziazione assistita nel diritto di famiglia, al *rent to buy*, alle sanzioni civili indirette) e giurisprudenziali in tema di rapporti multipolari e tutela dell'utilizzatore nel contratto di *leasing*, di nullità, di divieto di maternità surrogata, di donazione di beni altrui, di capacità di donare delle persone giuridiche, di promesse unilaterali atipiche, di compensazione del credito *sub iudice*, di danno da morte e di funzione anche sanzionatoria del risarcimento del danno).

Le *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile*, nel registrare tali orientamenti, forniscono un valido supporto a chi si accinge ad uno studio approfondito e trasversale del diritto civile, quanto mai prezioso per gli addetti ai lavori e per gli studenti che si accingono ai concorsi nelle magistrature e nell'avvocatura.

Di tutto questo devono essere consapevoli gli operatori del diritto e coloro che si apprestano a svolgere le prossime imminenti prove concorsuali.

A quest'ultimi, in particolare, rivolgo un tenero auspicio, affinché le "temute prove" possano per loro essere il momento per dimostrare di aver colto la logica intima del diritto civile, nella consapevolezza che nessuna traccia è di per sé agevole, in quanto il compito si "costruisce" in otto appassionate ore, senza schemi precostituiti o eccessivi sforzi mnemonici.

Anche questa volta l'opera è stata impreziosita dai riferimenti al diritto romano curati, con il consueto rigore scientifico, dal Professor Cosimo Cascione, Ordinario di Storia del diritto romano presso l'Università "Federico II" di Napoli.

È doveroso poi ringraziare l'Editore, che ha creduto e crede in questa esaltante avventura, che ha richiesto una vera e propria *task force* di persone sempre pronte a rispondere con garbo e professionalità alle domande e alle esigenze del sottoscritto.

Ulteriori ringraziamenti devono andare ai miei allievi, che mi hanno affettuosamente aiutato a rivedere le bozze in tempi record (in particolare Luisa D'Elia e Ciro Lotoro) e alla sistemazione di alcune parti del volume (in particolare, Mattia Caputo, in relazione ai §§ 12 e 13 del cap. 9 della Parte VII, Giuliana Moccia, in relazione al cap. 2 della Parte IX, Giuseppe Palumbo in relazione ai §§ 6, 6.1 e 6.2 del cap. 1 e del § 4.1 del cap. 2 della Parte II, Alessia Stadio in relazione ai §§ 7 e 8 del cap. 2 della Parte I.

Napoli, febbraio 2016

L'AUTORE

PRESENTAZIONE DELLA I EDIZIONE

Seguire e percepire le “coordinate ermeneutiche” che la giurisprudenza traccia quotidianamente è certamente tra i compiti più ardui del giurista, dell’interprete, dello studente. Il tumulto giurisprudenziale che anima dibattiti e contrasti spesso sfugge allo studioso, non sempre calibrato sulla rapidità e freneticità delle pronunce. Eppure, per tutti gli operatori conoscere il diritto vivente è fondamentale quanto conoscere il dato legislativo. La Corte di Cassazione, a sezioni unite (Cass. pen., SS.UU., 21 gennaio 2010, n. 18288), in tempi non sospetti, ha esaltato l’attività di “mediazione accertativa” della giurisprudenza, evidenziando che la norma va intesa non in astratto, ma quale è operante “nella quotidiana applicazione dei giudici” (nello stesso senso, Corte Cost. sent. n. 3/1956) e “come vive nella realtà concreta” (Corte Cost., sent. n. 198/1972).

La legge, si può quindi dire, vive attraverso la voce dei giudici e il nostro ordinamento vive una “relazione concorrenziale tra potere legislativo e potere giurisdizionale”.

Su queste basi è stato pensato *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile*.

Il testo è stato scritto con uno sguardo rivolto ai miei allievi e a tutti coloro che stanno preparando i concorsi nelle magistrature, i concorsi in genere o l’esame di abilitazione alla professione forense; nell’auspicio che possa essere di supporto per il candidato che dovrà confrontarsi, prima o poi, con le temute prove.

Si rivolge, quindi, sia al fresco laureato, che, uscendo dalle prestigiose aule universitarie, immagina il concorso come un sogno, come la realizzazione di un esaltante e irripetibile percorso professionale; si rivolge a colui che è disilluso dalla pregresse esperienze concorsuali, abbandonato alla (falsa) convinzione che la stessa non faccia per lui; al professionista insoddisfatto che immagina “d’un sol colpo” di cambiar vita; alle mamme e ai papà che coniugano lo studio con la difficile arte dell’educazione dei figli e scovano nella notte angoli bui per studiare.

Nella mia esperienza didattica ho conosciuto ciascuno di questi e da tutti ho tratto insegnamenti e spunti per scrivere questo testo, cui hanno partecipato Magistrati e Professori universitari, che mai smetterò di ringraziare. Su tutti una particolare nota va al Prof. Cosimo Cascione, che in questa esperienza ha profuso l’entusiasmo dello studente e la professionalità che unanimemente gli è riconosciuta.

Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile si rivolge, quindi, a coloro che da un po’ immaginano le prove tanto ambite e sono spesso tormentati dai dubbi, dall’inquietudine di non sapere, dalla sentenza dell’ultimo momento che può (?) rivoluzionare una vita.

Si rivolge allo spavaldo, che non vede l’ora di sedersi sulla “bollente sedia” e vuole spaccare il mondo con una penna, ma anche al pavido, al timoroso, allo scoraggiato, che vive la tre giorni concorsuale come le tre tappe di un percorso nefasto.

In realtà, ho imparato che ognuno di questi sentimenti vive spesso all’interno dello stesso candidato, eroso dai dubbi, ma spinto, talvolta, da momenti di incontrollabile

esaltazione, stretto tra la convinzione di essere pronto e la consapevolezza di non poterla mai fare.

È, del resto, lo stesso disagio che mi accompagna in questa “calda” notte di gennaio, in cui sto scrivendo gli ultimi righe di questa prima entusiasmante avventura.

La sensazione di aver fatto tutto il possibile, ma non ancora abbastanza, con la consapevolezza che si può fare sempre meglio. È la stessa sensazione che, sono certo, governa il candidato al concorso all’atto della consegna del compito. A lui, quindi, sento di lasciare un pensiero di un grande atleta che rappresenta la metafora del “disperato” studio concorsuale, nella convinzione che il raggiungimento di grandi risultati richiede enormi sacrifici.

«Papà dice che se colpisco 2500 palle al giorno, ne colpirò 17500 alla settimana e quasi un milione in un anno. Crede nella matematica. I numeri, dice, non mentono. Un bambino che colpisce un milione di palle all’anno sarà imbattibile» (Open, A. Agassi).

Napoli, gennaio 2014

IL CURATORE

PRESENTAZIONE DELL’AGGIORNAMENTO 2015

L’attività frenetica della giurisprudenza, che non conosce stasi, ha reso necessario pubblicare, a distanza di circa un anno dall’uscita delle *Coordinate ermeneutiche di Diritto Civile*, un aggiornamento capace di fare un punto della situazione sulle pronunce di maggiore interesse pubblicate nel 2014 e nei primi mesi del 2015.

In particolare, l’irruzione di Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 77 ha acuito le incertezze sulla distinzione tra equità e buona fede e avvalorato la pratica di scolorimento della buona fede nelle regole di equità. Nello stesso senso sembra collocarsi anche Cass., SS.UU., 2 dicembre 2014, n. 26242, che, tra le altre cose, ha dettato (forse) definitivamente le regole in tema di rilievo officioso della nullità. Su altro versante si collocano molteplici questioni ermeneutiche (in tema di preliminare di preliminare, donazione di beni altrui, di comodato di lunga durata senza termine, di proponibilità delle azioni contrattuali in tema di leasing, di criterio di imputazione della responsabilità in caso di danno da lastrico solare, di danno da morte, di maternità surrogata, di responsabilità medica, di soggettività del condominio) che hanno costituito così lo spunto per una rilettura dei temi trattati, operata anche stavolta cercando di non perdere di vista il coordinamento della singola novità giurisprudenziale con gli istituti tradizionali.

Come sempre, l’evoluzione giurisprudenziale non rappresenta un punto di arrivo, ma un punto di partenza da cui l’analisi muove per la ricostruzioni dei singoli istituti con il consueto taglio trasversale.

L'auspicio è di riuscire, anche quest'anno, come per quello trascorso, a fornire un valido supporto a coloro che dovranno sostenere le prove concorsuali (in particolare quelle nelle magistrature).

Va, infine, un ringraziamento alle dottoresse Chiara Cucinella (Capitoli 11, 12, 13), Paola Giacalone (Capitolo 7) e Sara Menna, per la loro preziosissima collaborazione.

Napoli, febbraio 2015

L'AUTORE

Parte I

L'ATTIVITÀ GIURIDICA

FATTO, ATTO E NEGOZIO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Fatto, atto e negozio. – 2. Il negozio di accertamento. – 3. Il negozio di accertamento dei diritti reali. – 4. Le tabelle millesimali. – 4.1. *Segue*. L’impatto della riforma del 2012. – 5. La discussa natura dell’atto di riconoscimento del figlio naturale. – 6. La mediazione. – 6.1. *Segue*. La soluzione della Corte di Cassazione nel 2009 e le Sezioni Unite n. 19161/2017.

Diritto romano. – Il negozio giuridico. – *Negotium* nelle fonti antiche indica sia il negozio in genere, sia quello che noi chiamiamo negozio giuridico, ma il diritto romano non procedé, in nessuna sua fase, a una elaborazione complessiva di quest’ultimo concetto, che i moderni hanno considerato la principale categoria degli atti giuridici. La terminologia latina non è mai usata, dai giuristi e dagli imperatori, per indicare negozi a titolo gratuito. La categoria moderna, come la dottrina su cui si basa, che si definisce teoria generale del negozio (elaborazione di una figura astratta unitaria a cui fossero riconducibili, per inquadrarne dogmaticamente struttura ed effetti, tutti gli atti giuridici volontari), è frutto della tradizione romanistica, fondata sulla sistemazione e reinterpretazione delle fonti romane, e soprattutto della dottrina pandettistica tedesca dell’Ottocento. Oggi, anche nelle trattazioni del diritto privato vigente c’è chi evita il riferimento a tale costruzione dogmatica, soffermandosi, ad esempio, solo sul dato codicistico, che disciplina il contratto, ma non il negozio in generale (cosa che avviene, invece, in altri ordinamenti a matrice romanistica, come quello tedesco). La schematizzazione del negozio può, però, servire a una classificazione dei concetti utile a individuare elementi suscettibili di applicazione generale in ordine a serie indeterminate di atti giuridici leciti: si pensi alla condizione (*condicio*), al termine (*dies*) o ai vizi della volontà come dolo, violenza ed errore. Il negozio giuridico, a seguito della suddetta elaborazione scientifica, può essere definito come atto giuridico lecito rivolto a un fine economico-sociale (cd. causa), i cui effetti sono determinabili dalle parti, in conformità con la volontà da essi espressa. L’ordinamento, che riconosce la causa, predispone la tutela del negozio. I requisiti fondamentali di validità, tendenzialmente propri di ogni negozio, già nel diritto romano, possono essere enumerati come segue: a) possibilità dell’oggetto, che doveva essere *in rerum natura*, cioè esistente in natura (non era, per esempio, valida una compravendita avente ad oggetto una cosa già distrutta); b) liceità: lo scopo perseguito dalle parti doveva essere lecito ossia consentito dall’ordinamento giuridico (non era valida, per esempio, una *stipulatio* da cui derivassero limiti alla libertà testamentaria); c) legittimazione: ciascun soggetto poteva compiere soltanto negozi riguardanti la propria sfera giuridica (o quella di un soggetto diverso, ma rispetto alla quale fosse legittimato); d) alternatività degli effetti: i negozi giuridici potevano produrre soltanto effetti reali ovvero obbligatori. Le manifestazioni di volontà private, nel diritto romano, potevano avere efficacia nell’ambito del *ius civile*, perché tutelate in quell’ordinamento, ovvero nel *ius honorarium*, perché protette dal pretore nell’esercizio della sua funzione giurisdizionale. Un negozio del *ius honorarium* poteva incidere su un rapporto civilistico proprio grazie alle tutele elaborate dal magistrato giurisdicente (per esempio il *pactum de non petendo*, attraverso un’eccezione processuale, poteva esplicitare i suoi effetti su una relazione debitoria). La negoziabilità di *ius gentium*, a differenza di quella del più antico *ius civile* era aperta anche agli stranieri.

1. Fatto, atto e negozio

Nella tradizione civilistica italiana, il fatto giuridico figura sempre insieme ad altri due concetti: l’atto ed il negozio giuridico.

Il fatto è una *categoria ordinante dei giuristi teorici*, una sorta di *macrocategoria non immediatamente percepibile* che ricomprende in sé diversi fenomeni, quali l'atto e il negozio giuridico¹.

La priorità logico-giuridica del fatto spiega il senso del brocardo latino *ex facto oritur ius*. In realtà, come è stato in passato sottolineato, il diritto sorge con la qualificazione giuridica del fatto, ma questa richiede l'esistenza del fatto. *Dunque senza un fatto il diritto non nasce*².

Ex facto oritur ius

Fatto atto e negozio giuridico rappresentano la risposta che l'ordine giuridico dà ai vari tipi di situazioni della vita umana giuridicamente rilevanti.

Il fatto può essere definito come quell'accadimento umano o naturale idoneo a modificare la realtà esteriore. Esso può essere o meno giuridicamente rilevante: nel primo caso, sarà un fatto giuridico, diversamente si avrà un mero fatto materiale.

Fatto giuridico è il fatto cui *il diritto attribuisce rilevanza giuridica nel senso di mutare le situazioni ad esso preesistenti e di configurare situazioni nuove, cui corrispondono nuove qualificazioni giuridiche*³.

L'effetto è il risvolto dinamico del fatto⁴; fatto ed effetto sono legati da uno stretto nesso di causalità giuridica, onde le situazioni giuridiche che si producono sono denominate "effetti giuridici".

I fatti talvolta sono presi in considerazione in modo autonomo e altre volte emerge tra le stesse un collegamento: si avrà, pertanto, una **fattispecie**⁵. Quest'ultima si identifica, secondo la dottrina, *nell'insieme degli avvenimenti previsti da una singola norma come necessariamente ricorrenti al fine della produzione di un dato effetto giuridico*⁶.

Un fatto giuridicamente rilevante, ma che rappresenta allo stesso tempo un principio generale dell'ordinamento, è rappresentato dall'apparenza, in cui, al ricorrere di determinati presupposti, si riconosce prevalenza a situazione giuridiche sorte su una situazione di apparenza, piuttosto che dar rilievo al fatto come si è naturalisticamente realizzato.

Una delle principali distinzioni dell'ordinamento concerne quella tra fatto e atto: il *discrimen* passa attraverso la *rilevanza o meno per l'ordinamento della volontà – in senso lato – dell'uomo*⁷.

Atto giuridico

In particolare, la dottrina afferma che se la volontà umana permea l'accadimento, il fatto si dovrà qualificare come **atto giuridico**. Esso

¹ Il corsivo è tratto da G. AMADIO-F. MACARIO, *Diritto Civile, Norme, questioni, concetti*, I, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 251.

² C. SFORZA, *Ex facto oritur ius*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento, 1904-1929*, I, 1930, p. 95.

³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002, p. 9.

⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 81.

⁵ «Quando la fattispecie non si realizza tutta d'un tratto, ma per gradi, attraverso una progressione di fasi intermedie, alla fattispecie incompiuta corrisponde un a situazione giuridica preliminare, che talora darà luogo al fenomeno della pendenza e a una connessa aspettativa»: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002, p. 11.

⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 81.

⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 83.

dovrà, invece, qualificarsi come fatto, allorché il diritto tiene in conto il fenomeno naturale come tale, prescindendo da una eventuale concorrente volontà⁸, la quale pertanto non rileva. Dunque esclusivamente nell'atto giuridico rilevano coscienza e volontà che determinano il comportamento.

L'atto consapevole potrà essere lecito o illecito.

Per quanto concerne gli atti illeciti, dal codice emerge come l'autore, per essere chiamato a rispondere dello stesso, debba essere stato capace di intendere e volere al momento del suo compimento (art. 2046 c.c.).

Circa gli atti giuridici leciti, anch'essi debbono essere caratterizzati da una attività consapevole e volontaria (argomentando *ex art.* 428 c.c.) ed al loro interno si rinviene la fondamentale distinzione tra atti negoziali e atti giuridici in senso stretto.

In entrambi si rinviene la rilevanza della volontà umana; tuttavia, la distinzione è netta poiché nell'**atto giuridico in senso stretto** consapevolezza e volontarietà rilevano in ordine al mero comportamento; gli effetti dello stesso sono invece fissati direttamente dall'ordinamento.

La volontà, dunque, non "orienta gli effetti", ma viene in considerazione esclusivamente quale presupposto necessario dell'atto⁹. Essa rileva dunque al momento della scelta dell'atto, mentre l'effetto non può essere modellato o condizionato e si produce anche se l'intento della parte era diverso.

Questo spiega perché gli atti giuridici siano tutti tipici, cioè tutti previsti dalla legge, proprio in quanto è la legge a stabilirne gli effetti. Esempi sono rappresentati dalla costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia, dall'atto di adempimento, dalla confessione.

Nell'**atto negoziale**, invece, consapevolezza e volontà sono estesi agli effetti e non riguardano esclusivamente il compimento dell'atto.

Il negozio giuridico è, senza dubbio, l'atto con cui l'autonomia negoziale si estrinseca nella sua massima estensione: la volontà "penetra all'interno della disciplina dell'atto, la modella, la condiziona"¹⁰: l'autore dell'atto crea, letteralmente, la regolamentazione del rapporto. Del resto, la stessa etimologia della parola "autonomia" (dal greco *autòs* e *nòmos*) indica l'atto del dar legge a se stessi.

Il negozio giuridico è allora atto dispositivo, autoregolamentazione di privati interessi. Tuttavia tale estrinsecazione non è certo priva di controlli: gli interessi perseguiti devono essere sottoposti al vaglio di meritevolezza e liceità (art. 1322 c.c.) ad opera dell'interprete.

Se l'atto giuridico in senso stretto è necessariamente tipico, diversamente il negozio giuridico ben può essere atipico (art. 1322 II co. c.c.).

A ben vedere, nel codice civile del 1942 non si rinviene mai la parola "negozio" e il legislatore non disciplina in modo organico e specifico la figura (diversamente di quanto ha fatto il legislatore tedesco del 1900 con il BGB); il legislatore fa uso del termine

■ **Negozio giuridico**

⁸E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002, p. 14; ciò è particolarmente evidente in taluni modi di acquisto originario della proprietà, come nelle **alluvioni**, **commistioni**, **unioni**, nonché nella **destinazione del padre di famiglia** (art. 1062 c.c.).

⁹F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 83.

¹⁰F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 86.

“contratto” o “atto” se la struttura è unilaterale. Tale scelta è il risultato di una lunga evoluzione storica ed è presumibilmente dovuta all'intento di porre l'accento sullo strumento patrimoniale di scambio (il contratto), più che sulla volontà del singolo.

La categoria è dunque frutto dell'opera della dottrina ed è viva nel sistema ed è definibile come quella manifestazione di volontà rivolta a costituire, modificare o estinguere situazioni meritevoli di tutela per il diritto.

In realtà, non può dirsi esistente il negozio giuridico, ma esistono molteplici negozi, talvolta lontani tra loro sotto il profilo della struttura ed il contenuto, accostati al fine di trarre principi di valore generale¹¹. Sono stati così avvicinati istituti eterogenei, ma tutti accomunati dal racchiudere una manifestazione di volontà diretta a produrre effetti.

In realtà la riflessione sul negozio giuridico non può essere disgiunta da quella dell'autonomia privata, anche denominata, autonomia negoziale, cui si rinvia nella parte a ciò dedicata per l'approfondimento della questione.

2. Il negozio di accertamento

Si è detto in premessa che il negozio giuridico è l'atto con cui le parti dispongono di una situazione giuridica soggettiva.

La possibilità, pertanto, per le parti di accertare una data situazione già esistente al fine di fissarne l'ambito, senza tuttavia disporre, è da tempo al centro di un acceso dibattito dottrinale. La tematica ha ad oggetto una delle figure maggiormente controverse del diritto civile: il negozio di accertamento.

Il negozio di accertamento non è disciplinato dal codice, ma è di elaborazione dottrinale, e si afferma enfaticamente come, intorno a tale figura, tutto sia incerto, in primo luogo la sua stessa ammissibilità.

Si tratta dunque di un negozio innominato, il cui giudizio di meritevolezza ed utilità va indagato in concreto, valorizzandone lo scopo pratico perseguito dalle parti.

Partendo dal contenuto dell'accordo accertativo, esso consisterebbe *«nella possibilità per le parti di dettare l'interpretazione autentica di un anteriore rapporto giuridico il cui contenuto e i cui limiti si presentino dubbî, ovvero chiarire una preesistente e ambigua situazione in qualche maniera riguardante i rapporti giuridici esistenti tra le stesse parti, e ciò al fine di raggiungere una certezza sulla portata del negozio anteriore ovvero sulla situazione oggettiva preesistente¹²»*.

Attraverso tale strumento le parti mirano a rimuovere uno stato di incertezza, senza realizzare alcun effetto costitutivo, modificativo, estintivo. La dottrina ha metaforicamente parificato tale figura *ad un rivelatore che dalla oscurità faccia apparire l'immagine, prima invisibile ma già impressa¹³*.

Orbene, la dottrina tradizionale¹⁴ sostiene pervicacemente che il negozio di accertamento non sia ammissibile.

¹¹ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle notevoli differenze che intercorrono tra il matrimonio, il testamento, il contratto, tutte figure rientranti nel fenomeno negoziale.

¹² Cass. 20 giugno 1958, n. 2164.

¹³ L. MAZEAUD, citato da A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2015, p. 100.

¹⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. e proc. civ.*, 1956.

Tale tesi trova sostegno in due principali argomenti: in primo luogo, l'atto negoziale è per definizione atto dispositivo; in secondo luogo, la funzione di accertamento ed il "potere di donare certezza" sono poteri riservati alla autorità giurisdizionale (*ius dicere*). Ai privati va riconosciuto, secondo quanto dispone l'art. 1321 c.c., un potere essenzialmente dispositivo, non contemplando la norma suddetta un potere accertativo.

Accanto a tali argomentazioni, la dottrina ne ha, nel corso del tempo, sviluppate altre.

Si è osservato come l'art. 250 c.c.¹⁵, disciplinando l'atto di riconoscimento del figlio naturale, contemplerebbe l'unica figura di riconoscimento ammessa nel sistema: ulteriori ipotesi non sarebbero ammissibili.

Sotto il profilo causale, poi, il negozio accertativo, oltre che inammissibile, sarebbe, invero, inutile: in quanto rivolto al passato e non al futuro, esso risulterebbe privo di una causa meritevole e andrebbe conseguentemente dichiarato nullo.

Di diverso avviso risulta la giurisprudenza prevalente che ritiene pacificamente ammissibile il negozio di accertamento. In risposta alle osservazioni della dottrina, il diritto vivente¹⁶ afferma che tale strumento assolve, a ben vedere, una funzione meritevole di tutela, data la sua idoneità a concorrere alla **risoluzione potenziale di conflitti** tra privati. In quest'ottica, l'ordinamento predispone molteplici strumenti assegnandoli alla autonomia privata per assicurare la pace sociale, per prevenire e risolvere controversie (si pensi, ad esempio, all'arbitrato irrituale, alla promessa di pagamento, al riconoscimento del debito, alla transazione, nonché a particolari documenti come l'atto pubblico e la scrittura privata).

Dare certezza ad una situazione intersoggettiva, risolvere un conflitto di interessi in relazione ad un bene giuridico, sono aspetti essenziali per assicurare la pace sociale e quindi assolvere ad uno degli scopi fondamentali del diritto. D'altra parte, l'eliminazione negoziale della situazione di incertezza esisteva anche nel **diritto romano**: attraverso la *litiscontestatio* le parti definivano l'oggetto del processo da portare d'avanti al giudice privato, fissandolo definitivamente.

In questo contesto si inseriscono appieno la funzione e lo scopo ultimo del negozio accertativo: attraverso di esso si consente ai consociati di dimostrare, accertare, affermare agevolmente i propri diritti nello svolgimento dei rapporti giuridici in **forma di autotutela**, senza cioè l'intervento dell'autorità giudiziaria. In tal modo si eliminano difficoltà e lungaggini che altrimenti potrebbero accompagnare l'onere di dimostrare il proprio buon diritto. Esso risulta, dunque, dotato di una considerevole utilità sociale¹⁷.

Ipotesi previste nel codice sarebbero individuabili nel riconoscimento del diritto in materia di enfiteusi (art. 969 c.c.), in materia di rendita perpetua (art. 1870 c.c.)¹⁸, in relazione all'atto di regolamento dei confini (art. 950 c.c.) e, secondo taluni, all'atto di approvazione delle tabelle millesimali¹⁹ (art. 68 disp. att. c.c.).

¹⁵ Sul cui inquadramento vedi *infra*, § 5.

¹⁶ *Ex multis*: Cass. 20 giugno 1958, n. 2164; Cass. 20 febbraio 1992, n. 2088; Cass. 19 marzo 1999, n. 2526; Cass. 24 agosto 1990, n. 8660.

¹⁷ Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 718-2013/C.

¹⁸ In particolare tali due ipotesi più che dirimere uno stato di incertezza mirano a preservare un precedente rapporto giuridico minacciato dalla prescrizione o a rinviorgirlo.

¹⁹ Su cui *infra*, § 4.

Del resto che l'esigenza di riportare certezza intorno una situazione negoziale incerta tra le parti sia meritevole di tutela, può anche desumersi dalle **leggi di interpretazione autentica** e dalle **circolari interpretative**, diffuse nel nostro ordinamento e che hanno l'effetto, le prime, di fornire l'interpretazione autentica di una norma la cui interpretazione è incerta; le seconde, di suggerire il modo di interpretazione di una norma o anche di un precedente provvedimento amministrativo.

Affermata dunque la meritevolezza e, *a fortiori*, l'ammissibilità dell'istituto in esame, in dottrina si discute intorno agli effetti dello stesso.

Una prima teoria ascrive al negozio di accertamento una funzione puramente **dichiarativa**, in quanto con esso le parti non alterano la situazione preesistente, ma si limitano a renderla definitivamente certa, proprio come farebbe la sentenza del giudice.

Altra teoria, allo stato prevalente, osserva che l'istituto, oltre ad avere una funzione ricognitiva, produrrebbe effetti obbligatori per le parti le quali si obbligano a non dare al negozio una interpretazione diversa da quella ascritta: si parla al riguardo di "**effetto preclusivo**" del negozio di accertamento²⁰ in quanto esso mira a precludere ogni futura pretesa, azione o ragione in contrasto con il contenuto del negozio²¹.

Circa la struttura del negozio accertativo, suo presupposto, come già rilevato, è costituito dalla incertezza (*res dubia*), senza la quale il negozio risulterebbe privo di giustificazione causale.

Per quanto concerne l'**oggetto**, in dottrina si afferma che lo stesso è nullo se riguarda diritti sottratti alla disponibilità delle parti, in analogia con il disposto di cui all'art. 1966 c.c. in tema di transazione.

Quanto alla **forma**, si ritiene che, in quanto negozio di secondo grado (lo stesso difatti incide sul rapporto preesistente), debba rivestire la medesima forma *per relationem* richiesta per il contratto originario.

La giurisprudenza afferma che con il negozio di accertamento le parti non possono affermare l'esistenza dei presupposti di legge, bensì possono effettuare esclusivamente **valutazioni di fatto**, in quanto le prime fuoriescono dall'ambito della autonomia negoziale e sono riservate all'autorità giurisdizionale.

Differenze con le figure affini

Il negozio di accertamento viene studiato dalla dottrina prevalentemente al fine di metterne in luce le distinzioni con le figure affini.

L'istituto più vicino è rappresentato, senza dubbio, dal **contratto di transazione** (artt. 1965 ss. c.c.).

La transazione è un mezzo assegnato all'autonomia privata per giungere alla auto-composizione delle controversie, attuali o potenziali.

Presupposto della transazione è la presenza di un contrasto di interessi in ordine alla medesima situazione giuridica (*res litigiosa*); essenziale è, evidentemente, anche l'incer-

²⁰ A. FALZEA, *Accertamento, Teoria generale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, p. 209.

²¹ Vi sono poi quanti affermano che, nella misura in cui la situazione all'esito della convenzione debba ritenersi non più contestabile, gli effetti di tale patto debbano essere considerati **costitutivi** o **traslativi** rispetto ai diritti accertati. Tale tesi non è tuttavia accoglibile: si vedrà in prosieguo come la giurisprudenza assolutamente dominante nega al negozio di accertamento l'effetto costitutivo di rapporti giuridici.

Sulla distinzione tra effetto preclusivo ed effetto costitutivo, Falzea, cfr. nota 20.

tezza obiettiva che aleggia sulla stessa (*res dubia*), che viene tuttavia assorbita nella prima al momento in cui si determina la lite ²².

Medesima è dunque la matrice teleologica delle due figure: entrambe mirano a risolvere conflitti potenziali o attuali, entrambe costituiscono forme di autocomposizione di liti, modelli di autotutela che consentono di dimostrare il proprio buon diritto senza ricorrere all'autorità giudiziaria.

Le modalità in cui ciò avviene e gli effetti susseguenti sono tuttavia profondamente diversi.

La transazione è **negozio dispositivo**, rivolto ad incidere sulla vicenda litigiosa per mezzo di reciproche concessioni; attraverso essa le parti possono creare, modificare o estinguere rapporti anche diversi da quello che ha formato oggetto della contestazione (art. 1965 II co. c.c.), dacché la causa transattiva è idonea a **costituire** titolo di validi rapporti giuridici.

Transazione

Essa nulla accerta; anzi, si è detto che la transazione si *disinteressa* di quella che può essere stata la realtà storica dei fatti, sovrapponendo ad essa il **nuovo regolamento** di interessi che discende dalla volontà concorde dei transigenti ²³.

Di contro, nel negozio di accertamento non si rinvengono reciproche concessioni tra le parti, bensì esclusivamente la ferma volontà di eliminare incertezze e dubbi. Lo scopo ultimo è proprio quello di attribuire chiarezza al rapporto giuridico, dare evidenza alla realtà, diradando la nebbia che su di esso aleggiava. Tale convenzione non presenta dunque portata dispositiva ²⁴, non contemplando alcuna rinuncia.

Il negozio di accertamento deve essere inoltre distinto dalla **ricognizione del debito** (art. 1988 c.c.). Pur presentando talune affinità, se ne differenzia in quanto l'atto ricognitivo non crea alcun vincolo per il suo autore, avendo **una valenza esclusivamente processuale** e con effetti volti ad invertire l'onere probatorio ²⁵.

Ricognizione di debito

Modello negoziale vicino è il **contratto normativo**. Anche in questo caso ci si trova di fronte ad una figura innominata, attraverso la quale le parti fissano la futura disciplina dei contratti che eventualmente andranno a stipulare tra loro. La differenza risiede nel fatto che nel contratto normativo non vi è incertezza sul passato, ma sul rapporto giuridico futuro che si vuol pertanto concordare *ex ante*.

Contratto normativo

Estranee al negozio accertativo sono anche le **dichiarazioni di scienza riguardanti ammissioni unilaterali** con riferimento ad una data situazione (nel diritto processuale, il giuramento, la testimonianza, la confessione giudiziale o stragiudiziale). Dette figure non assumono piena rilevanza negoziale, in quanto prevale la portata della dichiarazione di scienza e non di volontà ²⁶.

²² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 1270.

²³ Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 718-2013/C.

²⁴ Ma al più, preclusiva, secondo quanto detto *supra*.

²⁵ C.d. fenomeno di astrazione processuale della causa.

²⁶ Salvo a voler considerare gli effetti indirettamente dispositivi che esse producono in termini di conseguenze indirette sul convincimento del giudice: C. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Giappichelli, Torino, 2015, t. II, p. 274.

Infine, il negozio di accertamento si distingue dalle ipotesi di ripetizione, rinnovazione, ricognizione, per la mancanza di incertezza del rapporto, dovendo le parti procedere o a formare una mera prova documentale o ad emendare un vizio dello stesso.

3. Il negozio di accertamento dei diritti reali

Una particolare figura di negozio di accertamento è costituita dall'accordo volto ad eliminare l'incertezza in ordine ad un diritto reale.

Tale figura interseca due principi fondamentali dell'ordinamento: il principio di tassatività dei modi di acquisto della proprietà (art. 922 c.c.) ed il principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione (art. 2643 c.c.).

La Suprema Corte ne ammette pacificamente l'esistenza²⁷ e ne ravvisa la funzione nel «*rendere definitivamente certa la situazione giuridica derivante dal rapporto preesistente, eliminandone gli elementi di ambiguità [...]; esso non ha alcun effetto traslativo e pertanto per la regolamentazione della relativa situazione giuridica deve farsi capo alla fonte precettiva originaria*²⁸». In altre parole, la proprietà del diritto reale non potrà avere come titolo di acquisto la convenzione di accertamento, ma esclusivamente una delle modalità elencate all'art. 922 c.c. (un contratto, l'usucapione e così via). Il principio sarebbe difatti eluso se la costituzione di un diritto di proprietà potesse passare attraverso tale negozio²⁹.

Per la medesima ragione, d'altra parte, si esclude che sia possibile il riconoscimento dei diritti reali in analogia con l'art. 1988 c.c.³⁰. Tale norma, dettata in materia di diritti obbligatori, consente di far presumere l'esistenza di un diritto di credito – ed al giudice di dichiararne l'esistenza in mancanza di prova contraria – pur in assenza di un titolo dimostrativo. Il riconoscimento *ex art.* 1988 c.c. non può valere dunque come titolo di acquisto dei diritti reali, proprio in ossequio al suindicato principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà e, quindi, i relativi titoli di proprietà non possono darsi per presunti, né in sede negoziale né in sede giudiziale. Invero, sotto il vigore del codice del 1865 il legislatore aveva previsto una norma *ad hoc* – l'art. 634 – che tuttavia non è stata riprodotta nel 1942.

Poiché il negozio di accertamento non può mai costituire il titolo su cui fondare il diritto di proprietà, si è sempre escluso che lo stesso sia suscettibile di trascrizione, non essendo in grado di produrre alcuno degli effetti di cui all'art. 2643 c.c. (argomentando *ex art.* 2645 c.c.).

Negozio di
accertamento
dell'usucapione

In tale contesto si inserisce una delle figure maggiormente controverse del diritto civile: il **negozio di accertamento avente ad oggetto l'intervenuta usucapione**.

Il legislatore con il c.d. decreto del fare (legge 9 agosto 2013, n. 98) è intervenuto sul punto, introducendo all'art. 2643 c.c. il n. 12 *bis*, ovvero la trascrivibilità degli accordi di

²⁷ *Ex multis*: Cass., 20 giugno 1958, n. 2164; Cass., 20 febbraio 1992, n. 2088; Cass., 19 marzo 1999, n. 2526; Cass., 24 agosto 1990, n. 8660; Cass., 24 giugno 2012, n. 14618.

²⁸ Cass., 20 febbraio 1992, n. 2088.

²⁹ Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 718-2013.

³⁰ Cass., 19 marzo 1999, n. 1113.

mediazione che accertano l'usucapione. Per comprendere la portata dell'innovazione legislativa è necessario riportare i termini del dibattito dottrinale e giurisprudenziale anteriore al 2013.

In dottrina si discuteva, in primo luogo, della stessa ammissibilità del negozio di accertamento dell'avvenuta usucapione, e si affermava che le parti della convenzione non possono accertare l'esistenza dei presupposti di legge (e dunque così giungere al riconoscimento del diritto reale), bensì esclusivamente il ricorrere dei **presupposti di fatto** per il perfezionamento dell'usucapione (ad es. possono accertare il decorso del *tempus ad usucapionem*). L'accertamento dell'usucapione poteva passare esclusivamente attraverso la sentenza dell'A.G.O.

Questo significa che l'attività accertativa può avere ad oggetto il sostrato fattuale della usucapione, ma mai l'usucapione stessa, essendo questa, come modo di acquisto della proprietà, un **effetto legale** che non può essere ricollegato ad una volontà negoziale.

Una volta precisata la portata di tale convenzione, il dibattito ha riguardato l'ammissibilità della sua trascrizione.

Sul punto la giurisprudenza di merito aveva affermato che non è possibile dare luogo a trascrizione di un verbale di conciliazione accertativo della usucapione in quanto, ancorché omologato dal Tribunale, il verbale resta un negozio e come tale è trascrivibile solo quando l'accordo in esso contenuto coincide con uno degli effetti di cui all'art. 2643 c.c. Ed invero, l'accertamento pattizio dell'usucapione non realizza alcuno di tali effetti modificativi costitutivi estintivi detti³¹.

Su posizioni diverse si collocavano altre pronunce secondo cui l'accordo accertativo era trascrivibile, essendo equiparabile, a ben vedere, ad una transazione (art. 2643 n. 13 c.c.) e dunque per il suo contenuto non accertativo ma a ben vedere dispositivo-transattivo³².

Tenendo in disparte i profili critici di tale ultimo orientamento (si è detto *supra* delle notevoli differenze che separano transazione e negozio di accertamento), il dibattito è forse oggi sopito a seguito dell'intervento del decreto del fare.

Art. 2643 n. 12 bis
c.c.

La nuova disposizione all'art. 2643 c.c. prevede che «*si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: [...] n. 12-bis) gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*».

I commentatori successivi alla novella hanno colto come la norma sia stata di certo emanata per porre fine al contrasto suesposto, dando in tal modo implicitamente risposta positiva alla ammissibilità di in accordo accertativo sulla intervenuta usucapione. In particolare, è stato messo in luce come la scelta del legislatore di collocare l'accordo conciliativo al di sotto degli **acquisti a titolo derivativo** (art. 2643 c.c.) e non al di sotto della trascrivibilità della sentenza di usucapione (art. 2651 c.c.) sia fortemente significativa della scelta di politica-legislativa effettuata.

Infatti l'annotazione della sentenza con cui il giudice accerta l'usucapione ha valore di pubblicità notizia, accertando una situazione già realizzatasi in fatto e soprattutto essa ha la forza di radicare un nuovo diritto in capo all'usucapiente, a titolo originario;

³¹ Trib. Roma, ordinanza 22 luglio 2011.

³² Trib. Palermo, ordinanza 30 dicembre 2011; Trib. Como, sez. Cantù, ordinanza 2 febbraio 2012.

ha inoltre effetti liberatori (*usucapio libertatis*) e verso i terzi potrà opporsi la retroattività dell'usucapione.

Effetti del tutto diversi produce la trascrizione dell'accordo conciliativo ex art. 2643 n. 12 *bis* c.c. come ha affermato, inoltre, la stessa giurisprudenza successiva alla novella. **La Corte d'Appello di Reggio Calabria**, con sentenza 12 novembre 2015, ha affermato che gli accordi in materia di usucapione anche se trascritti non sono assimilabili alle sentenze di accertamento dell'usucapione. L'accordo è, infatti, regolato, nella sua disciplina, dagli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c.: la prima norma regola la risoluzione di conflitti tra più aventi causa dello stesso autore secondo il principio *prior in tempore potior in iure*; la seconda disposizione enuncia il principio di continuità delle trascrizioni negli acquisti a titolo derivativo. Questo significa che il legislatore **ha confinato l'accordo** in materia di usucapione all'interno di una vicenda che riguarda **le sole parti** del negozio, sottoponendolo ai principi espressi negli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c.

Conseguentemente, l'acquisto non darà luogo ad una nuova catena di titoli di proprietà ma si collocherà all'interno di una catena già esistente; prevarranno eventuali diritti che siano stati trascritti anteriormente all'accordo conciliativo ed, infine, l'acquisto sarà opponibile nei limiti spettanti all'usucapito³³.

La scelta del legislatore appare chiara nel suo intento: scopo è mantener ferma **la certezza nella circolazione degli immobili**. Il timore è che le parti possano giungere a dissimulare operazioni negoziali a danno di terzi. Grazie alla scelta legislativa, invece, in assenza di un accertamento giudiziario, l'accordo nato dalla libera autonomia privata non potrà in alcun modo danneggiare terzi rimasti estranei allo stesso, producendo effetti *inter partes*, secondo la disciplina di cui agli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c.

L'accertamento giudiziale resta la sola strada per i privati che vogliano rendere opponibile a terzi la nuova situazione giuridica nata, in ragione della **garanzia** che solamente la sentenza è in grado di assicurare in ordine alla ricorrenza dei presupposti di legge per il perfezionamento dell'usucapione.

4. Le tabelle millesimali

È discusso se configuri un negozio di accertamento l'atto di formazione delle tabelle millesimali.

Le tabelle costituiscono parte integrante del regolamento condominiale ed assolvono un ruolo fondamentale nella determinazione del valore della proprietà esclusiva, alla cui stregua si ripartiscono le spese per la gestione delle parti comuni ed il *quorum* costitutivo e deliberativo in sede di assemblea.

Va dapprima ricordato, difatti, come il condominio rappresenti una particolare figura di comunione, caratterizzato per la coesistenza tra parti di proprietà comune e parti di proprietà esclusiva dei singoli condomini.

Le prime sono legate alla proprietà esclusiva da un vincolo necessario e perpetuo di accessorietà, «*da un rapporto di incorporazione stabile tra entità inscindibili, o di congiunzione permanente tra entità separabili*³⁴».

³³ Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 718-2013/C.

³⁴ Cass., SS.UU., n. 2046/2006.

Orbene, la partecipazione a ciò che è di proprietà comune nell'edificio è proporzionale al valore della proprietà "solitaria" che viene espressa in millesimi in apposite tabelle (art. 68 disp. att. c.c.).

Una volta individuata la funzione, è possibile soffermarsi sulla natura dell'atto di approvazione delle tabelle, quale possibile negozio di accertamento di un diritto reale.

Il diritto vivente per oltre cinquant'anni (la prima sentenza sul punto risale al 1958³⁵) ha ritenuto tale delibera esorbitante dalle competenze assembleari, in quanto **atto di natura negoziale proveniente da tutti i condomini**. Pertanto, secondo tale orientamento, ai fini della determinazione dei valori millesimali occorre il consenso di tutti i condomini, ciò in quanto si tratta di una particolare delibera, esprimentesi in un negozio di accertamento, capace di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli condomini.

La Suprema Corte aveva sottolineato che «*la natura negoziale dell'atto di approvazione delle tabelle millesimali, pur non potendo essere considerato come contratto, non avendo carattere dispositivo (in quanto con esso di solito i condomini non intendono modificare la portata dei loro rispettivi diritti ed obblighi di partecipazione alla vita condominiale, ma intendono soltanto determinare quantitativamente tale portata), deve essere inquadrato nella categoria dei negozi di accertamento, con conseguente necessità del consenso di tutti i condomini*³⁶».

Sino alla svolta della Suprema Corte nel 2010, quindi, l'orientamento assolutamente dominante riteneva che la formazione delle tabelle implicasse l'esercizio di una attività volitiva, destinata a operare sul piano delle attribuzioni di situazioni soggettive e nell'accertamento reciproco di posizioni già acquisite.

In difetto dell'accordo di tutti i condomini, i predetti valori possono dunque essere determinati solo in via giudiziale ed una delibera presa a maggioranza sarebbe nulla³⁷.

Importante è osservare come per la dottrina tale negozio non sarebbe impugnabile per errore-vizio bensì esclusivamente per errore di calcolo³⁸.

La **Suprema Corte, a Sezioni Unite il 9 agosto 2010, con sentenza n. 18477**, ha ribaltato l'orientamento dominante, negando che l'atto di approvazione delle tabelle millesimali consista in un negozio di accertamento del diritto di proprietà di ciascun condomino.

Gli argomenti posti a sostegno dalla Corte sono principalmente due.

In primo luogo la Corte osserva come presupposto del negozio di accertamento sia la *res dubia*, cioè la sussistenza di una effettiva incertezza in ordine alla situazione giuridica in atto. Al contrario, i condomini che procedono alla formazione delle tabelle millesimali si propongono non di ovviare ad una situazione di incertezza "**ma unicamente di tradurre in termini matematici un rapporto di valori**". Si tratta di un **atto avente rilevanza meramente tecnica**.

Si legge nella sentenza che «*il fine dei condomini quando approvano il calcolo delle*

³⁵ Cass. n. 3952/1958.

³⁶ Cass. n. 1801/1964; nella stessa direzione, cfr. Cass. n. 14037/1999, Cass. n. 1367/1994.

³⁷ Si tratta di una nullità relativa, suscettibile di esser fatta valere solo dai condomini assenti o dissensienti.

³⁸ G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, 1972, p. 359.

quote non è quello di rimuovere l'incertezza sulla proporzione [...]: incertezza che non esiste perché il rapporto non può formare oggetto di discussione; il fine è solo quello di riconoscere l'esattezza delle operazioni di calcolo, vale a dire quello di prendere atto della traduzione in frazioni millesimali di un rapporto preesistente di valori; e per conseguire tale scopo non occorre un negozio³⁹».

La Corte accoglie, dunque, la ricostruzione di quella dottrina⁴⁰, secondo la quale l'atto di formazione della tabella consiste in una **mera dichiarazione di scienza**, priva, come tale, di valore negoziale: «*esse esprimono una documentazione meramente ricognitiva di valori e non sortiscono alcun effetto conformativo di cose⁴¹».*

In secondo luogo la circostanza che la tabella millesimale costituisca parte integrante del regolamento condominiale gioca un ruolo non indifferente ai fini del suo inquadramento: secondo la Suprema Corte, poiché le tabelle sono allegate al regolamento «*il quale viene approvato dall'assemblea a maggioranza [...] dovrebbe essere logico concludere che tali tabelle vanno approvate con la stessa maggioranza richiesta per il documento cui accedono⁴² [...] «un atto allegato ad un altro, con il quale viene contestualmente formato, deve ritenersi sottoposto alla stessa disciplina, a meno che il contrario risulti espressamente».*

La natura contrattuale conseguirebbe dunque soltanto alla circostanza – da provare adeguatamente e rigorosamente – che trattasi di clausole «*limitatrici del diritto dei condomini sulle proprietà esclusive o comuni attributive ad alcuni condomini di maggiori diritti rispetto ad altri*»⁴³.

La sentenza della Suprema Corte, stabilendo che occorre la maggioranza assembleare ai fini dell'approvazione delle tabelle millesimali, delinea una soluzione coerente anche sotto il profilo pratico, consentendo di giungere alla loro adozione anche quando per obiettive difficoltà non si riesce a raggiungere l'unanimità dei consensi.

³⁹ Cass. civ., SS.UU., 9 agosto 2010, n. 18477.

⁴⁰ E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 70.

⁴¹ E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., pp. 70-71.

⁴² Cass. civ., SS.UU., 9 agosto 2010, n. 18477.

⁴³ A sostegno della natura non negoziale dell'atto di formazione delle tabelle militavano alcune osservazioni messe in luce dalla dottrina già prima della pronuncia della Corte; in particolare, R. TRIOLA, *Modifica delle tabelle millesimali*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 533, osservava che i contratti vincolano solo le parti ed il loro successori a titolo universale (art. 1372 c.c.). Orbene, «*considerare una tabella vincolante per i condomini solo in virtù del consenso degli stessi, comporterebbe l'inefficacia della tabella stessa nei confronti di eventuali aventi causa a titolo particolare dai condomini, con la conseguenza che ad ogni alienazione di unità immobiliare dovrebbe far seguito un nuovo atto di approvazione».*

Ancora, un ulteriore argomento posto in luce è dato dalla accennata **rilevanza dell'errore di calcolo** unitamente alla inammissibilità di far valere l'**errore-vizio**: ciò induce a escludere la praticabilità della qualificazione dell'atto come negozio di accertamento; così F. RUSCELLO, *I regolamenti*, Jovene, Napoli, 1980, p. 123. Difatti, l'errore che giustifica la loro rettifica non è l'errore vizio della volontà ma consiste nella oggettiva divergenza tra valore reale e quello indicato nelle tabelle. In caso di errore nel calcolo, i condomini possono dunque chiedere la revisione ex art. 69 disp. att. c.c.

4.1. *Segue. L'impatto della riforma del 2012*

Per quanto concerne il profilo della modifica o revisione delle tabelle, l'art. 69 disp. att. c.c., nel testo assunto a seguito della riforma del condominio di cui alla **legge 11 dicembre 2012, n. 220**, stabilisce che le tabelle «di cui all'art. 68 possono essere rettificata o modificate, anche nell'interesse di un solo condomino, con la maggioranza prevista dall'art. 1136, secondo comma, del codice, nei seguenti casi:

1. Quando risulta che sono conseguenza di un errore;
2. Quando, per le mutate condizioni di una parte dell'edificio, in conseguenza di sovrapposizione, di incremento di superfici o di incremento o diminuzione di unità immobiliari, è alterato per più di un quinto il valore proporzionale dell'unità immobiliare anche di un solo condomino».

Il legislatore della riforma ha, dunque, previsto e regolato la disciplina in caso di rettifica e modifica, richiedendo la maggioranza esclusivamente per tali due ipotesi e, dunque, l'unanimità in tutti gli altri casi; nulla è detto in ordine alla fase di deliberazione delle tabelle⁴⁴.

Proprio per tale ragione, la norma ha creato problemi interpretativi. Ad una prima lettura la disposizione pare sconfessare quanto affermato dalla Cassazione nel 2010 in quanto, riferendosi alla rettifica-modifica, esigerebbe il consenso unanime di tutti i condomini anche per la delibera di approvazione. In questo modo il legislatore avrebbe indirettamente accolto la ricostruzione che qualifica le tabelle come un negozio di accertamento, tornando all'orientamento antecedente alla pronuncia del 2010.

La giurisprudenza di merito e di legittimità successiva alla riforma ha ribadito, tuttavia, l'orientamento fatto proprio dalle sezioni Unite che dunque risulta saldamente riconfermato.

Nel 2013, con **sentenza 13 maggio, n. 11387** la Corte di Cassazione ha affermato che *il legislatore ha recepito l'insegnamento delle Sezioni Unite* e, quindi, in relazione alla formazione, modificazione e revisione delle tabelle millesimali, non occorre il consenso unanime dei condomini, essendo sufficiente la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136 II co. c.c.

Successivamente, nel 2014 con **sentenza 26 febbraio, n. 4569**, la Cassazione ha affermato in modo esplicito che «l'atto di approvazione delle tabelle millesimali, al pari di quello di revisione delle stesse, non ha natura negoziale, con la conseguenza che non deve essere approvato con il consenso unanime di tutti i condomini, essendo a tal fine sufficiente la sola maggioranza qualificata di cui all'art. 1136, secondo comma, c.c.⁴⁵».

⁴⁴ La *ratio* della disposizione (dove richiede l'alterazione per più di un quinto del rapporto originario tra valori delle unità) è evidentemente quella di dare stabilità a tabelle che, altrimenti, potrebbero essere oggetto di continue modifiche.

⁴⁵ Si richiama anche una pronuncia di merito del Trib. Salerno, Sez. I, 7 giugno 2013, così massimata: «*in materia di condominio va chiarito che le tabelle millesimali – oltre a non assumere la valenza tipica dei negozi di accertamento – non valgono neppure quale fonte o quale criterio per dimensionare i diritti individuali, né incidono sulla consistenza delle suddette posizioni reali, avendo solo la funzione di stabilire il valore di tali unità rispetto all'intero edificio ai soli fini della gestione del condominio*».

5. La discussa natura dell'atto di riconoscimento del figlio naturale

È dubbio se l'atto con cui il soggetto dichiara di essere genitore del proprio figlio naturale costituisca un atto di accertamento di carattere negoziale o una mera dichiarazione di scienza.

Secondo le nozioni istituzionali, quando si parla di modi di accertamento del rapporto di filiazione ci si riferisce alle regole che permettono di attribuire ad un soggetto che viene al mondo uno *status* di filiazione.

In tale ambito, il termine "*status*" viene utilizzato in due accezioni:

a) *status in senso sostanziale*, che designa il rapporto tra il figlio e i genitori che lo hanno generato e che sussiste per il solo fatto della procreazione, indipendentemente da ogni accertamento: allo stesso fa riferimento l'art. 30 Cost., che sancisce il principio di responsabilità per la procreazione⁴⁶;

b) *status in senso formale*: è la nozione tradizionale di *status*, che si riferisce al rapporto di filiazione giuridicamente accertato e che colloca la persona in una determinata relazione con la famiglia e con la società. L'attribuzione dello *status* in senso formale è regolata dalle norme sull'accertamento del rapporto di filiazione, a seconda che la nascita sia avvenuta nel matrimonio o fuori del matrimonio⁴⁷.

In particolare, i modi di accertamento della filiazione sono due:

1. *filiazione legittima*: ricorre nel primo caso; l'accertamento avviene in **modo automatico**, in presenza di taluni presupposti⁴⁸ previsti dalla legge; la filiazione legittima è **indivisibile**, nel senso che si può essere figli legittimi solo di entrambi i genitori;

2. *filiazione naturale*: ricorre nel secondo caso; l'accertamento è fondato sul **principio volontaristico**, cioè richiede il **riconoscimento** dei genitori o la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità promossa dal figlio. La filiazione volontaria è **divisibile**, nel senso che l'accertamento del rapporto di filiazione nei confronti di ciascuno dei genitori avviene in modo autonomo.

Il riconoscimento è, dunque, definibile come l'atto formale e spontaneo di accertamento del rapporto di filiazione con cui un soggetto dichiara di essere il genitore del proprio figlio naturale, nato o concepito. Esso è fatto nell'atto di nascita, oppure con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico in un testamento, qualunque sia la forma di questo (art. 254 c.c.)⁴⁹.

⁴⁶ G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Trattato Rescigno*, Utet, Torino, 1997, p. 99; C.M. BIANCA, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 345 ss.

⁴⁷ Da anni ormai si avvertiva l'esigenza di introdurre una unificazione della disciplina del rapporto di filiazione, con la eliminazione di ogni distinzione tra *status*, avvertita oramai come anacronistica e non più rispondente all'odierno sentire sociale. La riforma operata con la legge 12 dicembre 2012, n. 219, entrata in vigore il 1° gennaio 2013, ha recepito tale esigenza attuando la totale parificazione dello status di figlio, con la eliminazione degli aggettivi "legittimo" e "naturale" e quindi di ogni distinzione agli effetti della filiazione.

⁴⁸ Ovvero: matrimonio tra i genitori, concepimento in costanza di matrimonio, nascita dalla moglie e presunzione di paternità.

⁴⁹ Circa i presupposti, ai sensi dell'art. 250 c.c. legittimati a chiedere il riconoscimento sono il padre e la madre purché abbiano compiuto i sedici anni. La norma inoltre richiede l'assenso del fi-

Si tratta di una figura la cui natura giuridica presenta aspetti controversi. In epoca anteriore alla riforma del 1975 era considerato l'atto con cui si **costituiva** il rapporto giuridico di filiazione e lo si inquadrava come **atto di concessione** dello *status* di filiazione.

In seguito alla riforma del diritto di famiglia, in dottrina sono sorte diverse ricostruzioni: secondo taluni si tratterebbe di un atto di autonomia negoziale, precisamente un negozio giuridico unilaterale di accertamento; secondo altri, invece, il riconoscimento consisterebbe in una dichiarazione di scienza.

Secondo la prima opinione⁵⁰ il riconoscimento è un negozio giuridico unilaterale personalissimo con cui il genitore conferisce certezza al fatto della procreazione, regolando interessi di natura non patrimoniale⁵¹.

Inoltre, si tratta di un *actus legitimus*, ossia un negozio che non ammette termini o condizioni, stante l'esigenza di certezza che l'ordinamento impone⁵². Per la stessa ragione, l'art. 256 c.c. stabilisce che il riconoscimento è irrevocabile e quando è contenuto in un testamento, ha effetto dalla morte del testatore anche se il testamento è stato revocato.

La tesi esposta trova tuttavia un punto debole nella considerazione che la semplice volontà è elemento necessario, ma non sufficiente per ottenere il riconoscimento, dovendosi ad essa accompagnare il fatto naturale della procreazione (tant'è vero che se la situazione accertata non corrisponde a quella reale, l'art. 263 c.c. consente di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità).

La dottrina prevalente pertanto considera tale atto quale una **dichiarazione di scienza**, priva dunque del connotato negoziale. Attraverso il riconoscimento, il genitore dà atto di una situazione già verificatasi, subendo le conseguenze stabilite dalla legge. È evidente, difatti, come la volontà non "orienta gli effetti", ma viene in considerazione esclusivamente quale presupposto necessario dello stesso. Essa rileva dunque al momento della scelta del suo compimento, mentre l'effetto non può essere modellato o condizionato e si produce anche se l'intento del genitore era diverso o se egli ignorava le conseguenze poste dalla legge.

Tale ultima tesi appare dunque quella maggiormente aderente alle caratteristiche della fattispecie.

6. La mediazione

Il dibattito intorno alla natura giuridica della mediazione è sorto perché il legislatore, all'art. 1754 c.c., definisce non la mediazione, bensì la **persona del mediatore**, come

glio che abbia compiuto i quattordici anni ovvero, se di età inferiore, il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

Circa gli effetti, mentre precedentemente alla riforma del 2012 il riconoscimento produceva effetti solo verso il genitore da cui fu fatto, oggi anche riguardo ai parenti di esso (art. 258 c.c.).

⁵⁰ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1997, p. 309.

⁵¹ Esso ha natura di atto unilaterale anche nel caso in cui sia realizzato da entrambi i genitori congiuntamente ed è personalissimo in quanto non può essere compiuto per mezzo di rappresentanza.

⁵² Conseguentemente, nel caso in cui ciò si verifici, l'atto resterà valido ed efficace e le clausole si considerano come non apposte.

«colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, dipendenza o di rappresentanza», lasciando in tal modo aperto il problema⁵³ della qualificazione del rapporto di mediazione.

La scelta del legislatore del 1942 si comprende volgendo lo sguardo alla origine storica dell'istituto: questo trovava la propria originaria collocazione nel codice del commercio del 1882 che trattava esclusivamente “*dei mediatori*”; sotto la vigenza di tale codice, la dottrina maggioritaria riteneva la mediazione un rapporto di natura contrattuale⁵⁴ e a sostegno di tale tesi si adduceva il dato strettamente letterale che faceva espresso richiamo alla nozione di “incarico” che veniva inteso quale fonte negoziale.

Il codice vigente si rifà, dunque, all'abrogato codice del commercio, inserendo la mediazione nel capo XI del codice, agli artt. 1754 c.c., nel titolo dedicato ai singoli contratti. La dottrina ha pertanto continuato a sostenere la natura contrattuale della mediazione e la tesi è stata affermata più volte in giurisprudenza.

Si tratterebbe, in particolare, di un contratto a prestazioni corrispettive (in cui le prestazioni sono l'attività di mediazione e la provvigione) e a soggetto qualificato⁵⁵.

Nell'ambito della tesi contrattualistica si ravvisano **due orientamenti**: secondo una prima visione, ci si troverebbe di fronte ad un **contratto trilaterale**, dovendo comprendere necessariamente il consenso di tutti i contraenti dell'affare. Sarebbe quindi qualificata come precontrattuale tutta la fase che precede l'adesione dell'ultimo contraente.

Secondo altra tesi, invece, la mediazione è un contratto a due parti, intercorrente tra il mediatore e ciascuno degli intermediati, e si conclude nel momento in cui viene conferito l'incarico al mediatore e costui accetta di occuparsi dell'affare.

Accanto al primo si è formato, nel tempo, un diverso orientamento che qualifica la mediazione come un'attività e non un contratto, la quale risulta idonea ad assurgere a fonte dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c. L'obbligo di corrispondere la provvigione, a carico di ciascuna delle due parti, previsto dall'art. 1755 c.c., nascerebbe dunque dalla legge⁵⁶ come conseguenza del fatto che l'affare sia stato concluso per effetto del suo intervento. La fonte, dunque risiede nel mero comportamento del mediatore, che pone in relazione le parti contrattuali.

A sostegno, la circostanza che il codice vuole il mediatore come un soggetto libero ed imparziale; diversamente, si configurerebbe un mandato, una commissione, un contratto d'opera. In altre parole, la sua attività prescinde da un sottostante obbligo a suo carico derivante da un rapporto subordinato o collaborativo: costui, al contrario, è un soggetto imparziale e terzo rispetto ai contraenti.

Le conseguenze delle due ricostruzioni sono particolarmente rilevanti nei loro riflessi in punto di responsabilità: dall'accoglimento della tesi contrattualistica, in caso di

⁵³ La medesima scelta definitoria si rinviene in altre due norme del codice civile del 1942: in tema di fideiussione (art. 1936 c.c.) e di rapporto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.).

⁵⁴ A. RAMELLA, *Teoria della mediazione*, Società Editrice Libreria, Milano, 1905, p. 198.

⁵⁵ Nel senso che può essere stipulato solo da soggetti iscritti in ruoli istituiti presso le Camere di Commercio (legge n. 39/1989).

⁵⁶ L'obbligo legale troverebbe secondo alcuni giustificazione causale nella gestione di affari, secondo altri nel principio dell'ingiustificato arricchimento.

inadempimento del mediatore troverà applicazione il regime previsto all'art. 1218 c.c. (in particolare, il mediatore avrà su di sé l'onere di dimostrare di aver agito con la diligenza richiesta dall'art. 1176 II co. c.c., ovvero di aver adempiuto agli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico); aderendo all'opposto orientamento, invece, in passato si sosteneva la natura aquiliana della responsabilità, prendendo spunto proprio dall'assenza di un rapporto contrattuale. Ad oggi, l'orientamento più recente e prevalente della Corte di Cassazione afferma che l'attività svolta dal mediatore darebbe luogo ad una responsabilità da contatto sociale che si crea tra il mediatore e le parti, con la conseguenza che trovano applicazione le norme sulla responsabilità contrattuale.

6.1. *Segue*. La soluzione della Corte di Cassazione nel 2009 e le Sezioni Unite n. 19161/2017

La giurisprudenza di legittimità ha indagato la figura in esame, evidenziando che, sebbene mediazione e mandato siano istituti distinti, vi è un punto di interferenza dove le due figure si toccano.

La Corte⁵⁷ ha dapprima delineato le caratteristiche essenziali della mediazione⁵⁸, ponendo l'accento sulla posizione di terzietà del mediatore rispetto ai contraenti (art. 1754 c.c.), in quanto è incompatibile ed “ostativo” con tale figura «qualsiasi vincolo che renda riferibile la sua attività ad un *dominus*»; il mediatore, dunque, si interpone in modo neutro tra i due contraenti.

Tuttavia, accanto alla figura ordinaria o tipica di cui all'art. 1754 c.c., è configurabile, a parere della Corte, una mediazione **di tipo contrattuale**, riconducibile al **contratto di mandato** ed impropriamente detta “atipica”. Essa emerge dalla lettura degli artt. 1756 c.c. e 1761 c.c.: la prima disposizione prevede il diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona “per incarico” della quale sono state eseguite; la successiva norma prevede la possibilità che il mediatore sia “incaricato” da una delle parti di rappresentarla negli atti relativi alla esecuzione del contratto concluso con il suo intervento.

Orbene, a parere della Corte, questa ipotesi di mediazione è riconducibile allo schema negoziale del mandato (art. 1703 c.c.) e ciò in quanto, quando si incide sul **requisito connotante il tipo** attraverso il conferimento di un incarico, si **travalicano i confini della mediazione e si dà vita ad un vero e proprio contratto di mandato**.

Tale figura, già individuata in dottrina, viene dalla Cassazione denominata “mediazione di tipo contrattuale”, per contrapporla a quella ordinaria che consiste in una attività giuridica in senso stretto.

Secondo alcuni l'art. 1761 c.c. potrebbe smentire la tesi vista poiché l'incarico, si afferma, è solo successivo e consiste in una attività meramente esecutiva; tuttavia si replica che l'art. 1756 fa riferimento ad un incarico attribuito anche precedentemente.

Ciò posto, afferma la Corte che per il mediatore, a seconda che agisca con o senza mandato, muta il regime di responsabilità.

⁵⁷ Cass. civ., Sez. III, 20 agosto 2009, n. 18514.

⁵⁸ Gli elementi tipologici della mediazione sul piano strutturale sono l'onerosità, la subordinazione della provvigione alla conclusione dell'affare (art. 1755 c.c.), la libertà del mediatore di attivarsi o meno, l'autonomia e la indipendenza del mediatore.

In particolare, qualora il mediatore agisca in assenza di mandato, costui compie una attività giuridica in senso stretto, ma, ciononostante, è tenuto ad agire secondo buona fede, in virtù della clausola generale di cui all'art. 1175 c.c. (estendibile, per la giurisprudenza, a tutte le fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c.), che in questo caso si estrinseca nell'obbligo di corretta informazione. La sua responsabilità, in caso di violazione, è da configurare come **contrattuale da contatto sociale qualificato**, con tutte le conseguenze che ne derivano in punto di regime probatorio e prescrizione.

Allorquando il mediatore agisca su incarico, invece, le conseguenze saranno diverse poiché troveranno applicazione le norme sul mandato (art. 1703 c.c.); pertanto, verso il mandante egli risponderà a titolo contrattuale (art. 1218 c.c.); verso l'altra parte, terza rispetto al contratto, qualora si comporti illecitamente, risponderà in via extracontrattuale (art. 2043 c.c.). Inoltre, non avrà diritto alla provvigione da ciascuna parte ma esclusivamente dal mandante.

Orbene, l'orientamento della Cassazione è stato oggetto di rilievi critici da parte della dottrina.

Si evidenziano, del resto, le profonde differenze tra mediazione e mandato.

Mentre nel contratto di mandato l'oggetto consiste nel compimento di "atti giuridici", la mediazione ha ad oggetto un'attività materiale finalizzata alla messa in relazione delle parti per la conclusione dell'affare.

Inoltre la mediazione differisce dal mandato poiché, a differenza di quest'ultimo, chi accetta l'incarico volto alla conclusione di un affare è tenuto a curarne l'esecuzione in virtù del rapporto gestorio; a tale obbligo non è tenuto invece il mediatore, figura neutrale ed imparziale.

Del resto, il codice stesso qualifica come mediatore colui che ha ricevuto l'incarico di promuovere la conclusione dell'affare da una sola delle due parti (art. 1756 c.c.) e l'orientamento giurisprudenziale andrebbe contro il dato testuale codicistico.

Infine, appare incoerente il diverso profilo di responsabilità tracciato dalla sentenza della Suprema Corte poiché colui che non ha conferito l'incarico vede aggravata la propria posizione giuridica in quanto troverà applicazione il regime di cui all'art. 2043 c.c., con conseguente termine di prescrizione quinquennale ed applicazione del più gravoso onere della prova.

La giurisprudenza successiva, di contro, ha fatto propria la ricostruzione della Corte di Cassazione del 2009, ribadendo l'esistenza, accanto alla figura della mediazione tipica, di una **forma di mediazione atipica o contrattuale**, sussumibile nella disciplina dettata in materia di mandato, ma con delle precisazioni.

La Corte di Cassazione, con sentenza 27 febbraio 2014, n. 4745 ha affermato che *«la mediazione atipica immobiliare ricorre quando il mandante attribuisce al mediatore non il generico compito di vendere, ma quello più specifico di ricercare il potenziale acquirente a condizioni preliminarmente individuate»*.

Si tratta, dunque, di una pronuncia che conferma l'orientamento evolutivo sposato dalla pronuncia del 2009 e la stessa posizione è stata fatta propria anche dalla **giurisprudenza di merito**⁵⁹, secondo cui la mediazione atipica esiste nel sistema e ricorre in

⁵⁹ Trib. Roma, 26 ottobre 2012, n. 13090.

tutti i casi in cui il mediatore, volendo evitare l'alea intrinseca della mediazione, si garantisce la provvigione con una proposta di acquisto conforme alle condizioni previste e indicate nell'incarico di vendita. Secondo il Tribunale, nella mediazione tipica non vi è l'obbligo di ottemperare a quanto richiesto dalla parte, ma un onere, mentre, in quella atipica, che riveste la forma del mandato, vi è la necessità di compiere quanto stabilito dal mandante.

Il dibattito in materia appare quindi in corso di approfondimento e sarà necessario attendere gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali.

Le Sezioni Unite, a distanza di otto anni⁶⁰, tornano ad approfondire il tema della mediazione c.d. atipica, chiarendo taluni profili in precedenza non trattati, al fine di verificare fino a che punto la fuoriuscita dal "tipo" previsto e regolato nel codice civile incida sulla disciplina applicabile, in particolare analizzando se vi siano i presupposti per la estensione dei precetti normativi della legge n. 39/1989.

Le Sezioni Unite, nel risolvere il contrasto, aderiscono all'orientamento più recente che **estende** la disciplina della mediazione tipica a quella atipica e dunque anche ai procacciatori di affari che svolgano l'attività su incarico di una parte l'attività di intermediazione per la conclusione di un affare concernente beni immobili o aziende. Alla base, vi è la considerazione per la quale **le medesime ragioni (legate alla tutela dei traffici commerciali)** che sottostanno alla previsione dell'obbligo di iscrizione del mediatore e alla configurazione di detta iscrizione quale condizione del diritto alla provvigione, debbano trovare applicazione anche nelle ipotesi di mediazione atipica, valorizzando il nucleo essenziale delle prestazioni svolte dalle due figure.

Si evidenzia che lo stesso codice civile qualifica come mediatore anche colui che ha ricevuto l'incarico da una delle due parti di promuovere la conclusione di un affare (art. 1756 c.c.) o di rappresentarla negli atti relativi alla esecuzione del contratto concluso con il suo intervento (art. 1761 c.c.).

Pertanto il soggetto che esercita attività d'intermediazione, si tratti di mediatore tipico o di procacciatore d'affari, ha diritto alla provvigione soltanto se ed in quanto sia iscritto nel relativo registro, essendo la detta iscrizione elemento costitutivo della domanda⁶¹.

Ove invece il procacciatore d'affari operi **stabilmente** con un determinato preponente, la disciplina del rapporto risulta assimilabile piuttosto al rapporto di agenzia, con conseguente inoperatività del disposto di cui alla legge n. 39/1989 art. 6.

Si rinvia per un maggiore approfondimento alla Parte VII, cap. 7.

⁶⁰ Si veda Cass. civ., Sez. III, 20 agosto 2009, n. 18514.

⁶¹ Cass. civ. n. 5935/2005.