



CARLO GRANELLI

Professore emerito – Università degli Studi di Pavia

L'“ACCERTAMENTO” NEL PENSIERO DI ANGELO FALZEA

SOMMARIO: 1. Il fenomeno generale dell'accertamento nell'ottica degli effetti giuridici. – 2. L'accertamento e la c.d. efficacia preclusiva. – 3. L'accertamento come effetto e l'accertamento come fatto giuridico. – 4. I fatti di accertamento ed i loro effetti.

1. – L'interesse di Angelo Falzea per il fenomeno dell'accertamento – che ha avuto la sua espressione più universalmente nota nella voce *Accertamento. Teoria generale* apparsa nel 1958 nel vol. I della nascente *Enciclopedia del diritto* (pp. 205-227) – risale, in realtà, agli studi dallo stesso condotti sul più vasto tema dell'«efficacia giuridica» e, in particolare, alle riflessioni confluite nella sua monografia del 1951 dal titolo *Teoria dell'efficacia giuridica* (rimasta allo stadio di edizione provvisoria, ma più tardi pubblicata, seppur parzialmente, nel volume *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 43-168) e poi ulteriormente sviluppate nella voce *Efficacia giuridica* apparsa nel 1965 nel vol. XIV dell'*Enciclopedia del diritto* (pp. 432-509).

«Ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico – questo il punto da cui prende le mosse l'analisi di A. Falzea – è sempre l'*effetto giuridico*, il quale traduce nell'ambito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dar tutela. Stabilire esattamente il tipo di efficacia che l'accertamento produce è fondamentale per tutta la teoria dell'accertamento»¹.

Conseguentemente l'attenzione dell'A. si concentra sul «*fenomeno generale dell'accertamento*» e non tanto sullo «studio delle figure particolari rientranti nella categoria – figure di diritto sostanziale e di diritto processuale, di diritto privato e di diritto pubblico – (...), salvo ogni richiamo che si renda necessario per la determinazione e l'analisi del fenomeno generale»; tutto ciò nello «sforzo di individuare e fissare il *denominatore unitario* che ricorre in temi importantissimi, quali l'accertamento processuale nella sentenza e nel giudicato, l'accertamento sostanziale nel negozio giuridico di diritto privato»². L'obiettivo ultimo – dichiarato dall'A. stesso – è non solo quello di «definire la relativa categoria in funzione delle note teoriche essenziali che le sono proprie», ma anche quello di esplorare «la possibilità di scoprire proprio in quella comune categoria la chiave per risolvere le principali difficoltà e questioni che il giurista incontra e non riesce a superare nello studio delle singole figure»³.

¹ Così voce *Accertamento*, cit. nel testo, p. 209 (corsivo aggiunto) (ripubblicata in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 195 ss.).

² Così voce *Accertamento*, cit., p. 205 (corsivi aggiunti).

³ Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.



2. – Nell'affrontare il fenomeno dell'accertamento nell'ottica – come si accennava – degli effetti giuridici che ne conseguono, l'A. parte dalla premessa secondo cui, in linea generale, occorre innanzitutto discernere fra «tre tipi di efficacia ben distinti»⁴:

«α) *efficacia costitutiva* in cui la situazione giuridica statuita dalla norma *diverge*, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente (...)»⁵;

β) *efficacia dichiarativa* in cui la situazione giuridica statuita dalla norma *converge*, nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente (...)»⁶;

γ) *efficacia preclusiva* in cui la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente⁷»⁸: «il fatto preclusivo, dunque, (...) rende (...) irrilevante l'alternativa possibile, della *conformità* o della *difformità*, del senso positivo o negativo, di quella determinata realtà giuridica alla quale l'effetto fa riferimento»⁹; «quando ricorre un fatto preclusivo – conclude l'A. – a fondare la validità dell'effetto vale sia l'ipotesi della *conformità* che l'ipotesi della *difformità* [rispetto alla situazione giuridica antecedente], di contro all'effetto dichiarativo per il quale vale unicamente l'ipotesi della conformità ed all'effetto costitutivo per il quale vale unicamente l'ipotesi della difformità»¹⁰.

⁴ Così voce *Accertamento*, cit., p. 209.

Il tema era stato dall'A. ampiamente esplorato nella monografia *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit. nel testo, p. 119 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit. nel testo, p. 490 ss. (ripubblicata in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 1 ss.).

⁵ Il punto era stato dall'A. già trattato in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 120 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 490 ss., ove lo stesso distingue, all'interno della categoria dell'efficacia costitutiva, i sottotipi della «costituzione», della «modificazione» e dell'«estinzione»; pur con la puntualizzazione che «le singole figure in cui questa categoria si distingue possono sussistere cumulativamente e prodursi in forza di un unico fatto giuridico. Tra le ipotesi più note vi è quella della efficacia estintivo-costitutiva, che ricorre, ad esempio, nell'istituto della novazione; e quella della efficacia modificativo-costitutiva, nella quale rientrano i casi del cosiddetto acquisto derivativo-costitutivo».

⁶ Il punto era stato dall'A. già trattato in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 129 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 492 ss.

Nella voce *Accertamento*, cit., p. 209, l'A. porta quale esempio di atto ad efficacia dichiarativa «la ricognizione del rapporto enfiteutico», che «può spiegare gli effetti che il diritto le assegna solo in quanto il rapporto preesista nella realtà giuridica».

Sui molteplici – e delicati – nodi problematici della figura contemplata nell'art. 969 c.c. mi permetto di rinviare al mio studio «Ricognizione» imposta al possessore del fondo enfiteutico e riconoscimento della proprietà, in *Riv. trim.*, 1982, p. 41 ss.; i cui esiti sono stati ripresi e sintetizzati nella monografia *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, p. 184 ss.

⁷ Il punto era stato dall'A. già affrontato in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 150 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 498 ss.

«Mentre i concetti di efficacia costitutiva e dichiarativa possono considerarsi già conosciuti dalla dottrina civilistica anteriore, per quanto incerte e mutevoli siano storicamente risultate le loro rispettive definizioni, quello di efficacia preclusiva – come sottolinea efficacemente, da ultimo, P. SIRENA, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1011 – costituisce un apporto di pensiero originale da parte dell'A., per lo meno per quanto riguarda il diritto sostanziale».

Peraltro già lo stesso A. aveva evidenziato che «il tema della efficacia preclusiva sostanziale costituisce un *novum* nella letteratura giuridica» (così, testualmente, in voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 498 s.).

⁸ Così voce *Accertamento*, cit., p. 209.

V. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 498 s., ove è dato leggere che – mentre «la teoria tradizionale della efficacia è che non possa aversi alcuna situazione giuridica che non sia in un rapporto ben definito, di conformità o di non conformità, con la situazione giuridica anteriore» – «l'esperienza giuridica mostra (...) trasformazioni che ben possono dirsi «ambivalenti». Queste trasformazioni sono ambivalenti, perché non presuppongono di necessità né la conservazione né la innovazione dello stato giuridico anteriore. I fatti giuridici da cui esse derivano sono configurati dalla legge in modo tale da poter «prescindere» dalle situazioni giuridiche pregresse, così da assorbire e precludere già sul piano sostanziale ogni loro ulteriore effetto».

⁹ Così voce *Accertamento*, cit., p. 210 (corsivi aggiunti).

¹⁰ Così voce *Accertamento*, cit., p. 210 (corsivi aggiunti).



«Rientrano nel quadro dei fatti preclusivi – afferma l’A. – fenomeni di fondamentale importanza, oltre l’usucapione¹¹, quali la prescrizione¹² e la transazione¹³. Ma vi rientrano anche e soprattutto i fatti di accertamento»¹⁴.

Per quel che concerne, in particolare, questi ultimi, l’A. – partendo dal presupposto secondo cui «nell’accertamento come in ogni processo della realtà noi possiamo opportunamente distinguere tre momenti o stadi: l’inizio, lo svolgimento, il termine» – rileva che «dallo stadio iniziale, costituito dalla situazione di incertezza, si tratta di pervenire, attraverso lo stadio mediano rappresentato dall’attività di accertamento, allo stadio finale della situazione di certezza»¹⁵.

¹¹ «Verificandosi l’usucapione, che è un caratteristico esempio di fatto preclusivo – sottolinea l’A., voce *Accertamento*, cit., p. 210 – non ha più importanza stabilire se in precedenza il soggetto fosse o meno titolare del diritto di proprietà sulla cosa usucapita, perché, qualunque fosse la situazione antecedente, di proprietà o di non proprietà, l’effetto giuridico della usucapione è quello della proprietà: mentre, se si trattasse di fatto costitutivo, come ritiene la dottrina tradizionale, che riporta il fenomeno tra i modi di acquisto a titolo originario della proprietà, la validità dell’acquisto dovrebbe essere condizionata al fatto che il soggetto non fosse in precedenza titolare del diritto di proprietà».

Sul tema v. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 500 ss., ove viene sottolineato che l’usucapione «consente al soggetto di invocare giuridicamente questo titolo non solo nel caso in cui il diritto venga da lui effettivamente acquistato per la prima volta, ma anche nel caso in cui egli fosse precedentemente e per diversa fonte titolare del diritto. Il modo con cui opera l’usucapione (...) è dunque ambivalente: costituisce il diritto che prima non esisteva; conserva il diritto che prima esisteva»; sicché la «necessaria considerazione congiunta [delle due alternative] impone di riportarla [l’usucapione] nella categoria dei fatti con efficacia preclusiva. Perfezionatasi l’usucapione, la situazione giuridica anteriore cessa di essere rilevante e resta assorbita l’alternativa possibile della costituzione o della conservazione del diritto soggettivo» (p. 502).

¹² Secondo l’A., la prescrizione non sarebbe né «un fatto estintivo né un fatto costitutivo, bensì un fatto (...) preclusivo o di assorbimento (...), la cui funzione pratica fondamentale sarebbe pertanto quella di porre un limite alla rilevanza del passato e dello stato giuridico anteriore rispetto alle situazioni giuridiche presenti» (così *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 154 s.).

Sul tema v. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 500 ss., ove viene specificato che «la prescrizione (...) è bivalente – o, meglio ancora, ambivalente – perché lo stato giuridico di libertà, che ad essa segue, trova la sua fonte giuridica nella prescrizione, tanto se anteriormente esisteva il vincolo giuridico quanto se invece preesisteva lo stesso stato giuridico di libertà (...). Con la prescrizione perde rilievo l’alternativa della estinzione e della conservazione. Questo superamento dell’alternativa, con l’assorbimento di effetti giuridici appartenenti a classi diverse, è il fenomeno dell’efficacia preclusiva e la prescrizione rientra appunto tra i fatti preclusivi» (p. 502 s.).

¹³ «La transazione – sottolinea l’A., voce *Accertamento*, cit., p. 217 – è un negozio con efficacia preclusiva, ma non un fenomeno di accertamento, perché essa (...) non si fonda sul momento della conoscenza, che rappresenta un dato necessario di ogni figura di accertamento»: infatti «le parti, nel dettare il regolamento transattivo dei loro rapporti in contestazione, muovono dalle rispettive pretese e tolgono di mezzo la lite mediante una composizione di tali pretese conseguita attraverso l’*aliquid datum et retentum*. (...) È lontano dal loro proposito attuare una puntuale e fedele determinazione della realtà giuridica, ché anzi attraverso la soluzione pratica da esse raggiunta, tendono appunto ad evitare le lungaggini e le difficoltà di un accertamento giurisdizionale; così come è lontano dai loro propositi di determinare necessariamente una modificazione della situazione giuridica anteriore» (così voce *ult. cit.*, p. 216 s.).

Sul punto v. anche *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 159, ove si legge che «l’ufficio fondamentale di questo negozio [*i.e.*, la transazione] consiste nel predisporre un regolamento giuridico che non sia legato alla situazione anteriore, addotta con apprezzamenti difformi da ciascuna delle parti, e che prescinda perciò per la sua validità dall’effetto contenuto in tale situazione»; e, più di recente, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 508 s., ove l’A. ribadisce che, a mezzo del meccanismo dell’*aliquid datum et retentum*, «la soluzione di compromesso, adottata dalle parti [in sede transattiva] per eliminare la lite e nello stesso tempo per evitare le difficoltà dell’accertamento, rende di per sé indifferente il raffronto tra il regolamento transattivo e la situazione giuridica anteriore. Un qualunque contenuto che questa abbia, purché rientri nello spazio compreso tra le ipotesi opposte implicate dalla pretesa e dalla contestazione, vale a legittimare la transazione (...). In presenza di reciproche concessioni la transazione è valida tanto se il suo effetto conserva quanto se modifica l’effetto anteriore».

¹⁴ Così voce *Accertamento*, cit., p. 210.

¹⁵ Così voce *Accertamento*, cit., p. 207.

Sul tema v. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 504 ss., ove è dato leggere che «il fatto di accertamento è la risultante di un processo che, muovendo da una situazione iniziale di oggettiva incertezza, porta, mediante l’attività spirituale di chiarificazione della realtà, ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva. (...) Il fatto di accertamento assolve il suo compito, di eliminare



Ma – questo è il punto – attraverso quale meccanismo giuridico si attinge ad un siffatto risultato?

«Può a prima vista sembrare strano – rileva l'A. – che i fatti di accertamento, i quali (...) tendono alla più precisa e sicura determinazione della realtà giuridica anteriore, producano un effetto che non è del tipo dichiarativo»¹⁶.

In realtà, «né la ormai pressoché incontrastata accettazione della esistenza di fatti giuridici con efficacia dichiarativa, né la constatazione che i fatti di accertamento mirano a determinare la realtà giuridica anteriore e non già a trasformarla o modificarla, sono ragioni sufficienti per considerare fondata la implicazione tra fatto di accertamento ed effetto dichiarativo»¹⁷.

Invero – rileva l'A. – ad un esito siffatto si oppongono due distinte considerazioni: l'una di carattere (per così dire) generale, l'altra di carattere (per così dire) particolare.

Da un lato, rimane infatti «indimostrata del tutto la premessa logica della stessa ammissibilità (...) di un'efficacia dichiarativa e della sua indifferenziazione dall'ipotesi di assenza di una qualunque efficacia giuridica»¹⁸: «se un fatto è efficace e rilevante in una sfera di esistenza qualsiasi – rileva l'A. – questa efficacia e rilevanza non può accusarsi se non nella esperienza di un mutamento, cioè di un passaggio dall'antico al nuovo. Se nessuna novità si è prodotta, quale altro indice, anche in astratta ipotesi, sarebbe pensabile che valga a dare la prova di quella efficacia e rilevanza?»¹⁹. «Si prospetta così, nei suoi termini generali – conclude l'A. – il paradosso della efficacia dichiarativa»²⁰: «se non vi è costituzione, non vi è novità nel mondo giuridico, e se non vi è nessuna novità in tale mondo, non vi è fatto giuridicamente apprezzabile. La verità è che, all'interno della concezione tradizionale della efficacia, una efficacia non costitutiva è un non senso»²¹; sicché «l'efficacia c.d. dichiarativa rientra pur sempre nell'orbita dell'efficacia costitutiva in senso lato»²².

l'incertezza, mediante un effetto che, in uno con l'ipotesi tendenziale della conservazione, copre l'alternativa della innovazione. L'efficacia preclusiva dei fatti di accertamento si atteggia perciò come efficacia tipicamente legale».

¹⁶ Così voce *Accertamento*, cit., p. 210: «invero – ammette l'A. stesso – la dottrina moderna [almeno quella dominante all'epoca in cui lo stesso scriveva], tanto per l'accertamento giudiziale che per l'accertamento negoziale, è decisamente orientata verso la efficacia dichiarativa» (*op. loc. ult. cit.*).

¹⁷ Così voce *Accertamento*, cit., p. 210.

¹⁸ Così voce *Accertamento*, cit., p. 210.

¹⁹ Così già *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 50.

²⁰ Così già *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 52.

V. anche voce *Accertamento*, cit., p. 213 s., ove l'A. rileva che «sarebbe lecito a questo punto chiedere come possa trovare diritto di cittadinanza nella tradizionale concezione dei fenomeni giuridici una efficacia dichiarativa, che, appunto perché dichiarativa, sarebbe condizionata alla perfetta identità tra la situazione giuridica nascente dal fatto dichiarativo e la situazione antecedente che il fatto si limita a dichiarare: sarebbe cioè lecito domandare in che codesta efficacia giuridica, alla luce delle idee tradizionali, si distingua dalla non efficacia giuridica»; ovvero voce *Efficacia giuridica*, cit., 494, ove l'A. si interroga: «un fatto che non produce alcuna innovazione sullo stato giuridico preesistente e che ha come suo specifico ufficio quello di mantenere inalterata la situazione giuridica su cui incide, in che riesce a distinguersi da un qualsiasi fatto giuridicamente irrilevante, se per definizione fatto giuridicamente irrilevante è quello che non produce alcuna novità nel mondo del diritto?».

²¹ Così già *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 53.

²² Così *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 55: «il fatto dichiarativo – precisa l'A. – sarà pertanto un fatto modificativo, un fatto capace di produrre comunque una qualche apprezzabile modificazione nell'effetto già sorto, benché certo non una modificazione di portata fondamentale, come quella che si opera nei soggetti a seguito di un atto di trasferimento e negli oggetti a seguito di una novazione» (*ivi*, p. 55 s.).

Nella successiva voce *Efficacia giuridica*, cit., l'A. giunge peraltro alla più matura conclusione che «il paradosso della efficacia dichiarativa (...) è [solo] apparente. La verità è che anche i fatti designati come dichiarativi o conservativi producono una qualche novità nel mondo del diritto» (p. 493 ss.): essi – seppure «non determinano alcun mutamento nella identità strutturale e sostanziale della situazione» – «conducono [tuttavia] questa ad un ulteriore sviluppo» (p. 494), che può essere nel senso: a) di un suo «*rafforzamento*» (così, ad es., «la ricognizione dell'enfiteusi per il campo dei diritti reali [e] il riconoscimento del debito per il campo dei diritti personali», seppure inidonei a modificare la situazione giuridica preesistente, valgono tuttavia, rispettivamente, «a impedire che



Da altro lato – se è vero che nell'accertamento «la determinazione della realtà giuridica postula in primo luogo una attività spirituale diretta a stabilire l'effettivo contenuto della situazione contestata, val quanto dire un giudizio e quindi un'attività dichiarativa»²³; con la conseguenza che «sarebbe perciò a priori viziato un fatto di accertamento in cui l'attività spirituale fosse intenzionalmente orientata verso una modificazione di tale realtà»²⁴ – non è men vero tuttavia che «lo scopo di superare l'ostacolo della contestazione non sarebbe in alcun modo conseguito da un fatto che si limitasse a dichiarare il contenuto della situazione giuridica contestata»²⁵. Invero, «l'accertamento esige un *effetto giuridico diverso da quello meramente dichiarativo*»²⁶: quello, appunto, della «preclusione di qualsiasi indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e pertanto [del]la irrilevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata sulla base della sua validità storico-giuridica»²⁷; con la conseguenza che «dopo il fatto di accertamento una ulteriore contestazione non tanto è vietata quanto è resa irrilevante e perciò è privata della sua forza paralizzatrice della realizzazione del valore giuridico»²⁸.

Così, ad es., «la essenzialissima ed insostituibile funzione del giudicato sul piano sostanziale sta proprio in questa sua autonoma validità, che rende del tutto inoperante ogni ulteriore tentativo di rimettere in discussione la effettiva portata della realtà giuridica determinata dalla sentenza»⁽²⁹⁾. Invero, «una volta intervenuto l'accertamento definitivo, con il passaggio della sentenza in cosa giudicata, il contrasto che aveva paralizzato la realizzazione dell'interesse viene tolto radicalmente di mezzo e non può essere più riproposto in forma giuridicamente rilevante: e ciò tanto se la sentenza abbia rispecchiato la realtà anteriore [c.d. “sentenza giusta”³⁰], tan-

l'enfiteuta acquisti il diritto di proprietà per usucapione con la conseguente estinzione del diritto di proprietà del concedente, mentre il riconoscimento del debitore vale ad impedire che l'obbligazione si estingua per prescrizione»), sicché «il diritto soggettivo è, diciamo così, ringiovanito, ha riacquisito tutta la sua originaria vitalità, ed è al sicuro, per tutto un altro ciclo giuridico di esistenza, dalla forza logoratrice del tempo: dunque, si è rafforzato» (p. 495 s.); ovvero *b*) di una sua “specificazione” (così, ad es., «gli ordini del datore di lavoro e le istruzioni del mandante assolvono (...) alla funzione di specificare nelle singole circostanze l'obbligo della prestazione»): «atti ed eventi del genere non introducono un'obbligazione che prima non esisteva», «la situazione giuridica rimane quella che era»; essi semplicemente «assolvono (...) alla funzione di specificare nelle singole circostanze l'obbligo della prestazione» (p. 497); ovvero ancora *c*) di un suo «affievolimento» (che si verifica, ad es., quando «il diritto soggettivo incontra altri diritti pozzori a scapito dei quali esso non potrà essere né esercitato né realizzato. La compresenza di un altro diritto che impedisce il pieno esercizio e la piena realizzazione del diritto soggettivo – ad esempio il diritto di ipoteca rispetto al diritto di proprietà – non comporta alcuna modificazione strutturale della situazione giuridica; ma influisce sempre, in qualche modo, sul contenuto del diritto soggettivo, che in una certa direzione non potrà essere né esercitato né realizzato»: p. 498).

²³ Così voce *Accertamento*, cit., p. 211 (corsivo aggiunto).

²⁴ Così voce *Accertamento*, cit., p. 211.

²⁵ Così voce *Accertamento*, cit., p. 211.

²⁶ Così voce *Accertamento*, cit., p. 212 (corsivo aggiunto).

V. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 503, ove si legge che «il fatto di accertamento può conseguire [il] risultato di rendere irrilevante per il diritto la contestazione sulla situazione giuridica accertata, solo in virtù di un effetto non meramente dichiarativo».

²⁷ Così voce *Accertamento*, cit., p. 212.

V. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 503, ove è dato leggere che, «se è accertata nelle forme di legge l'esistenza del diritto vantato da chi si dice creditore, diventa vana ogni ulteriore contestazione del debitore per evitare l'adempimento e la esecuzione forzata; nel caso opposto la pretesa non ottiene più giuridica considerazione neppure al limitato fine di controllarne la fondatezza».

²⁸ Così voce *Accertamento*, cit., p. 212.

²⁹ Così voce *Accertamento*, cit., p. 213.

³⁰ «Una sentenza giusta – rileva l'A. – non può negare il diritto di credito al vero creditore che faccia valere in processo le sue ragioni: colui che prima della sentenza era veramente creditore deve rimanere tale anche dopo la sentenza; invece, se taluno si faccia ad accampare in processo un diritto di credito che in realtà non gli spetta, non potrà e non dovrà ottenere il riconoscimento di un tale diritto se deve essere usata giustizia nei suoi confronti come nei confronti del suo avversario che nulla doveva. Insomma: le posizioni giuridiche fondamentali dei soggetti in ogni sentenza giusta debbono rimanere fondamentalmente immutate, perché la loro trasformazione darebbe luogo ad ingiustizia» (così voce *Accertamento*, cit., p. 210).



to se invece l'abbia modificata e perciò alterata»³¹ [c.d. "sentenza ingiusta"³²]. Ora, «la possibilità della sentenza di coprire insieme la duplice alternativa, che è propria del giudicato, della conformità e della difformità rispetto alla situazione anteriore, non può essere spiegata dalla teoria costitutiva, che è in grado solo di dare ragione della seconda ipotesi, né dalla teoria dichiarativa, che a sua volta può essere compatibile solo con la prima ipotesi, né da una teoria che assegni alla sentenza, volta a volta, efficacia costitutiva od efficacia dichiarativa a seconda che vi sia difformità o conformità riguardo alla situazione giuridica anteriore. Perché la alternativa sia abbracciata nella sua totalità occorre fare ricorso ad un tipo di effetto giuridico che superi le ipotesi singole della costitutività e della dichiaratività: e questo tipo di effetto giuridico è proprio l'*effetto preclusivo*»³³.

«Problemi del tutto analoghi – rileva sempre l'A. – solleva il negozio di accertamento»³⁴: «è nella natura del negozio di accertamento – come è nella natura della transazione e della sentenza – l'alternativa della conformità o della difformità della nuova situazione giuridica rispetto alla precedente. Una spiegazione adeguata di tali fenomeni non potrà essere perciò data fino a quando non si trovi modo, mantenendo la essenziale unità dell'effetto, di trovare eguale posto per entrambe le ipotesi dell'alternativa»³⁵.

3. – L'approccio al fenomeno dell'accertamento fondato sull'effetto giuridico che ne deriva finisce inevitabilmente con il rendere marginali – nell'argomentare dell'A. – taluni profili che pure erano, specie all'epoca in cui egli scriveva, ancora al centro del dibattito, soprattutto dottrinale.

Il riferimento è innanzitutto al problema se nel nostro ordinamento possa trovare cittadinanza un accertamento negoziale; la cui «ammissibilità – osserva l'A. – è condizionata alla possibilità di configurare e di spiegare il concorso, in una sola fattispecie, del momento della volontà accanto a quello della conoscenza col medesimo rango di importanza. È questa la difficoltà più grave della teoria del negozio di accertamento, e ad essa fa capo quell'indirizzo dottrinale che nega già in sede logica la legittimità della figura per la insanabile contraddizione che sussisterebbe tra la natura essenzialmente volontaria, e perciò costitutiva, del negozio giuridico, e la funzione essenzialmente conoscitiva, e perciò dichiarativa dell'accertamento»³⁶. Invero – se «il fatto di accertamento è la risultante del processo (...) che, muovendo da una situazione iniziale di obiettiva incertezza, porta, attraverso l'attività spirituale di chiarificazione della realtà, ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva»³⁷ – «per l'accertamento negoziale occorre spiegare come possano coesistere nella medesima fattispecie e col medesimo ruolo di essenzialità l'intento di accertare la situazione giuridica e l'intento di mantenere la situazione giuridica accertata anche per il caso di contrasto con la situazione giuridica reale, senza che il secondo intento renda inoperante, e quindi privo di rilievo, il primo»³⁸.

Il punto era stato dall'A. già trattato in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 65 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 505 ss.

³¹ Così voce *Accertamento*, cit., p. 214.

³² «La sentenza ingiusta – rileva l'A. in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 66 – può trasformare *ab imis* lo stato giuridico anteriore. (...) La conseguenza paradossale è che la sentenza, se giusta, non ha efficacia giuridica, perché non crea una situazione fondamentale nuova nel mondo del diritto; ma se è giuridicamente efficace non è giusta, perché trasforma la situazione fondamentale che avrebbe invece il compito di conservare e garantire».

³³ Così voce *Accertamento*, cit., p. 214 (corsivo aggiunto).

³⁴ Così *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 70.

³⁵ Così *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 74.

³⁶ Così voce *Accertamento*, cit., p. 217 s.

³⁷ Così voce *Accertamento*, cit., p. 216.

³⁸ Così voce *Accertamento*, cit., p. 218.



«A noi – si limita ad affermare conclusivamente l’A. – non spetta che indicare il problema»³⁹.

Ancóra: l’attenzione appuntata sul profilo effettuale importa, nell’analisi dell’A., una sorta di evaporazione della distinzione fra negozio di accertamento e dichiarazione ricognitiva – di un fatto (*i.e.*, confessione) o di un rapporto giuridico (*i.e.*, riconoscimento) – che, all’epoca, restava uno dei nodi concettuali da sciogliere.

Invero – seppure avesse a suo tempo lucidamente rilevato che «la ricognizione è un atto e non un processo; in particolare non è, come invece l’accertamento, un processo di approfondimento della certezza. L’atto ricognitivo rivela una certezza già conquistata (ad esempio: la ricognizione di debito) ovvero, portando una data situazione a conoscenza di un altro soggetto, tende a mettere quest’ultimo in grado di conquistare la certezza (ad esempio, l’intimazione di pagamento)»⁴⁰ – l’A. finisce però con il ricondurre all’area dell’accertamento anche la confessione, seppure accreditandola di un effetto di (mera) «preclusione processuale»⁴¹; cioè, di un «effetto di grado minore (...), perché l’effetto preclusivo di verifica nel ristretto campo del processo e vale a preparare il fatto di accertamento sostanziale e l’effetto preclusivo sostanziale della cosa giudicata»⁴².

Di qui la necessità – secondo l’A. – di «distinguere due categorie di fatti di accertamento, a seconda che l’effetto preclusivo spieghi la propria funzione fondamentale direttamente sul piano dei rapporti giuridici sostanziali o invece sul piano del processo: fatti di accertamento sostanziale i primi e fatti di accertamento processuale i secondi. Gli uni producono un effetto giuridico di grado maggiore, perché il fatto preclusivo si svolge sugli stessi rapporti di diritto sostanziale, mentre gli altri producono un effetto giuridico di grado minore, perché l’effetto preclusivo è limitato nell’ambito del processo e sta in funzione del fatto di accertamento e del relativo effetto di grado maggiore, che è prodotto dal giudicato»⁴³.

4. – A sua volta, l’approccio al tema dell’accertamento in chiave di «fenomeno generale»⁴⁴, anziché di analisi delle singole, concrete «figure particolari»⁴⁵ – «di diritto sostanziale e di diritto processuale, di diritto privato e di diritto pubblico»⁴⁶ – che ad esso vengono (più o meno persuasivamente) ricondotte, ha finito con

³⁹ Così voce *Accertamento*, cit., p. 218: significativamente il par. dedicato al tema viene titolato come «Cenni sul fatto giuridico di accertamento» (così *op. ult. cit.*, p. 216: corsivo aggiunto).

⁴⁰ Così *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 149.

⁴¹ Così voce *Accertamento*, cit., p. 214 s.

⁴² Così voce *Accertamento*, cit., p. 215: «un tipico fatto di accertamento processuale – spiega l’A. – è la confessione. Si tratta di una dichiarazione di scienza che genera senza dubbio effetti sostanziali di per sé, ma (...) di grado minore, mentre il tipico effetto di accertamento, che si concreta nel suo operare come prova legale, si produce solo nel processo. L’effetto della prova legale è un effetto preclusivo processuale in quanto rende irrilevante, nell’ambito del processo, la contestazione sulla realtà che forma oggetto della confessione. La irrilevanza della contestazione comporta come ulteriore e necessaria conseguenza che il giudice, anche se venga contestata la realtà su cui verte la confessione, deve considerare tale realtà come incontestata. L’effetto si ripercuote sul contenuto della sentenza e sul giudicato, con il quale la preclusione viene ad incidere sul piano dei rapporti sostanziali».

⁴³ Così voce *Accertamento*, cit., p. 215: «questa graduazione – prosegue l’A. – implica anche una gerarchia di ordine giuridico, perché l’effetto di accertamento sostanziale assorbe e supera ogni effetto di accertamento processuale, e così in caso di conflitto tra due effetti di accertamento di grado diverso vince sempre quello di grado maggiore. La confessione perde, ad esempio, il suo aspetto preclusivo processuale qualora si sia formato il giudicato in senso difforme sulla medesima realtà alla quale ha fatto riferimento la confessione. E così è da dire anche degli altri fatti di accertamento di grado maggiore, così come di ogni altro fatto preclusivo sostanziale: nel caso del negozio di accertamento (come nel caso della transazione, per fare un esempio di fatto preclusivo non di accertamento) è tolto di mezzo qualsiasi effetto di una eventuale confessione di contenuto difforme».

⁴⁴ Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.

⁴⁵ Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.

⁴⁶ Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.



il costringere l'A. ad una generalizzazione tanto intellettualmente affascinante e logicamente rigorosa, quanto tutta da verificare non solo sul piano della sua rispondenza al nostro diritto positivo, ma anche su quello della sua effettiva funzionalità a «risolvere le principali difficoltà e questioni che il giurista incontra e non riesce a superare nello studio delle singole figure»⁴⁷.

In particolare, la c.d. «efficacia preclusiva» – che connoterebbe, seppure in via non esclusiva⁴⁸, tutti i «fatti di accertamento», divenendone, in buona sostanza, il «denominatore unitario»⁴⁹ – non necessariamente è l'esito dell'operare di un medesimo meccanismo giuridico⁵⁰.

Così come, peraltro, non lo è neppure con riferimento alle altre fattispecie cui pure l'A. ricollega una «efficacia preclusiva».

Ad es., è ben vero che l'usucapione rende *inutile* (o – per dirla con l'A. – ha «efficacia preclusiva» di) qualsiasi ulteriore discussione in ordine alla circostanza che il soggetto, a cui favore sono maturati i presupposti per l'usucapione, fosse o meno già prima titolare del relativo diritto reale; non è men vero tuttavia che ad un esito siffatto si perviene anche aderendo alla tesi tradizionale – ed ancor oggi assolutamente pacifica sia in dottrina⁵¹ che in giurisprudenza⁵² – che vede nell'usucapione un modo di acquisto dei diritti reali; e ciò, per il fatto che, con il maturarsi dei presupposti dell'usucapione, il soggetto interessato sarebbe *comunque* titolare del diritto in questione: o per esserlo stato già in epoca anteriore, o per esserlo divenuto in forza dell'usucapione. Ciò spiega perché «il soggetto, a favore del quale è maturata una fattispecie di usucapione, abbia la facoltà di richiamarsi ad essa per esercitare il diritto di godimento e per pretenderne il rispetto dai terzi, anche se per lo stesso diritto esista un'altra fattispecie di acquisto, originario o derivativo (...). E (...) questa facoltà [può] essere esercitata, oltre che sul piano sostanziale, anche nel processo, dove non vale ad ostacolarla la circostanza che risultino formalmente altre fattispecie di acquisto»⁵³. Così, ad es., si ammette pacificamente che l'attore in rivendica possa assolvere all'onere probatorio sullo stesso gravante o dimostrando un acquisto a titolo originario, ovvero – così evitando le forche caudine della c.d. *probatio diabolica*

⁴⁷ Questo è l'obiettivo dichiarato dallo stesso A. nella voce *Accertamento*, cit., p. 205.

⁴⁸ Si ricorderà che – secondo l'A. – «rientrano nel quadro dei fatti preclusivi fenomeni di fondamentale importanza, oltre l'usucapione, quali la prescrizione e la transazione» (così voce *Accertamento*, cit., p. 210).

⁴⁹ Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.

⁵⁰ «L'effetto di interdire ogni contestazione in ordine ad una data situazione giuridica – osserva efficacemente E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Cedam, Padova, 1997, p. 139 – è comune ad altri mezzi di eliminazione della incertezza sia pubblici, che privati, quali la sentenza, la transazione, l'arbitrato e via dicendo. Il problema è che tali istituti pervengono al medesimo risultato pratico, ma percorrendo vie diverse».

⁵¹ Cfr. per tutti, da ultimo, P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, 3, *La proprietà, i diritti reali limitati, il possesso*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 595 e 619 s., ove è dato leggere che «l'usucapione conduce all'acquisto della proprietà a favore di chi non è titolare del bene; ne consegue che in base all'opinione più diffusa l'istituto non può operare a favore di chi risulta già proprietario in forza di altri titoli di acquisto»; L. FOLLIERI, *L'accertamento giudiziale dell'usucapione*, ESI, Napoli, 2018, già p. 9; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 2017, p. 615 ss., 627 s. e 637; A. GAMBARO, *La proprietà*, 1, *Beni, proprietà, possesso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 2017, p. 553 ss.; L. BOZZI, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile. Della proprietà* a cura di A. JANNARELLI e F. MACARIO, artt. 1100-1172, Utet, Torino, 2013, p. 650 s.; A. GALATI, *Dell'usucapione*, in *C.c. Commentario* Schlesinger-Busnelli, artt. 1158-1167, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3 ss.; T. DALLA MASSARA, *L'usucapione*, in G. VISINTINI (diretto da), *Trattato di diritto immobiliare*, I, 2, *I beni e la proprietà*, Cedam, Padova, 2013, p. 1433 ss.; G. FURGIUELE, *La circolazione dei beni*, in L. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, II, 2, *La proprietà e il possesso*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 371 ss.; E. GUERINONI, *L'usucapione*, in A. GAMBARO e U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 869 ss.; U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2001, p. 196 ss.

⁵² Cfr. Cass. 20.6.2022, n. 19758; Cass. 17.11.2021, n. 34819; Cass. 8.9.2021, n. 24175; Cass. 13.5.2021, n. 12736; Cass. 29.5.2019, n. 14657; Cass. 8.2.2019, n. 3847; Cass. 6.2.2019, n. 3487; Cass. 15.1.2019, n. 848; Cass. 6.12.2018, n. 31638.

⁵³ Così voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 501.



– un acquisto per usucapione, che varrebbe a dimostrarne la proprietà quand’anche, per avventura, non già acquisita in forza di un diverso titolo⁵⁴.

Del pari, è ben vero che la prescrizione rende *inutile* (o – per dirla con l’A. – ha «efficacia preclusiva» di) qualsiasi ulteriore discussione in ordine al fatto che il soggetto, a cui danno sono maturati i presupposti per la prescrizione di un suo (eventuale) diritto, fosse o meno, in precedenza, titolare di quel diritto; non è men vero tuttavia che ad un risultato siffatto si perviene anche accedendo alla tesi tradizionale – ed ancor oggi maggioritaria in dottrina⁵⁵ e assolutamente dominante in giurisprudenza⁵⁶ – che vede nella prescrizione un modo di estinzione dei diritti; e ciò, per il fatto che, con il maturarsi della prescrizione, il soggetto interessato, oggi, non sarebbe *comunque* titolare del diritto in questione: o per non esserlo stato neppure anteriormente, o per averlo perso per prescrizione.

⁵⁴ Cfr. Cass. 19.10.2021, n. 28865, secondo cui, «in materia di onere della prova nell’azione di rivendicazione, il rivendicante deve provare di essere divenuto proprietario della cosa rivendicata risalendo anche attraverso i propri danti causa fino ad un acquisto a titolo originario o dimostrando che il proprietario stesso o alcuno dei suoi danti causa abbia posseduto il bene per il tempo necessario ad usucapirlo. (...) Pertanto il rivendicante, per assolvere l’onere probatorio gravante a suo carico, deve dimostrare o che egli è fornito di un valido titolo derivativo proveniente, direttamente o tramite i suoi autori, da un soggetto cui possa attribuirsi la qualità (...) di legittimo titolare della proprietà del bene in contestazione, per averlo acquistato a titolo originario, oppure che egli stesso possa vantare un acquisto a titolo originario, per avere posseduto il bene per il tempo necessario all’usucapione»; Cass. 14.12.2018, n. 32386; Cass. 10.9.2018, n. 21940; Cass. 7.6.2018, n. 14734.

⁵⁵ Cfr., da ultimo, G. MAGRI, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, ESI, Napoli, 2019, pp. 12 ss. e 135 ss., almeno per quel che riguarda i diritti reali; R. RIVARO, *La prescrizione nel diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 15 ss., secondo cui, se è vero che l’istituto della prescrizione «mira ad assicurare la certezza del diritto» (p. 7), non è men vero tuttavia che «sembra (...) innegabile che questa sia pur sempre perseguita attraverso una regola che fa seguire l’estinzione del diritto allo scadere di un termine» (p. 19); P. GALLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Della tutela dei diritti* a cura di G. BONILINI e A. CHIZZINI, artt. 2907-2969, Utet, Torino, 2016, p. 506 ss.; ID., voce *Prescrizione e decadenza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento VIII*, Utet, Torino, 2013, p. 509 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 7, Le garanzie reali. La prescrizione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 507 ss., il quale sottolinea che «la prescrizione persegue [si] una finalità di certezza dei rapporti giuridici, ma questa finalità si realizza tramite l’estinzione dei diritti trascurati nel tempo, in quanto secondo la valutazione normativa essi non corrispondono più ad un rilevante interesse dei titolari» (*op. cit.*, p. 514); S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, Cedam, 2012, specie p. 139 ss., il quale evidenzia che, se è vero che «la prescrizione risponde all’esigenza di certezza nei rapporti giuridici, che viene compromessa quando si verifica una situazione di prolungata inerzia, poiché il mancato esercizio del diritto fa nascere un’aspettativa, inducendo a credere che il diritto non sarà più esercitato» (*op. cit.*, p. 137), non è men vero tuttavia che la prescrizione «conduce alla estinzione del diritto stesso» (*op. cit.*, p. 138); P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile, I, 1, Le fonti e i soggetti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 245; M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Cedam, Padova, 2006, già p. 4; P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 218.

Peraltro gli interpreti non si sono acquietati a fronte del pur chiaro disposto dell’art. 2934, comma 1, c.c. – che proclama che «ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge» – e «di volta in volta hanno visto nella prescrizione un fenomeno estintivo del diritto, dell’obbligo, del rapporto, dell’azione, oppure un fenomeno di paralisi dell’azione, o della pretesa, ovvero vi hanno scorto un fenomeno di natura meramente processuale, un fenomeno sostanziale, od un fenomeno di doppia natura processuale e sostanziale, ovvero, ancora, un fenomeno di peculiare natura “procedimentale”» (così P.G. MONATERI, in P.G. MONATERI e G. COSTANTINI, *La prescrizione*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2009, p. 2, ove le necessarie indicazioni bibliografiche; cfr., al riguardo, anche l’analisi di A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, ESI, Napoli, 2012, p. 66 ss.).

Quel che è certo, però, è che la tesi della «efficacia preclusiva» della prescrizione proposta da Falzea ha avuto un seguito tutto sommato limitato: cfr. peraltro P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *C.c. Commentario Schlesinger*, I, artt. 2934-2940, Giuffrè, Milano, 1990, p. 23 ss.; F. ROSELLI, in P. VITUCCI e F. ROSELLI in *La prescrizione*, in *C.c. Commentario Schlesinger-Busnelli*, I, artt. 2934-2940, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 2012, p. 39 ss.; G. MAGRI, *op. cit.*, pp. 138 ss. e 178 s., con riferimento però ai soli diritti di credito; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 20ª ed., 2021, p. 110.

⁵⁶ Cfr. Cass. 24.1.2022, n. 1980; Cass. 7.10.2021, n. 12182; Cass. 23.3.2021, n. 7987; Cass. 26.6.2021, n. 5413; Cass. 26.6.2020, n. 12740; Cass. 20.11.2019, n. 30246; Cass. 13.6.2019, n. 15869.



In sintesi: viene da chiedersi se la c.d. «efficacia preclusiva», di cui vengono dall'A. accreditate usucapione e prescrizione, altro non sia che il riflesso *indiretto* della rilevanza che detti istituti hanno (o almeno possono avere), in realtà, sul piano sostanziale, comportando essi, rispettivamente, l'acquisto o la perdita del diritto⁵⁷.

Analogo interrogativo si pone – ovviamente – anche con riferimento ai c.dd. «fatti di accertamento».

Quanto al c.d. «accertamento negoziale» – «caratterizzato dall'intento di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto, cui si collega, al fine di precisarne l'esistenza, il contenuto e gli effetti»⁵⁸ – se oggi ne è ormai fuori discussione il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento⁵⁹, tutt'altro che pacifico ne è invece il profilo effettuale⁶⁰.

⁵⁷ «Per quanto concerne l'usucapione e la prescrizione – osserva M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, IV, *I contratti di composizione delle liti* a cura di E. GABRIELLI e F. P. LUISO, I, Torino, 2005, p. 49 s. – occorre (...) notare che in realtà non è affatto detto che queste operino senz'altro, vuoi in caso di difformità della situazione preesistente, vuoi anche in caso di conformità. Il fenomeno per il quale anche chi sia già proprietario può invocare l'usucapione, o chi non sia debitore può invocare la prescrizione, è infatti del tutto agevolmente spiegabile anche in modo diverso, e precisamente in chiave meramente processuale, ricorrendo al principio del primato della ragione più liquida: appurata la sicura presenza di quel fatto, potenzialmente costitutivo in un caso, estintivo nell'altro, il giudice non approfondisce la questione circa la precedente insussistenza della proprietà, o circa l'effettiva esistenza del credito, non perché tali fatti operino senz'altro, ma semplicemente perché a tal punto comunque il risultato non cambia (... è superfluo indagare se quel certo soggetto sia proprietario perché lo era già o perché lo è diventato per usucapione, ovvero se non è debitore perché non lo è mai stato o perché il credito si è prescritto)».

⁵⁸ Così Cass. 22.1.2019, n. 1636.

⁵⁹ Cfr. per tutti, da ultimo, in giurisprudenza, Cass. 3.11.2021, n. 31319; Cass. 10.9.2021, n. 24462; Cass. 13.3.2019, n. 7198; Cass. 19.2.2019, n. 4832; Cass. 22.1.2019, n. 1636; e, in dottrina, M. FRANZONI, *Il contratto d'accertamento: un paradosso*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI e S. ORLANDO (a cura di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, p. 1235 ss., specie p. 1250 ss.; ID., *La transazione*, in G. FURGIUELE (raccolta da), *Biblioteca dei contratti*, Cedam, Padova, 2001, p. 247 ss.; G. MINNITI, *Accertamento negoziale e costituzione del titolo dell'acquisto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, p. 327; L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 23 ss.; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, p. 242; ID., *Il negozio di accertamento*, in L. RUGGIERI e E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2016, p. 186 ss.; R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., *Aggiornamento VIII*, Utet, Torino, 2012, p. 32; E. DEL PRATO, *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, IV, 2, *L'attuazione dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 562 ss.; M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 59 ss.; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 502 ss.; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione processuale*, Cedam, Padova, 2000, specie p. 104 ss.; F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, in *Contratto e impr.*, 1999, p. 1297; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 11 ss.; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *C.c. Commentario Schlesinger*, artt. 1987-1991, Giuffrè, Milano, 1996, p. 506 ss.

Già alla fine del secolo scorso E. PAOLINI (in *Il contratto di accertamento*, cit., p. 7) poteva così sintetizzare: «la disputa sul[l'ammissibilità del] negozio di accertamento, un tempo così vivace, oggi può dirsi completamente spenta; ne è risultata "vincitrice" quella corrente di pensiero favorevole alla ammissibilità del negozio di accertamento». Le fa oggi eco L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 29, il quale rileva che, «attualmente, il dibattito intorno all'ammissibilità del negozio [di accertamento] può dirsi superato e non sembra residuino dubbi sulla legittimità del ricorso ad un accertamento convenzionale» (cfr. anche S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 508, secondo cui «oggi il dibattito sorto intorno al problema dell'ammissibilità (o meno) dell'accertamento negoziale può considerarsi superato nel senso della soluzione affermativa»).

A supporto della tesi della ammissibilità, nel nostro ordinamento, del c.d. negozio di accertamento si possono oggi addurre una pluralità di indici normativi: dalle norme in tema di conciliazione giudiziale (artt. 185, 199, 320, 322, 410 ss. e 652 c.p. c.) a quelle in tema di conciliazione stragiudiziale (artt. 1, 2, 11 e 12 d.lg. 4.3.2010, n. 28, in materia di «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»; art. 5 d.l. 12.9.2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10.11.2014, n. 162, in materia di «procedura di negoziazione assistita», che fa testuale riferimento ad un «accordo che compone la controversia»); fino al disposto dell'art. 2643, n. 12-bis, c.c.

A tale ultimo proposito, si ricorderà che l'art. 84-bis d.l. 21.6.2013, n. 69 (convertito con modificazioni con l. 9.8.2013, n. 98), ha novellato l'art. 2643 c.c., prevedendo che siano suscettibili di trascrizione «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato» (n. 12-bis). Secondo parte della dottrina,



Nella giurisprudenza meno recente evidente appariva l'influenza esercitata dalla tesi di A. Falzea⁶¹: «con il negozio di accertamento – era infatti dato leggere in molte massime della Suprema Corte – le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato fatto o rapporto giuridico, con *effetti preclusivi* di ogni ulteriore contestazione»⁶².

Le pronunce degli anni a noi più vicini fanno invece ricorso a formule più sfumate, limitandosi all'affermazione secondo cui il negozio di accertamento rende «definitiva ed immutabile una situazione obiettivamente incerta»⁶³, senza peraltro indicare attraverso quale meccanismo tecnico-giuridico un simile effetto avrebbe a prodursi⁶⁴; tutt'al più specificando che – proprio per il fatto di rendere «definitiva ed immutabile una situazione obiettivamente incerta» – il negozio di accertamento «preclude ogni ulteriore contestazione»⁶⁵.

La dottrina – pur generalmente condividendo la premessa, da cui muove anche la tesi della «efficacia preclusiva» del negozio di accertamento, secondo cui a quest'ultimo dovrebbe riconoscersi un effetto di «tom-bale» e definitivo superamento di quella situazione di incertezza che ne costituisce il presupposto, rendendo non più ed irreversibilmente incontestabile la pregressa situazione giuridica nei termini in cui la stessa viene accertata⁶⁶ – tende oggi a evidenziare come il richiamo alla «efficacia preclusiva» dell'accertamento nego-

l'introduzione nell'art. 2643 c.c. del n. 12-bis eleverebbe il negozio di accertamento a «contratto nominato, e cioè contemplato dal legislatore, ancorché normativamente atipico, e cioè privo di una organica disciplina legislativa più o meno ampia» (così E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 187; v. anche L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 36 s.).

⁶⁰ «È possibile affermare – si rileva testualmente in dottrina – che il problema del negozio di accertamento è, nella sua essenza, il problema dei suoi effetti» (così L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 37). Sulla medesima lunghezza d'onda M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 37, secondo cui «il problema dell'accertamento è, nella sua essenza, il problema dei suoi effetti».

⁶¹ Lo rilevano anche L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 27 ss.; e R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 35.

⁶² Così Cass. 5.6.1997, n. 4994 (corsivo aggiunto). In senso conforme cfr. anche Cass. 20.5.2004, n. 9651; Cass. 23.3.1996, n. 2611; Cass. 23.8.1991, n. 9047; Cass. 10.1.1983, n. 161; Cass. 27.4.1982, n. 2634; Cass. 16.3.1978, n. 1323; Cass. 29.1.1974, n. 241.

⁶³ Cfr. Cass. 19.2.2019, 4835; Cass. 22.1.2019, n. 1636; Cass. 24.8.2012, n. 14618; Cass. 30.3.2009, n. 7640.

⁶⁴ Talora la giurisprudenza rimane ancora più sul generico, limitandosi ad attribuire al negozio di accertamento, «la funzione di eliminare la incertezza di una situazione giuridica preesistente» (cfr. Cass. 24.8.2012, n. 14618); ovvero «di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente» (cfr. Cass. 12.11.1981, n. 6001; Cass. 29.1.1974, n. 241); ovvero ancora «di rendere definitiva la situazione giuridica derivante dal rapporto preesistente» (cfr. Cass. 23.12.1987, n. 9625): in ogni caso, senza indicare quale sarebbe lo strumento tecnico attraverso cui un siffatto risultato si realizza.

⁶⁵ Così Cass. 19.2.2019, n. 4835.

⁶⁶ Parte minoritaria della dottrina non condivide siffatta premessa: cfr., per tutti, P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, III, *Effetti* a cura di M. COSTANZA, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 2023, p. 79 e 85 ss.; S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 2021, p. 114; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 3^a ed., 2019, p. 478 ss., secondo cui «l'effetto accertativo rileva (...) sul piano probatorio, in quanto il contratto di accertamento dispensa ciascuna parte dall'onere di provare il rapporto come accertato mentre pone a suo carico l'onere della prova contraria»: «conseguentemente le parti possono sempre provare che il loro rapporto non è quello accertato»; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 2011, p. 494 s.

Ovviamente, chi ritiene che il negozio di accertamento operi solo sul piano probatorio, prende altresì, di necessità, le distanze dalla tesi dell'asserita «efficacia preclusiva» di esso.

V. anche E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 306 ss., secondo la quale «il negozio di accertamento [è] capace di produrre un effetto preclusivo meno incisivo di quello della transazione. (...) Non si può infatti ritenere che l'autonomia privata possa prevalere sul potere giudiziale nell'accertamento della verità sino al punto da [non] consentire accertamenti sull'an, ossia sull'esistenza di una situazione soggettiva controversa, non suscettibili di verifiche giudiziali. (...) L'autonomia privata (...) non può svolgere in generale un ruolo di accertamento della verità giuridica (...), ma può soltanto limitarsi ad accertare il *quomodo* e non l'an di situazioni soggettive controverse»: «in conclusione – rileva l'A. – deve ritenersi che la funzione del negozio di accertamento sia quella di chiarire punti controversi di fatti e di situazioni giuridiche con un'efficacia preclusiva (e in tal senso costitutiva) limitata al *quomodo*, che non può coprire anche l'esistenza del diritto oggetto di accertamento».



ziale abbia, più che altro, valenza descrittiva⁶⁷, trascurando e, conseguentemente, lasciando del tutto insoluto il problema dell'individuazione del meccanismo tecnico-giuridico attraverso cui un siffatto risultato si realizza.

Si spiega così il fatto che gli interpreti – proprio nel tentativo di fornire risposta a tale ultimo interrogativo – si siano progressivamente orientati ad affermare che «nel nostro diritto, come nel diritto tedesco, il negozio d'accertamento opera con efficacia immediata sulla situazione giuridica sostanziale *regolandola*, cioè direttamente conformandola nel modo che corrisponde al regolamento concordato: appunto in questo senso il negozio d'accertamento è fonte di una nuova regola sostanziale»⁶⁸.

In quest'ottica – premesso che il contratto, secondo la stessa lettera dell'art. 1321 c.c., è volto a «costituire, *regolare* o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale» – il negozio di accertamento sarebbe da ricondurre all'ipotesi del «*regolare*» un rapporto giuridico attorno al quale si sia venuta a creare una situazione di incertezza: «“*regolamento*” – osserva efficacemente autorevole dottrina – è termine più ampio di “*modifica-zione*”. Si regola un rapporto non solo quando lo si modifica, ma anche quando lo si accerta»⁶⁹.

Lo stesso può dirsi di chi aderisce alla tesi – di R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Reale Università di Messina*, 1934-1935, VII (oggi ripubblicato in *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1980, p. 383 ss.) – secondo cui il negozio di accertamento farebbe sorgere l'obbligazione di non dare al rapporto preesistente una intelligenza diversa da quella risultante da quanto convenuto, con conseguente possibilità di far valere l'eventuale difformità della situazione reale rispetto a quella «accertata», salvo il conseguente obbligo risarcitorio.

⁶⁷ Osserva E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 139, che – se l'efficacia preclusiva «è, in via generica e meramente descrittiva, il risultato cui perviene in concreto il contratto di accertamento» (corsivo aggiunto) – «ciò che fa discutere è la giustificazione, la fonte di un siffatto risultato». Le fa eco M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 50, il quale sottolinea che, «per quanto concerne (...) l'effetto preclusivo in sé, (...) va detto che tale categoria, per quanto attraente, è in realtà, di per sé, *meramente descrittiva*. Essa non spiega cioè quale sia il meccanismo, tramite il quale si produce il fenomeno in questione, vale a dire quello dell'operatività a prescindere dalla conformità o meno rispetto alla situazione preesistente» (corsivo aggiunto).

⁶⁸ Così A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Giuffrè, Milano, ed. provv. 1970, p. 46 ss. (corsivo aggiunto), ove si precisa che «la regola così posta vale di per sé, cioè in quanto sorretta da una funzione negoziale idonea, non in quanto conforme ad una regola preesistente da scoprire o da delucidare; perciò le parti, nel dettarla, dispongono costantemente della propria situazione giuridica, anche se, di fatto, il regolamento concordato non arrechi una modificazione, intesa come effettivo spostamento patrimoniale rispetto alla regola preesistente»; peraltro «la diretta incidenza conformatrice sulla situazione giuridica sostanziale può comportare anche una sostituzione di rapporti, ovvero la creazione di un rapporto nuovo dove prima non esisteva alcuno».

La tesi di Lener ha trovato ampia e positiva accoglienza nella dottrina successiva: cfr., da ultimo, M. FRANZONI, *Il contratto d'accertamento: un paradosso*, cit., p. 1252, secondo cui, «il contratto d'accertamento resta catalogabile fra i contratti regolamentari o costitutivi secondo la definizione dell'art. 1321 c.c., e si configura come atto dispositivo»; ID., *La transazione*, cit., p. 256; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione processuale*, cit., p. 104; L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 43 ss., il quale aggiunge peraltro che il negozio di accertamento altresì «implica una rinuncia (reciproca) delle parti al potere di accertamento giurisdizionale» (così *op. cit.*, pp. 45 e 48); E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, cit., p. 242, secondo cui, in forza del negozio di accertamento, «le parti incidono direttamente sulla situazione giuridica, conformandola nei termini che risultano dall'attività conoscitiva svolta: i privati, per eliminare l'incertezza di una situazione giuridica, hanno soltanto il potere di incidere su di essa per renderla certa, regolandola e quindi disponendone per il futuro a scopo di certezza»; ID., *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 206 s. e 217 ss.; R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 38; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 584 ss.; E. DEL PRATO, *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, cit., p. 564 s.; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 34 ss., con riferimento però alla sola ipotesi in cui la *res dubbia* sia costituita da una modalità del rapporto, e non anche a quella in cui l'incertezza colpisca invece la sua stessa esistenza; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 121; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 514 ss.; A. CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

Quanto alla giurisprudenza, R. FERCIA, *op. cit.*, p. 35, ne propone una lettura nel senso che, allorché la stessa, specie in passato, «discorre[va] di efficacia “dichiarativa”» del negozio di accertamento (cfr., ad es., Cass. 12.3.2008, n. 6739; Cass. 4.7.2007, n. 13009), intendeva, in realtà, «semplicemente descrivere con riferimento alla triplice configurazione delle funzioni negoziali – “costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale” ex artt. 1321 e 1324 c.c. – quanto non sia rapportabile né al “costituire”, né all’“estinguere”. L'effetto “dichiarativo” di cui spesso parla[va] la giurisprudenza, ponendolo accanto a quello “preclusivo”, [era] allora solamente un “*obiter dogmatico*”, e [andava] rapportato ad un'accezione ampia della funzione di “regolare”».

⁶⁹ Così R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, Torino, 4ª ed., 2016, p. 947 (corsivi aggiunti).



Peraltro, quand'anche non si dovesse accogliere tale ultima rappresentazione degli effetti dell'accertamento negoziale, resterebbe pur sempre da risolvere il nodo di fondo: quello, cioè, dell'individuazione del meccanismo tecnico-giuridico attraverso cui si realizzerebbe il c.d. «effetto preclusivo».

Che quest'ultimo non possa costituire esso stesso conseguenza *immediata e diretta* dei «fatti di accertamento» emerge già solo dalla constatazione che diverso è il modo di operare del c.d. «effetto preclusivo» di cui viene accreditato il negozio di accertamento rispetto al modo di operare dell'«effetto preclusivo» di cui viene parimenti accreditata la «cosa giudicata» (*ex art. 2909 c.c.*).

Di ciò rende avvertiti la circostanza⁷⁰ che – qualora, dopo un valido accertamento negoziale, una delle parti dovesse rivolgersi al giudice per far valere la situazione pregressa, che si affermi non esattamente rispecchiata in quella accertata – il relativo procedimento sarebbe destinato a sfociare in una *sentenza di rigetto nel merito*⁷¹; mentre – qualora, dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di accertamento, una delle parti dovesse rivolgersi ad altro giudice per far valere la situazione pregressa, che si affermi fraintesa dalla sentenza precedentemente emessa (c.d. «sentenza ingiusta») – il procedimento sarebbe destinato a concludersi con una *sentenza di inammissibilità in rito*⁷².

In senso analogo cfr. anche E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 600, il quale rimarca che «regolare è termine più ampio di *modificare*: nella sfera del regolare è compresa non solo la modificazione di un elemento strutturale del rapporto, ma anche il semplice mutamento della sua disciplina» (corsivi aggiunti).

Peraltro già A. LENER (in *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., p. 41) aveva osservato che «delle tre sfere di funzioni tecniche individuate dall'art. 1321 del codice vigente, che definisce il contratto come "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", la sfera del "regolare" è quella in cui si iscrive la funzione dell'accertamento negoziale».

⁷⁰ Efficacemente segnalata da M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 242, seppure con riferimento alla *exceptio rei per transactionem finitae*.

Da ultimo il medesimo A. (in *Il contratto d'accertamento: un paradosso*, cit., p. 1253 s.) rileva che non sarebbe corretto «affermare che il contratto di accertamento si pone in termini analoghi alla sentenza passata in giudicato»: quanto a quest'ultima, infatti, «l'effetto preclusivo è normalmente collegato al principio del *ne bis in idem* e svolge tecnicamente un ruolo sul piano processuale: la parte non può di nuovo impegnare un giudice su una questione sulla quale questi si è già pronunciato»; viceversa «la preclusione che si determina per effetto della conclusione di un contratto di accertamento (...) è espressiva di un principio completamente diverso: il contratto ha forza di legge fra le parti, secondo (...) l'art. 1372, comma 1, c.c. Una volta rimossa l'incertezza con il contratto di accertamento questa non esiste più: l'originario rapporto deve avere l'efficacia che le parti hanno attribuito con il nuovo regolamento, il vecchio è estinto»; di qui la conclusione che «il contratto di accertamento produce l'effetto preclusivo, quanto alla possibilità di litigare su questioni oggetto di un rapporto che si è estinto proprio con il contratto di accertamento. Nulla in comune con la preclusività che nasce dal giudicato di una sentenza».

⁷¹ Ovviamente, sempre che si acceda all'idea – da cui muove anche la tesi dell'«efficacia preclusiva» del negozio di accertamento – secondo cui quest'ultimo renderebbe definitiva e incontestabile la situazione pregressa nei termini in cui la stessa è stata accertata. A diversa conclusione pervengono invece, di necessità, coloro (v. *supra*, nota 66) che ritengono che l'accertamento negoziale sia destinato a produrre effetti sul solo piano probatorio.

Nel senso indicato nel testo cfr., da ultimo, in giurisprudenza Cass. 19.2.2019, n. 4835; Cass. 22.1.2019, n. 1636.

⁷² Cfr. da ultimo, in giurisprudenza, Cass. 15.10.2021, n. 28386, che parla di «improponibilità rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo»; Cass. 7.5.2019, n. 12012; Cass., Sez. un., 21.2.2019, n. 5198; Cass. 4.8.2017, n. 19498; e, in dottrina, S. MENCHINI e A. MOTTO, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Della tutela dei diritti* a cura di G. BONILINI e A. CHIZZINI, *sub art. 2909*, Utet, Torino, 2016, p. 177, secondo cui «l'eccezione di cosa giudicata (...) impedisce una nuova pronuncia di merito sul diritto soggettivo che è già stato deciso (c.d. *ne bis in idem*)», sicché «il modo di operare del giudicato si traduce in un effetto negativo, in un impedimento processuale rispetto ad una nuova decisione di merito sulla situazione giuridica che è già stata accertata»; A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, *Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub art. 2909*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1999, p. 81 s.; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Utet, Torino, 1997, p. 422, secondo cui, «ove il secondo giudizio verta sulla stessa entità trattata e decisa nel primo, l'*exceptio rei iudicatae*, in applicazione del principio del *ne bis in idem*, ostacola la pronuncia di una sentenza di merito ed impone la chiusura del procedimento con provvedimento di mero rito, declaratorio del difetto processuale»; ID., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 198.



In realtà, evocando una pretesa «efficacia (genericamente) preclusiva» del giudicato, non solo si elude il «tormentoso problema»⁷³, oggetto di vivace dibattito in dottrina sin dal XIX secolo, relativo al quesito «se il giudicato modifica lo stato di diritto preesistente, imprimendo una nuova configurazione al rapporto deciso, oppure se lascia immutata la situazione di diritto materiale, esauendo la propria efficacia nella formazione di un vincolo processuale, che impedisce al giudice ed alle parti di tornare a discutere in futuri processi in ordine al rapporto giuridico accertato»⁷⁴ – dibattito che, è noto, ha visto contrapporsi i sostenitori della c.d. «teoria sostanziale» (secondo cui la *res iudicata* opererebbe quale fonte regolamentare del rapporto dedotto in giudizio)⁷⁵ ed i sostenitori della c.d. «teoria processuale» (secondo cui la *res iudicata* importerebbe semplicemente il divieto per il giudice di un eventuale successivo processo di pronunciare nuovamente sulla questione già decisa)⁷⁶; pur non essendo mancate voci a sostegno della tesi secondo cui «il giudicato possiede entrambe le connotazioni», per un verso, dando «certezza alle relazioni intersoggettive delle parti, ponendo fine, mediante la dichiarazione autoritativa della volontà di legge che regola il caso concreto, alla crisi verificata nel mondo sostanziale», e, per altro verso, esplicando «i propri effetti sul piano processuale, facendo sì

Peraltro anche Falzea (in voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 507) evidenzia che il giudice «è tenuto a dichiarare inammissibile la riproposizione della questione già decisa. La regola *bis de eadem res ne sit actio* è null'altro se non la inammissibilità di una nuova contestazione giudiziaria su una situazione giuridica accertata con sentenza passata in giudicato, e dipende perciò non da una particolare forza che la sentenza abbia in confronto agli altri fatti giuridici, ma unicamente dall'efficacia preclusiva del giudicato, come fenomeno di accertamento»

⁷³ Così F.D. BUSNELLI, in L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI e R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c.*, VI, 4, sub art. 2909, Utet, Torino, 1964, p. 202.

Bisogna peraltro prendere atto che la più recente dottrina pare orientata a ritenere superata la questione della natura sostanziale ovvero processuale della cosa giudicata: cfr., per tutti, A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, cit., specie p. 86 ss., secondo cui «quella della natura sostanziale o processuale della cosa giudicata» deve «probabilmente» annoverarsi «fra le questioni che furono più a lungo dibattute in dottrina, ma che con il passare dei decenni si rivelarono poco più che degli pseudoproblemi» (così p. 82 s.); S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 412, secondo cui sarebbe «poco proficuo soffermarsi ancora sulla nota questione circa la natura sostanziale ovvero processuale della cosa giudicata; infatti, da un lato, essa ha un valore preminentemente teorico, risultando poco o punto rilevante l'adesione all'una o all'altra prospettiva per la soluzione dei problemi di carattere applicativo posti dal fenomeno in esame, e, dall'altro lato, la stessa alternativa sembra non correttamente posta, non potendosi negare che il giudicato possiede entrambe le connotazioni».

⁷⁴ Così G.N. NARDO, *La cosa giudicata sostanziale*, in L. DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, *Processo di cognizione*, Utet, Torino, 2019, p. 2878.

I termini del dibattito si ritrovano efficacemente sintetizzati in A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, cit., p. 82 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 812 ss.; F.D. BUSNELLI, in *Comm. c.c.*, cit., sub art. 2909, p. 202 ss.

⁷⁵ Pur nella specificità dell'impostazione di ciascuno, fra i fautori della «teoria sostanziale» possono annoverarsi, ad es., F.D. BUSNELLI, in *Comm. c.c.* Utet, cit., sub art. 2909, p. 202 ss.; ID., *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 1317 ss.; E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Giuffrè, Milano, 1962, p. 697; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, I, *L'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1961, p. 1 ss.; ID. *La cosa giudicata*, II, *Il concetto e la natura*, ivi, 1961, p. 217 ss.; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 89 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1936, p. 270 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 1935, p. 3 ss., specie p. 16 ss.; ID. *Natura della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, I, p. 215 ss.

⁷⁶ Pur nella specificità dell'impostazione di ciascuno, fra i fautori della «teoria processuale» possono annoverarsi, ad es., C. VINCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 51 ss.; A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1960, sub art. 2909, p. 286 ss., specie p. 295 ss.; E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1957, p. 56 ss.; E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim.*, 1956, p. 1306 ss.; L. CILFO BONACCORSO, *Il giudicato civile*, Jovene, Napoli, 1955, p. 29 ss.; H. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Cedam, Padova, 1937, pp. 20 ss. e 60 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Soc. ed. Foro Italiano, Roma, 2ª ed., 1936, p. 590 ss.; G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Giuffrè, Milano, rist. 1993, p. 409; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Soc. ed. Libreria, Milano, 1911, p. 25 ss. (che peraltro è successivamente approdato alla corrente opposta).



che nessun giudice possa rimettere in discussione quanto è stato precedentemente deciso»⁷⁷ – ma si trascura altresì la problematica relativa al vario atteggiarsi, a seconda dei casi, del vincolo che il giudicato sostanziale è destinato ad imporre tanto nei confronti di un eventuale giudice successivamente adito quanto nei confronti delle stesse parti dell'originario giudizio: infatti – si è sottolineato – «il giudicato sostanziale ha, nello stesso tempo, efficacia negativa ed efficacia positiva: esso impedisce una nuova pronuncia di merito sul diritto soggettivo che è già stato deciso (c.d. *ne bis in idem*) (*effetto negativo*) e impone, in processi concernenti diritti dipendenti, allorché è resa la decisione in ordine a questi, di prendere le mosse da ciò che è stato stabilito in precedenza circa la situazione soggettiva pregiudiziale (*effetto positivo* o riflesso)»⁷⁸.

È così che, in dottrina, si imputa alla tesi dell'«efficacia preclusiva» del giudicato patrocinata da Falzea non solo «di avere lasciato in ombra la sua funzione positiva»⁷⁹, ma anche di avere trascurato che, con il formarsi del giudicato, «la realtà giuridica accertata viene imposta come realtà anteriore (...) che (...) deve, in conseguenza, ritenersi esistente fin dal momento in cui ha avuto luogo l'atto o fatto, che nella sentenza è dichiarato sua fonte»⁸⁰.

⁷⁷ Così S. MENCHINI, voce *Regiudicata*, cit., p. 412. Dello stesso A. cfr. ora il suo commento all'art. 2909 in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Della tutela dei diritti* a cura di G. BONILINI e A. CHIZZINI, cit., p. 38.

Analogamente orientati in dottrina cfr., da ultimo, A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., sub art. 2909, p. 88 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 818.

⁷⁸ Così testualmente S. MENCHINI, *Commentario del codice civile*, cit., p. 38 (corsivi aggiunti). Cfr. anche S. MENCHINI e A. MOTTO, *ivi*, p. 177 ss.

Analogamente orientati in dottrina cfr., da ultimo, A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., sub art. 2909, p. 77 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 818.

⁷⁹ Così A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., sub art. 2909, p. 76.

Cfr. anche G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 828.

⁸⁰ Così G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 828.

Cfr. da ultimo, in dottrina, anche A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 76; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 66 ss.