

GLI ATTI DI ACCERTAMENTO DELLE FATTISPECIE CHE HANNO DATO LUOGO A LIBERALITA' INDIRETTE

In presenza di una pluralità di strumenti, tutti idonei a produrre il medesimo risultato economico, ma con una diversa valenza giuridica, la scelta del mezzo più idoneo a realizzare gli intenti pratici dei contraenti si risolve in una questione di *ars stipulatoria*: sarà, in primo luogo, compito del notaio scegliere, di fronte a più strade percorribili, quella che offre maggiori garanzie di efficienza giuridica in funzione dei concreti obiettivi che i contraenti intendono perseguire ⁽¹⁾.

Sarebbe, pertanto, riduttivo proporre, in termini assoluti, determinati modelli giuridici come più idonei rispetto ad altri, tenuto conto delle possibili variabili che possono presentarsi nelle fattispecie concrete, così come non è possibile affermare, in termini assoluti, se sia preferibile far emergere all'interno di un contratto l'*expressio causae* di un rapporto ulteriore, collegato o *a latere* del contratto stesso.

Va, tuttavia, considerato che non sempre l'adozione di determinati strumenti giuridici è frutto del buon uso dell'*ars stipulatoria*, da parte del professionista incaricato, spesso, al contrario, è riconducibile a scelte frettolose delle parti che, in assenza della consulenza di un notaio o di altro professionista, sono indotte a realizzare il risultato economico prefissato con l'apparente minor costo, senza valutare le eventuali dannose conseguenze che possono esser causate dalla scelta di mezzi giuridici inappropriati.

In questi casi il notaio è chiamato, non tanto o non solo, a scegliere il migliore schema negoziale in ragione della specifica fattispecie da regolamentare, ma anche a metter "ordine" all'interno di una pluralità di operazioni economiche familiari, cadenzate in tempi diversi, e realizzate con schemi giuridici eterogenei, tutte finalizzate, nell'intento delle parti, a far conseguire risultati economici equivalenti, ma, di fatto, aventi una valenza giuridica asimmetrica e, quindi, potenzialmente capaci di dar luogo a contestazioni, rivendicazioni e controversie tra i familiari stessi dopo l'apertura delle successione, allorquando sarà necessario verificare il patrimonio del *de cuius*, rendicontare le liberalità dirette ed indirette operate dal *de cuius* e calcolare le quote spettanti a ciascun erede.

Per il notaio, come per qualunque altro operatore del diritto, i principali nodi da sciogliere, in queste vicende, atterranno:

1. all'esatta individuazione di ciò che può esser ritenuto idoneo oggetto di donazione (prestazioni di dare, assunzioni di obblighi, rinunzie a diritti o, anche le prestazioni di fare)⁽²⁾ ;

⁽¹⁾ Cfr. **V. Careda**, *Donazioni indirette..cit.*, pag. 284 che riporta l'affermazione di chi (**A. Palazzo**) ritiene che il problema che astrattamente potrebbe trovare diverse soluzioni, in concreto, si risolve in una questione di *ars stipulatoria*; **G. Iaccarino**, *Donazioni indirette ed "ars stipulatoria"* ...cit

⁽²⁾ Per la problematica relativa alle donazioni aventi ad oggetto le prestazioni di fare, cfr. i recenti contributi di **F. Tassinari**, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative*, in "I Quaderni della Fondazione del Notariato, Liberalità non donative e attività notarile", ed. Il Sole 24 Ore, n. 1/2008, pag. 23 e segg. **A. Palazzo**, *Gratuità e attuazione degli interessi ..cit.*, pag. 24 e segg., il quale sottolinea la distinzione tra negozio a titolo gratuito e donazione indiretta sul presupposto che solo nella seconda si registra lo spirito di liberalità, mentre la causa dell'attribuzione è presente sia nell'una

2. alla inclusione o meno tra le liberalità di fattispecie che sebbene non negoziali siano state agevolate nel loro perfezionamento da un accordo “configurativo” delle parti (si pensi agli esempi già fatti in tema di usucapione, prescrizione, costruzione su suolo altrui, etc) ⁽³⁾ ;
3. a ciò che dovrà essere considerato oggetto di eventuale collazione, riduzione e restituzione in presenza di una donazione indiretta ⁽⁴⁾ ;
4. alla possibilità di provare che sia intervenuta una liberalità, in presenza di atti dai quali non emerge l'*expressio causae* di determinate prestazioni o di rapporti collegati all'atto stesso.

Tralasciando le prime tre problematiche, ulteriori rispetto alle tematiche del presente studio, è, invece, opportuno, verificare la possibilità per le parti interessate, in vita del donante, di preconstituire atti ricognitivi diretti ad evitare incertezze sull'esistenza e sul contenuto economico del rapporto giuridico realmente intercorso.

Si tratta, il più delle volte, di sopperire alla carenza originaria di idonea documentazione atta a far emergere non solo la movimentazione finanziaria effettuata ma anche l'*expressio causae* della movimentazione stesso. L'emersione della giustificazione causale è particolarmente rilevante in quanto, nonostante, qualche pronuncia giurisprudenziale contraria ⁽⁵⁾, in presenza di una prestazione gratuita, non può presumersi alcun intento liberale. La parte che ha interesse a qualificare la prestazione come liberalità non donativa avrà, pertanto, l'onere di provare l'esistenza dell'*animus donandi* (o, più precisamente, dell'accordo consapevole delle parti di effettuare una liberalità) in colui che ha effettuato la prestazione ⁽⁶⁾ .

Non può revocarsi in dubbio, quindi, che le parti possano aver interesse (in difetto di idonea documentazione), in un momento successivo alla liberalità, ad accertare, non solo l'avvenuta movimentazione finanziaria, ma anche il reciproco intento

che nell'altra ipotesi. L'autore porta l'esempio del comodato della causa di villeggiatura per una sola stagione che è contratto gratuito non donativo che si distingue dal comodato gratuito per tutte le stagioni estive della vita del donante, che in pratica non l'ha mai usata, lasciandola in pieno godimento al comodatario che è donazione indiretta; **C. Manzini**, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contratto e Impresa*, 3, 1989, pag. 943 e segg.; **L. Bozzi**, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico ...cit*, pag. 218 e segg. e 233 e segg.

⁽³⁾ Si rinvia alla nota ⁽³⁾ per le indicazioni bibliografiche.

⁽⁴⁾ Sul punto, cfr.. **G. Amadio**, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative.*, studio n. 17-2009/C approvato dalla commissione civilistica del Consiglio Nazionale del Notariato.

⁽⁵⁾ Sul punto: **R. Rascio**, *Interesse e volontà nell'atto liberale: leggendo due sentenze di merito .. cit*, pag. 676 e segg. In giurisprudenza cfr. Cass. 23 aprile 1998 n. 4197, sembra ammettere implicitamente la sussistenza di un *animus donandi* in una prestazione gratuita; ritengono, invece, necessaria, la prova dell'intento liberale: Cass. civ. 25 ottobre 1972 n. 3299, Cass. civ. 9 agosto 1973 n. 2309, Cass. civ. 7 luglio 1988 n. 4469; Cass. civ. 5 dicembre 1998 n. 12325.

⁽⁶⁾ Esemplare è la citata recente sentenza (n° 26983 del 12 novembre 2008) della Cass. civ., relativa al cointestazione di un libretto di risparmio con versamenti effettuati esclusivamente da un cointestato, nella quale la Suprema corte ha affermato che “*la possibilità che costituisca donazione indiretta la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito, qualora la predetta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatori, è legata all'apprezzamento dell'esistenza dell'animus donandi consistente nell'accertamento che, al momento della cointestazione, il proprietario del denaro non avesse altro scopo che quello di liberalità*”.

liberale che ha giustificato la movimentazione stessa e che tale interesse sia meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2° c.c.

Acclarata l'utilità e la liceità di tali "ricognizioni", ci si deve interrogare, tuttavia, in primo luogo, se tale attività accertativa con finalità sostanziali e processuali possa esser effettuata avvalendosi del notaio, in secondo luogo, se il relativo atto dovrà provenire necessariamente da tutte le parti del rapporto giuridico o anche solo da una di esse e con quali effetti ed, in terzo luogo, quale sia la qualifica giuridica da assegnare a tali atti ricognitivi.

Relativamente al primo punto, i dubbi nascono, da un lato, perché - secondo una lettura restrittiva dell'art. 1 della legge 16 febbraio 1913 n. 89 - si ritiene che il notaio avrebbe una competenza generale per i soli **atti negoziali** mentre, per gli **atti non negoziali**, avrebbe una competenza limitata a quelli a lui tassativamente demandati e, da altro lato, perché si ritiene che al notaio sia precluso lo svolgimento di attività istruttorie concorrenti con quelle demandate in via esclusiva all'Autorità giudiziaria.

Entrambi gli argomenti non sembrano decisivi per negare la ricevibilità di "dichiarazioni accertative" da parte del notaio. Invero, la dottrina ⁽⁷⁾ che in modo più approfondito ha esaminato le relative problematiche ritiene che l'attività primaria del pubblico ufficiale chiamato a formare documenti dotati di fede privilegiata è proprio quella di constatare fatti e circostanze e di farne menzione nel documento. Se questo è il compito primario del notaio, pubblico ufficiale documentatore per eccellenza, è giocoforza affermare che proprio il codice civile (artt. 2699 e 2700), letto in collegamento con la legge notarile (art. 1), è fonte attributiva di una competenza generale del notaio a constatare fatti e a riprodurne l'accadimento in un documento scritto. Va, peraltro, aggiunto che le "dichiarazioni accertative", come meglio si dirà in seguito, sono spesso qualificabili atti negoziali (di accertamento) e non mere dichiarazioni di scienza.

Relativamente ad un'ipotizzabile "riserva di attività", da parte dell'autorità giudiziaria, in materia di assunzione di prove, va osservato che è evento normale, nello svolgimento dell'attività notarile, ricevere ed autenticare documenti che hanno valore probatorio. L'attività notarile è attività di documentazione e gli atti notarili sono anche finalizzati ad evitare successive contestazioni e ad agevolare la dimostrazione dei fatti e delle dichiarazioni in essi riportati. Altro è il valore probatorio che l'ordinamento attribuisce ai fatti e dichiarazioni contenuti in atti notarili, cosicché mentre l'atto pubblico, ai sensi dell'art. 2700 c.c., fa piena prova, fino a querela di falso, delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, il contenuto delle dichiarazioni o, più precisamente, la verità del contenuto delle dichiarazioni (di scienza) rese dalle parti avrà il valore di confessione stragiudiziale, secondo il disposto dell'art. 2730 c.c.

⁽⁷⁾ cfr. *Dizionario Giuridico del Notariato*, voce *Verbale di constatazione* (est. **G. Casu**), Milano, 2006, 1081 ss. e risposta al quesito 295-2007/C dell'Ufficio Studi del CNN, est. **P. Longo** *Verbale di constatazione notarile*; **S. Mililotti**, *Verbal di constatazione e funzioni notarili*, in *Riv. Not.*, 1989, 582

L'attività istruttoria (preventiva) svolta dall'Autorità Giudiziaria e l'attività di documentazione svolta dal notaio, in buona sostanza, operano su piani diversi e la forza probatoria degli uni e degli altri è quella loro assegnata dall'ordinamento stesso; dacché in nessun modo può considerarsi violata o limitata l'attività dell'Autorità Giudiziaria dall'acquisizione da parte del notaio di dichiarazioni o atti ricognitivi: l'ordinamento espressamente prevede che determinate dichiarazioni aventi valore confessorio, possano essere rese al di fuori della sede processuale - ed è il motivo per cui il codice detta regole diverse per la confessione giudiziale e stragiudiziale -; il fatto che esse siano contenute in un atto notarile nulla aggiunge al loro valore probatorio, fondando, l'atto notarile, certezza esclusivamente in ordine alla provenienza della dichiarazione stessa ⁽⁸⁾.

Riguardo alla struttura formale della dichiarazione ricognitiva, sembra corretto ritenere, in coerenza con quanto sin qui affermato, che **l'atto, per realizzare pienamente i suoi effetti, dovrà provenire congiuntamente dall'autore della liberalità e dal beneficiario, essendo rivolto a documentare un accordo e, quindi, un fatto storico riconducibile alla volontà di entrambi i soggetti.**

La donazione, giova rammentare, è atto a struttura bilaterale nel quale assume rilevanza giuridica sia l'interesse del donante a dare esecuzione al proprio intento liberale e sia l'interesse del beneficiario a non ricevere l'atto di liberalità, in omaggio al principio secondo cui "*nemo locupletari potest invito*", giustificato dal rischio che qualcuno riceva ciò che non è gradito, o ciò che la legge o il costume vietano di accettare ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Concorde sul punto, **G. Iaccarino**, *Donazioni indirette ...cit*, pag. 34. In giurisprudenza, conf. Cass. 11 luglio 1996 n. 6313: «L'atto con cui il notaio riceva le dichiarazioni dei legittimari dirette a confermare espressamente le disposizioni testamentarie rese in forma orale dal *de cuius*, sulle premesse - dai medesimi dichiarate - dell'inesistenza di un testamento formale e della ripetuta, dettagliata e mai revocata volontà del defunto, espressa oralmente, circa la destinazione dei propri beni, non invade i compiti di accertamento riservati all'autorità giudiziaria, in ordine (nella specie) all'esistenza ed alla nullità del testamento nuncupativo nonché alla intervenuta realizzazione della fattispecie sanante prevista dall'art. 590 c.c., e non è quindi suscettibile di esser disciplinarmente sanzionato, ai sensi degli art. 1 e 138 legge notarile, atteso che la convalida non presuppone alcuna preventiva attività di accertamento circa la nullità delle disposizioni convalidate (né, peraltro, preclude un tale accertamento, da parte dell'autorità giudiziaria in caso di successiva contestazione), e tenuto altresì conto che la fede privilegiata propria dell'atto notarile non si estende al contenuto della dichiarazione di convalida, rispetto al quale non è quindi configurabile alcuna attività di accertamento da parte del notaio» (conf., Trib. Modena 27 settembre 2002); *contra*, Trib. Bergamo 7 novembre 1994, in *Notariato*, 1996, 3, 247 e segg., con nota di **G. Celeste**, *relativamente ad un atto di conferma di un testamento nuncupativo*.

⁽⁹⁾ Cfr. **S. Rodotà**, *La vita e le regole ...cit*, pag. 124; **L. Gatt**, *Le liberalità...cit*, pag. 74 e segg. In tema di accertamento di liberalità donative cfr. **G.A.M. Trimarchi**, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile...cit*, pag. 166 e 167, secondo il quale "*Per le liberalità non donative, all'accertamento, in linea di massima, debbono partecipare autore e beneficiario*". Sull'intangibilità della sfera giuridica altrui, cfr. anche **C. Donisi**, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, ed. Jovene, 1972, pag. 133 e segg., **A. Orestano**, *Promesse gratuite*, in "*I contratti gratuiti a cura di A. Palazzo e S. Mazzaresse*", UTET, 2008, pag. 606 e segg., secondo il quale il principio di protezione delle posizioni giuridiche soggettive contro le ingerenze altrui, se conformato dalle norme contenute nell'art. 1411 c.c., dovrebbe intendersi nel senso che è in via generale possibile, per i privati, determinare effetti diretti nell'altrui sfera giuridico - patrimoniale, purché tali effetti siano di indole esclusivamente favorevole, e salvo sempre il potere del beneficiario di rifiutare l'attribuzione ricevuta. Le uniche fattispecie che apparentemente non sembra che rientrino in questo paradigma sono le rinunzie ai diritti reali. Tuttavia per queste fattispecie l'eccezione è solo apparente in quanto la rinuncia, di per sé, è atto puramente abdicativo, e quindi incapace di incidere direttamente nella sfera fgiuridico patrimoniale del controinteressato. **A. Palazzo**, *Gratuità e attuazione degli interessi ...cit.*, pag. 35 e segg., ritiene che sia

Peraltro, per le fattispecie relative alla remissione di debiti (schema legale frequentemente adottato per realizzare una liberalità atipica), come osservato da autorevole dottrina¹⁰, l'eventuale partecipazione all'atto del beneficiario o del debitore sarà rilevante al fine di qualificare l'atto come liberalità in considerazione dei reciproci interessi delle parti interessate. In particolare, nella remissione del debito la partecipazione all'atto del debitore sarà necessaria al fine di consentire una valutazione circa l'adesione all'intento liberale del remittente, e di escludere, per converso, le altre motivazioni che hanno spinto quest'ultimo al negozio.

La dichiarazione resa dal solo autore della liberalità ovvero dal solo beneficiario della liberalità non avrà, pertanto, valore sostanziale ma avrà mera rilevanza processuale, in quanto la relativa dichiarazione ricognitiva impegnerà il solo autore della dichiarazione¹¹, ma non farà piena prova dell'avvenuta liberalità né produrrà effetti preclusivi per la parte che non ha condiviso la dichiarazione.

In concreto, la dichiarazione proveniente da uno solo dei soggetti della liberalità atipica può dar luogo ad almeno quattro distinte fattispecie:

- dichiarazione proveniente dal disponente contenente la ricognizione della movimentazione finanziaria;
- dichiarazione proveniente dal disponente contenente sia la ricognizione della movimentazione finanziaria che l'*expressio causae* della movimentazione stessa;
- dichiarazione proveniente dal beneficiario contenente la ricognizione della movimentazione finanziaria;
- dichiarazione proveniente dal beneficiario contenente sia la ricognizione della movimentazione finanziaria che l'*expressio causae* della movimentazione stessa.

Posta la valenza non sostanziale, ma meramente processuale, secondo il paradigma dell'art. 2735 c.c. (confessione stragiudiziale) delle suddette dichiarazioni è possibile verificare, almeno in via di prima approssimazione, quali effetti possono produrre le singole dichiarazioni¹².

nella rinuncia ad un diritto reale che nella remissione del debito l'eventuale partecipazione all'atto del beneficiario o del debitore sarà rilevante al fine di qualificare l'atto come liberalità in considerazione dei reciproci interessi delle parti interessate.

¹⁰) **A. Palazzo**, *Gratuità e attuazione degli interessi* ..cit., pag. 33 e 35. L'Autore evidenzia che la remissione del può avvenire per ragioni diverse. A) perché il remittente vuole evitare le spese di giudizio, b) perché il debito è dubbio, c) per non continuare a portare in bilancio una posta attiva che non si riesce ad incassare, d) perché la controparte rinuncia a far valere altri diritti contro il debitore.

¹¹) La struttura unilaterale della dichiarazione dovrebbe di per sé essere sufficiente a negare la natura negoziale della dichiarazione stessa di accertamento, salvo ammettere la possibilità di negozi unilaterali atipici che sembrerebbe esclusa dal disposto dell'art. 1987 c.c. . Sul punto **L. Dambrosio**, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, 1996, pag. 168 e segg. .

¹²) Sulla differenza tra negozio di accertamento, confessione e riconoscimento del debito, cfr. **L. Dambrosio**, *Il negozio di accertamento* ...cit., pag. 78 e segg., per il quale i tratti distintivi di tali istituti appaiono ormai solidi in dottrina, difatti si evidenzia la natura negoziale del primo e quella di dichiarazione di scienza della seconda e del terzo. Quando si accerta, il dato accertato viene definitivamente posto fuori contestazione ed un effetto "analogo" si produce nell'ipotesi di confessione; il riconoscimento, invece, opera unicamente un'inversione dell'onere della prova.

La dichiarazione proveniente dal beneficiario, sia nel caso in cui contenga l'*expressio causae* della movimentazione finanziaria che in caso contrario, non sarà impegnativa per il disponente, restando comunque a carico del beneficiario-dichiarante l'onere di provare, con mezzi idonei, l'*animus donandi* del disponente (*rectius*: il reciproco intento liberale), per essere esonerato dall'obbligo restitutorio. Il disponente potrà, dal suo canto, avvantaggiarsi della dichiarazione del beneficiario al fine di provare la circostanza relativa all'effettuata movimentazione finanziaria.

Per converso, la dichiarazione proveniente dal disponente non sarà impegnativa per il beneficiario, restando a carico del disponente stesso la prova dell'effettuata movimentazione finanziaria e potendo il beneficiario provare l'assenza di intento liberale e l'avvenuta estinzione del debito per qualunque causa, secondo le normali regole in materia di onere probatorio. E' evidente che il beneficiario di una somma di denaro potrà avvantaggiarsi della dichiarazione unilaterale del disponente, dalla quale risulti l'*animus donandi* del disponente stesso, per giustificare l'insussistenza di obblighi restitutori.

Per quanto attiene, invece, alla qualificazione dell'atto di accertamento proveniente da entrambe le parti ⁽¹³⁾, qualora abbia ad oggetto sia la circostanza dell'avvenuta movimentazione finanziaria avvenuta, sia l'*expressio causae* della movimentazione stessa e sia, eventualmente lo scopo ulteriore collegato alla movimentazione finanziaria (es. acquisto immobiliare), è da ritenere che la stessa abbia natura negoziale in quanto destinata ad eliminare profili di incertezza all'interno della fattispecie oggetto di accertamento ed in grado di produrre quel *quid novi* costituito dall'effetto preclusivo ben distinto sia dal mero effetto meramente dichiarativo, sia dall'effetto costitutivo ⁽¹⁴⁾.

Va peraltro precisato che il termine "incerto" oltre che nella sua valenza soggettiva, ascrivibile ad un difetto di conoscenza o percezione di un fatto da parte di un

⁽¹³⁾ Sul punto cfr. anche G.A.M. Trimarchi, *Atti ricognitivi ...op. e loc. cit.* il quale si sofferma sulla distinzione tra atto ricognitivo e negozio di accertamento, sulla diversità dei presupposti per l'uno e per l'altro e sulla diversità degli effetti prodotti; secondo l'Autore se la dichiarazione proviene dal beneficiario la stessa non potrà che avere valore negoziale se ed in quanto diretta a precludere una futura contestazione su un dato incerto, il suo valore sarà oltre che processuale anche sostanziale e dovrà, pertanto, avere tra i suoi presupposti anche l'esistenza del fatto. Sul negozio di accertamento e la sua rilevanza notarile cfr. G.Baralis, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione "dichiarata" dal cedente ed atti dispositivi*, Studio n. 176-2008/C, approvato dalla Comm. Studi civilistici del C.N.N. C. Caccavale, *Prime note sugli atti unilaterali di mutuo*, approvato dalla commissione Studi civilistici del C.N.N. il 10 novembre 1999 e "Gli "atti unilaterale di mutuo" nel credito bancario" in *Riv. Dir. priv* 2/2001, p. 307 e segg..

⁽¹⁴⁾ Sull'effetto preclusivo dell'accertamento, distinto dall'effetto costitutivo e meramente dichiarativo, A. Falzea, *Accertamento a) Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, UTET, pag. 209. In tema di confessione stragiudiziale, prevale in dottrina (V. Andrioli, voce *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1959 p. 22; C. Furno, voce *Confessione*, in *Enciclopedia del diritto*, 1961, p. 908, L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento ...*, cit., pag. 163 e segg. e giurisprudenza (*ex multis*: Cass. civ. 17 gennaio 2003 n. 607, cass. civ. 3 giugno 1998 n. 5459, cass. 11 luglio 1975 n. 2757, cass. 28 marzo 1974 n. 850, Cass. 20 marzo 1972 n. 862) l'indirizzo che assegna valore non negoziale alla confessione stragiudiziale stessa, non essendo rilevante il cd. *intentio confidendi*, e producendo la dichiarazione confessoria resa i suoi effetti al di là delle intenzioni e della volontà del dichiarante stesso. Contra: M. Giorgianni, *Voce Accertamento (negozio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, UTET pag. 241.

soggetto (o di difetto di concorde conoscenza e percezione da parte di più soggetti), va inteso anche nella sua valenza oggettiva e, quindi, per “incerto” deve intendersi anche il fatto che, sebbene non contestato, sia incerto nella esatta ricostruzione di tutti i suoi elementi i quali non risultino facilmente dimostrabili o documentabili. Il non poter dimostrare l’esistenza di un fatto a cui si ricollegano posizioni giuridiche soggettive che si riflettono nelle altrui sfere giuridiche rende lo stesso fatto oggettivamente incerto perché contestabile ⁽¹⁵⁾ e quindi rende meritevole di tutela l’interesse delle parti ad accertare il fatto stesso.

L’atto di accertamento non sanerà l’eventuale invalidità derivante dalla mancata adozione della forma solenne prescritta per le donazioni dirette dall’art. 782 c.c. ⁽¹⁶⁾ , ma sarà strumento utile per far emergere liberalità atipiche non soggette a particolari oneri formali e per accertare eventuali finalità ulteriori (ad esempio, acquisto di immobile) collegate con movimentazioni finanziarie prive di giustificazione causale.

In caso di donazione diretta, la ricognizione della dazione di somma di denaro, per produrre effetti sostanziali riconducibili all’art. 809 c.c., dovrà essere seguita dalla rinuncia da parte del donante alla restituzione della somma stessa (come conseguenza dell’invalidità della donazione stessa), cosicché la fattispecie nel suo complesso integrerà una liberalità atipica attuata con un atto di remissione del debito.

La qualificazione dell’atto di accertamento come negozio ricognitivo di liberalità significa, come conseguenza logico-sistematica, riconoscere che i suoi effetti processuali non saranno altro che la proiezione degli effetti sostanziali derivanti dal negozio stesso, sotto il duplice aspetto di “*escludere qualsiasi futuro intervento del giudice in ordine al loro accertamento*” ⁽¹⁷⁾ e di non poter prescindere “*dall’esistenza della situazione giuridica accertata, cosicché se le parti (o la parte) hanno, per errore, o volutamente, accertato una situazione inesistente,*

⁽¹⁵⁾ **M. Giorgianni**, *Accertamento ...op. loc. cit.*, secondo il quale è sempre presente nell’autore della confessione il cd. *animus confitendi* che consiste nella intenzione di fissare incontestabilmente la verità ed implica una volontà negoziale. La confessione stragiudiziale, la ripetizione del negozio a scopo di accertamento, la interpretazione autentica, il riconoscimento e la confessione esauriscono la figura dell’accertamento. **G. Baralis**, *Negozi accertativi ...cit.*, secondo cui “*l’accertamento può chiarire ciò che sostanzialmente è già (...) chiaro, ma il negozio può essere utile perché, ad esempio coordina i vari aspetti della fattispecie, come quando ad esempio, coordina i vari aspetti di una fattispecie contrattuale che si è formata in momenti temporalmente diversi; in questi casi il negozio di accertamento sconfina nel negozio ripetitivo*”; continuando, *l’accertamento può incidere su una precedente manifestazione negoziale la cui portata è oggettivamente, secondo il comune giudizio, incerta sul piano dei soggetti, della vicenda, del contenuto, dell’oggetto; è questo il caso in cui più netto è il senso dell’accertamento perché corrisponde ad un’esigenza del comune modo di pensare e coinvolge i casi in cui il negozio si rivela più significativo anche sul piano del traffico giuridico.*

⁽¹⁶⁾ Come già osservato, il negozio di accertamento, presuppone la valida esistenza di una situazione giuridica preesistente. La nullità della donazione per mancanza della forma rende la fattispecie insanabile.

⁽¹⁷⁾ **M. Giorgianni**, *Voce Accertamento...cit.*, pag. 237 e segg. Sull’effetto preclusivo dell’accertamento, distinto dall’effetto costitutivo e meramente dichiarativo, **A. Falzea**, *Accertamento a) Teoria generale, in Enciclopedia del diritto*, UTET, pag. 209.

l'accertamento sarà privo di causa" così come sarà privo di causa se *"la situazione preesistente esisteva ma era certa"* ⁽¹⁸⁾ .

Dunque, una dichiarazione resa dalle parti, nella piena consapevolezza dell'inesistenza della situazione giuridica oggetto di (falso) accertamento andrà qualificata come negozio giuridico di accertamento simulato ⁽¹⁹⁾, con le relative conseguenze sul piano sostanziale e processuale, tra le parti e nei confronti dei terzi.

Su questo specifico punto non va trascurato che la giurisprudenza, nei suoi più recenti orientamenti, nella ricostruzione delle fattispecie sottoposte al suo vaglio, relative ai pagamenti ed alle movimentazioni finanziarie, dà particolare importanza alle norme limitative dell'utilizzo del denaro contante (art. 49 d.lgs. 231 del 2007, già riportate nell'art. 1 della legge 5 luglio 1991 n.197), sicché in una fattispecie relativa al rilascio di una quietanza (dichiarazione confessoria) la Corte ha affermato che dalla anteriorità, con atto di data certa, della quietanza al fallimento non può ricavarsi anche la certezza della effettività del pagamento quietanzato, giacché solo dalla certezza dell'avvenuto pagamento, mediante strumenti finanziari incontestabili (anche alla luce della legislazione antiriciclaggio, che impone cautele e formalità particolari ove vengano trasferiti valori superiori ad un certo importo), può trarsi la prova del pagamento del prezzo pattuito nell'atto di autonomia privata, idoneo al trasferimento del bene ⁽²⁰⁾ .

L'atto di accertamento della liberalità non donativa non è soggetto agli oneri formali della donazione diretta in quanto, se negozio di accertamento, ha una causa propria diversa da quella donativa, se dichiarazione di scienza è atto a forma libera privo di valore negoziale. Peraltro, anche a voler verificare l'esistenza da obblighi formali in ragione di un principio generale di simmetria formale degli atti ne-

⁽¹⁸⁾ **M. Giorgianni**, *Voce Accertamento ...cit*, pag. 239; **L. Ambrosio**, *Il negozio di accertamento ...cit*, pag. 44 e segg.; **G.A.M. Trimarchi**, *Atti ricognitivi di liberalità... op. ult. cit.* pag. 166 e 167 il quale testualmente afferma che *"l'expressio causae rilasciata dal beneficiario dell'atto liberale (negozio di accertamento) resterà priva di effetti (nullità per mancanza di causa) se il fatto o l'atto su cui si accerta non esisteva (ciò che accade pure all'atto ricognitivo), oppure quando la situazione preesistente era certa (ciò che, invece, non può accadere all'atto ricognitivo)"* in sostanziale adesione **G. Iaccarino**, *Donazioni indirette ed "ars stipulatoria"* in *Lettture Notarile, collana diretta da G. Laurini*, IPSOA, 2008, pag. 34 e segg. Peraltro, al di là della qualifica negoziale o di mera dichiarazione di scienza dell'atto ricognitivo proveniente da una o da entrambe le parti va, comunque, alla stessa assegnata valenza giuridica in quanto la dichiarazione stessa agirà quanto meno sul piano probatorio facilitando la prova dell'esistenza del fatto stesso

⁽¹⁹⁾ **M. Giorgianni**, *Voce Accertamento...cit*, secondo il quale la mancanza assoluta della situazione preesistente, o la certezza di essa, fa venir meno l'elemento causale e perciò consente l'invalidazione del negozio di accertamento. In giurisprudenza cfr. Cass. 23 marzo 1996 n. 2611, nella quale si afferma che il negozio di accertamento presuppone l'esistenza di un valido ed efficace rapporto giuridico tra le parti, in mancanza del quale il negozio medesimo, difettando di causa, è nullo. Nello stesso senso Cass. 6 dicembre 1983 n. 7274, in *Foro it.*, 1985, I, c. 238; **L. Dambrosio**, *Il negozio di accertamento ...cit.*, pag. 44 e segg. il quale nel riportare gli indirizzi della Suprema corte sul punto, afferma che *"la giurisprudenza costruisce la causa del negozio dichiarativo, attraverso la "somma" di due elementi: a) l'incertezza; b) l'esistenza del rapporto originario."*

⁽²⁰⁾ Cass. 9 luglio 2005 n. 14481. La S.C. sulla base del principio sopra riportato ha confermato la sentenza di merito, la quale, facendo uso di presunzioni, era pervenuta alla conclusione dell'avvenuta corresponsione al promittente venditore, poi dichiarato fallito, della sola minor somma pagata con assegni, e della simulazione della quietanza di pagamento della maggiore, di cui il promissario acquirente assumeva il pagamento in contanti, ritenendo così raggiunta la prova della simulazione del patto relativo al prezzo di vendita.

goziali, va osservato, che nel caso in esame l'atto oggetto di accertamento, trattandosi di liberalità indiretta non è soggetto ad alcun onere di forma ⁽²¹⁾ .

Nessun obbligo sussiste a carico delle parti, in base alla normativa antiriciclaggio (d.lgs. 231 del 2007), di tracciare, nell'atto ricognitivo, le modalità con le quali è avvenuto il trasferimento del denaro, potendosi le parti limitare a darsi reciprocamente atto che la movimentazione finanziaria è avvenuta nel rispetto delle modalità di legge. E' evidente, tuttavia che qualora nell'atto di ricognizione siano indicate modalità contrastanti con il disposto dell'art. 49 del cit. d.lgs. 231/2007, sulla limitazione all'uso del denaro contante, il notaio sarà obbligato a comunicare l'infrazione al Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 51 del cit. d.lgs. 231/2007.

Il notaio, peraltro, nell'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica, in presenza di un atto ricognitivo che presenti profili di anomalia, sulla base degli indicatori generali contenuti nell'art. 20 del cit. d.lgs. 231 del 2007 (ad esempio, assenza di qualunque rapporto di parentela o di relazione sociale tra donante e beneficiario, sospetto di preconstituzioni di provviste finanziarie fittizie, etc.) sarà tenuto a segnalare l'operazione all'UIF, ai sensi del combinato disposto degli artt. 41 e 43 del cit. d.lgs. 231/2007, nel caso in cui emergano sospetti che l'operazione possa essere finalizzata o comunque collegata al riciclaggio di beni di provenienza illecita ovvero al finanziamento del terrorismo ⁽²²⁾ .

Sulla conservazione delle informazioni relative alle modalità di trasferimento delle somme di denaro e sulla portata dell'obbligo contenuto nell'art. 36 del d.lgs. 231 del 2007 valgono le medesime considerazioni sopra espresse in tema donazioni di somme di denaro, alle quali si rinvia.

⁽²¹⁾ In tal senso anche **M. Giorgianni**, *Accertamento ...cit.*, secondo il quale la mancanza di una norma espressa deve far escludere che il negozio di accertamento sia un negozio formale; **G.A.M. Trimarchi**, *Atti ricognitivi...cit.*, pag. 467; Cass. civ. 5 giugno 1997 n.4994, in *Rivista del notariato*, 1998, pag. 240 e segg. Cass 23 dicembre 1987 n. 9625, Cass 16 dicembre 1987 n. 9358; **L. Dambrosio**, *Il negozio di accertamento ...cit.*, pag. 111 e segg., ritiene, in contrario, che l'eventuale sussistenza di oneri formali vada verificata sulla base degli effetti che si collegano al negozio più che alla sua funzione.

⁽²²⁾ Cfr. nota ⁽³⁹⁾.