

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE

COORDINATORE PROF. ENRICO QUADRI

XXIV Ciclo



ALBERTO CHIOSI

TESI DI DOTTORATO

VINCOLI NEGOZIALI ALLA CIRCOLAZIONE DEI
BENI IMMOBILI. IL PROBLEMA DELLA
PUBBLICITA'

TUTOR PROF. FERNANDO BOCCHINI

ANNO ACCADEMICO 2010-2011

INDICE

CAPITOLO 1 - IL RUOLO DELLA PUBBLICITÀ NELLA CIRCOLAZIONE DEI BENI IMMOBILI

1. La funzione della trascrizione e i principi di eccezionalità e tassatività
2. Caratteristiche degli atti soggetti a trascrizione
3. Trascrizioni con efficacia diversa da quella tipica

CAPITOLO 2 - VINCOLI INERENTI LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONTRATTO

1. La trascrivibilità dei negozi giuridici preparatori
2. L'opzione
3. La prelazione
4. Il contratto preliminare

CAPITOLO 3 - VINCOLI "SUCCESSIVI" ALLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

1. Il patto di indivisibilità
- 2- Il divieto di alienazione
3. I regolamenti di comunione e di condominio
4. Oneri reali e obbligazioni *propter rem*
5. Trascrivibilità dei patti accessori

CAPITOLO 4 - VINCOLI INERENTI FENOMENI DI DESTINAZIONE
PATRIMONIALE

1. La pubblicità del fondo patrimoniale
2. Vincoli di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.
3. La trascrivibilità del *trust*

CAPITOLO 1

IL RUOLO DELLA PUBBLICITÀ NELLA CIRCOLAZIONE DEI BENI IMMOBILI

SOMMARIO: 1. La funzione della trascrizione e i principi di eccezionalità e tassatività. – 2. Caratteristiche degli atti soggetti a trascrizione. – 3. Trascrizioni con efficacia diversa da quella tipica.

1. La funzione della trascrizione e i principi di eccezionalità e tassatività

Il ricorso al sistema della pubblicità appartiene a tutti gli ordinamenti giuridici in quanto si mira ad ottenere risultati di trasparenza e sicurezza in diversi settori e con diversi gradi di pubblicità. Con la pubblicità, la legge si pone l'obiettivo di "rendere nota una determinata situazione giuridica a persone diverse da quelle che hanno posto in essere o che sono i destinatari immediati del fatto che ha costituito quella

situazione”¹. La pubblicità può riguardare tanto i soggetti quanto i beni: tra i soggetti, sia le persone fisiche che le persone giuridiche, sia gli enti di fatto; tra i beni, certamente i beni immobili, ma in maniera articolata per effetto di recente disciplina, dettata dalla sempre più accentuata mobilitazione della ricchezza, anche beni mobili, crediti e garanzie. Le situazioni da assoggettare a pubblicità, più che ad un principio logico, rispondono a considerazioni di opportunità e soprattutto agli obiettivi che di volta in volta si intendono perseguire attraendo nell’orbita del sistema pubblicitario soggetti o beni con la finalità della trasparenza, in grado di monitorare le loro vicende costitutive o evolutive².

La pubblicità fornita a una data vicenda non comporta, ovviamente, che tutti i “terzi” ne acquisiscano la conoscenza effettiva. Tuttavia la disciplina codicistica, sulla base della conoscibilità legale, considera verificata la conoscenza effettiva della

¹ R. Nicolò, *La trascrizione*, I, *Appunti dal Corso di Diritto Civile*, Milano, 1973, p. 4.

² G. Mariconda, C. Verde, G. Trapani, G. Capaldo, N. Atlante, *Le Pubblicità*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 5.

situazione pubblicizzata. Il sistema fornito dall'ordinamento va letto alla luce dell'eterogeneità delle vicende che l'ordinamento ritiene meritevoli di essere oggetto di pubblicità, e attraverso le diverse modalità con le quali la conoscibilità viene perseguita, senza sottovalutare che sono diversi anche gli effetti che alla stessa conseguono. L'evoluzione delle modalità attraverso le quali si attua la circolazione della ricchezza pone sempre più problemi in ordine ai quali emergono esigenze di certezza e trasparenza, assolvibili mediante il ricorso ad un "sistema" di pubblicità che sia in grado di fornire soluzioni condivise.

E' opinione largamente diffusa che la trascrizione immobiliare sia il più rilevante ed articolato sistema di pubblicità dichiarativa, vale a dire di una forma di pubblicità che, avendo come base il perseguimento dell'obiettivo di ogni forma di pubblicità (e cioè la conoscibilità di determinati fatti da parte di terzi) si carica di una ulteriore e specifica funzione che generalmente consiste nel rendere opponibile a terzi, dal momento della sua attuazione,

gli effetti dell'atto prodottosi immediatamente tra le parti³. Accanto ad una più generale finalità volta all'attuazione di un'ampia pubblicità notizia nei confronti di qualsiasi terzo, la trascrizione produce uno specifico e caratteristico risultato consistente nell'opponibilità ad alcuni terzi delle risultanze di una vicenda intervenuta tra altri soggetti⁴. Parte della dottrina si oppone tenacemente a questa impostazione ritenendo al contrario che la trascrizione non rappresenterebbe, se non occasionalmente ed in via incidentale, una forma di pubblicità della vicenda circolatoria dei diritti sui beni immobili, avendo, in realtà, lo scopo principale di essere uno strumento per la risoluzione di specifici conflitti tra più aventi causa, da un comune autore, di diritti su immobili. In altre parole, non esisterebbe una funzione pubblicitaria in quanto tale, perché quella che deriva dalla trascrizione è solo una conseguenza indiretta che si realizza a seguito della sua funzione e cioè quella finalizzata alla

³ S. Pugliatti, *La trascrizione*, I, *La pubblicità in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957, p. 428 ss.

⁴ G. Mariconda, C. Verde, G. Trapani, G. Capaldo, N. Altante, *Op. Cit.*, p. 33.

risoluzione dei conflitti tra più aventi causa⁵. Secondo un diverso orientamento, è riduttivo limitare il complesso sistema della trascrizione immobiliare alle finalità di risoluzione di conflitti patologici⁶. Sono tante e rilevanti le ipotesi in cui la legge chiede la trascrizione al di fuori dell'efficacia tipica dell'art. 2644 c.c., ed è talmente evidente l'interesse che viene soddisfatto, anche a prescindere dalla tutela forte di un interesse alla prevalenza del proprio acquisto che non può ridursi in tal misura l'utilità e la funzione della trascrizione. Si pensi all'obbligo di trascrizione di atti in capo a vari soggetti che svolgono pubbliche funzioni, tutte le volte che sia previsto dalla legge ed anche al di fuori delle ipotesi di rilevanza specifica della trascrizione.

La letteratura tradizionale qualifica la trascrizione come istituto di carattere eccezionale il cui ricorso è subordinato al principio di tassatività delle situazioni giuridiche suscettibili di essere pubblicizzate.

⁵ Cfr. F. Gazzoni, *La Trascrizione immobiliare*, Milano, 1991, p. 41.

⁶ G. Mariconda, C. Verde, G. Trapani, G. Capaldo, N. Altante, *Op. Cit.*, p. 34.

L'affermazione della natura eccezionale della trascrizione si ritrova radicata nella dottrina italiana contemporanea, nonostante il fatto che, per effetto delle riforme introdotte al codice civile del 1942 oltre che dalla legislazione speciale e dai principi ricavabili dalla Costituzione dal diritto comunitario, la trascrizione si sia progressivamente venuta a collocare in un quadro normativo totalmente diverso, orientato alla tutela e alla sicurezza dei traffici. Quadro normativo che impedisce, *tendenzialmente*, di opporre ai terzi vincoli diritti o pesi occulti e non conoscibili. Senza poi tralasciare che oggi la trascrizione è chiaramente finalizzata al soddisfacimento di interessi pubblici⁷.

La rilevanza delle modifiche normative intervenute e la prassi sono tali da legittimare un vero e proprio capovolgimento dei valori⁸ alla luce dei quali oggi ad essere eccezionali e residuali non sono più le norme in materia di trascrizione bensì quelle che risolvono i conflitti tra diritti soggettivi basandosi su

⁷ G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare, tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, 3, p. 689 e ss.

⁸ G. Petrelli, *L'evoluzione al principio della tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 39.

atti occulti e non conoscibili da terzi. Il sistema italiano è ormai orientato nella direzione della sicurezza dinamica dei traffici. Per queste ragioni, non si ritiene giustificabile l'orientamento tradizionale che sul solco della dottrina francese, ritiene eccezionale l'impiego dello strumento pubblicitario, posto a tutela della sicurezza della circolazione giuridica della ricchezza, giungendo a volte a postulare l'opponibilità *tout court* ai terzi delle situazioni giuridiche (anche se non legalmente conoscibili) come regola generale, a prescindere dalla trascrizione, ove questa non sia testualmente prevista dalla legge.

L'ampliamento delle situazioni meritevoli di essere pubblicizzate (almeno a proposito della circolazione dei beni immobili), tuttavia, si scontra altresì con uno dei principi più declamati da parte della dottrina e della giurisprudenza e cioè il principio della tassatività delle ipotesi di trascrizione. Si afferma con certezza che le ipotesi di trascrizione sarebbero tassative, esaurendosi in quelle espressamente previste da disposizioni di legge, per le quali, quindi, viene

fornita un'interpretazione letterale e restrittiva⁹.

E' ricorrente la giustificazione del principio di tassatività sulla base della presunta eccezionalità dell'istituto della trascrizione, il quale derogherebbe ad alcuni principi generali propri degli acquisti a titolo derivativo: in particolare al principio consensualistico, cui sono collegati i principi *prior tempore potior iure* (prevalenza di chi in ordine alla data perfeziona anteriormente il proprio acquisto, a prescindere dalla successiva pubblicità) e *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat*. La forza del principio consensualistico, sancito per la prima volta nel *Code Napoléon*¹⁰ e trasfuso nel codice civile italiano del 1865 (nonostante la disciplina della trascrizione fosse stata inserita nel corpo organico di detto codice) deve oggi considerarsi attenuata: non vi è dubbio che gli effetti del contratto sono pur sempre regolati dall'art. 1376 c.c., ma il carattere "dogmatico"

⁹ G. Petrelli, *L'evoluzione al principio della tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 14.

¹⁰ Nel quale veniva considerato come un vero e proprio principio di diritto naturale, che portò all'eliminazione di ogni riferimento dell'efficacia dichiarativa della trascrizione, presente, invece nel precedente ordinamento francese.

di quest'ultima norma è venuto meno, come dimostra l'ormai pacifica derogabilità convenzionale della regola¹¹. Si tenga conto, inoltre, che oggi il principio consensualistico si colloca in un contesto culturale nel quale si discute sempre più insistentemente del suo possibile superamento, nell'ottica dei nuovi principi del diritto europeo dei contratti.

Secondo un altro orientamento, la trascrizione derogherebbe altresì al principio di libertà della forma e sarebbe eccezionale in quanto restringerebbe il libero esercizio dei diritti, subordinando all'osservanza di una determinata formalità¹². Al riguardo è agevole ribattere che la moderna dottrina distingue in maniera netta forma e pubblicità legale¹³: appare evidente che l'adempimento dell'onere pubblicitario, lungi dall'essere motivo di appesantimento e rallentamento dei traffici giuridici, comporta maggiore trasparenza e conoscibilità delle situazioni proprietarie e implementa

¹¹ C. Camardi, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1988, p. 133.

¹² L. Coviello, *La domanda di rivendica e la trascrizione*, in *Giur.it.*, 1928, I, 1, C, 1347.

¹³ F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1990, p. 67.

la fiducia e la certezza dei traffici, portando alla velocizzazione della circolazione immobiliare.

Il diritto vivente si discosta da posizioni rigide ed ancorate ai principi di eccezionalità e tassatività. In giurisprudenza, non mancano soluzioni largheggianti in casi concreti per i quali la legge non prevede espressamente la trascrizione, con la conseguente ammissibilità di trascrizioni di situazioni “atipiche”. In altre parole, come già sottolineato, emerge l’interesse (forse non sempre preso in considerazione nella maniera adeguata) all’ampliamento dell’ambito di operatività della trascrizione al fine di garantire una più ampia conoscibilità delle situazioni giuridiche rilevanti nella circolazione immobiliare.

I limiti dell’operatività della trascrizione trovano fondamento in un’analisi dell’istituto che troppo spesso è ancorata all’ordinamento giuridico che l’ha generato: l’intero sistema pubblicitario aveva una funzione e un ambito di applicazione molto più circoscritti rispetto a quelli odierni: ciò si ripercuote anche sulla lacunosità della disciplina in materia di trascrizione a fronte di una realtà socio-economica in rapida evoluzione, in grado

di fornire all'interprete “nuovi problemi di interesse i quali esigono risposte giuridiche spesso non compatibili con le concettualizzazioni tradizionali”¹⁴.

Diventa quindi imprescindibile individuare le fattispecie trascrivibili e in che misura la volontà delle parti possa arrivare a rendere opponibili ai terzi vincoli negoziali dalle stesse prodotti, analizzando in quale misura il legislatore abbia inteso tutelare la sicurezza della circolazione dei beni immobili in rapporto alla tutela dei diritti soggettivi.

Non può tuttavia prescindere dalla circostanza che la regola della circolazione immobiliare, salvo eccezioni, è quella della risoluzione per mezzo della trascrizione di conflitti circolatori e conseguentemente l'inopponibilità ai terzi delle situazioni giuridiche non meramente obbligatorie o personali quando difetti la conoscibilità per mezzo della pubblicità legale. Solo eccezionalmente, la natura “superiore” degli interessi in conflitto ne determina l'opponibilità pure in difetto di pubblicità¹⁵.

¹⁴ G. Petrelli, *Op. ult. cit.*, p. 18.

¹⁵ Si pensi alle ipotesi di usufrutto legale dei genitori sui beni del figlio minore, opponibile ai terzi senza necessità di trascrizione.

2. Caratteristiche degli atti soggetti a trascrizione

La pubblicità legale rappresenta una fattispecie secondaria che presuppone necessariamente una fattispecie primaria che deve essere resa pubblica¹⁶: appare evidente come sia centrale nelle norme che disciplinano i presupposti, l'oggetto e gli effetti della pubblicità un'attenta individuazione delle fattispecie primarie¹⁷.

In tema di trascrizione immobiliare, la disposizione cardine è rinvenibile nell'art. 2645 c.c.. Se, come si è già avuto modo di sottolineare, il fondamento giuridico della trascrizione consiste nel garantire la sicurezza della circolazione immobiliare, con tale norma, si è voluto assicurare la tendenziale completezza dell'intero sistema pubblicitario, con una disposizione in grado di essere elastica e quindi affrontare la complessità e l'evoluzione delle fattispecie primarie suscettibili di essere pubblicizzate in quanto

¹⁶ S. Pugliatti, *La trascrizione, I, La pubblicità in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957, p. 419 ss.

¹⁷ G. Petrelli, *Op. cit.*, p. 208.

rilevanti per i terzi.

E' stato evidenziato come l'art. 2645 c.c. rappresenti un importante indice positivo nel senso di una tendenziale trascrivibilità, su certi presupposti, anche in assenza di un'espressa previsione di legge: l'espressione "salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta" apre ad una presunzione di trascrivibilità che si oppone nettamente all'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza circa la "tassatività" delle trascrizioni. Tale inciso, unitamente al principio di tassatività delle ipotesi di rifiuto della trascrizione (art. 2674 comma 2 c.c.), fa emergere, nell'intero sistema della trascrizione immobiliare, un *favor* per la trascrivibilità che si colloca, tanto sul piano procedimentale, tanto su quello sostanziale, in una tendenziale ricomprensione nel novero delle fattispecie trascrivibili di tutte quelle aventi determinate caratteristiche, che si tratta di individuare. Tale individuazione deve innanzitutto avvenire sulla base del dettato dell'art. 2645 c.c., ma tenendo conto anche della tendenza espansiva del sistema pubblicitario. Può in ogni caso desumersi che

la caratteristica comune agli atti soggetti a trascrizione risiede nella loro rilevanza ed opponibilità ai terzi¹⁸.

Per quanto concerne gli atti produttivi di effetti unicamente *inter partes* e di natura quindi meramente obbligatoria, deve ritenersi che gli stessi siano non trascrivibili, con la conseguenza che è necessaria un'espressa disposizione normativa (o comunque una norma frutto di un'interpretazione sistematica) al fine di assoggettare a trascrizione un atto produttivo di effetti obbligatori limitati alle parti contraenti (come avviene, per esempio, per la trascrizione del contratto preliminare: prima dell'introduzione dell'art. 2645-bis c.c. era assolutamente pacifica l'intrascrivibilità).

Ai sensi dell'art. 2645 c.c. deve trascriversi ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c.: si tratta degli effetti costitutivi, traslativi, modificativi ed estintivi o preclusivi (effetti propri del contratto di transazione¹⁹).

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ Cfr. A. Falzea, *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 201 e ss.

In quanto effetti contrattuali, il loro minimo comune denominatore è dato dalla natura derivativa delle relative vicende giuridiche, ovvero i mutamenti giuridici discendere dai contratti menzionati nell'art. 2643 c.c.

Non di rado tanto in dottrina come in giurisprudenza si è dibattuto in ordine alla ricomprensione o meno nell'ambito della disposizione di cui all'art. 2645 c.c., delle fattispecie produttive di effetti analoghi a quelli enunciati dall'art. 2643 c.c.: è stato autorevolmente osservato²⁰ come non sia stata posta adeguata attenzione alla distinzione tra gli effetti dei contratti (che sono i mutamenti giuridici dagli stessi prodotti) ed i diritti (che costituiscono invece l'oggetto del mutamento).

L'oggetto dei mutamenti giuridici, ossia degli effetti contrattuali menzionati dall'art. 2643 c.c. e richiamati dall'art. 2645 c.c., è rappresentato dai beni immobili e dai diritti immobiliari, che costituiscono il rapporto giuridico patrimoniale oggetto dell'effetto contrattuale. L'espressione "diritti immobiliari" si

²⁰ G. Petrelli, *Op. ult. cit.*, p. 211.

discosta con tutta evidenza dall'elencazione rigida dei diritti reali tipici (usufrutto, servitù, superficie, uso, abitazione) contenuta nel dettato dell'art. 2643 c.c. Sebbene parte della dottrina abbia ritenuto che con l'espressione già definita elastica il legislatore abbia inteso riferirsi alle singole ipotesi di diritti immobiliari (sia reali che personali di godimento), si deve obiettare che se così fosse, avrebbe potuto effettuare una *relatio* ai diritti menzionati nell'art. 2643 c.c. (come accade, per esempio nel primo inciso dell'art. 2652 comma 1 c.c.).

Al fine di non sottovalutare quindi il rilievo terminologico²¹, si deve piuttosto asserire che con l'indicare “autonomamente” i diritti immobiliari oggetto dei mutamenti giuridici derivanti dai contratti menzionati nell'art. 2643 c.c., il legislatore ha inteso dettare una nozione autonoma degli stessi, certamente più ampia e comprensiva²². Occorre all'uopo

²¹ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1980, p. 377.

²² Secondo Cass. 15 gennaio 1986 n. 174, in *Riv. Not.*, 1986, p. 753, il legislatore ha inteso provvedere a quei diritti immobiliari assimilabili ai diritti reali tipici in quanto si traducono in un peso

sottolineare che l'emersione, con l'art. 2645 c.c., di una categoria di diritti immobiliari, più ampia di quelle individuate analiticamente dall'art. 2643 c.c., non si trova in contrasto con la lettera della norma di cui all'art. 2644 c.c. (che regola i c.d. conflitti circolatori) in quanto quest'ultima menziona i diritti sugli immobili ovvero, genericamente, i diritti.

L'espressione "beni immobili", contenuta nell'art. 2645 c.c., evidentemente richiama sia il diritto di proprietà sugli stessi sia, ai sensi dell'art. 813 c.c., i diritti reali che hanno per oggetto beni immobili nonché le azioni relative, salvo che dalla legge risulti diversamente²³. E' importante quindi sottolineare che l'espressione "diritti reali" contenuta nell'art. 813 c.c. consente di ricomprendere nella previsione dell'art. 2645 c.c., oltre ai diritti reali c.d. tradizionali menzionati nell'art. 2643 c.c., anche tutti gli ulteriori diritti reali che, pur se non espressamente menzionati da tale disposizione, abbiano cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano.

sulla proprietà immobiliare come per esempio certi diritti reali anomali e alcune figure di obbligazioni *propter rem*.

²³ Cass. S.U. 12 giugno 2006, n. 13523, in *Giur.it.*, p. 937.

Tralasciando l'annosa questione dell'ammissibilità di diritti reali c.d. atipici, nel relativo campo di operatività della trascrizione, rientrano sicuramente i diritti reali *nuovi*, ossia quei diritti il cui carattere di realtà è chiaramente desumibile dalla legge, pur non appartenendo al novero dei diritti reali *tradizionali*: si pensi al diritto di sopraelevazione²⁴, alla multiproprietà²⁵, al diritto reale d'uso sui parcheggi²⁶, ai diritti di uso esclusivo perpetuo in ambito condominiale²⁷ ed alla c.d. volumetria edificabile²⁸. Ai fini della tutela della circolazione immobiliare, anche i sostenitori più rigorosi del principio di tassatività ammettono la trascrizione di numerose fattispecie "innominate", affinché non siano comprese le rilevanti esigenze socio-economiche che hanno dato origine a tali figure.

²⁴ M. Cavallaro, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, in *Riv. Dir.civ.*, 2009, II, p. 47.

²⁵ F. Gazzoni, *Op.cit.*, p. 645 e ss.

²⁶ Cass. 6 giugno 1968 n. 1711, in *Foro it.*, 1968, I, c. 3036.

²⁷ G. Baralis, C. Caccavale, *Diritti di uso "esclusivo" nell'ambito condominiale*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003, 2, p. 489.

²⁸ M. Leo, *Il trasferimento di cubatura*, in *Studi e Materiali*, 6.2, Milano, 2001, p. 669 e ss.

La soluzione, che conduce alla trascrivibilità di ogni atto avente a oggetto qualsiasi “diritto reale” anche non tradizionale, purché ammesso dall’ordinamento giuridico, è allineata con i sistemi giuridici di *civil law* di matrice europea, i quali, nella maggior parte dei casi, estendono la pubblicità alla generalità dei diritti reali, indicati dalle norme in materia di pubblicità mediante il rinvio alla relativa categoria generale e non mediante elencazione dei singoli diritti.

L’art. 2645 c.c., accanto ai beni immobili, indica i “diritti immobiliari”: questi ultimi costituiscono evidentemente situazioni giuridiche diverse dai diritti reali i quali risultano, a norma dell’art. 813 c.c., già inclusi nell’espressione “beni immobili”. L’autonomia della categoria concettuale dei diritti immobiliari comporta la necessità di delimitarne l’ambito di operatività in modo rigoroso, alla luce della *ratio* e delle finalità della pubblicità immobiliare, la cui funzione è pacificamente quella di assicurare la sicurezza dei traffici giuridici.

E’ necessario partire dal presupposto che la

trascrizione deve innanzitutto soddisfare l'esigenza di assicurare la conoscibilità legale dei mutamenti relativi a situazioni giuridiche in grado di incidere sulla sfera giuridica dei terzi. Dall'altro lato però, l'art. 2644 c.c. ricollega a tale conoscibilità legale l'effetto di determinare l'inopponibilità a determinati terzi delle situazioni giuridiche pubblicizzate, assicurando, nel conflitto, prevalenza a chi per primo ha trascritto. Presupposto per il funzionamento dell'art. 2644 c.c., richiamato espressamente dall'art. 2645 c.c., è quindi l'opponibilità nei confronti dei terzi titolari di diritti in conflitto²⁹. Con riferimento al concetto di opponibilità, occorre precisare che lo stesso è impiegato sia dal legislatore sia dalla dottrina in contesti totalmente diversi tra loro e quindi in accezioni diverse. L'opponibilità che rileva nell'ambito dell'art. 2644 c.c. non è quella concernente l'atto o il contratto, bensì quella relativa all'effetto giuridico, ed è stata definita in modo puntuale come "diritto di seguito"³⁰. L'opponibilità del diritto reale, quindi, è una

²⁹ G. Petrelli, *Op. ult. cit.*, p. 244.

³⁰ M. Comporti, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 160.

caratteristica che almeno in parte preesiste alla trascrizione, nel senso che, sulla base della disciplina positiva, la trascrizione, pur essendo generalmente necessaria, non è tuttavia sufficiente al fine di rendere opponibile a terzi una situazione giuridica. In altre parole, trascrivere un diritto di credito o altra situazione personale, non li rende opponibili a terzi perché la trascrizione non muta la natura del diritto; al contrario, per quelle situazioni che l'ordinamento dota in partenza di "diritto di seguito", la trascrizione concorre a determinarne l'opponibilità.

Non va tuttavia tralasciato che in alcune particolari situazioni (che verranno analizzate nei capitoli successivi) è proprio la pubblicità ad attribuire al diritto (che preesiste come situazione giuridica di natura meramente obbligatoria) la caratteristica dell'opponibilità ai terzi: si pensi alla trascrizione del contratto preliminare o, secondo un'interpretazione, anche dei vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c.

Tornando all'analisi del dato letterale delle norme, esaminando l'art. 2643 c.c. può cogliersi il comune denominatore delle situazioni giuridiche (diritti

reali e personali di godimento) rilevanti nella loro incidenza nelle sfere giuridiche dei terzi (acquirenti, creditori). L'elencazione fornita dalla norma determina una "trasformazione" di situazioni giuridiche opponibili ai terzi ed è pacifico che non contempla nessuna fattispecie produttiva di effetti meramente obbligatori o personali.

Dall'art. 2645 c.c., nella parte in cui effettua una *relatio* agli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c., emerge chiaramente che si vuole assoggettare a trascrizione le sole fattispecie idonee a produrre effetti opponibili nei confronti dei terzi. Analogamente a quanto detto in precedenza, anche i diritti immobiliari richiamati dall'art. 2645 c.c. possono essere soltanto quelli muniti di diritto di seguito e quindi di per sé opponibili a terzi³¹.

Conferma testuale di questa ricostruzione è rinvenibile nell'art. 17 comma 4 della legge n. 52/1985, che consente di inserire nella nota di trascrizione esclusivamente "i patti di natura reale", dovendosi

³¹ G. Vettori, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in *Il contratto in generale, V – Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, p. 75 ss.

intendere con tale espressione quelli che abbiano, per loro natura, idoneità ad incidere nella sfera giuridica dei terzi. In tale disposizione, realtà non è sinonimo di diritto reale in senso stretto, ma richiama il concetto più ampio di opponibilità ai terzi.

Esistono quindi ben due norme (art. 2645 c.c. e art. 17 comma 4 L. 52/1985) dalle quali si desume la trascrivibilità di tutti gli atti che producono mutamenti giuridici aventi ad oggetto l'ampia categoria dei diritti immobiliari opponibili ai terzi: categoria che comprende i diritti reali tipici elencati dall'art. 2643 c.c., il quale quindi li enuncia in modo esemplificativo ma non esaustivo. In altre parole, accanto ad una semplificazione (in quanto tale incompleta) specifica ed analitica dei casi più importanti e ricorrenti, il legislatore fornisce la regola più ampia (della quale l'art. 2643 c.c. è comunque espressione) che nel contempo viene descritta in modo più comprensivo dall'art. 2645 c.c., sopperendo alle imperfezioni dell'elencazione incompleta.

In conclusione, gli effetti richiamati dall'art. 2645 c.c. sono gli stessi effetti dei contratti menzionati

dall'art. 2643 c.c., anche se può trattarsi di taluno soltanto di tali effetti. Questi si riferiscono a diritti immobiliari che possono anche essere diversi da quelli menzionati dall'art. 2643 c.c., purchè per loro natura opponibili ai terzi. L'ampliamento derivante dalla previsione dell'art. 2645 c.c. rispetto all'elencazione dell'art. 2643 c.c. coinvolge pertanto sia le fattispecie trascrivibili (atti e provvedimenti distinti dai contratti) sia i mutamenti giuridici, nonché le situazioni giuridiche che formano oggetto di mutamento ("diritti immobiliari" opponibili ai terzi, diversi da quelli tipici).

Al medesimo tempo, l'art. 2645 c.c. svolge una funzione di chiusura del sistema³², impedendo la trascrizione degli atti e dei provvedimenti che producano effetti diversi da quelli suddescritti o che riguardino diritti immobiliari inopponibili a terzi. Non si tratta tuttavia di un regime di *atipicità*, ma al contrario codifica una *regola di tipicità* fondata però su categorie elastiche e generali, in conformità a ragioni sistematiche connesse con l'oggetto e la funzione della pubblicità, anziché su previsioni analitiche e

³² M. Confortini, *La multiproprietà*, I, Padova, 1983, p. 141.

dettagliate, inidonee a far raggiungere l'obiettivo della completezza del sistema pubblicitario.

La concordanza sul piano sistematico delle regole desumibili dall'art. 2645 c.c. con la funzione della trascrizione immobiliare, con i principi generali in materia di circolazione giuridica e con le norme che disciplinano le pubblicità legali, conduce e ritenere questa disposizione come espressione di un principio generale, valido anche per le trascrizioni con efficacia diversa da quella tipica.

Tale interpretazione sistematica dell'art. 2645 c.c. non solleva l'interprete dal dovere di identificare con maggiore precisione i "diritti immobiliari opponibili ai terzi", che richiedono quindi la trascrizione dei relativi atti. E' ciò che sarà affrontato in seguito, limitatamente a quelle situazioni giuridiche in grado di incidere sulla libera circolazione dei beni immobili.

3. Trascrizioni con efficacia diversa da quella tipica

A questo punto è opportuno chiedersi in quale misura sia possibile estendere l'ambito di operatività della trascrizione da eseguirsi ad effetti diversi da quelli degli art. 2644 e 2645 c.c.: in altre parole, se ed entro che limiti, è attuabile tale trascrizione fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge.

La problematica sorge dalla circostanza che un elenco aperto delle fattispecie trascrivibili (e dei diritti immobiliari che ne formano oggetto) è contenuto solo nell'art. 2645 c.c. dove, quanto agli effetti, si rimanda all'articolo precedente, salvo che dalla legge risulti che la trascrizione è richiesta a effetti diversi. Non è invece affrontato dall'art. 2645 c.c. il problema della trascrivibilità delle fattispecie c.d. "innominate". Occorre cioè stabilire se l'art. 2645 c.c. sia interpretabile come disposizione "eccezionale" ovvero se costituisca piuttosto espressione di un principio generale.

Parte della dottrina e della giurisprudenza³³

³³ Per tutti cfr. R. Nicolò, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 67.

hanno accolto la tesi dell'eccezionalità della norma in esame, condizionate in ciò dal dogma della eccezionalità della trascrizione in sé, ma, si è già avuto modo di analizzare le ragioni che portano a ritenere infondata tale impostazione.

La limitazione testuale dell'art. 2645 c.c. ai soli "effetti dell'articolo precedente" non deve essere quindi ritenuta determinante³⁴: il legislatore, nel dettare tale articolo (introdotto in fase di coordinamento dei libri del codice) ha probabilmente ritenuto di scarsa rilevanza, sottovalutandone l'importanza, la trascrizione con effetti diversi da quelli di cui all'art. 2644 c.c.

Ad ogni modo, si è già osservato come oggi si richieda una interpretazione sistematica e evolutiva³⁵, che tenga conto dell'evoluzione del sistema di pubblicità immobiliare e delle sue attuali finalità, le quali ne richiedono la tendenziale applicazione a tutte le fattispecie suscettibili di produrre effetti, anche

³⁴ G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati ed interessi pubblici*, cit., p. 691 e ss.

³⁵ G. Petrelli, *L'evoluzione al principio della tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 310.

riflessi, nella sfera giuridica dei terzi.

Va rilevato che l'efficacia prevista dall'art. 2644 c.c. (risoluzione dei conflitti tra più acquirenti da un medesimo autore) non può essere isolata da quella prevista da altre disposizioni normative propriamente caratterizzate da ipotesi di trascrizione dichiarativa: in altre parole, le situazioni giuridiche disciplinate dall'art. 2644 c.c. possono infatti "configgere" con situazioni disciplinate da norme differenti. Se, ad esempio, si ritiene trascrivibile un'obbligazione *propter rem* sulla base dell'art. 2645 c.c., non è immaginabile attribuire a tale trascrizione l'effetto di risolvere solamente il conflitto con altro acquirente del medesimo autore, e non invece il conflitto con chi abbia agito giudizialmente nei confronti del suddetto autore (artt. 2652-2653 c.c.) o chi abbia trascritto a carico di quest'ultimo un vincolo di destinazione (art. 2645-ter c.c.) ovvero un pignoramento (art. 2913 c.c.). In caso contrario, infatti si creerebbe una disparità tra le trascrizioni effettuate ai sensi dell'art. 2643 c.c. e le fattispecie trascritte a norma dell'art. 2645 c.c., disparità non voluta dal legislatore codicistico che, al

contrario, “scrivendo” l’art. 2645 c.c., ha inteso dare pari dignità (ai fini della risoluzione di qualsiasi conflitto) alle fattispecie ricomprese in quest’ultima norma rispetto a quelle previste dall’art 2643 c.c..

E’ opportuno, quindi, analizzare in che misura l’ambito di applicazione delle disposizioni che prevedono “trascrizioni ad effetti diversi” può essere ampliato, riguardo ad atti o provvedimenti diversi, ovvero riguardo a diritti immobiliari ulteriori.

Alla luce di quanto detto, si deve escludere tale ampliamento ogni qualvolta gli effetti particolari (art. 2645 c.c.) collegati dalla legge alla trascrizione abbiano natura eccezionale, in quanto espressione di un bilanciamento di interessi effettuato (caso per caso) dal legislatore (si pensi, a solo titolo esemplificativo, ai particolari effetti della trascrizione dell’accettazione dell’eredità con beneficio d’inventario³⁶).

Altre volte, invece, le disposizioni di legge che richiedono la trascrizione hanno una loro “tipicità intrinseca”³⁷ che esclude qualunque estensione sul

³⁶ S. Pugliatti, *Op. cit.*, p. 86.

³⁷ G. Petrelli, *Op. ult.cit.*, p. 312.

piano della fattispecie, del mutamento giuridico e della situazione giuridica soggettiva che ne è oggetto (si pensi alla trascrizione delle divisioni).

Al contrario esistono fattispecie per loro natura “atipiche”, per le quali un problema di estensione della trascrivibilità non si pone (per esempio nella trascrizione dei vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c., dove la fattispecie sottesa al fenomeno pubblicitario non è prevista dal legislatore).

In tal guisa, ogni qualvolta non sussista eccezionalità o “necessaria tipicità” ma al contrario l’effetto di una determinata trascrizione risulta coerente con i principi generali (in particolare risulti strumentale alla sicurezza della circolazione immobiliare) sembra doversene ammettere, anche in ossequio ad un’applicazione analogica dell’art. 2645 c.c., la tendenziale operatività, salvo verifica, nei casi concreti, in merito alla tipologia di atti o diritti immobiliari non espressamente previsti.

Si ritiene, quindi, che l’art. 2645 c.c. abbia la

valenza di principio generale³⁸, sulla base del quale è possibile estendere l'ambito di applicazione della trascrizione a fattispecie e diritti (purché opponibili ai terzi) diversi da quelli espressamente contemplati.

La questione della trascrivibilità o meno riguardo a vicende circolatorie atipiche richiede in realtà di essere analizzata autonomamente e separatamente per ciascuna fattispecie.

Vi sono innanzitutto fattispecie in cui la trascrizione integra soltanto una *pubblicità notizia*³⁹.

In tali casi, evidentemente, non ricorre alcuna ragione di eccezionalità che possa impedire un'applicazione analogica delle relative previsioni, ogni qualvolta la conoscibilità di una data situazione giuridica di interessi sia suscettibile di pregiudicare i terzi, anche perché in questi casi non vi sono effetti specifici collegati alla trascrizione, ma solo l'effetto

³⁸ In tal senso D. Messinetti, *Trascrizione delle domande giudiziali ed accertamento incidentale della sottoscrizione della scrittura privata (appunti sull'art. 2652 c.c. n. 3 cod.civ. e sul principio di tassatività degli effetti giuridici secondo l'art. 2645, codice civile)*, in *Giur.it.*, 1976, I, c. 187.

³⁹ Sulle distinzioni tra pubblicità dichiarativa, costitutiva e notizia, cfr. F. Bocchini – E. Quadri, *Diritto Privato*, Torino, 2011, p. 1189 e ss.

“generico” della conoscibilità legale⁴⁰. In quanto tale, essa appare, nella maggior parte dei casi, meritevole della più ampia attuazione proprio nella misura in cui, pubblicizzando situazioni giuridiche di per sé opponibili ai terzi, produce l’effetto di aumentare la sicurezza dei traffici giuridici dei beni immobili. Si ritiene, quindi, che il principio di tassatività sia sostanzialmente inapplicabile alla pubblicità notizia⁴¹.

Laddove invece la pubblicità legale sia suscettibile di ingenerare convinzioni errate in ordine alla reale portata ed opponibilità degli atti e delle vicende resi pubblici, la trascrizione deve escludersi e considerarsi vietata, proprio per la sua capacità di minare la sicurezza e la trasparenza delle contrattazioni.

In diverse ipotesi, quindi, la trascrizione, pur non obbligatoria, si rilevarebbe comunque utile, quale pubblicità notizia, al fine di segnalare ai terzi un vincolo ad essi opponibile in base ad un diritto sostanziale⁴². L’esistenza in diversi di questi casi di

⁴⁰ Cfr. S. Pugliatti, *Op.cit.*, p. 415.

⁴¹ In tal senso G. Mariconda, *La pubblicità*, Napoli, 2005, p. 69.

⁴² Una trascrizione facoltativa, con effetto di pubblicità notizia, non arrecherebbe pregiudizio a nessuna delle parti, salvo l’esigenza di

un'analogia con fattispecie di pubblicità espressamente disciplinate può allora consentire l'individuazione, in via interpretativa, di ipotesi di trascrizione facoltativa, ulteriori rispetto a quelle testualmente previste, da ritenersi ammissibili in base alla norma ricavata analogicamente.

approfondire l'esame della fattispecie al fine di individuare, anche in via analogica, la base normativa di tale trascrizione.

CAPITOLO 2

VINCOLI INERENTI LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONTRATTO

SOMMARIO. 1. La trascrivibilità dei negozi giuridici preparatori. - L'opzione. - 3. Il patto di prelazione. - 4. Il contratto preliminare.

1. La trascrivibilità dei negozi giuridici preparatori

Spesso la conclusione del contratto avviene attraverso un elaborato procedimento di formazione dell'accordo⁴³, durante il quale le parti hanno la possibilità di valutare *progressivamente* la convenienza dell'affare ai fini della determinazione della conclusione del contratto. Tra i vincoli che, con diversa intensità, incidono sull'autonomia delle parti nella circolazione dei beni immobili, le figure più significative sono l'opzione, la prelazione convenzionale ed il contratto preliminare. Solo per

⁴³ Per un'attenta disamina dei vincoli convenzionali a contratti, cfr. F. Bocchini – E. Quadri, *Diritto Privato*, Torino, 2011, p. 711 e ss.

quest'ultimo, il legislatore all'art. 2645-bis c.c. ha previsto la soggezione a trascrizione qualora abbia ad oggetto la conclusione di contratti di cui ai numeri 1, 2, 3, 4 dell'art. 2643 c.c., cioè determinativi di vicende di diritti reali su beni immobili, purché, tuttavia, risultino da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza, anteriormente all'introduzione di quest'ultima disposizione, erano decisamente attestati nel senso dell'intrascrivibilità dei suddetti negozi preparatori, argomentando, oltre che dal principio di tassatività, dalla natura meramente obbligatoria degli effetti da essi scaturenti⁴⁴. I pochi autori che ne sostenevano la trascrivibilità, ritenevano configurabile, almeno con riferimento ad alcune fattispecie, l'esistenza sul piano del diritto sostanziale, di effetti opponibili ai terzi⁴⁵.

A seguito della novella realizzata con D.L. 31.12.1996 (convertito con modificazioni dalla L. 18.2.1997 n. 30), si è posto il problema di verificare se

⁴⁴ R, Nicolò, *Op. cit.*, p. 125.

⁴⁵ Cfr. G. Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 391 e ss.

detta disposizione sia o meno applicabile, in via estensiva e analogica, a opzione e prelazione convenzionali.

A parte il “datato” argomento della tassatività delle ipotesi di trascrizione, le motivazioni dedotte pro e contro la formalità pubblicitaria riguardo ai negozi preparatori, sono essenzialmente di natura assiologica⁴⁶ e come tali non sembrano essere definitive e inconfutabili, ma meritano una specifica analisi in relazione all’atteggiarsi della singola fattispecie in concreto.

Parte della dottrina, nel confutare la trascrivibilità delle figure preparatorie diverse dal preliminare, ha sottolineato come la tipicità e la peculiare rilevanza sociale delle del contratto preliminare (e quindi la particolare esigenza di tutela del promissario acquirente) alla base della disciplina di cui all’art. 2645-*bis* c.c. e del conseguente obbligo notarile di trascrivere, non sia presente nelle altre

⁴⁶ Cfr. G. Petrelli, *L’evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 372.

fattispecie caratterizzanti la formazione progressiva del contratto⁴⁷.

E' da sottolineare, poi, la tendenza dell'ordinamento a favorire la circolazione giuridica ed evitare gli ostacoli che nascerebbero dal proliferare di vincoli trascritti. Tale argomento troverebbe conferma nell'art. 2645-*ter* c.c., che subordina la trascrivibilità (e quindi l'opponibilità del vincolo ai terzi) alla sussistenza di un interesse meritevole di tutela riferibile a terzi beneficiari e, al contrario, la esclude negli altri casi⁴⁸. Sussistono, insomma, importanti differenze tra il contratto preliminare da un lato, e gli altri negozi preparatori dall'altro, tali da rendere quantomeno dubbia la sussistenza dell'*eadem ratio*, unica in grado di giustificare l'estensione analogica della disciplina contenuta nell'art. 2645-*bis* c.c.. Inoltre, le disposizioni legislative di diritto comparato che ammettono la pubblicità di opzioni e più raramente di prelazioni convenzionali, pur testimoniando una linea di tendenza dei sistemi di pubblicità immobiliare a riguardare anche

⁴⁷ Cfr. A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998, p. 60 e ss.

⁴⁸

fattispecie con effetti obbligatori, pur se prodromici all'acquisto di diritti reali, non sono recepite in modo talmente diffuso da rappresentare principi generali "comuni", utilizzabili con sicurezza a fini interpretativi. Sul punto, autorevole dottrina⁴⁹ rileva come la rigida limitazione dell'ambito della pubblicità ai diritti reali sia legata ad una società "da tempo superata" ed ad una "struttura socioeconomica caratterizzata dal predominio dei rapporti reali rispetto ai rapporti obbligatori", mentre oggi funzioni una volta esclusive del diritto di proprietà sono, per periodi di tempo più o meno lunghi, affidate a rapporti di obbligazione preparatori dell'acquisto del diritto reale (la proprietà), del quale, se oggetto è un bene immobile, occorre assicurare mediante pubblicità l'opponibilità ai terzi fin dal momento della costituzione del rapporto, sia esso un diritto potestativo o soltanto un diritto obbligatorio".

Ciononostante, mancano argomenti testuali decisivi in un senso è nell'altro. In assenza di una

⁴⁹ Già prima dell'introduzione dell'art. 2645-bis c.c., L. Mengoni, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, in *Atti del convegno di studio "La trascrizione del preliminare"*, a cura del Collegio Notarile di Trento e Rovereto, Riva del Garda, 1988, p. 81 e ss.

eadem ratio, la lacuna normativa sembrerebbe dettata da una precisa scelta legislativa. Non va tralasciato, infatti, che gli effetti giuridici nascenti sia dal patto di prelazione che dal patto di opzione, hanno, secondo l'opinione assolutamente prevalente, natura meramente obbligatoria, che, come tale, deve portare ad una assoluta presunzione di intrascrivibilità, di segno assolutamente opposto alla presunzione di trascrivibilità sancita dall'art. 2645 c.c.

Tale impostazione appare del tutto coerente con l'orientamento prevalente, tanto in dottrina come in giurisprudenza, che individua lo spartiacque tra negozio condizionale e negozio preparatorio soprattutto nella diversa efficacia delle due fattispecie nei confronti dei terzi: mediante il congegno di cui all'art. 1357 c.c., è opponibile a questi ultimi solo la vicenda nascente dal negozio condizionato e non quello nascente da un vincolo meramente obbligatorio⁵⁰. E' il minor impegno fissato nel contratto di opzione e nelle fattispecie analoghe in cui il negozio non è ancora perfezionato a

⁵⁰ Cfr. G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1971 p. 319 e ss.

giustificare l'inapplicabilità della disciplina *ex art.* 1357 c.c.: è proprio per tale ragione che solo il negozio sospensivamente condizionato può essere immediatamente trascritto poiché “la trascrizione si può e si deve effettuare solo quando la fattispecie è completa di tutti i suoi elementi centrali”⁵¹.

Autorevole dottrina ha poi posto in luce l'inapplicabilità delle norme proprie della condizione anche con riguardo alla prelazione⁵², ivi compresa la disciplina dell'inopponibilità ai terzi degli atti di disposizione (art. 1357 c.c.). Ciò che di fatto viene ripudiato dall'ordinamento è fornire al negozio obbligatorio (ma anche traslativo) la tutela reale tipica della condizione sospensiva quando il vincolo sia per sua natura precario o addirittura inesistente⁵³. La pendenza condizionale attribuisce all'acquirente sotto condizione sospensiva un'aspettativa c.d. reale, opponibile cioè ai terzi aventi causa dall'alienante, l'ordinamento non può consentire che anche nei casi di

⁵¹ S. Pugliatti, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 28.

⁵² C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di F. Vassalli, Torino, 1972, p. 149 e ss.

⁵³ G. Petrelli, *La condizione “elemento essenziale” del negozio giuridico*, cit., p. 389 e ss.

vincoli di natura obbligatoria (in cui un contratto perfetto e vincolante non c'è ancora) l'avente diritto al contratto possa vantare una posizione opponibile *erga omnes*.

In definitiva, non sembra ipotizzabile l'estensione della disciplina della trascrizione, dettata dall'art. 2645-*bis* c.c. Si deve tuttavia asserire che a tale conclusione si giunge analizzando sistematicamente le figure (e gli effetti) dei negozi giuridici preparatori, prescindendo dalla consueta argomentazione della tassatività delle fattispecie trascrivibili: analisi affrontata nel seguito del presente capitolo.

2. L'opzione

Tra gli accordi che hanno lo scopo di favorire e preparare la conclusione del contratto, ha particolare rilevanza la figura del contratto di opzione⁵⁴. Ai sensi dell'art. 1331 c.c., quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art. 1329 c.c. (che tratta della proposta irrevocabile).

Al fine di comprendere le argomentazioni addotte a favore e contro la trascrivibilità della fattispecie in esame, occorre partire dal dibattito circa la natura giuridica della stessa nonché degli effetti che ne discendono.

Molti autori non mancano di escludere la trascrivibilità del patto di opzione partendo dalla distinzione di tale figura rispetto al contratto

⁵⁴ Per un'attenta disamina della figura in esame, cfr. F. Bocchini – E. Quadri, *Op.cit.*, p. 713 e ss.; M.C. Diner, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 147 e ss.

preliminare. Per alcuni, l'opzione non ha una sua autonomia ma rappresenta una *condicio iuris* (rappresentata dall'accettazione dell'oblato) al contratto in via di formazione⁵⁵. Per altri, supportati dalla giurisprudenza, l'opzione risulta dal cumulo di due figure: una proposta di contratto definitivo (il contratto principale) ed un contratto accessorio, inteso a rendere questa proposta irrevocabile⁵⁶. Il contratto definitivo è ancora in via di formazione e di esso per il momento esiste soltanto una proposta irrevocabile. Esso si completerà e farà sorgere *ex nunc* gli effetti contrattuali quando avrà luogo l'accettazione dell'oblato.

Secondo un diverso orientamento, invece, l'opzione è assimilabile ad un contratto preliminare unilaterale: in ragione di ciò, la sua trascrivibilità si pone in termini diversi in seguito all'entrata in vigore della L. 28 febbraio 1997 n. 30 che, come si è visto,

⁵⁵ M. Fragali, *Dei requisiti del contratto*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di M. D'Amelio – E. Finzi, Firenze, 1948, I, p. 343 e ss.

⁵⁶ Cfr. D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. com.*, a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1962, p. 53; P. Forchielli, *Patto di opzione e condizione potestativa*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1948, p. 766 e ss.; F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. com.*, a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1962, p. 82.

introducendo l'art. 2645-*bis* c.c., ha previsto la trascrizione del contratto preliminare avente ad oggetto la conclusione dei contratti di cui ai n. 1), 2), 3) e 4) dell'art. 2643 c.c. Se infatti è trascrivibile anche il contratto preliminare unilaterale di vendita immobiliare (quando vincola alla futura stipula il solo promittente alienante) è difficile negare tale formalità pubblicitaria all'opzione, soprattutto nell'ipotesi di opzione di acquisto, in quanto chi concede tale tipo di opzione va oltre la semplice promessa di alienazione, avendo già prestato definitivamente il suo consenso alla vendita (anche se attende l'accettazione dell'oblato).

Anche antecedentemente alla riforma pubblicitaria del contratto preliminare, alcuni autori⁵⁷ hanno tentato di recuperare l'applicazione al patto di opzione della trascrizione attraverso la norma dell'art. 2652 n. 2 c.c., secondo la quale la trascrizione della domanda giudiziale diretta all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre consente al soggetto trascrivente di prevalere, in caso di accoglimento della

⁵⁷ Per tutti cfr. P. Caliceti, *Patto di opzione e meccanismi pubblicitari*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 283 e ss.

domanda, sulle trascrizioni e iscrizioni compiute successivamente contro il convenuto. In tal modo viene messa in evidenza la forte affinità strutturale e funzionale tra le figure dell'opzione e del preliminare, nonché la più forte tutela che riceve il promissario acquirente rispetto all'opzionario, nonostante la migliore posizione giuridica di quest'ultimo: egli, infatti, con la sola sua accettazione conclude il contratto finale, senza aver bisogno della collaborazione del soggetto passivo come accade nel preliminare⁵⁸. A differenza del promissario acquirente il beneficiario di un'opzione non necessita di intraprendere un'azione giudiziale per perfezionare la fattispecie contrattuale, nel caso in cui l'altro contraente mostri dei ripensamenti perché con la convenzione di opzione la controparte ha già espletato quel momento consensuale che era necessario da parte sua per la conclusione del contratto definitivo, di guisa che il perfezionamento di quest'ultimo rimane affidato alla sola iniziativa del titolare dell'opzione, non essendoci alcun spazio per

⁵⁸ P. Caliceti, *Op. cit.*, p. 283 e ss.

una sentenza volta a riproporre in sede giudiziale il momento consensuale.

Al fine di avere la completezza del congegno dell'opzione e della sua trascrivibilità, non è possibile prescindere, com'è ovvio, dall'analisi degli effetti. Effetto immediato e diretto dell'opzione è l'irrevocabilità della proposta contrattuale per tutto il tempo fissato convenzionalmente, creando per l'oblato il diritto potestativo di accettare, cui, di conseguenza, è legata la soggezione del proponente⁵⁹. Su tali presupposti, si rileva che ulteriore orientamento giustifica la trascrizione dell'opzione: con l'implicare l'irrevocabilità della proposta, infatti, a suggello di un segmento contrattuale oramai perfezionato, la formalità pubblicitaria garantisce l'inopponibilità al contraente (che ha "acquistato" l'opzione) di una vendita al terzo, vendita che senza la trascrizione sarebbe pienamente efficace⁶⁰. In tale ottica, è stato asserito che il patto crea un vincolo d'indisponibilità, diretto a realizzare

⁵⁹ G. Gabrielli, voce *Opzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XI, Roma, 1993, p. 3.

⁶⁰ S. Tondo, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro it.*, V, 1997, p. 279; E. Cesaro, *Il contratto di opzione*, Napoli, 1969, p. 197 e ss.

l'acquisto reale dell'optante. In altri termini, il proponente è obbligato a non disporre diversamente del bene o del diritto oggetto dell'opzione; obbligo che provoca un difetto di legittimazione di chi venga meno al suo obbligo ed alieni a terzi lo stesso bene o diritto, con conseguente opponibilità di tale difetto al terzo acquirente.

La trascrizione non troverebbe fondamento nel trasferimento del diritto, ma piuttosto in un vincolo d'indisponibilità orientato a favorire l'acquisto reale dell'opzionario. In questa prospettiva, il fondamento per la trascrivibilità del patto di opzione si rinviene nella prima ipotesi enunciata dall'art. 2643 c.c., che richiama la vicenda del trasferimento, vicenda assente fino all'avvenuta accettazione da parte del soggetto favorito: tale dottrina rileva tuttavia che mediante il contratto di opzione "il soggetto passivo consuma definitivamente il suo potere dispositivo sul bene a favore del futuro acquisto da parte dell'optante per cui esiste una certa assonanza con la vicenda dall'alienazione per lo meno sotto il profilo negativo dell'irrevocabile separazione del diritto di proprietà

dalla sfera giuridica del soggetto passivo⁶¹, scissione che viene strettamente connessa alla destinazione del bene all'altro soggetto. In altre parole, emerge che il meccanismo della trascrizione immobiliare coinvolge non solo fattispecie traslative ma anche le realtà delle rinunzie e dei vincoli d'indisponibilità: la figura dell'opzione trova legittimazione in questo ambito in considerazione del fatto che la trascrizione avvolge non solo atti di trasferimento ma anche quelli *destinati* a produrre un trasferimento, con il limite che l'atto deve avere "efficienza obiettiva per il trasferimento⁶²".

La trascrizione, infatti, trova terreno di funzionamento laddove risulti un mutamento di legittimazione che avviene quando diminuisce il potere di disposizione (si pensi alla costituzione di diritti reali limitati) sia quando viene meno (alienazione del bene) e sia quando è limitata (vincoli di indisponibilità) come accadrebbe nel patto di opzione⁶³.

⁶¹ E. Cesaro, *Op. cit.*, p. 201.

⁶² E. Cesaro, *Op.cit.*, p. 203.

⁶³ In tal senso L. Ferri, *Della trascrizione*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1983, p. 41.

Anche nell'analisi degli effetti del patto di opzione gli autori che propendono per l'intrascrivibilità dello stesso mettono in luce che tali effetti sono di tipo meramente obbligatorio e senza rilevanza esterna. Non viene negato che la soggezione del proponente può anche costituire qualcosa in più del semplice vincolo obbligatorio, ma non per questo può essere identificata con l'effetto reale: in mancanza di tale effetto, non è ammissibile paralizzare il potere di disposizione del titolare del diritto né può conseguentemente sospendersi l'efficacia del contratto con il terzo⁶⁴.

Appare chiaro che il punto veramente caratterizzante per tale orientamento è rinvenibile nel regime d'irrevocabilità della proposta, sempre destinato ad esaurirsi (tanto nella fattispecie di cui all'art. 1329 c.c. quanto in quella di cui all'art. 1331 c.c.) nel rapporto personale tra le parti, mentre il tradizionale regime di pubblicità immobiliare sicuramente presuppone (salvo specifica e diversa previsione) l'esistenza di atti ad incidenza reale.

⁶⁴ Cass. 16 maggio 1975, n. 1893, in *Foro it.*, I, c. 1659.

Il problema della trascrivibilità dei contratti preparatori di trasferimenti immobiliari è stato in parte disciplinato con la regolamentazione della trascrizione del contratto preliminare. Si è già rilevato come parte della dottrina abbia sfruttato quest'occasione⁶⁵. In tal guisa è stato sostenuto che non può essere sottovalutato come il diritto di opzione del soggetto favorito sia in sé autosufficiente al fine della costituzione del rapporto contrattuale finale, mentre il diritto derivante dal contratto preliminare ha bisogno necessariamente della collaborazione dell'altro contraente. Questa differenza (di non poco conto) spinge i sostenitori di tale posizione verso la convinzione di una trascrivibilità del patto di opzione di contratto traslativo; convenzione rafforzata dalla constatazione che l'opzione rappresenta il rapporto preparatorio più prossimo all'effetto finale.

La disciplina della trascrizione del contratto preliminare ha inoltre dimostrato come la logica della trascrizione non si oppone all'esistenza di forme di trascrizione di atti precedenti al contratto finale: in altre

⁶⁵ Come accaduto per quella posizione che tende a sovrapporre il patto di opzione con la figura del contratto preliminare.

parole, non si tratta di attribuire efficacia reale a atti produttivi di effetti meramente obbligatori, ma utilizzare l'istituto della trascrizione come strumento di tutela dei diritti di credito aventi per oggetto (finale) l'acquisto di un diritto reale contro eventuali lesioni da parte di terzi⁶⁶.

A questa impostazione, tuttavia, deve preferirsi la ricostruzione di chi, pur partendo dal postulato della tassatività degli atti soggetti a trascrizione, postulato che, come si è analizzato nel primo capitolo, si ritiene oramai superato, enfatizza la natura procedimentale della figura in esame e per questo incompleta: essa si riverbera sull'inattitudine a produrre effetti reali che si è detto essere gli unici ad avere meritevolezza di formalità pubblicitarie⁶⁷.

⁶⁶L. Mengoni, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, cit., p. 89.

⁶⁷ L. Ferri – P. Zanelli, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 72; G. Cian, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 377; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 330 e ss.; R. Triola, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IX, Torino, 2004, p. 76-77; A. Luminoso, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in A. Luminoso e

3. Il patto di prelazione

La prelazione convenzionale è ampiamente utilizzata nella prassi degli accordi contrattuali, incidendo sulla conclusione del contratto in modo differente rispetto agli altri negozi c.d. preparatori⁶⁸.

Esaminando tale accordo sotto l'aspetto strutturale, infatti, si nota che esso impone al concedente un obbligo di preferire il soggetto con cui ha concluso il patto, nel momento in cui il promittente si dichiara disponibile a contrarre, secondo condizioni stabilite *per relationem*. In altre parole il promissario deve accettare di concludere il contratto a quelle condizioni più favorevoli per il promittente e che a quest'ultimo sono state offerte da terzi (condizioni rese note al promissario attraverso la *denuntiatio*).

G. Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, p. 21.

⁶⁸ Per una disamina dell'istituto, cfr. F. Santoro-Passarelli, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 1981, p. 703 e ss.; G. Bonilini, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 124; R. Scognamiglio, *Dei contratti in genere*, in *Comm.cod.civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 157,

La dottrina tradizionale ritiene che il patto di prelazione ha natura personale e come tale esso è in opponibile al terzo contraente. Di conseguenza la reazione del promissario contro l'inadempimento non può mai pregiudicare la posizione del terzo avente causa dal promittente.

Anche la giurisprudenza è sostanzialmente concorde nell'escludere la trascrivibilità del patto di prelazione, pur dopo l'introduzione dell'art. 2645-*bis* c.c.

Recenti elaborazioni dottrinarie hanno però tentato di aprire un varco nella direzione dell'opponibilità utilizzando anche lo strumento della pubblicità: si ritiene cioè che il patto di prelazione può avere efficacia reale, purchè le parti del patto non abbiano escluso l'effetto reale ed il patto sia conosciuto dal terzo (o con la pubblicità legale sia reso riconoscibile). In presenza di tali elementi, il titolare del diritto di prelazione può far valere il proprio diritto nei confronti del terzo, mediante lo strumento sanzionatorio tipico derivante dall'efficacia reale, che è

il riscatto⁶⁹. Il ruolo svolto dalla trascrizione in questo contesto sarebbe però del tutto atipico. Essa infatti, dando vita al riscatto nei confronti del prelazionario pattizio, diritto esercitabile, nel silenzio della legge, secondo il termine ordinario di prescrizione, fornirebbe a quest'ultimo una situazione privilegiata rispetto al prelazionario legale, il quale può esercitare il riscatto e agire contro il terzo, ma solo entro un breve termine, oltretutto di decadenza. Né si può sostenere che tale effetto rientri nella previsione di cui all'art. 2644 c.c. perché, in sostanza, la trascrizione da un lato sarebbe costitutiva del riscatto, dall'altro svolgerebbe funzione di pubblicità notizia, equipollente alla conoscenza effettiva, con palese confusione tra pubblicità legale e pubblicità di fatto⁷⁰.

Tale ricostruzione non può dirsi ricompresa nell'orientamento dottrinale esaminato in precedenza, secondo il quale la trascrizione in qualche modo possa rendere opponibili ai terzi diritti reali definiti *anomali* ovvero situazioni obbligatorie legate però ad un bene

⁶⁹ Cfr. F. Santoro Passarelli, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., p. 698 e ss.

⁷⁰ R. Triola, *Op. cit.*, p. 353.

immobile da vincoli di inerenza o necessità in quanto tale tendenza è circoscritta a situazioni la cui realtà o è intrinseca in termini sostanziali alla natura del diritto ovvero è il portato, in termini funzionali, di un preciso rapporto che si istaura con il bene.

La tesi estrema, secondo la quale, ove non sia prevista l'efficacia verso i terzi, la situazione non diviene opponibile solo perché trascritta, sebbene sia criticabile quando con ciò si intenda limitare l'opponibilità ad una espressa previsione di legge piuttosto che ad una ricostruzione del modo di essere della situazione giuridica soggettiva, si ricollega all'analisi del "vincolo" che con il patto di preferenza si intende istaurare: in altre parole la limitazione al potere dispositivo sarebbe talmente lieve da non meritare la necessità di un'effettiva opponibilità ai terzi.

L'opposta tesi prende spunto da fattispecie del tutto particolari o da sentenze pronunciate in contesti diversi per giungere ad una conclusione "generalizzata": in particolare si parte dall'analisi della prelazione in materia di circolazione di partecipazioni

azionarie nelle società per azioni e dal ruolo della *denuntiatio* nell'ambito della prelazione legale.

Dal primo punto di vista è ben noto che l'opponibilità ai terzi del patto di prelazione per la vendita di azioni è giustificata dal fatto che ai sensi dell'art. 2355 c.c., è applicabile alle clausole statutarie il regime proprio dello statuto e dell'atto costitutivo i quali sono opponibili *erga omnes* una volta curate le formalità pubblicitarie⁷¹. Ciò è dimostrato anche dal fatto che la realtà è esclusa quando esso è contenuto in un contratto parasociale.

Dal secondo punto di vista, non può argomentarsi dal fatto che si ritenga possibile elevare la *denuntiatio*, avuto riguardo a quanto detta la legge in materia di prelazione legale⁷², a elemento in grado di rendere opponibile un patto di preferenza che per sua natura non lo è. E' evidente che il profilo della *denuntiatio* è del tutto estraneo a quello dell'opponibilità del patto e, se del caso, potrà interferire con il diverso aspetto dell'eseguibilità in

⁷¹ Cass. 16 ottobre 1959 n. 2881, in *Foro it.*, 1960, I, 1757.

⁷² Cass. 12 marzo 1981, n. 1407, in *Giust. Civ.*, 1981, I, 2048

forma specifica *ex art. 2932 c.c.* dell'obbligo assunto dal concedente.

Si può altresì osservare che laddove non esiste un dato normativo non può affermarsi l'esistenza di un regime di opponibilità *erga omnes*: pur non esistendo nel sistema una regolamentazione appagante in tema di opponibilità, non può sostenersi che la lacuna possa essere colmata dall'interprete, anche quando il patto di prelazione è concluso con riferimento ad uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c. e che hanno come termine di riferimento oggettivo un diritto immobiliare.

Anche a voler ammettere la trascrivibilità del patto di prelazione, si dovrebbe poi individuare in base a quale disposizione, tra quelle contenute nell'art. 2643 c.c., lo stesso verrebbe trascritto. Come già osservato in tema di patto di opzione, tale problema non presenta soluzioni uniformi, e a volte non è nemmeno specificamente affrontato da chi, pur sostenendo la tesi dell'opponibilità, osserva che le difficoltà a trascrivere il patto di preferenza non vengono superate nemmeno riconducendo la fattispecie tra quelle trascrivibili ai sensi dell'art. 2645 c.c., non perché tale norma sia

limitata ai soli diritti reali, ma perché essa, come è stato osservato in precedenza, modella il proprio intervento sulla base dell'art. 2643 c.c. e non può divenire la “scorciatoia” per fornire pubblicità a diritti privi di efficacia reale, in assenza di una specifica norma che lo consenta.

Si deve quindi giungere alle medesime conclusioni tracciate per il patto di opzione, ritenendo quindi anche il patto di preferenza non suscettibile di trascrizione: l'orientamento prevalente infatti nega tale pubblicità, enfatizzando la diversità degli effetti di esso (consistenti nell'obbligazione di preferire ben diversa da quella di contrarre) e la sua natura meramente obbligatoria non idonea fondare uno *ius ad rem* trascrivibile⁷³. Detta trascrivibilità viene invece ammessa da chi qualifica il patto di prelazione come contratto preliminare unilaterale (sospensivamente condizionato⁷⁴); posizione, quest'ultima, che appare,

⁷³ G. Gabrielli, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 457.

⁷⁴ M. Salvadori – G. Scaliti, *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, in *Contr. E imp.*, 1997, p. 67 e ss; E. Camilleri,

peraltro, abbandonata dalla giurisprudenza più recente, la quale esclude l'esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c. del patto di preferenza⁷⁵. Chi ammette la trascrivibilità fa leva anche sull'evoluzione normativa complessiva, diretta a tutelare l'interesse del soggetto a favore del quale l'acquisto del diritto viene progressivamente a realizzarsi, sia pure attraverso atti diversi dal contratto preliminare⁷⁶.

Se tale formalità viene in ogni caso espletata, non può dirsi che ad essa debba ricollegarsi un'efficacia di pubblicità-notizia⁷⁷, ma al contrario, trattandosi di condizione atta a limitare la libera circolazione del bene, sarebbe più corretto parlare di pubblicità *contra legem*.

Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione, p. 114.

⁷⁵ Cass. 20 giugno 1986, n. 4116 in *Giur.it.*, 1987, I, c. 1454; Cass. 1 aprile 1987, n. 3124, in *Arch. Civ.*, 1987, p. 840; Cass. 18 giugno 1996, n. 5577, in *Foro it.*, 1986, I, c. 3083; Cass. 12 aprile 1999, n. 3571, in *Riv. not.*, 1999, p. 1283.

⁷⁶G. Palermo, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in in A. Luminoso e G. Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, 1998, p. 160 e ss.

⁷⁷ Comporti, *Op.cit.*, p. 100.

4. Il contratto preliminare

Si è visto come in materia di pubblicità dichiarativa, la trascrizione si collega per lo più a vicende costitutive, modificative, traslative od abdicative inerenti a diritti reali su beni immobili o mobili registrati e solo eccezionalmente concerne l'opponibilità di negozi con effetti reali inerenti diritti di credito o contratti con effetti obbligatori.

In origine era indiscussa l'intrascrivibilità del contratto preliminare sulla base del principio di tassatività delle previsioni di pubblicità degli atti.

L'art. 3 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in legge 28 febbraio 1997 n. 30 ed entrato in vigore il 15 marzo 1997 ha introdotto nel codice civile l'art. 2645 *bis* c.c., che disciplina la trascrizione del contratto preliminare ad effetti reali, con il preciso scopo di favorire le ragioni dell'acquirente nei confronti dei raggi di dell'alienante⁷⁸. Il fondamento di

⁷⁸ Per un'analisi della novella codicistica cfr. F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 742 e ss.; A. Zaccaria – S. Troiano, *La pubblicità del contratto preliminare*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, *Attuazione e tutela*

tale disciplina deve rinvenirsi, in particolare, nella volontà del legislatore di garantire la trasparenza (anche ai fini fiscali) dei contratti preliminari e di tutelare il promissario acquirente, considerato il contraente debole, sottraendolo al rischio di un successivo trasferimento da parte del promittente alienante del bene ad altro avente causa primo trascrivente (specie nella peculiare assetto realizzato attraverso il c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati⁷⁹).

A prescindere dalla indicata necessità di regolare diversamente l'atteggiarsi della prassi nel settore, ampiamente diffuso, dei preliminari ad esecuzione anticipata, la giustificazione della trascrivibilità del preliminare è stata ravvisata nell'inidoneità dello strumento dell'esecuzione forzata in forma specifica a garantire pienamente l'interesse del promissario acquirente contro gli atti di disposizione del bene posti in essere dal promittente alienante nelle more tra la stipula del preliminare e del definitivo.

dei diritti, II, *Attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 59 e ss.; E. Serao, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 209 e ss.

⁷⁹ Cfr. A. Chiosi, *Il contratto preliminare a effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010 n. 2, p. 543-561.

L'eccezionalità dell'intervento legislativo va correlata sia al fatto che è stata prevista la trascrizione di un contratto con effetti obbligatori sia alla particolare efficacia, definitiva "prenotativa", di tale pubblicità, il cui scopo è quello di far retroagire alla data della trascrizione del preliminare l'opponibilità degli effetti reali del contratto definitivo. Tale efficacia prenotativa deve ritenersi generale nel senso che saranno inopponibili al trascrivente sia le formalità pubblicitarie fondate sugli atti trascritti ai sensi degli artt. 2643 e 2645 c.c. (atti che sottendono l'autonomia negoziale del disponente) sia le formalità pubblicitarie fondate su titoli "subiti" come la trascrizione di pignoramenti o sequestri o ipoteche giudiziali.

Preme sottolineare che autorevole dottrina⁸⁰ sostiene che l'art. 2645 *bis* c.c., non avrebbe una mera efficacia prenotativa, ma, al contrario, avrebbe la funzione di dirimere controversie circolatorie rendendo opponibile ai terzi proprio il preliminare: quest'ultimo, altro non sarebbe che una vendita obbligatoria, dalla

⁸⁰ Cfr. F. Gazzoni, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. Not.*, 1997, I, p. 19 e ss.

quale discende, in favore del promittente acquirente, un “*ius ad rem* e non già un mero *ius in persona*”. Si tratterebbe, quindi, di un impegno traslativo che ben giustifica l’effetto di opponibilità, laddove il profilo obbligatorio giustifica la sua limitazione temporale.

A sostegno di tale tesi si è rilevato che in caso contrario il promissario acquirente rimarrebbe privo di tutela in caso di mancata esecuzione del preliminare per intervenuta alienazione a terzi dell’immobile dopo la trascrizione. Non essendo infatti possibile trascrivere il definitivo o la sentenza *ex art. 2932 c.c.*, l’immobile rimarrebbe trasferito al terzo con conseguente inopponibilità del privilegio sul bene oramai alienato. Sebbene il legislatore del 1942 avesse già previsto la trascrivibilità delle domande dirette ad ottenere l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo a contrarre (art. 2652 n. 2 c.c.) non è possibile stabilire un parallelismo tra quella disciplina e la trascrizione del contratto preliminare in quanto da quella disciplina consegue l’effetto di far retroagire alla data di trascrizione della domanda la sentenza, anch’essa da trascrivere, che tiene luogo del contratto definitivo,

mentre la recente normativa disciplina gli effetti della pubblicità di un atto che non ha la medesima portata di un atto definitivo ma, al tempo stesso, può produrre autonomi effetti sostanziali modificando i patrimoni dei contraenti.

Sull'interessato grava dunque l'onere di una doppia trascrizione, in quanto, oltre al preliminare, egli deve trascrivere il definitivo, o altro atto che comunque costituisce esecuzione del preliminare, ovvero la sentenza che accoglie la domanda di esecuzione in forma specifica del preliminare.

Quanto agli effetti della trascrizione, parte della dottrina⁸¹ è giunta ad attribuire “natura reale” alla promessa di vendita, avendo il promissario acquirente la possibilità di “opporre” il preliminare, come se l'effetto traslativo del diritto in esso menzionato si fosse già verificato. In altre parole, la trascrizione del preliminare sviluppa la facoltà del compratore di sostituire l'obbligazione personale del venditore con una obbligazione reale che potrà far valere

⁸¹ Per tutti A. Formiggini, *Il fallimento e la trascrizione dei contratti preliminari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 400 e ss.

indipendentemente da un eventuale fallimento del venditore.

Contro tale impostazione, che andrebbe ad equiparare il contratto preliminare di vendita di immobile ad effetti anticipati ad una compravendita obbligatoria accompagnata da un mero atto traslativo *solvendi causa*, sembra più corretto sostenere che il contratto preliminare trascritto mantenga la sua natura di contratto ad effetti obbligatori, al quale si aggiungono i benefici strumentali previsti dalla norma sulla trascrizione.

A prescindere dalla tesi che si voglia accogliere con riferimento alla natura del preliminare, la previsione normativa di tale figura comporta innegabilmente che il promissario acquisti una mera pretesa, un diritto di credito cioè che non può essere soddisfatto se non con il compimento di un ulteriore negozio⁸².

La tutela per altro è limitata nel tempo in quanto la trascrizione perde effetto se entro un anno dal

⁸² G. Cian, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 377-389.

termine convenuto per la stipula del definitivo o comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, non viene trascritto il titolo “prenotato” ovvero la domanda giudiziale intesa ad ottenere la sentenza costitutiva. Tali termini sono di decadenza per cui non sono ad essi applicabili le cause di sospensione e di interruzione previste in materia di prescrizione.

E’ opportuno precisare che la caducazione dell’efficacia prenotativa per decorso del tempo non comporta l’automatica cancellazione della trascrizione, per cui è lasciato all’utente dei registri immobiliari il compito di verificare che, entro il termine di legge, non sia stata eseguita la trascrizione prenotata⁸³.

Qualora la caducazione dell’effetto prenotativo si verifichi per eventi antecedenti lo spirare del termine, come la risoluzione consensuale del contratto preliminare, la nuova formulazione dell’art. 2668 c.c. prevede la possibilità di ottenere la cancellazione della precedente trascrizione, analogamente a quanto in origine previsto per le domande giudiziali. La cancellazione potrà ottenersi quando sia ordinato con

⁸³ F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 40.

sentenza, ovvero quando le parti vi consentano. Non si ritiene necessario un consenso espresso alla cancellazione quando sia stato posto in essere, ad esempio, un contratto risolutivo del preliminare. Da tale norma si deduce che le parti sono libere di cancellare la trascrizione del contratto preliminare, anche se il contratto non abbia cessato di produrre effetti. La “disponibilità” del contratto preliminare, confermata dall’art. 2668 c.c., dovrebbe dunque consentire alle parti, oltre che di cancellare la trascrizione eseguita, anche di impedire che ad essa si proceda⁸⁴.

L’efficacia prenotativa della trascrizione, e dunque l’opponibilità ai terzi dell’atto trascritto, è subordinata al collegamento tra l’atto trascritto e l’atto definitivo. In tal guisa, occorre che il secondo contratto si concreti in un’ esecuzione del precedente (trascritto) sia in senso oggettivo che in senso soggettivo, per cui dovranno coincidere tanto il bene ed il tipo di contratto quanto i soggetti stipulanti. Ciò non esclude che qualora il contratto definitivo abbia un oggetto

⁸⁴ In tal senso F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 39 e G. Gabrielli, *op. ult. cit.*, p. 546.

quantitativamente più ampio o più ristretto del corrispondente preliminare, l'efficacia prenotativa possa riconoscersi riguardo il solo oggetto che è comune ai due contratti.

Relativamente alla coincidenza soggettiva, assai diffuso nella prassi è il contratto preliminare per sé o per persona da nominare. Tale contratto dovrà essere trascritto in favore dello stipulante e occorre stabilire se della riserva di nomina debba farsi menzione nella nota di trascrizione. In dottrina è stato affermato che tale menzione è indispensabile affinché la trascrizione espliciti la propria efficacia prenotativa a vantaggio del terzo nominato, a condizione per altro che la nomina avvenga entro il termine prescritto per l'esecuzione della trascrizione prenotata⁸⁵.

Secondo un diverso orientamento, l'*electio*, operando retroattivamente, comporta, al pari di una condizione risolutiva, l'estromissione dell'originario promissario ed il subentro del designato con efficacia nei confronti di quest'ultimo dell'effetto prenotativo, senza che possano avere rilevanza in suo danno le

⁸⁵ In tal senso G. Gabrielli, *op. ult. cit.*, p. 542

trascrizioni o le iscrizioni intervenute prima della trascrizione della dichiarazione di nomina. Ciò, si intende, a condizione che sia stata regolarmente eseguita la trascrizione del preliminare, con la connessa riserva.

Analizzata l'efficacia di una siffatta trascrizione, occorre soffermarsi sulla tipologia di preliminari che possono essere oggetto di pubblicità. Dalla previsione dell'art. 2645 *bis* c.c. sembrano essere esclusi i contratti preliminari di atti a efficacia estintiva ed i contratti preliminari di quegli atti che pur essendo soggetti a trascrizione, non producono effetti reali, quali la locazione ultranovennale, il conferimento in società o in associazione del godimento ultranovennale o a tempo indeterminato, l'anticresi, la transazione⁸⁶. Del pari sembrano esclusi il preliminare d'ipoteca cessione del contratto preliminare. In quest'ultimo caso, tuttavia, è stato osservato⁸⁷ che sembra irragionevole negare al cessionario di beneficiare della trascrizione effettuata

⁸⁶ G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 532 e ss.

⁸⁷ Cfr. AAVV, *Circolazione del contratto preliminare*, a cura di Francesco Alcaro in *Notariato e diritto immobiliare*, diretto da Giancarlo Laurini e Ernesto Briganti, Milano, 2011, p. 43 e ss.

dal cedente (già promissario acquirente) non *ab initio*, bensì soltanto con riguardo al periodo successivo alla stessa trascrizione della cessione. Infatti, se la cessione determina la sua efficacia *ex nunc*, è pur vero che essa determina la successione di un soggetto nella “posizione contrattuale complessiva⁸⁸” del cedente, sì che il cessionario potrà valersi dei benefici che sono funzionali a detta posizione e, quindi, anche della priorità della trascrizione, al fine di prevalere nel conflitto circolatorio che l’opponesse ad un avente causa del promittente alienante che avesse trascritto il proprio titolo dopo la trascrizione del preliminare, ma prima della trascrizione della cessione (contro il cedente ed a favore del cessionario).

Nell’ipotesi contratto preliminare a favore di terzo⁸⁹, acquista la necessità di trascrivere (come accadrebbe nella vicenda di un definitivo stipulato con la clausola di deviazione degli effetti) direttamente a favore del beneficiario sebbene questo non sia parte del contratto anche ai fini di evitare una divergenza

⁸⁸ R. Cicala, *Cessione del contratto*, in *Saggi sull’obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 1990, p. 155 e ss.

⁸⁹ F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 744 e ss.

soggettiva tra i due contratti: in tal caso si registra che le principali questioni si propongono con riferimento all'ipotesi in cui lo stipulante si sia riservato il diritto di designare successivamente il terzo beneficiario ovvero nell'ipotesi in cui questo non sia determinato, ma determinabile in base a criteri oggettivi. A riguardo, la trascrizione potrebbe effettuarsi a favore dello stipulante, con l'espressa menzione della clausola a favore del terzo, che si completerebbe una volta che il beneficiario fosse individuato con l'annotazione a margine dell'atto di designazione, per rendere coerente la prospettata divergenza soggettiva⁹⁰.

Infine, come già osservato trattando dell'opzione, si è ritenuto invece trascrivibile il contratto preliminare unilaterale che comporti il sorgere della sola obbligazione del futuro alienante.

⁹⁰ A. Luminoso, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 34.

CAPITOLO 3

VINCOLI “SUCCESSIVI” ALLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO. 1. Il patto d' indivisibilità. – 2. Il divieto di alienazione. – 3. I regolamenti di comunione e di condominio. – 4. Oneri reali e obbligazioni *propter rem*. – 5. La trascrivibilità dei patti accessori.

1. Il patto di indivisibilità

Di numerosi vincoli la legge prevede espressamente la trascrizione: alle previsioni del codice civile che prevedono la trascrizione dei vincoli di indisponibilità (ad esempio pignoramento, sequestro conservativo, cessione dei beni ai creditori) si affiancano disposizioni che consentono limitazioni convenzionali del potere di disposizione e per le quali il regime di pubblicità, in assenza di un' espressa norma al riguardo, presenta difficoltà per l' interprete.

Il problema della validità delle limitazioni convenzionali del potere di disposizione dei privati e soprattutto della loro operatività verso i terzi, è da tempo oggetto di numerosi approfondimenti⁹¹.

In particolare, qualora si tratti di vincoli c.d. reali, si è posto, ad esempio, il problema della trascrivibilità dei vincoli convenzionali d'indivisibilità, pattuiti in deroga all'art. 1111 c.c.: qualora si riconosca efficacia reale e quindi opponibilità agli aventi causa dai comunisti alle convenzioni che li contengono, sembra opportuno ammetterne la trascrivibilità⁹² e ciò anche in applicazione analogica delle disposizioni che impongono la trascrizione dei vincoli legali di indivisibilità⁹³.

Parte della dottrina⁹⁴ ha sottolineato come la realtà del patto di indivisibilità emerge dalla lettera

⁹¹ Cfr. F. Bocchini, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977.

⁹² G. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 281.

⁹³ Ad esempio art. 5 comma 1 della legge 29 maggio 1967, n. 379; art. 11 comma 1, della legge 14 agosto 1971, n. 817 come modificato dall'art. 11 del D.Lgs. 18 maggio 2001, n. 228, come modificato dall'art. 2 del D.Lgs. 27 maggio 2005, n. 101.

⁹⁴ Per tutti cfr. A. Fedele, *La comunione*, Torino, 1986, p. 423.

stessa della norma (“il patto di rimanere in comunione per un tempo non maggiore di dieci anni è valido ed ha effetto anche per gli aventi causa dai partecipanti”), mentre secondo un diverso orientamento⁹⁵ il patto conserverebbe natura obbligatoria in quanto dallo stesso sorge una obbligazione *propter rem* di non esercitare il diritto potestativo volto ad ottenere lo scioglimento della comunione.

Tale patto, in ogni caso, se stipulato solo tra alcuni dei partecipanti, avrebbe mera efficacia personale, non essendo così in grado di vincolare i successori degli stessi, perché l'accordo non riguarderebbe la comunione come gruppo.

Le diverse opinioni circa la natura giuridica del patto, si riverberano anche sulla forma dello stesso: chi ritiene che esso abbia natura meramente obbligatoria, sostiene che non necessita del requisito della forma scritta, in quanto in ogni caso non potrebbe rientrare tra le fattispecie elencate dagli articoli 1350 e 2643 c.c.

Al contrario, l'orientamento che ricostruisce il patto d'indivisione come vincolo di tipo reale, non

⁹⁵ G. Branca, *op.cit.*, p. 280 e ss.

manca di precisare che esso necessita di forma scritta, anche al fine dell'espletamento delle formalità pubblicitarie.

Si è discusso anche in ordine all'inserimento di un patto di indivisibilità all'interno di un regolamento di condominio: è infatti possibile che i condomini convengano, in base alla loro autonomia negoziale, che taluni beni costituiscano parti comuni, al fine di conferire loro una destinazione indisponibile senza il consenso di tutti e di estendere loro il regime della indivisibilità ed inseparabilità che è proprio delle parti comuni indicate all'art. 1117 c.c. e che impedisce quindi al singolo condomino di disporre di queste parti indipendentemente dalla sua proprietà esclusiva senza il consenso degli altri. Secondo alcune pronunce giurisprudenziali⁹⁶, non è applicabile ai beni condominiali l'art. 1111 c.c., nella parte in cui prevede il limite temporale di dieci anni al patto di rimanere in comunione inserito nel regolamento contrattuale. In dottrina è stato osservato, invece, che ai sensi dell'art.

⁹⁶ Per tutte, cfr. Cass. 29 maggio 1995, n. 6036, in *Giust. Civ.*, 1995, p. 1108.

1139 c.c. le norme relative alla comunione si osservano anche nel condominio, salvo ciò che per il condominio è espressamente previsto dalla legge: poiché nel condominio non vi sono norme che disciplinano il patto di indivisibilità, li trova posto l'art. 1111 c.c., con il suo limite perentorio di dieci anni⁹⁷.

Preme sottolineare che in una siffatta circostanza, le formalità pubblicitarie dovrebbero essere curate separatamente, nel senso di provvedere a trascrivere il patto in una nota separata e distinta da quella avente ad oggetto la trascrizione del regolamento: ciò in quanto la prima dovrà essere sottoposta alle prescrizioni in materia di pubblicità accessoria⁹⁸ (c.d. annotazione a margine) al momento

⁹⁷ Si veda G. Branca, *Patto di indivisione e condominio di case*, nota a Cass. 11 giugno 1963, n. 1553, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1963, I, p. 112., secondo il quale i regolamenti contrattuali non traggono dall'art. 1138 c.c. una maggiore solidità di quanti ne ricavano i regolamenti contrattuali della comunione dall'art. 1106 c.c.; perciò, se il patto di indivisibilità contenuto nel regolamento della comunione non sfugge alla regola dell'art. 1111 c.c., non dovrebbe sfuggirvi nemmeno se è inserito in un regolamento di condominio.

⁹⁸ Sulla nozione e la disciplina della pubblicità accessoria in rapporto alle vicende modificative ed estintive della pubblicità principale cfr. S. Pugliatti, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, I, cit., p. 468 e ss.

dello spirare del termine decennale di cui all'art. 1111 c.c.

2. Il divieto di alienazione

Ai sensi dell'art. 1379 c.c., il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti e non è valido se non è convenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti. Com'è noto, la norma disciplina il c.d. divieto convenzionale di alienazione (esistendo anche specifici divieti *legali* di alienazione, come ad esempio l'art. 1024 c.c. in tema di diritti di uso e abitazione).

Al fine di analizzare i margini di una possibile pubblicità dell'istituto in esame, è opportuno analizzare l'efficacia di tale divieto, senza precludere allo stesso forme di conoscenza dei terzi (*rectius*: conoscibilità) per il solo dato dell'assenza di un riferimento normativo: ancora una volta, quindi, non si ritiene determinante il principio di tassatività degli atti soggetti

a trascrizione, ma piuttosto il *discrimen* tra le fattispecie trascrivibili e non, è da ricercare nella tipologia degli effetti che le stesse sono in grado di produrre.

Tanto in dottrina come in giurisprudenza, l'orientamento assolutamente prevalente riconosce al divieto di alienazione efficacia meramente obbligatoria⁹⁹: in ragione di ciò, dallo stesso sorgerebbe esclusivamente un'obbligazione negativa, la cui violazione non è in grado di incidere sulla validità dell'atto, ma importa solo risarcimento dei danni.

Sulla base dell'asserita efficacia obbligatoria, autorevole dottrina¹⁰⁰ ritiene che in tale fattispecie, qualora coinvolga beni immobili e diritti immobiliari, una pubblicità legale sarebbe suscettibile di ingenerare convinzioni ingannevoli in ordine alla reale portata ed opponibilità degli atti e delle vicende resi pubblici: per questo, la trascrizione dovrebbe escludersi ed anzi considerata vietata proprio per la sua dannosità ai fini

⁹⁹ Cfr. F. Bocchini, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., p. 51.

¹⁰⁰ G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 314.

della sicurezza e trasparenza delle contrattazioni immobiliari.

Pur condividendo queste affermazioni, è opportuno analizzare a fondo il fondamento dell'efficacia obbligatoria del divieto di alienazione, al fine di verificarne l'effettiva qualifica di situazione giuridica di per sé non opponibile ai terzi, se non altro perché, quando è il legislatore ad individuare i divieti *legali* di alienazione, la relativa trascrizione in alcuni casi è stata prevista dalla legge, ma anche nei casi non previsti, deve ritenersi analogicamente ammissibile, pur con la sola efficacia di pubblicità notizia (trattandosi di vincoli *reali*, la trascrizione non fa altro che rendere conoscibile ai terzi un vincolo già opponibile nei loro confronti).

Un primo inquadramento di detta efficacia obbligatoria quindi è da ricercare nei principi generali in tema di contratti, essendo opinione diffusa che l'obbligatorietà è espressione di quanto sancito dall'art. 1372 c.c.¹⁰¹ Benchè la norma di cui all'art. 1379 c.c. sia collocata nel Capo V del Libro III del codice civile, non

¹⁰¹ F. Bocchini, *op. ult. cit.*, p. 51.

appare del tutto corretto “comprimere” l’obbligatorietà del divieto di alienazione rispetto alla regola generale della relatività degli effetti contrattuali: se così fosse, infatti, la norma non si caratterizzerebbe per alcun contenuto normativo particolare, essendo scontata l’efficacia negoziale del divieto, tipico dello strumento contrattuale utilizzato.

Si deve ritenere, al contrario, che il legislatore abbia inteso sancire nella norma in esame la configurazione obbligatoria del divieto e quindi la sua inopponibilità ai terzi: si tratta, in altre parole, di voler regolamentare in senso negativo il fenomeno della rilevanza del negozio nei confronti dei terzi (c.d. efficacia esterna), contrariamente a quanto avviene in altre ipotesi di limitazioni convenzionali al potere di disposizione. In conformità a tale impostazione, il divieto di alienazione non sarebbe suscettibile di essere opposto ai terzi nemmeno se le parti provvedano volontariamente ad effettuare la trascrizione: come già osservato in precedenza, ad eccezione delle ipotesi rientranti nell’art. 2645-*ter* c.c., la trascrizione non è in

grado di attribuire efficacia reale ad una fattispecie che di per sé ne risulta priva.

Non si dimentichi, poi, che quando il legislatore ha voluto riconoscere l'opponibilità del patto di disposizione al terzo, l'ha fatto (anche se non esplicitamente), concedendo all'autonomia privata la facoltà di ricorrere allo strumento pubblicitario: tale facoltà è desumibile in tema di cessione del diritto di usufrutto, dall'analisi congiunta delle norme contenute negli art. 980 e 2643 n. 1 c.c., in base alle quali la cessione può essere vietata e risultare dal titolo costitutivo del diritto reale limitato, titolo soggetto a pubblicità legale *ex art 2643 c.c.*

Nell'art. 980 c.c., non sfugge all'interprete che il legislatore ha taciuto riguardo al tipo di efficacia del divieto (obbligatoria o reale), limitandosi a riconoscerlo quando esso è contenuto nel titolo costitutivo. All'uopo è stato osservato che la facoltà di escludere la cedibilità del diritto di usufrutto trova fondamento nella tutela del nudo proprietario ed è connessa a un altro limite in materia di diritto di usufrutto, ovvero l'impossibilità dell'usufruttuario di mutare la destinazione economica

del bene (art. 981 c.c.). Come la dottrina ha chiarito in più occasioni, tale limite è intrinseco e strutturale al diritto di usufrutto¹⁰², caratterizzando il potere di utilizzo del bene da parte del titolare. Per giurisprudenza uniforme, inoltre, per destinazione economica deve intendersi non la funzione astrattamente individuata della cosa, ma la funzione cui la cosa è adibita in concreto in precedenza da parte del proprietario.

Alla luce di ciò, la facoltà di inserire il divieto di cessione nel titolo costitutivo, risponde a un'esigenza di tutela del nudo proprietario tutte le volte in cui la scelta della persona dell'usufruttario sia determinante per il mantenimento della destinazione del bene¹⁰³, soddisfacendo così un interesse individuale all'indisponibilità.

In tal guisa, l'inceditività dell'usufrutto si configura come espressione della destinazione economica del bene, non distinguibile dall'effetto costitutivo del diritto: si comprende così perché il

¹⁰² F. Bocchini, *op. ult. cit.*, p. 88.

¹⁰³ Cfr. V. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1972, p. 420 e ss.

divieto deve essere incorporato nel titolo, insieme al quale sarà oggetto di pubblicità legale ai sensi dell'art. 2643 c.c. Così facendo, infatti, i terzi sono in grado di conoscere le peculiarità di *quel* diritto di usufrutto incedibile che si è voluto costituire¹⁰⁴.

Ricostruendo in tal modo la fattispecie, il legislatore ha inteso riconoscere al nudo proprietario una tutela di tipo *reale*: dall'analisi del divieto di cessione del diritto di usufrutto, è agevole dedurre che si tratta di una fattispecie del tutto autonoma rispetto a quella disposta nell'art. 1379 c.c. (si pensi anche alla mancanza dei requisiti di validità del patto previsti invece per la stipula del divieto di alienazione), che porta ad escludere il riconoscimento in capo all'art. 1379 c.c. di una "portata generale" della norma. E' stato infatti osservato¹⁰⁵ che la norma in esame avrebbe una portata più limitata di quanto emerge dal dato letterale. Stante l'esistenza di divieti specifici dettati

¹⁰⁴ Si deve altresì ritenere che l'inceditibilità dell'usufrutto possa essere attribuita anche successivamente alla sua costituzione, modificando il diritto già costituito; in base all'art. 2643 n. 2 c.c., è possibile mutare il regime dell'usufrutto, producendo una vicenda modificativa del diritto: in tal senso cfr. F. Bocchini, *op. ult. cit.*, p. 92.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

per singoli diritti reali limitati¹⁰⁶ (usufrutto ed enfiteusi), non si comprende infatti a quali altri diritti reali possa riferirsi il divieto di cui all'art. 1379 c.c. se non alla proprietà¹⁰⁷.

Alla luce dell'assolutezza del diritto di proprietà, un divieto con efficacia *reale* avrebbe di fatto svuotato il contenuto del diritto stesso: il diverso trattamento che il legislatore fornisce al diritto di proprietà da un lato e agli altri diritti reali dall'altro emerge anche in tema di trascrizione, ove a norma dell'art. 2643 n. 1 c.c. si devono rendere pubblici i contratti che *trasferiscono* la proprietà, mentre secondo il disposto del n. 2 del medesimo articolo, si devono rendere pubblici i contratti che costituiscono, trasferiscono o *modificano* il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, il diritto del concedente e dell'enfiteuta. Da ciò emerge che secondo il legislatore il diritto di proprietà non è suscettibile di subire vicende

¹⁰⁶ Si fa presente che un divieto del genere non sussiste in materia di servitù prediali stante l'impossibilità di disporre della servitù separatamente dal fondo, mentre i limiti alla proprietà superficiaria possono senza dubbio ricondursi a quelli inerenti la proprietà *tout court*.

¹⁰⁷ In tal senso F. Bocchini, *op.ult.cit.*, p. 104.

modificative (non essendo quindi trascrivibile un atto che vieti un determinato tipo di trasferimento della proprietà), in ossequio alla visione tradizionale della proprietà quale diritto unitario fondamentale¹⁰⁸.

In conclusione, si ritiene di poter quindi condividere l'opinione di coloro i quali ritengono il patto d'inalienabilità intrascrivibile: ciò non (soltanto) sulla base della natura contrattuale dello strumento che veicola il divieto (*ex art. 1372 c.c.* efficace solo tra le parti) ma anche il ragione della scelta legislativa e del concetto di proprietà (quale unico diritto ritenuto

¹⁰⁸ Parte della dottrina spiega la diversità di formulazione con il convincimento secondo cui le vere e proprie menomazioni del diritto di proprietà, in quanto si riconducano a specifici atti costitutivi, si traducono immancabilmente nella costituzione di diritti reali aventi per oggetto la medesima cosa in capo ad altri: la pubblicità di questi ultimi vale al tempo stesso a segnalare la menomazione della proprietà; in diversi casi, non sarebbe necessaria alcuna forma di pubblicità quando la menomazione derivi dalla legge, sia pur in relazione a specifiche situazioni di fatto, come avviene nell'ipotesi di servitù legali. Se tuttavia tale impostazione poteva essere condivisa al momento dell'introduzione del codice civile vigente, oggi sono numerosi e di grande rilievo i casi in cui al proprietario vengono tolte una o più facoltà, imponendo un vincolo che accompagna il bene in tutte le eventuali future vicende traslative, senza che a tale situazione passiva corrisponda un altrui *ius in re*, senza quindi che del vincolo stesso il terzo acquirente possa avere notizia attraverso la pubblicità data a quest'ultimo; cfr. S. Pugliatti, *op.ult.cit.*, p. 512 e ss.

oggetto del divieto) assoluta e fondamentale sottesi, alla lettera della norma di cui all'art. 1379 c.c.

Ciononostante, non è possibile non tener debitamente in conto delle evoluzioni dogmatiche e normative in tema di proprietà da un lato e trascrizione dall'altro: scalfito il dogma della supremazia del *dominus* rispetto ad altri interessi giuridici rilevanti per l'ordinamento (come ad esempio la circolazione della ricchezza, la tutela dell'affidamento del terzo e la sicurezza dei traffici) e introdotti nell'ordinamento tipi di trascrizione in grado di attribuire opponibilità a situazioni soggettive meramente obbligatorie (art. 2645-*bis* e 2645-*ter* c.c.), non si comprende perché non si possa giungere ad attribuire *efficacia reale* al divieto di alienazione, in ossequio all'attuale realtà economico giuridica.

3. I regolamenti di comunione e di condominio

In materia di regolamenti di comunione e più frequentemente, attesa la sua maggiore diffusione nella prassi, di condominio, l'esame della relative formalità pubblicitarie viene variamente operato tanto in dottrina come in giurisprudenza, effettuando un richiamo alle figure delle obbligazioni *propter rem*, degli oneri reali e delle servitù reciproche.

L'art. 1107 c.c., applicabile anche in materia di condominio per il rinvio operato dall'art. 1139 c.c., dispone al secondo comma che il regolamento di godimento della cosa comune ha effetto anche per gli eredi e gli aventi causa dei singoli partecipanti. Discende da ciò che l'opponibilità delle disposizioni regolamentari ai terzi subacquirenti non può derivare dalla trascrizione, essendo essa già disposta dalla norma di diritto sostanziale¹⁰⁹. Oltretutto non solo agli articoli 2643 e seguenti non è prevista la trascrizione del regolamento, ma l'art. 1138 comma terzo c.c.

¹⁰⁹ F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 641.

prevede una forma di pubblicità assolutamente diversa, con funzione di semplice notizia.

Di per sé dunque il regolamento non è suscettibile di trascrizione. Talvolta, però, esso contiene norme volte a limitare l'uso della cosa (e la sua circolazione) di proprietà del singolo. Ciò accade essenzialmente nel caso di regolamento condominiale, attesa la particolare natura del condominio, ma non può escludersi che il problema possa anche porsi con riferimento alla comunione.

Al fine di analizzare il fenomeno diffuso della trascrizione dei regolamenti di condominio, non è possibile prescindere dalla distinzione tra regolamento *contrattuale* di condominio e regolamento assembleare¹¹⁰. Quest'ultimo contiene le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese nonché “le norme per la tutela del decoro degli edifici e quelle relativa all'amministrazione”. A norma dell'art. 1138 comma 4 c.c., le norme del regolamento non

¹¹⁰ Sulla distinzione si veda C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 502 e ss. ; A. Celeste – L. Salciarini, *Il regolamento di condominio e le tabelle millesimali*, Milano, 2006, p. 53 e ss.

possono in alcun modo menomare i diritti di ciascun condomino. Il regolamento contrattuale di condominio, invece, è di regola predisposto al di fuori delle assemblee ed è sottoposto al consenso di ciascun condomino in un momento successivo alla sua formazione.

Nella pratica, l'ipotesi più frequente è la redazione di tale regolamento da parte dell'unico originario proprietario dell'edificio (che il più delle volte è anche il costruttore-venditore) e dalla successiva accettazione da parte degli acquirenti delle singole unità immobiliari al momento della stipula del relativo atto¹¹¹.

La differenza sostanziale tra il regolamento di condominio assembleare ed il regolamento di condominio contrattuale risiede nel fatto che soltanto il secondo può porre pesi, restrizioni o limitazioni alle proprietà individuali dei singoli condomini¹¹². In altre parole, il contenuto del regolamento contrattuale è più

¹¹¹ Nella pratica accade altresì che il costruttore si riservi il diritto di redigere il regolamento di condominio in un momento successivo alla vendita delle singole unità abitative dell'edificio.

¹¹² Cass. Sez. un. 30 dicembre 1999, n.943, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 390.

ampio di quello del regolamento assembleare poiché contiene, oltre a clausole interenti l'organizzazione e la gestione del condominio nel suo complesso, anche clausole di natura contrattuale, incidenti in senso limitativo sulle proprietà individuali dei singoli condomini, sostanziandosi talvolta in veri e propri vincoli alla libera circolazione dei beni immobili¹¹³.

Per tali ragioni, è di tutta evidenza che il regolamento di condominio, una volta formato, vincoli non solo coloro che sono condomini in quel momento ma anche tutti coloro che lo diventeranno successivamente. L'esistenza di un regolamento contrattuale di condominio contenente limitazioni, pesi o restrizioni incidenti sulla proprietà individuale del singolo condomino, non solleva tuttavia solo il problema della sua opponibilità degli aventi causa dai condomini ma si riverbera anche sulla stabilità degli atti di trasferimento delle singole unità immobiliari assoggettate a quel regolamento in quanto espone tale atto all'esercizio dei mezzi di tutela di cui all'art. 1489

¹¹³ Non può non segnalarsi che anche la giurisprudenza ritiene che il regolamento assembleare, se approvato all'unanimità, possa incidere e limitare i diritti dei singoli condomini.

c.c.¹¹⁴. Tali rischi hanno generato la prassi notarile di richiamare negli atti di vendita delle unità immobiliari dell'edificio condominiale successivi al primo, il regolamento contrattuale in precedenza trascritto e di farlo accettare all'acquirente con un'espressa manifestazione di volontà con la quale il medesimo dichiara di conoscerne l'esistenza ed il contenuto. Prassi più volte avallata dalla Suprema Corte di Cassazione, quando ha ritenuto che il regolamento contrattuale di condominio, anche se non materialmente inserito nel testo del contratto di compravendita delle singole unità immobiliari, fa corpo con esso quando sia espressamente richiamato e approvato, così che le sue clausole rientrano, *per relationem*, nel contenuto dei singoli contratti di acquisto e vincolano i relativi acquirenti¹¹⁵.

¹¹⁴ Il quale stabilisce che se la cosa venduta è gravata da oneri o di diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto, il compratore che ne abbia avuto conoscenza può domandare la risoluzione del contratto oppure una riduzione del prezzo secondo le disposizioni di cui all'art. 1480 c.c.

¹¹⁵ Sulla legittimità di tale prassi non può non tenersi in considerazione la particolare tutela apprestata al consumatore dal D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo), in particolare dall'art. 33 comma 2, *lett. l)*, il quale presume

Quanto agli adempimenti pubblicitari, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il regolamento contrattuale di condominio contenente clausole che restringono i poteri e le facoltà dominicali dei singoli condomini può avere effetto nei confronti dei loro successori a titolo particolare solo se trascritto negli uffici dei registri immobiliari¹¹⁶, mentre l'omessa trascrizione ne determina l'inopponibilità. Circa la funzione che la trascrizione assolve in questa peculiare fattispecie, è da rilevare che l'orientamento prevalente in dottrina, ritiene che tali limitazioni si sostanzino in servitù reciproche: si tratta infatti di pesi imposti a tutte o ad alcune unità immobiliari dell'edificio (che vengono pertanto ad assumere la qualità di fondi serventi) in favore di tutte le altre (che, correlativamente divengono fondi dominanti) e viceversa¹¹⁷.

vessorie, fino a prova contraria, le clausole che prevedono "l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto".

¹¹⁶ Per tutte, Cass. 11 maggio 1978, n. 2305, in *Giust. civ. rep.*, 1978, voce *Comunione e condominio*, n. 51.

¹¹⁷ Cfr. M. Corona, *La trascrizione del regolamento di condominio*, in *Riv. Not.*, 2008, I, p. 61.

In ragione di ciò, la trascrizione non può che assolvere la sua funzione tipica, disciplinata dall'art. 2643 c.c. (in particolare dal numero 4 del citato articolo). Al riguardo, poiché la tipicità della trascrizione, come ampiamente sostenuto nel corso del capitolo primo, non si riferisce agli atti ma agli effetti, il regolamento di condominio contenente limitazioni alla proprietà domenicale, pur se non riconducibile a una delle figure espressamente indicate nei nn. da 1) a 14) dell'art. 2643, tuttavia produce gli stessi effetti del contratto costitutivo di servitù reciproche: andrà quindi trascritto ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2643 e 2645 c.c.¹¹⁸.

¹¹⁸ La circolare n. 128/T del 2 maggio 1995 emanata dal Ministero delle Finanze contiene due espliciti riferimenti alla trascrizione del regolamento di condominio. Il primo si trova nella prima parte relativa al cosiddetto quadro "A" della nota di trascrizione: trattandosi del quadro destinato alle convenzioni (termine con il quale la circolare si riferisce a qualsiasi atto capace di generare "un evento o un mutamento giuridico idoneo a produrre effetti reali"), viene espressamente indicato nella tabella degli atti soggetti a trascrizione il regolamento di condominio. Il secondo riferimento si trova nella parte relativa ai casi particolari di compilazione della nota, prescrivendo che la relativa nota va compilata indicando come soggetto a "favore" di condominio e come soggetti "contro" i singoli condomini.

4. Oneri reali e obbligazioni *propter rem*

Tra le varie figure connotate di “realità” gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem* non mancano di fornire spunti di analisi in tema di pubblicità dei vincoli che dagli stessi sorgono.

L’onere reale viene definito come “il vincolo che inerisce un immobile obbligando tutti i successivi proprietari al pagamento di prestazioni periodiche”¹¹⁹. Questa figura si differenzia dall’obbligazione *propter rem* perché ha ad oggetto somme di denaro o cose generiche da prestarsi regolarmente e crea un vincolo che grava sull’immobile ed è possibile soddisfarsi sul bene in caso d’inadempimento dell’originario debitore: il creditore infatti vanta il potere immediato ed assoluto di soddisfarsi sul bene, chiunque ne diventi proprietario o ne acquisti diritti reali di godimento o di garanzia. In ragione di ciò, parte della dottrina include la categoria in esame nell’ambito dei diritti reali; ciò implica altresì che non è consentito ai privati costituire oneri reali al di

¹¹⁹ C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., p. 142.

fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, ostandovi il principio della tipicità dei diritti reali e l'esigenza di non limitare il contenuto della proprietà fondiaria.¹²⁰

Le obbligazioni *propter rem* sono invece quelle “collegate alla proprietà o altro diritto reale su un immobile¹²¹”. Oltre che dalla accessorietà e dalla ambulatorietà dal lato soggettivo passivo, tali obbligazioni sono caratterizzate, secondo dottrina e giurisprudenza¹²², dal requisito della tipicità. Non possono quindi essere liberamente costituite

¹²⁰ Secondo la dottrina (C.M. Bianca, *op.cit.*, p. 142) prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152 che ha introdotto una disciplina unitaria in materia ambientale (c.d. codice dell'ambiente) l'unica ipotesi di onere reale che ricorreva nell'ordinamento era costituita dai contributi consorziali di cui all'art. 864 c.c. (in base al quale le spese di esecuzione, manutenzione ed esercizio delle opere di bonifica e di miglioramento fondiario sono esigibili dal consorzio con le norme ed i privilegi stabiliti per l'imposta fondiaria). La seconda ipotesi di imposta fondiaria è oggi contemplata dall'art. 253 del sopra citato codice dell'ambiente (che viene iscritto a seguito dell'approvazione del progetto di bonifica e deve essere indicato nel certificato di destinazione urbanistica).

¹²¹ U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, Vol. I, *Proprietà e Possesso*, Milano, 2008, p. 93.

¹²² Cfr. F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 1974, Napoli, p. 82; C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., p.140; Cass.2 gennaio 1997, n. 8, in *Riv. not.*, 1998, II, p. 1241.

dall'autonomia privata, ma sono ammissibili soltanto quando una norma giuridica consente che, in relazione ad un determinato diritto reale e in considerazione di esigenze permanenti di collaborazione e di tutela di interessi generali, il soggetto si obblighi ad una prestazione accessoria, che può consistere anche in un *facere*.

Per quanto concerne la trascrivibilità, occorre precisare che rispetto ai requisiti delle situazioni giuridiche connotate di realtà analizzate in precedenza, le figure in esame si caratterizzano per avere l'elemento dell'inerenza rispetto al bene immobile, senza per questo tralasciare che anche per tali fattispecie, la via della trascrizione (e quindi dell'opponibilità) è aperta dalla circostanza che queste situazioni giuridiche sono munite *a priori* del carattere reale.

Giurisprudenza e dottrina si sono dedicate alla ricostruzione dell'obbligazione c.d. reale piuttosto che dell'onere reale (meno ricorrente in concreto), ma dal punto di vista delle vicende pubblicitarie, le due figure possono assimilarsi, anche in ragione dell'evanescenza dei caratteri distintivi dell'una e dell'altra.

Nell'ambito delle obbligazioni *propter rem*, è chiaro che qualora se ne ammetta l'inerenza, la trascrivibilità non potrebbe essere negata. Parte della dottrina, inoltre, ne ammette il carattere reale, rendendo così possibili l'applicazione dell'art. 2645 c.c. quale norma "estensiva".

Maggiori difficoltà si trova ad affrontare chi, da un lato, ritiene ammissibili le obbligazioni *propter rem* atipiche, e dall'altro ne contesta il carattere reale per affermarne l'obbligatorietà, pur se collegata ad un'idoneità ad imporsi a terzi¹²³. Questa tendenziale idoneità, infatti, si scontra con la necessità di garantire al terzo la conoscenza o quanto meno la conoscibilità dell'obbligo assunto dal proprio dante causa. Tale conoscibilità sarebbe proprio assicurata dalla trascrizione, svolgendo una funzione distinta e difforme rispetto a quella tipica, sancita nell'art. 2644 c.c. (la trascrizione sarebbe costitutiva dell'opponibilità in senso assoluto, avendo la forza di poter trasformare il carattere di un diritto da obbligatorio a reale¹²⁴).

¹²³ Per una più approfondita analisi di tale orientamento e delle critiche allo stesso avanzate, cfr. F. Gazzoni, *op.ult. cit.*, p. 635.

¹²⁴ Considerazione già confutata nel corso del capitolo 1.

Riconosciuto il carattere reale e tipico delle obbligazioni in esame, giurisprudenza risalente¹²⁵ riteneva che le stesse fossero opponibili se risultanti dall'atto trascritto, senza necessità di menzione nella nota di trascrizione; tale posizione è stata tuttavia presto corretta, in favore di una generica trascrivibilità *ex art. 2645 c.c.* Se tuttavia non può negarsi che le obbligazioni *propter rem* previste dalla legge seguano il proprio corso e si impongano a prescindere dalla trascrizione¹²⁶, è evidente che il problema sorge quando il titolo deroga alla disciplina legale¹²⁷: in questo caso la trascrizione si imporrebbe sul “titolo” legale. Tuttavia attenta dottrina¹²⁸ distingue le ipotesi in cui la pattuizione è contenuta in un titolo costitutivo (ad esempio della servitù) rispetto all'ipotesi in cui la modificazione convenzionale interviene in base ad un atto autonomo successivo. Nel primo caso si ritiene sarebbe sufficiente la menzione nella nota di

¹²⁵ Cfr. Cass. 9 luglio 1946 n. 824, in www.dejure.it.

¹²⁶ L. Bigliazzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Vol. XI-3, Milano, 1980, p. 74.

¹²⁷ Possibilità, ad esempio, riconosciuta dagli stessi articoli 1069 comma 2 e 1030 c.c.

¹²⁸ L. Bigliazzi Geri, *op.cit.*, p. 96.

trascrizione inerente il titolo costitutivo. Nella seconda situazione, invece, la trascrizione si realizzerebbe (e si imporrebbe) ai sensi dell'art. 2645 c.c.

A ben vedere, tuttavia, la trascrizione potrebbe anche considerarsi eccessiva sulla base dell'asserita ambulatorietà dell'obbligazione rispetto al diritto reale¹²⁹, perché si effettuerebbe una semplificazione equivoca nell'affermare che l'obbligazione accessoria può "attivarsi" e seguire le sorti del rapporto principale solo se la volontà si è estrinsecata con analogo atto trascritto. In altri termini, non vi sarebbe l'esigenza di porre l'acquirente in condizioni di conoscere l'esistenza di un regolamento privato relativo al diritto reale, non potendo essere l'obbligazione reale atipica in senso assoluto. Se è vero che il terzo non può supporre che le parti abbiano concordato un vincolo (atipico) a carico della proprietà, non può escludere che essi abbiano espressamente derogato all'assetto dispositivo legale, quando tale deroga è espressamente prevista dalla legge.

¹²⁹ E' la tesi di M. Comporti, *op. cit.*, p. 231-232.

E' evidente però che se la clausola derogatoria non è contenuta nell'atto di costituzione del diritto reale, ma è pattuita a parte, non si potrà prescindere dall'espletamento della trascrizione, perché si sarebbe in presenza di un contratto modificativo di quello originario già trascritto, con conseguente trascrivibilità *ex art. 2643 n. 2 e 4 e non ai sensi dell'art. 2645 c.c.*¹³⁰.

5. La trascrivibilità dei patti accessori

Nell'ambito dei patti di disposizione in grado di limitare l'autonomia delle parti nella circolazione dei beni immobili, occorre trattare di alcuni patti che sono oggetto di negozi autonomi, ma accedono ad un negozio dispositivo principale.

In relazione ai negozi traslativi onerosi, la prima ipotesi di questo tipo è data dal patto di riscatto (art. 1500 e seguenti c.c.).

¹³⁰ F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 641.

Si discute in dottrina se il patto di riscatto vada considerato come una condizione risolutiva vera e propria o come attribuzione di un diritto potestativo il cui esercizio produca l'effetto di far riacquistare il bene all'alienante, risolvendo con efficacia retroattiva la vendita. Ciò che è certo, tuttavia è che non si riscontra un'unità di disciplina, quanto alla trascrizione, tra patto di riscatto e condizione risolutiva¹³¹. Infatti, tale identità esiste solo riguardo al fatto che il patto di riscatto non ha bisogno di un'autonoma trascrizione ma deve essere menzionato nella trascrizione dell'atto di compravendita, essendo un elemento accessorio, come la condizione (art. 2659 c.c.).

Sotto questo profilo, si ritiene che il patto di riscatto deve essere contemporaneo e contestuale all'atto di vendita: contemporaneo perché se fosse successivo, potrebbe al massimo considerarsi come un patto *de retrovendendo*, munito quindi di una semplice efficacia obbligatoria¹³²; contestuale perché, se

¹³¹ Sul punto si veda R. Nicolò, *La trascrizione*, Milano, 1973, p. 70 e ss.

¹³² R. Giovagnoli - M. Fratini, *Garanzie reali e personali, percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, p. 100.

risultasse da un documento diverso da quello che contiene la vendita, sarebbe inopponibile, quantomeno ai terzi in buona fede, in base ai principi della simulazione.

L'identità di disciplina tra patto di riscatto e condizione cessa però quando si ha riguardo alle condizioni di opponibilità dell'effetto risolutivo. Mentre, infatti, il verificarsi della condizione risolutiva è senz'altro opponibile ai subacquirenti e deve essere annotato a margine della trascrizione dell'atto originario ai fini della continuità delle trascrizioni (art. 2655 c.c.), l'atto con cui si esercita il riscatto, invece, deve essere trascritto entro sessanta giorni dalla scadenza del termine previsto per il riscatto, per essere opposto ai terzi che abbiano acquistato dopo la scadenza di quel termine (art. 2653 n. 3 c.c.). In realtà la legge menziona, accanto alle dichiarazioni, anche le domande di riscatto: tuttavia il riferimento alle domande non deve fuorviare, perché per l'esercizio del riscatto è sufficiente la dichiarazione di volontà (unilaterale e recettizia) del venditore, salvo gli oneri ulteriori della restituzione del prezzo, delle spese e di

ogni altro pagamento legittimamente fatto dal compratore. In ragione di ciò, la domanda va trascritta non già quale atto introduttivo di un giudizio, ma quale manifestazione di volontà di esercitare il riscatto: in altri termini la sua trascrizione viene disposta non ai consueti fini cautelari, propri della trascrizione in genere delle domande giudiziali, ma ai fini sostanziali propri della trascrizione degli atti immediatamente dispositivi.

La legge accoglie dunque, per il patto di riscatto, il principio (proprio della condizione) dell'opponibilità agli aventi causa del compratore, anche in mancanza di ogni forma di pubblicità; tale principio, tuttavia, viene temperato imponendo al venditore l'onere di trascrivere l'atto con cui esercita il diritto di riscatto, in favore degli acquirenti del compratore successivi all'ultimo momento utile per l'esercizio di quel diritto. La ragione di questo diverso trattamento tra coloro che hanno acquistato prima e coloro che hanno acquistato dopo il termine concesso per il riscatto sta nel sistema, fornito dalla legge, di sottoporre a trascrizione l'atto con cui si esercita il riscatto e non il patto che lo rende

possibile. Infatti, chi acquista prima della scadenza del termine, sapeva che il suo acquisto poteva venir meno in seguito all'esercizio del riscatto; colui invece che acquista dopo la scadenza del termine non invoca l'ignoranza del patto, che gli è senz'altro opponibile, ma è ben possibile che lamenti di non averne potuto conoscere il tempestivo esercizio, stante la mancanza di pubblicità dell'atto di riscatto disposta dalla legge.

In riferimento a questa efficacia sostanziale della trascrizione dell'atto con cui si esercita il riscatto, deve ritenersi soggetto a trascrizione anche il patto con il quale le parti proroghino il termine iniziale stabilito, nei limiti di quello massimo di cinque anni previsto dalla legge¹³³. In mancanza di questa trascrizione, gli acquirenti del compratore successivi alla scadenza del termine originario sarebbero autorizzati a ritenere che la dichiarazione di riscatto non sia stata eseguita tempestivamente, anche se fosse stata trascritta prima del loro acquisto.

Infine ci si chiede se vada trascritto l'atto con il quale il venditore cede il proprio diritto di riscatto a

terzi. Il problema è piuttosto delicato, essendovi dubbi in dottrina sia sull'ammissibilità sia sulla configurazione giuridica di questa cessione. Ad ogni modo, nel caso in esame, la trascrizione non potrebbe svolgere la sua funzione tipica di dirimere il conflitto tra più cessionari, perché non si tratterebbe di atti aventi ad oggetto il trasferimento di un diritto reale, ma di un diritto potestativo nei confronti dell'originario acquirente¹³⁴.

Un altro patto che spesso accede ad un contratto di vendita è il patto di riservato dominio, col quale le parti stabiliscono che l'effetto traslativo venga differito al giorno del pagamento dell'ultima rata del prezzo¹³⁵. Non vi è dubbio che una tale vendita possa essere immediatamente trascritta, e che l'acquirente con riserva prevalga sugli altri eventuali acquirenti dello stesso venditore che abbiano trascritto in epoca successiva; né vi è dubbio che l'effetto traslativo differito sia opponibile anche agli acquirenti dello stesso compratore, come avviene in una comune

¹³⁴ R. Nicolò, *La trascrizione*, cit., p. 102.

¹³⁵ C. Cillo – A. D'Amato – G. Tavani, *Dei singoli contratti*, I, Milano, 2005, p. 111 e ss.

vendita in cui l'effetto traslativo sia differito ad un termine iniziale.

Il problema si pone nell'analizzare se il patto di riservato dominio, non menzionato nella trascrizione della vendita, sia opponibile agli acquirenti del compratore nell'ipotesi in cui questi non effettuino il pagamento nei termini convenuti.

A prima vista, la fattispecie potrebbe sembrare simile a quella della condizione sospensiva: il compratore non acquista se il prezzo non viene pagato nei tempi stabiliti. Tuttavia il fenomeno risulta essere più complesso perché il mancato pagamento del prezzo costituisce inadempimento della vendita e l'effetto traslativo non si verifica solo se il venditore agisce per ottenere la risoluzione del contratto. In altre parole, sotto questo profilo, il patto di riservato dominio si comporterebbe come una clausola risolutiva espressa, con la differenza che *medio tempore* l'alienante manterrebbe la proprietà del bene. In ragione di ciò, il patto, pubblicato o meno, non potrebbe pregiudicare i diritti acquistati dai terzi, così come non li pregiudicherebbe una clausola risolutiva espressa, salva

solo l'ipotesi in cui l'alienante trascriva la domanda di risoluzione prima della trascrizione dell'acquisto del successivo acquirente del compratore (art. 2652 n. 1 c.c.).

Dallo spirito della disciplina codicistica del patto di riservato dominio, è lecito dedurre che lo stesso, se menzionato nella trascrizione della vendita, è senz'altro opponibile a tutti gli effetti ai subacquirenti: se al contrario non viene pubblicato, risulta essere inopponibile ai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda con cui il venditore chiede la risoluzione del contratto di compravendita.

CAPITOLO 4

VINCOLI INERENTI FENOMENI DI DESTINAZIONE PATRIMONIALE

SOMMARIO. 1. La pubblicità del fondo patrimoniale. –
2. Vincoli di destinazione *ex art. 2645ter c.c.* - 3. La trascrizione del *trust*.

1. La pubblicità del fondo patrimoniale

L'evoluzione legislativa in molti settori del diritto privato patrimoniale ha avuto diretta incidenza sulla disciplina della pubblicità immobiliare.

In particolare, per quanto concerne le questioni aperte in tale ambito dalla riforma del diritto di famiglia, è ben noto che la principale e maggiormente controversa deriva dalla circostanza che, nel riformulare il testo delle disposizioni contenute nell'art. 2647 c.c., il legislatore ha eliminato quella contenuta nell'ultimo comma, secondo la quale i vincoli sorgenti da convenzioni matrimoniali fra coniugi non erano

opponibili ai terzi finché non fossero stati trascritti¹³⁶. Da tale omissione è invero derivato un dubbio in ordine alla funzione della trascrizione che pur il nuovo testo continua ad imporre per una serie di atti, non riconducibili, peraltro, a differenza di quelli considerati nella precedente formulazione della norma, alla nozione di convenzione matrimoniale e nemmeno comportanti tutti (seppur in senso lato) un vincolo incidente sulla titolarità dei diritti immobiliari¹³⁷.

La dottrina e la giurisprudenza si sono spesso schierate in maniera diametralmente opposta: in alcuni casi è stato sostenuto che in assenza di un riferimento normativo circa gli effetti particolari della trascrizione, nessun ruolo può riconoscersi a quest'ultima, se non quello di una mera pubblicità notizia; da altri, invece è stato avanzato il tentativo di convincere che alla trascrizione degli atti elencati nella nuova formulazione

¹³⁶ Cfr. F. Bocchini, *La pubblicità delle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 1259.

¹³⁷ Cfr. G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 326 e ss.; M. Ieva, *Le convenzioni matrimoniali e la pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1259.

dell'art. 2647 c.c. continuerebbe a competere ancora l' "antico" ruolo di condizione di opponibilità.

In tale dibattito, pare aver posto un punto fermo una decisione della Suprema Corte di Cassazione¹³⁸, la quale, intervenendo per la prima volta sul tema, ha stabilito che la trascrizione del vincolo di fondo patrimoniale "è degradata al rango di pubblicità notizia": si riconosce, quindi, che essa non assicura, da un lato, l'opponibilità del vincolo stesso, quando sia mancata la tempestiva attuazione dell'altra, e concorrente, formalità pubblicitaria, rappresentata dall'annotazione della convenzione costitutiva nel registro di stato civile dei matrimoni, mentre, per altro verso, non può nemmeno ritenersi necessaria, ai fini dell'opponibilità ai terzi, in quanto unica formalità rilevante a tali effetti è solo l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

Da tale impostazione discendono le conseguenze dell'inopponibilità dell'atto trascritto ma non annotato e la simmetrica opponibilità dell'atto annotato ma non

¹³⁸ Cass. 27 novembre 1997, n. 8824, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 677.

trascritto¹³⁹. Inoltre, la degradazione della trascrizione al rango di semplice pubblicità notizia porta a ritenere inapplicabile, rispetto ai beni oggetto di fondo patrimoniale, la regola individuata nell'art. 2915 c.c., secondo cui non hanno effetto nei confronti del creditore pignorante gli atti che importino vincoli di indisponibilità, se non sono stati trascritti prima del pignoramento.

Com'è noto, tali questioni assumono una positiva rilevanza concreta rispetto all'uso distorto che spesso viene fatto dell'istituto del fondo patrimoniale: non tanto strumento per la destinazione di alcuni beni "a far fronte ai bisogni della famiglia", quanto piuttosto mezzo rivolto alla sottrazione degli stessi beni all'eventuale azione esecutiva di terzi creditori. Ecco dunque l'importanza effettiva di determinare la valenza giuridica delle formalità pubblicitarie relative all'atto costitutivo di fondo patrimoniale, anche in relazione ad una limitazione degli abusi cui l'utilizzo dell'istituto ha spesso dato luogo.

¹³⁹ Cfr. A.M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1984, p. 2438.

La soluzione fornita dalla Suprema corte e che oggi è di gran lunga l'interpretazione dominante sia in dottrina sia in giurisprudenza¹⁴⁰ emerge sulla base di due passaggi logici: la qualificabilità dell'atto (tra vivi) costitutivo di fondo patrimoniale in termini di convenzione matrimoniale e la conseguente sussumibilità di tale atto nel relativo sistema pubblicitario.

Tralasciando le argomentazioni in ordine alla qualificazione del fondo come convenzione matrimoniale¹⁴¹, si sottolinea come questo risultato porti all'applicabilità del relativo regolamento pubblicitario il quale, coordinato con le specifiche disposizioni in materia di fondo patrimoniale, da luogo

¹⁴⁰ Cass. 1 ottobre 1999 n. 10859, in *Fall.*, 2000, 1131, con nota di A. Figone; Cass. 19 novembre n. 12864, in *Vita not.*, 1999, 1434, con nota di R. Triola.

¹⁴¹ Giova tuttavia ricordare che la Suprema Corte affermò la preferibilità della tesi che ricomprende il fondo nell'area delle convenzioni matrimoniali, le quali riflettono la disciplina della proprietà e dell'acquisto dei beni e dei redditi tra i coniugi, pur importando il fondo un limite alla libera disponibilità dei beni da parte dei coniugi per il vincolo di destinazione ai bisogni familiari su di essi esistente (Cass. 27 novembre 1997, n. 8824, cit.).

allo schema annotazione – opponibilità, trascrizione – mera notizia¹⁴².

L'impianto normativo vigente comprende da un lato la previsione dell'art. 162 comma 4 c.c., per cui le convenzioni matrimoniali sono assoggettate all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio ai fini della loro opponibilità verso i terzi, e dall'altro, la previsione dell'art. 2647 c.c. che impone espressamente un obbligo di trascrizione della costituzione del fondo, senza però ricollegarvi alcuna funzione specifica, posto che la Legge 151/75 non ha riproposto il comma 4 dell'art. 2647 c.c. abrogato. Il problema è allora stabilire se solo la prima ovvero entrambe le forme di pubblicità siano necessarie ed in quest'ultimo caso quali siano le rispettive funzioni ed effetti.

La soluzione che appare come la più lineare è senza dubbio quella della degradazione della trascrizione a semplice pubblicità notizia, con l'opponibilità assicurata dall'annotazione. Tuttavia, tale

¹⁴² cfr. G. C: Botti, *Il fondo patrimoniale: pubblicità, opponibilità, e strumenti di reazione dei terzi creditori (a proposito di C. Cost. 6 aprile 1995 n. 111)* in *Dir. Famiglia*, 1998, I, p. 395 e ss.

conclusione, pur provenendo da un'analisi del dato normativo, non può non sollevare dubbi. In sostanza, se si prevede la trascrizione di un atto che dispone di beni specifici e determinati imponendovi un vincolo (qual è l'atto costitutivo del fondo), l'efficacia che si è abituati a ricollegarvi è quella dichiarativa. Vero è che, secondo l'opinione comune, forme di pubblicità per le quali la legge non disponga espressamente particolari effetti, devono essere considerati con funzione di mera notizia; però è altrettanto vero che, almeno con riguardo alla trascrizione, tale previsione legislativa esiste, per cui, di fatto, la regola dell'efficacia di mera notizia è l'eccezione, mentre la natura dichiarativa è la regola¹⁴³.

E' già stato ricordato come la Suprema Corte sia partita dall'attribuzione al fondo della natura di convenzione matrimoniale per riconoscere alla trascrizione un ruolo di mera pubblicità notizia. Il problema successivo del coordinamento tra gli articolo 162 e 2647 c.c. è stato risolto partendo dall'analisi delle innovazioni apportate dalle L. 151/75, in particolare sul

¹⁴³ In verità la regola è quella dell'efficacia della trascrizione *ex* art. 2644 c.c.

sistema pubblicitario del regime patrimoniale della famiglia. L'annotazione garantisce ai terzi di essere messi in condizione di conoscere il contenuto delle convenzioni matrimoniali che, incidendo con più o meno ampiezza sul regime patrimoniale, imprime ai beni una condizione giuridica diversa (che altrimenti ricadrebbero nella comunione legale) che soltanto la lettura convenzione però è in condizione di poter far esaurientemente apprendere¹⁴⁴. Tutto ciò che vale per le convenzioni c.d. programmatiche, secondo tale orientamento suggellato dalla Suprema Corte, è altresì riferibile all'atto costitutivo del fondo patrimoniale. Rispetto a quest'ultimo, l'annotazione resta lo strumento idoneo a pubblicizzare l'atto nel suo complesso, il quale, al di là di eventuali effetti traslativi, produce innanzitutto l'effetto di vincolare i beni. L'annotazione, così, mantiene una funzione di gran lunga più ampia ed assorbente rispetto a quella svolta dalla trascrizione, la quale, quindi, inerisce solamente ai singoli beni cui il vincolo del fondo inerisce. Allora, in quest'ottica, la disposizione dettata

¹⁴⁴ cfr. Cass. 27 novembre 1997, n. 8824, cit.

dall'art. 2915 c.c., costituisce un difetto di coordinamento della legge di riforma con la disciplina anteriore e, secondo la Corte, va interpretata restrittivamente, nel senso che essa si riferisce ai vincoli di indisponibilità diversi da quelli propri della comunione legale e del fondo patrimoniale¹⁴⁵.

Se è sicuramente condivisibile la tesi della qualificabilità in termini di convenzione matrimoniale dell'atto tra vivi costitutivo di fondo patrimoniale, non si possono non rilevare le differenze che intercorrono tra le convenzioni istitutive di regimi patrimoniali *generali* e quelle, invece, immediatamente dispositive di beni specifici e determinati. Nella prima ipotesi si ha un atto che è destinato a produrre i propri effetti sui beni che, eventualmente in futuro, saranno acquistati

¹⁴⁵ Al riguardo, a distanza di otto anni dalla decisione della Corte di Cassazione qui analizzata, è intervenuta sul tema la Corte Costituzionale (sentenza n. 111 del 6 aprile 1995), chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del “coordinato disposto degli artt. 162 ultimo comma, 2647 e 2915 c.c., nella parte in cui non prevedono che per i fondi patrimoniali costituiti a mezzo di convenzioni matrimoniali su beni immobili l'opportunità ai terzi sia determinata dalla trascrizione dell'atto sui registri immobiliari e non dall'annotazione a margine dell'atto di matrimonio” (così ord. Trib. Genova 20 luglio 1994). La Corte, ritenuta ammissibile la questione, l'ha però giudicata infondata, ricorrendo alle argomentazioni già utilizzate dalla Corte di Cassazione nel 1987.

dai coniugi: in tali casi la convenzione non esplica alcun effetto diretto sui beni, bensì crea un insieme di regole¹⁴⁶. E' la creazione del regime patrimoniale a determinare la condizione giuridica dei beni che entrano poi in contatto con la sfera patrimoniale dei coniugi, ed è istituito anche da fatti giuridici diversi dalla stipulazione di convenzioni¹⁴⁷.

Anche l'atto costitutivo di fondo patrimoniale costituisce un insieme di regole, ma non determina le astratte categorie di beni cui eventualmente in futuro si applicherà, bensì gli specifici beni ai quali immediatamente si riferisce. Non è un sistema aperto, vale a dire pronto ad espandersi indefinitamente, bensì chiuso, cioè determinato nel suo oggetto *ab origine* (salvo, ovviamente, successivi atti o fatti idonei ad incidervi). E' noto, inoltre che l'atto-documento nel quale prende forma l'atto costitutivo di fondo patrimoniale, oltre alla convenzione vera e propria

¹⁴⁶ G. C. Botti, *op.cit.*, p. 397.

¹⁴⁷ Si pensi, ad esempio, al fallimento di uno dei due coniugi in regime di comunione, che comporta *de jure* l'instaurazione del regime di separazione dei beni (art. 191 comma 1 c.c.) mentre di per sé non incide sul fondo patrimoniale, salvo l'esperimento della revocatoria fallimentare da parte dei creditori, rispetto alla quale il fallimento costituisce un presupposto.

(determinazione delle regole che disciplinano il fondo)
, può racchiudere al proprio interno, anche un atto
dispositivo della proprietà o di un diritto reale minore:
si è di fronte, in questi casi, ad un atto complesso¹⁴⁸. Se
un coniuge conferisce dei beni già personali, senza
riservarsene la proprietà, si avrà un trasferimento della
con titolarità degli stessi; oppure se intende mantenerne
la (nuda) proprietà, l'altro coniuge acquisterà un diritto
assimilabile all'usufrutto.

Chiariti gli aspetti sostanziali dell'istituto e le
differenze non trascurabili rispetto alle altre
convenzioni matrimoniali, è possibile analizzarne le
conseguenze sul piano della pubblicità.

E' fuor di dubbio che l'annotazione nei registri
dello stato civile è ben comprensibile se riferita al
regime patrimoniale *generale* della famiglia. In passato
era prevista la sola trascrizione per opporre ai terzi
tanto la contitolarità quanto i vincoli gravanti sui beni
dei coniugi: la scelta di fondo operata dal legislatore del
1975, oggi, attraverso l'annotazione, permette di
pubblicizzare nella sua globalità il regime patrimoniale

¹⁴⁸ Cfr. A. M. Finocchiaro, *Diritto di Famiglia*, II, cit., p. 2435.

generale riferibile ad un soggetto ed, indirettamente, la condizione giuridica dei suoi beni presenti e futuri; al contrario, i regimi immobiliari sono inadeguati nel fornire informazioni di atti programmatici, essendo piuttosto strutturati per evidenziare la condizione giuridica di un bene specifico, rendendone noto l'atto immediatamente dispositivo. Tale pubblicizzazione immediata soddisfa il concreto interesse del creditore di uno o entrambi i coniugi a conoscere subito quale sia il regime patrimoniale riferibile al suo debitore, per poter determinare sin da subito il carattere personale o comune degli acquisti futuri (rispetto alla garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c.).

Si ritiene, tuttavia, che queste considerazioni non sembrano riferibili al fondo patrimoniale ed al suo atto costitutivo: con esso non si costituisce nessun regime patrimoniale generale e quindi la sua pubblicizzazione può essere realizzata con riferimento non ai soggetti cui è ricollegabile ma ai beni che ne formano oggetto, attraverso i registri immobiliari. L'atto costitutivo può inoltre essere immediatamente trascritto non appena stipulato e sempre con riferimento ai beni sui quali il

vincolo viene costituito: questi non possono che essere beni immobili o beni mobili registrati ovvero titoli di credito nominativi o resi tali (art. 167 c.c.) per cui il vincolo che vi grava può perfettamente essere reso noto per mezzo dei registri immobiliari e degli altri registri di cui all'art. 2683 c.c.

E dunque per l'atto costitutivo di fondo patrimoniale, l'annotazione sui registri dello stato civile appare come una forma di pubblicità non solo inidonea, ma addirittura superflua.

La trascrizione *ex art. 2647 c.c.* può allora riprendere la tradizionale funzione dichiarativa riguardo al fondo patrimoniale, pur mantenendo quella di mera pubblicità notizia rispetto alle convenzioni c.d. programmatiche¹⁴⁹. Nel quadro strutturale del fondo, potrebbe essere l'obbligo di annotazione della convenzione costitutiva ad avere effetti di mera notizia, al solo scopo di mettere i registri dello stato civile in grado di fornire un assetto completo della situazione patrimoniale della famiglia. In altre parole, non può

¹⁴⁹ A. Giusti, *La pubblicità nei rapporti patrimoniali tra coniugi. Profili critici ed analisi ricostruttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 412 e ss.

accettarsi, anche in considerazione della tipologia di beni coinvolti, che il fondo “annotato” e non trascritto sia opponibile ai terzi, ovvero che, nel caso di trascrizione successiva all’annotazione, l’opponibilità vada riferita alla data in cui quest’ultima è compiuta., perché così facendo si attua uno stravolgimento del sistema pubblicitario, a scapito della sicurezza e della trasparenza dei traffici giuridici.

Il riconoscimento dell’ordinaria funzione dichiarativa della trascrizione e di mera notizia per l’annotazione, consente inoltre di agganciarsi in modo lineare al sistema generale di pubblicità: l’esistenza del vincolo risulterà dai registri immobiliari. Le caratteristiche di tale vincolo indicate nell’atto costitutivo possono essere ricercate nell’archivio del notaio rogante per mezzo dei dati indicati nella stessa nota di trascrizione¹⁵⁰, ovvero possono essere conosciute nella stessa conservatoria ove la trascrizione

¹⁵⁰ La nota di trascrizione al quadro *A* indica anche gli estremi del titolo di cui è richiesta la trascrizione, il quadro *B* fornisce le informazioni circa i beni oggetto della convenzione ed il quadro *C* contiene tutte le informazioni circa i soggetti: dunque oggi la nota di trascrizione fornisce gli stessi dati dell’annotazione *ex art.* 162 ultimo comma c.c.

è reperita, visurando il titolo contenuto nell'apposito registro (art. 2664 c.c.).

Infine, gli eventuali trasferimenti della proprietà ovvero la costituzione o il trasferimento di diritti di godimento, dovranno essere ulteriormente trascritti secondo quanto disposto dagli art. 2643 e 2645 c.c., per i fini di cui all'art. 2645 c.c.. Le trascrizioni operate in forza degli art. 2643 e 2645 c.c. saranno effettuate a favore dell'alienante ed a carico dell'acquirente, secondo gli schemi ordinariamente vigenti; quelle *ex art. 2647 c.c.*, che sono relative al vincolo impresso sul bene, saranno a carico dei coniugi titolari del bene vincolato¹⁵¹.

Non si nega che tale interpretazione implica inesorabilmente alcune forzature al testo legislativo, ma le stesse, generate dall'equivoco principale racchiuso nell'art. 162 comma 4 c.c. che fa indistintamente riferimento alle convenzioni matrimoniali, si riputano necessarie al fine di individuare le formalità pubblicitarie ricollegabili a ciascuno dei momenti sostanziali di cui si compone l'atto costitutivo di fondo,

¹⁵¹ F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 51-52.

ed in ragione delle peculiarità di quest'ultimo rispetto alle altre convenzioni.

2. Vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*

L'articolo 39-*novies* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 come introdotto dalla legge di conversione (legge 23 febbraio 2006 n. 51, in vigore dal 1° marzo 2006) ha inserito nel codice civile il nuovo art. 2645-*ter*, dando finalmente una disciplina del c.d. negozio di destinazione, già oggetto di un approfondito dibattito dottrinale¹⁵², prevedendone espressamente la trascrizione.

L'art. 2645-*ter* c.c., nell'enumerare i presupposti della trascrivibilità del vincolo di destinazione, esordisce richiedendo la "forma pubblica" dell'atto;

¹⁵² Per tutti cfr. AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2003.

indicando evidentemente con ciò l'atto *pubblico*, quale descritto dall'art. 2699 del codice civile. In linea generale, l'art. 2657 c.c. richiede alternativamente, ai fini della trascrizione, la forma dell'atto pubblico o quella della scrittura privata autenticata: entrambe assicurano il conseguimento delle finalità proprie del sistema della trascrizione, che sono l'accertamento ad opera del notaio dell'identità della parte che sottoscrive il documento, costituente titolo per la pubblicità; ed il controllo, sempre ad opera del notaio, della legalità dell'atto, ai sensi dell'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89. Non sembrerebbe quindi aver senso la richiesta, ai fini di una specifica trascrizione, di requisiti di solennità maggiori.

Deve tuttavia evidenziarsi l'esistenza di altri "precedenti", in cui la legge richiede la forma dell'atto pubblico ai fini dell'iscrizione in determinati pubblici registri (come ad esempio per gli atti costitutivi e modificativi delle società di capitali e cooperative, o delle persone giuridiche disciplinate nel primo libro del codice civile). In questi casi la forma pubblica è comunque richiesta in vista di un effetto "sostanziale"

ulteriore connesso all'iscrizione¹⁵³ (effetto che, nell'esempio appena effettuato, si identifica con l'acquisto della personalità giuridica, in considerazione delle connesse esigenze di tutela dei terzi).

Ai fini della trascrizione, però, sarebbe astrattamente sufficiente la scrittura privata autenticata (art. 2657 c.c.). E' opportuno analizzare, quindi, perché, nel caso in esame, è richiesto l'atto pubblico. Dopo le recenti modifiche apportate alla disciplina della scrittura privata autenticata, quale contenuta nella legge notarile e nell'art. 474 c.p.c. (modifiche recate, rispettivamente, dall'art. 12 della legge 28 novembre 2005 n. 246; e dall'art. 2, comma 3, lett. e), n. 1, del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80, e modificato con legge 28 dicembre 2005 n. 263), l'essenza dell'atto pubblico ed il suo reale connotato distintivo rispetto alla scrittura privata autenticata devono essere ravvisati nell'obbligatoria indagine della volontà delle parti, da effettuarsi da parte del notaio a pena di nullità, ai sensi dell'art. 47 della

¹⁵³ G. Petrelli, *Trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 181 e ss.

legge n. 89/1913: indagine della volontà che è prescritta *ad substantiam actus*, ogni qualvolta si vuole garantire al livello massimo possibile la pubblica fede, la validità, l'efficacia e l'univocità dell'atto; e quindi ogniqualvolta si vuole assicurare, oltre al controllo di legalità *ex art. 28* della legge notarile, anche l'approfondito esame dell'intento delle parti, con finalità di protezione delle stesse parti (ad esempio nelle donazioni, nei patti di famiglia, nelle convenzioni matrimoniali) ovvero dei terzi (ad esempio, atti costitutivi e modificativi delle persone giuridiche)¹⁵⁴.

Questa "finalità di protezione" è perseguita dalla legge anche nel caso del vincolo di destinazione: la *gravità dell'effetto* non tanto per le parti, quanto per i terzi ("complicazione" della circolazione giuridica, in presenza di vincoli di destinazione di cui occorre individuare l'esatto contenuto), ivi compresi i creditori ("segregazione" del patrimonio vincolato), ha evidentemente indotto il legislatore a richiedere la forma dell'atto pubblico, quale modalità di formazione

¹⁵⁴ G. Petrelli, *L'indagine della volontà delle parti e la "sostanza" dell'atto pubblico notarile*, in *Riv. not.*, 2006, p. 29 ss.

dell'atto maggiormente idonea ad assicurarne l'univocità e la pubblica fede.

Alla luce di questa *ratio*, allora, se è il carattere reale del vincolo, e quindi la sua maggior "gravità", a giustificare la forma pubblica, e dato che l'opponibilità ai terzi discende unicamente dalla trascrizione, deve concludersi nel senso che la forma dell'atto pubblico è richiesta unicamente *ad transcriptionem*: l'atto di destinazione è quindi valido, e produce effetti obbligatori, anche se concluso in forma di scrittura privata; esso potrà tuttavia essere trascritto, e quindi creare un vincolo reale opponibile a terzi, unicamente ove rivesta la forma dell'atto pubblico.

Possono essere oggetto di destinazione, ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., beni immobili o beni mobili registrati. Balza subito agli occhi il parallelismo con l'art. 167 del codice civile, che consente di assoggettare al vincolo di fondo patrimoniale unicamente alcuni beni (immobili, mobili registrati, titoli di credito).

L'art. 2645-ter prevede però un *vincolo di destinazione atipico*, nel quale cioè lo scopo di destinazione non è predeterminato dal legislatore, ma è

rimesso all'autonomia privata, subordinatamente al giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*¹⁵⁵, comma 2, c.c. La fattispecie, peraltro, si colloca in un contesto normativo che conosce già "tipiche" figure di vincoli di destinazione o di indisponibilità, finalizzati alla tutela di specifici interessi normativamente individuati, e relativamente ai quali non è richiesto un giudizio di meritevolezza nel caso concreto. Esempi in questo senso sono i vincoli di destinazione e di indisponibilità nascenti dal fondo patrimoniale (artt. 167 ss., 2647 c.c.) e dalla cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss., 2649 c.c.), dei quali pure la legge prevede la trascrivibilità, sia pure con effetti diversi.

Un'efficacia di tipo dichiarativo, sul modello di quella prevista dall'art. 2645-ter c.c., è invece prevista in relazione ad alcuni vincoli "nominati".

Si consideri, innanzitutto, il vincolo d'indisponibilità nascente dal *rilascio dei beni, facenti parte dell'eredità beneficiata, ai creditori e legatari*: l'art. 507, comma 2 c.c. dispone che la dichiarazione di

¹⁵⁵L.M. Petrone, *L'utilizzo giurisprudenziale del concetto di meritevolezza*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 50.

rilascio deve essere trascritta presso gli uffici dei registri immobiliari dei luoghi in cui si trovano gli immobili ereditari; ai sensi del successivo comma 3, dal momento in cui è trascritta la dichiarazione di rilascio gli atti di disposizione dei beni ereditari compiuti dall'erede sono senza effetto rispetto ai creditori e legatari¹⁵⁶. Analoga disciplina è dettata in relazione al vincolo di indisponibilità conseguente alla nomina del curatore dell'eredità beneficiata, nell'ipotesi in cui l'erede sia incorso in decadenza dal beneficio, ma nessuno dei creditori e legatari intende farla valere (art. 509 c.c.). Il decreto di nomina del curatore è soggetto a trascrizione, ai sensi del comma 2 dell'art. 509 c.c.; a norma del successivo comma 3, sono inefficaci, rispetto ai creditori e legatari, gli atti di disposizione compiuti dall'erede dopo la trascrizione del decreto di nomina¹⁵⁷.

Ulteriore fattispecie da considerare è quella dei *patrimoni destinati ad uno specifico affare*, disciplinati dagli artt. 2447-bis e seguenti del codice civile: l'art.

¹⁵⁶ Sulla rilevanza della trascrizione della dichiarazione di rilascio, ai fini della costituzione del vincolo di indisponibilità, cfr. S. Pugliatti, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 43.

¹⁵⁷ R. Nicolò, *La trascrizione*, cit., p. 106 e ss.

2447- *quinquies*, comma 2, c.c., dispone che, allorché nel patrimonio siano compresi beni immobili o mobili registrati, la destinazione allo specifico affare debba essere trascritta nei pubblici registri, come condizione della separazione patrimoniale; per effetto della quale, i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti. Si propende, in questo caso, per la natura costitutiva della pubblicità¹⁵⁸.

In definitiva, le fattispecie "tipiche" di vincoli di destinazione hanno, sotto il profilo degli effetti della relativa trascrizione, una disciplina variegata, tendenzialmente riconducibile al sottotipo della pubblicità dichiarativa. La disciplina dell'art. 2645-ter c.c., con la connessa esigenza di verifica caso per caso della meritevolezza degli interessi, trova applicazione al di fuori delle fattispecie tipiche espressamente disciplinate.

¹⁵⁸ Cfr. C. Giannelli, *Commento all'art. 2447-quinquies e 2447-quinquies*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1238.

La trascrizione degli atti di destinazione non sembra, in ogni caso, essere obbligatoria: l'art. 2645-ter stabilisce che i medesimi atti "possono" essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione, e tale formulazione letterale sembrerebbe inequivoca nell'attribuire alle parti interessate la scelta in ordine al tipo di efficacia che si vuole assegnare al vincolo di destinazione (reale oppure meramente obbligatoria): solo, quindi, nel caso in cui le parti intendano attribuire allo scopo di destinazione un'efficacia di tipo reale, ed intendano quindi realizzare una vera e propria separazione patrimoniale con eventuale conseguente vincolo di indisponibilità, si procederà alla trascrizione del vincolo. In altri termini, sembra rimessa alle parti la decisione relativa alla trascrivibilità dell'atto di destinazione. Tale conclusione appare corroborata dal confronto con il dettato della disposizione immediatamente precedente: l'art. 2645-bis c.c., in relazione ai contratti preliminari, dispone infatti che gli stessi "devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente".

Ciò induce, peraltro, a interrogarsi in ordine alla *posizione del notaio*. L'art. 2671 c.c. dispone, infatti, che "il notaio o altro pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto soggetto a trascrizione ha l'obbligo di curare che questa venga eseguita nel più breve tempo possibile". Dalla disposizione sembrerebbe desumersi, quindi, un generalizzato obbligo del notaio di trascrivere gli atti dallo stesso ricevuti, ed in tale ottica va letto anche il richiamato art. 2645-bis c.c.: in assenza di prescrizioni di forma solenne, le parti sono libere di stipulare l'atto senza il ministero notarile, ma quando scelgono di avvalersi dell'operato del notaio quest'ultimo è obbligato a trascrivere. Nella fattispecie in oggetto, si è visto che le parti possono scegliere il veicolo formale dell'atto di destinazione, in quanto la previsione di forma pubblica è effettuata *quoad transcriptionem*. Ciò non sembra tuttavia sufficiente al fine di configurare un obbligo notarile di trascrivere: nella scelta tra le due opzioni interpretative non si può non accordare rilievo alla lettera della legge, ai sensi della quale gli "atti in forma pubblica possono essere trascritti: "possono" è espressione inequivocabile, nel

contesto della disposizione in esame che è espressamente riferita agli "atti in forma pubblica". Il notaio non è quindi obbligato a trascrivere l'atto ricevuto, anche se vi è ovviamente legittimato. Non sembra strettamente necessario che la volontà di richiedere la trascrizione del vincolo di destinazione debba emergere dall'atto pubblico, anche se può trattarsi di scelta redazionale opportuna al fine di far constare inequivocabilmente il consenso delle parti alla trascrizione, anche nei loro rapporti con il notaio rogante.

Quanto agli *effetti della trascrizione* del vincolo, come sopra eseguita, l'art. 2645-ter c.c. ricollega espressamente a tale trascrizione l'effetto di “rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione”, con un'espressione che sembra richiamare il concetto della pubblicità dichiarativa: sembrerebbe, cioè, che il vincolo nasca comunque, con effetti obbligatori, in capo al titolare del bene vincolato, salva l'inopponibilità ai terzi in difetto di trascrizione. Conseguentemente, il proprietario del bene che ponga in essere atti in violazione del vincolo non ancora trascritto sarà

responsabile nei confronti del disponente e dei beneficiari: nei suoi confronti potrà agire, ai fini dell'attuazione del vincolo, "qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente" (disposizione, questa, la cui operatività non sembra subordinata alla trascrizione).

Non si tratta, del resto, del primo caso di trascrizione di vincolo d'indisponibilità con efficacia dichiarativa e non costitutiva: basti pensare alla fattispecie della cessione dei beni ai creditori, alla cui trascrizione la prevalente dottrina riconosce, per l'appunto, valore dichiarativo¹⁵⁹. La dichiaratività o la costitutività debbono essere, peraltro, più correttamente riferiti non all'atto in generale, ma ai singoli effetti che dallo stesso discendono: cosicché, come meglio sarà evidenziato in prosieguo, mentre *ai fini del vincolo di indisponibilità* sembra potersi sicuramente parlare di *efficacia dichiarativa della trascrizione*, *ai fini della "separazione patrimoniale"* deve più correttamente individuarsi un'efficacia *costitutiva* della stessa, posto

¹⁵⁹ F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 166.

che in assenza di quest'ultima l'effetto segregativo non nasce.

L'ultimo periodo dell'art. 2645-ter c.c. richiama, peraltro, il disposto dell'art. 2915, comma 1, c.c., e quindi la disciplina del *conflitto tra il vincolo di indisponibilità ed il pignoramento*, che viene risolto sulla base della priorità delle trascrizioni. Detto art. 2915, comma 1, stabilisce che gli atti che importano vincoli di indisponibilità "non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione", se trascritti successivamente al pignoramento. La disposizione sembra confermare quanto sopra enunciato: *la trascrizione del vincolo è richiesta ai fini dell'opponibilità ai creditori*, fermo restando che il vincolo, pur non pregiudicante i diritti di questi ultimi, sorge comunque, con effetti *inter partes*, anche anteriormente alla sua trascrizione.

L'art. 2645-ter c.c. non contiene alcuna disposizione in ordine alle *modalità di esecuzione della trascrizione* del vincolo di destinazione. Occorre, sul

punto, distinguere a seconda del concreto modo di atteggiarsi della fattispecie.

Un primo possibile caso è quello del *vincolo di destinazione non accompagnato da trasferimento a favore di un fiduciario*: in tal caso la trascrizione dovrà essere effettuata solamente *a carico del titolare del bene vincolato*, alla stregua di un qualsiasi vincolo di indisponibilità, ed in genere degli altri atti che comportano unicamente una "diminuzione" patrimoniale senza dar luogo ad un corrispondente acquisto a favore di terzi. La trascrizione "contro" un determinato soggetto evidenzia, infatti, la cessazione, diminuzione o limitazione della relativa legittimazione a disporre di un dato bene o diritto 78. Nel caso di vincolo costituito a causa di morte, la trascrizione del vincolo andrà effettuata a carico non del *de cuius*, bensì del soggetto onerato dal vincolo (in qualità di destinatario dell'attribuzione relativa al bene gravato).

Non è, invece, necessaria la trascrizione del vincolo a favore dei beneficiari, i quali possono anche non essere determinati nel momento della costituzione del vincolo medesimo, possono eventualmente mutare

nel tempo, e comunque deve ritenersi siano titolari di diritti di natura personale, e non reale, sui beni vincolati¹⁶⁰.

Potrebbe poi darsi il caso del *trasferimento del bene ad un fiduciario, con contestuale creazione del vincolo di destinazione*. In questo caso due sono i mutamenti giuridici soggetti a trascrizione: il primo consegue all'atto traslativo, e comporta una trascrizione, a norma dell'art. 2643 c.c., a carico del disponente ed a favore del fiduciario; il secondo è rappresentato dal vincolo di destinazione, da trasciversi a carico del fiduciario ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.

Quanto all'oggetto *della trascrizione*, deve ritenersi che dalla nota debbano risultare, oltre ovviamente agli elementi richiesti dall'art. 2659 c.c., anche gli ulteriori *elementi* richiesti dall'art. 2645-ter c.c., *che identificano e qualificano il vincolo di destinazione*: dovranno, quindi, essere indicati nella nota, e precisamente nel quadro "D", la durata del

¹⁶⁰ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, p. 4.

vincolo di destinazione, i beneficiari e lo scopo del vincolo.

Per concludere in ordine alla disciplina della trascrizione, occorre analizzare il problema della sua cancellazione, nel momento in cui il vincolo si sarà estinto, per conseguimento dello scopo, per mutuo dissenso o revoca, per il verificarsi della condizione risolutiva o della scadenza del termine, o per le altre cause previste nell'atto istitutivo. La legge non contempla espressamente la possibilità di cancellazione, che è prevista dall'art. 2668 c.c. solo con riferimento a fattispecie determinate (domande giudiziali, condizione e termine, contratto preliminare). La mancanza di una espressa disciplina non deve però condurre ad una conclusione in senso negativo: come autorevolmente rilevato, la pubblicità legale è governata dal fondamentale principio di verità, che privilegia ovviamente un'informazione veritiera rispetto ad un'informazione inesatta o non aggiornata. Alla luce di tale principio, è stato fondatamente sostenuto che la pubblicità accessoria è svincolata dal principio di stretta tipicità, non essendovi ragioni per limitarne

l'attuazione, ed essendovi anzi un interesse della collettività a conoscere la reale situazione dei beni¹⁶¹. La cancellazione del vincolo di destinazione deve, quindi, ritenersi senz'altro ammissibile. Titolo per la cancellazione potrà essere, certamente, la sentenza, passata in giudicato, che accerti la cessazione del vincolo. In alternativa, potrà essere il consenso, espresso in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, reso dal disponente, dal fiduciario e dai beneficiari, cioè da tutte le "parti del rapporto giuridico", nascente dal vincolo di destinazione.

¹⁶¹ G. Gabrielli, *Pubblicità degli atti condizionati*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, I, p. 21 e ss.

3. La trascrivibilità del *trust*

L'istituto del *trust* è stato recepito nell'ordinamento italiano, non con una regolamentazione diretta dello stesso, ma con l'adesione alla Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata con Legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1 gennaio 1992. Con tale adesione lo Stato Italiano si è obbligato al riconoscimento di un istituto sicuramente estraneo al proprio ordinamento, soggetto alla legge regolatrice scelta dal disponente, non definito concettualmente ma descritto nelle sue caratteristiche minime (in particolare si vedano gli artt. 2 e 11 della Convenzione). L'art. 12 Conv. l'Aja riconosce la facoltà al *trustee* di registrare i beni immobili e mobili richiedendone l'iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi modo in grado di rilevare l'esistenza del *trust*, a meno che non sia vietato o sia incompatibile a norme della legislazione dello stato nel quale la registrazione deve aver luogo.

Su questo punto nel corso degli anni sono state sollevate molte perplessità che sembrano riguardare non solo i trust c.d. *interni*, ma in generale tutti i trust in cui siano coinvolti beni immobili situati in Italia.

La giurisprudenza e la dottrina italiana si sono occupati delle principali problematiche collegate alle adempimenti pubblicitari conseguenti ad atti di *trusts*, pronunciandosi, finora, per lo più in senso favorevole.

Le critiche mosse in merito alla trascrivibilità del vincolo in *trust* dalla dottrina e dalla giurisprudenza muovono innanzitutto dalla circostanza che la proprietà del *trustee* sarebbe una “nuova” forma di proprietà, sconosciuta al nostro ordinamento, e ciò violerebbe il *numerus clausus* dei diritti reali¹⁶²; in secondo luogo, come ampiamente analizzato in precedenza, il sistema della trascrizione delineato dal codice civile è improntato a criteri rigidi di tipicità, connessi alla tipicità dei diritti reali, che non consentono di trascrivere il vincolo che il *trust* imprime

¹⁶² M Lupoi, *op. cit.*, p. 5; L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Notariato*, 1999, p. 279 e ss.; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, in *Riv. Notariato*, 2001, p. 15 e ss.

sui beni e, più in generale, gli atti che producono effetti diversi da quelli tipici¹⁶³.

Sotto il profilo della compatibilità ai fini della trascrizione, va ricordato come in dottrina si contrappongono due scuole di pensiero delle quali, l'una ritiene non consentita, sulla semplice base dell'art. 12 Conv. la trascrizione della qualità di *trustee*, sostenendosi che essa violerebbe il principio della tipicità della trascrizione; più precisamente i fautori di questa teoria sostengono che il combinato disposto dagli articoli 2643 e 2545 c.c. consente sì la trascrizione anche di atti non esplicitamente menzionati nell'elenco in cui all'art. 2643 c.c, ma che tale facoltà è riservata esclusivamente a quegli atti che producono i medesimi effetti di quelli ivi indicati. E proprio perché gli effetti segregativi del trust non sono identici ad alcuno di quelli prodotti dalla pubblicità degli atti

¹⁶³ Cfr. , oltre agli autori già citati, Corte d'Appello Napoli 27 maggio 2004, in *Trust e att. fiduc.*, 2004, 4, p. 570 che, rifiutando la trascrizione di un trust autodichiarato, fonda la motivazione su una discutibile affermazione che la trascrizione è volta a risolvere questioni di appartenenza e non questioni di disponibilità aventi causa dalla disponibilità del bene.

elencati in tali norme, ne rimane inibita ogni forma di pubblicità immobiliare¹⁶⁴.

Sull'altro versante si pone un'altra corrente di pensiero che ritiene al contrario che la fonte normativa dell'art. 12 della Conv., nel consentire al *trustee* di "richiedere l'iscrizione della sua qualità di *trustee*" sia sufficiente per la finalità in oggetto, ciò in quanto, si è detto, la ratifica della convenzione ha comportato di per sé e da sola, l'acquisizione nel sistema sostanziale di un'altra espressa previsione di trascrizione consentita: è stato fatto riferimento al principio della legge posteriore che abroga e corregge quella anteriore, della legge speciale che prevede autonomamente, un'ipotesi di trascrizione. Si è anche fatto riferimento al principio di sistematicità nell'interpretazione delle leggi, nonché alla considerazione che la mancata pubblicità della qualità di trustee renderebbe di fatto e senza giustificazione la Convenzione inapplicabile per i trusts immobiliari.

A più di vent'anni dall'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja, è in ogni caso opinione comune

¹⁶⁴ Tesi ricalcata anche dal Tribunale di Belluno.

che ritenere illecito l'istituto del *trust* è carente di significato ove solamente si consideri che L'Italia ha aderito alla Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai *trust* e sul loro riconoscimento. Sostenere quindi che il *trust* è inconciliabile con il diritto positivo italiano significherebbe affermare che tutta la legge 16 ottobre 1989 n. 364 è disapplicata.

Quanto alla pubblicità degli effetti traslativi è stato chiarito che il trasferimento dei al *trustee* non crea un nuovo e atipico diritto di proprietà in quanto, a seguito del trasferimento, i beni entrano nella piena disponibilità del trustee. Pertanto, l'atto di trasferimento da disponente a *trustee* sarà a tutti gli effetti un atto che trasferisce la proprietà di beni immobili, secondo quanto previsto dagli artt. 2643 e 2645 c.c.

L'art. 12 della Convenzione impone sicuramente allo stato aderente l'obbligo di dare pubblicità al *trust* se questa è l'intenzione del *trustee*, anche perché nel nostro ordinamento è l'unico modo per far sì che si producano gli effetti segregativi di cui all'art. 11, effetti che lo Stato si è obbligato a

riconoscere nel caso un cui un determinato atto possa qualificarsi come trust.

Si ritiene pertanto che la disposizione convenzionale sia sufficiente a legittimare la trascrizione che rilevi l'esistenza del trust. Il fatto che il legislatore non abbia provveduto a modificare, in sede di ratifica della Convenzione, le disposizioni del libro VI del codice civile, non significa che tali atti non possono ricevere adeguata pubblicità, poiché nessuna norma del nostro ordinamento lo impedisce.

Da ultimo, occorre chiedersi quali siano, nell'ottica del *trust* e più in generale, in quella del diritto internazionale privato, le condizioni di applicabilità della nuova disciplina contenuta nell'art. 2645-*ter* c.c. È necessaria, a tal fine, effettuare un'operazione di verifica in ordine alla riconducibilità del vincolo di destinazione in oggetto alla figura del trust, quale disciplinato dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

In quest'ottica, viene in considerazione l'art. 2 della suddetta Convenzione, a norma del quale "per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una

persona, il costituente, con atto tra vivi o *mortis causa*, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico". Il presupposto che i beni vincolati costituiscano una massa *distinta*, quindi un *patrimonio separato*, deve ritenersi soddisfatto attraverso la previsione, contenuta nell'art. 2645-*ter* c.c., che li esclude dall'azione esecutiva da parte dei creditori del disponente. Non vi è, nella suddetta disposizione, una espressa previsione circa l'esclusione dei beni vincolati dal patrimonio del disponente (o del fiduciario); ma a ben vedere, una completa autonomia patrimoniale non è richiesta neanche dalla Convenzione dell'Aja, la quale contempla come meramente eventuale l'ipotesi in cui i beni siano esclusi dal regime patrimoniale e dalla successione del *trustee* (art. 11, comma 2, lett. *c*). Né la Convenzione richiede una separazione patrimoniale "bilaterale": è ben possibile che il *trustee* risponda con i propri beni personali delle obbligazioni contratte nella suddetta qualità.

Si è già dimostrato, d'altra parte, che, in conseguenza della trascrizione ex art. 2645-*ter* c.c., e

del coordinamento con gli artt. 45 e 79, ult. comma, l.f., e con l'art. 1707 c.c., si realizza per effetto della suddetta trascrizione anche la separazione del patrimonio di destinazione dalla massa dei beni oggetto del fallimento del fiduciario. Detta disciplina integra, quindi, l'ulteriore condizione prevista dall'art. 11, lett. b), della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 ("che i beni del trust siano separati dal patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta").

In definitiva, sembra che gli elementi essenziali, caratterizzanti il trust "convenzionale", ricorrano anche nella fattispecie in esame.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2003.

AAVV, *Circolazione del contratto preliminare*, a cura di Francesco Alcaro in *Notariato e diritto immobiliare*, diretto da Giancarlo Laurini e Ernesto Briganti, Milano, 2011

G. Baralis, C. Caccavale, *Diritti di uso "esclusivo" nell'ambito condominiale*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003

C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di F. Vassalli, Torino, 1972

C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999

L. Bigliuzzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Vol. XI-3, Milano, 1980

F. Bocchini, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977

G. Bonilini, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984

G. Branca, *Patto di indivisione e condominio di case*, nota a Cass. 11 giugno 1963, n. 1553, in *Rivista*

giuridica dell'edilizia, 1963

G. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982

P. Caliceti, *Patto di opzione e meccanismi pubblicitari*, in *Riv. dir. civ.*, 1992

C. Camardi, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1988

L. M. Cavallaro, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, in *Riv. Dir.civ.*, 2009

A. Celeste – L. Salciarini, *Il regolamento di condominio e le tabelle millesimali*, Milano, 2006

E. Cesaro, *Il contratto di opzione*, Napoli, 1969

A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998

A. Chiosi, *Il contratto preliminare a effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010

G. Cian, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997

R. Cicala, *Cessione del contratto*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 1990

C. Cillo – A. D’Amato – G. Tavani, *Dei singoli contratti*, I, Milano, 2005

M. Confortini, *La multiproprietà*, I, Padova, 1983

M. Comporti, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977

. Coviello, *La domanda di rivendica e la trascrizione*, in *Giur.it.*, 1928

M.C. Diner, *Il contratto in generale*, Milano, 2002

A. Falzea, *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir., Annali*, I, Milano, 2007

A. Fedele, *La comunione*, Torino, 1986

L. Ferri, *Della trascrizione*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1983

L. Ferri – P. Zanelli, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997

P. Forchielli, *Patto di opzione e condizione potestativa*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1948

A. Formiggini, *Il fallimento e la trascrizione dei contratti preliminari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997

G. M. Fragali, *Dei requisiti del contratto*, in *Comm.*

Cod. Civ. a cura di M. D'Amelio – E. Finzi, Firenze, 1948

Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1971

G. Gabrielli, *Pubblicità degli atti condizionati*, in *Rass. dir. civ.*, 1991

G. Gabrielli, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997

G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997

F. Gazzoni, *La Trascrizione immobiliare*, Milano, 1991

F. Gazzoni, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. Not.*, 1997

F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, in *Riv. Notariato*, 2001, p. 15 e ss.

R. Giovagnoli - M. Fratini, *Garanzie reali e personali, percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010

M. Ieva, *Le convenzioni matrimoniali e la pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. not.*, 2001

A.M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1984

M. Leo, *Il trasferimento di cubatura*, in *Studi e Materiali*, 6.2, Milano, 2001

A. Luminoso, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in A. Luminoso e G. Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998

M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001

G. Mariconda, C. Verde, G. Trapani, G. Capaldo, N. Atlante, *Le Pubblicità*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009

G. Mariconda, *La pubblicità*, Napoli, 2005

L. Mengoni, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, in *Atti del convegno di studio "La trascrizione del preliminare"*, a cura del Collegio Notarile di Trento e Rovereto, Riva del Garda, 1988

F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. com.*, a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1962

D. Messinetti, *Trascrizione delle domande giudiziali ed accertamento incidentale della sottoscrizione della scrittura privata (appunti sull'art. 2652 c.c. n. 3 cod.civ. e sul principio di tassatività degli effetti giuridici secondo l'art. 2645, codice civile)*, in *Giur.it.*, 1976

U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, Vol. I, *Proprietà e Possesso*, Milano, 2008

R. Nicolò, *La trascrizione*, I, *Appunti dal Corso di Diritto Civile*, Milano, 1973

R. Nicolò, *La trascrizione*, I, Milano, 1973

G. Palermo, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in A. Luminoso e G. Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, 1998

G. Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000

G. Petrelli, *L'indagine della volontà delle parti e la "sostanza" dell'atto pubblico notarile*, in *Riv. not.*, 2006

G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare, tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009

G. Petrelli, *L'evoluzione al principio della tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009

L.M. Petrone, *L'utilizzo giurisprudenziale del concetto di meritevolezza*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006

S. Pugliatti, *La trascrizione*, I, *La pubblicità in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957

V. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1972

L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Notariato*, 1999

D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. com.*, a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1962

M. Salvadori – G. Scaliti, *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, in *Contr. E imp.*, 1997

F. Santoro-Passarelli, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 1981

F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974

R. Scognamiglio, *Dei contratti in genere*, in *Comm.cod.civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970

E. Serao, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002

G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1980

S. Tondo, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro it.*, V, 1997

R. Triola, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IX, Torino, 2004

G. Vettori, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in *Il contratto in generale, V – Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002

A. Zaccaria – S. Troiano, *La pubblicità del contratto preliminare*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *Attuazione dei diritti*, Milano, 2009