

Trascrizione di domande giudiziali illegittime o infondate: profili di responsabilità civile

Giust. civ. 2011, 9, 2015

Giampaolo Frezza

1. L'esigenza primaria sottesa al sistema della trascrizione delle domande giudiziali è quella di tutelare l'avente causa dal convenuto, il c.d. «subacquirentee», di fronte alla possibilità che il suo titolo di acquisto sorto *pendente lite* venga meno, sia cioè dichiarato dal giudice, a vario titolo, invalido o inefficace (1).

La tutela del subacquirente è contrapposta a quella dell'attore, per il quale, secondo l'impostazione di autorevole dottrina, la durata del processo non deve andare a suo danno, onde «la sentenza che accoglie la domanda deve riconoscere il diritto come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda» (2).

Il contemperamento dei contrapposti interessi si fonda su un sistema quale quello delineato negli art. 2652 e 2653 c.c., coordinati con l'art. 111, comma 4, c.p.c. che, a seguito della trascrizione della domanda giudiziale, crea sul bene oggetto di disposizione *pendente lite* una sorta di «vincolo di indisponibilità» (3). Come autorevolmente osservato «la trascrizione rende difficilmente commercializzabile l'immobile sul quale viene ad incidere in quanto ha in ogni caso un'efficacia che non è molto lontana da quella di un vero sequestro» (4).

Non sembra, però, pienamente condivisibile l'osservazione in base alla quale il sistema della trascrizione delle domande giudiziali viene «in qualche modo a derogare alle ordinarie garanzie della certezza del diritto» (5)

(5) GUALANDI, *Trascrizione della domanda giudiziale e limiti di applicazione dell'art. 96, comma 2, c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 816, ripreso, condividendone il punto di vista, da PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, 376 ss.

La certezza, almeno come meta tendenziale, è insita nel principio di tipicità legale assoluta a cui il sistema della trascrizione delle domande si ispira: rispettando i precisi presupposti pretesi dalla legge, in punto di individuazione delle domande giudiziali trascrivibili, si ha certezza del diritto anche in un sistema di trascrizione, quale quello che qui ci occupa, non definitivo, ma che svolge una funzione prenotativa, cautelare e provvisoria (6).

Non va, dunque, confusa la tutela provvisoria con l'incertezza dell'esito del giudizio.

È indubbio, tuttavia, che chi acquista *pendente lite* deve accollarsi il rischio che il proprio dante causa soccomba in giudizio, onde la difficile commerciabilità del bene. È, altresì, indubbio che chi acquista in corso di giudizio

potrà subire un danno, quando la domanda giudiziale trascritta non è compresa negli elenchi di cui agli art. 2652 e 2653 c.c.

Come reagisce l'ordinamento giuridico di fronte all'accennato problema?

Si possono ipotizzare, almeno in linea teorica, diversi rimedi, così preventivi come successivi (cioè risarcitori).

Potrebbe, ad esempio, obbligarsi l'attore alla prestazione di una cauzione.

Osserva a tal proposito autorevole dottrina che in sede di riforma del codice civile italiano ««si era ventilata la possibilità [...] di obbligare l'attore a una prestazione di cauzione, ma l'idea fu scartata e non lasciò traccia neppure nei lavori preparatorii» (7).

Sempre in via preventiva potrebbe ipotizzarsi una sorta di cognizione sommaria da parte del giudice sulla trascrizione della domanda giudiziale: si pensi al § 885 BGB che subordina ««l'iscrizione della *Vormerkung* ad una *Einstweilige Verfügung*, ai sensi dei § 939 ss. ZPO, cioè ad un provvedimento d'urgenza, o al consenso di colui il cui diritto è colpito dalla prenotazione» (8).

Riguardo i rimedi successivi, si è prospettata, nel vigore del codice civile italiano del 1865 e in assenza di una norma generale corrispondente all'attuale art. 96 c.p.c., una sorta di responsabilità oggettiva dell'attore, la cui tutela è immediata seppur provvisoria, quando la domanda giudiziale è infondata o illegittima.

Il nostro legislatore ha, invece, optato per la soluzione della tutela successiva, risarcitoria con un criterio non già oggettivo ma soggettivo di imputazione della responsabilità.

2. Per mala fede, o per errata interpretazione degli art. 2652 e 2653 c.c., l'attore potrebbe trascrivere una domanda giudiziale intrascrivibile, onde la sua illegalità. Secondo una prospettiva rigorosa, ««il carattere tendenzialmente assoluto della pubblicità relativa alle azioni immobiliari, realizzato negli art. 2652 e 2653 c.c., restringe di molto le ipotesi concrete di trascrizioni illegittime» (9).

L'osservazione è esatta e condivisibile, ma i traffici moderni hanno posto il problema della trascrivibilità di molte domande relative a beni immobili non contemplate negli elenchi di cui agli art. 2652 e 2653 c.c.

A ciò si aggiunga che parte della dottrina propone oggi di superare il principio della tipicità di atti e domande giudiziali trascrivibili e l'eccezionalità dell'istituto della trascrizione, in un'ottica volta a scardinare i dogmi in materia di trascrizione, anche attraverso l'ausilio di un'indagine storico-comparativa e, addirittura, degli strumenti dell'analisi economica del diritto (10), orientamento criticabile secondo quanto si dirà in seguito commentando la sentenza che qui ci occupa, e in particolare il principio della tipicità legale assoluta che caratterizza il sistema della trascrizione.

Oltre alla trascrizione illegittima, si può ipotizzare una trascrizione della domanda giudiziale respinta perché infondata: è questo il caso contemplato, secondo l'orientamento dominante, nell'art. 96, comma 2, c.p.c.

Entrambe le ipotesi descritte sono state oggetto dell'intervento delle sezioni unite nella sentenza qui in commento; sentenza di cui appaiono condivisibili massima e motivazione.

3. Dottrina e giurisprudenza sono pressoché unanimi nel ritenere applicabile l'art. 96, comma 2, c.p.c. al caso in cui la domanda sia trascritta legittimamente (perché rientrante nelle ipotesi menzionate dagli art. 2652 e 2653 c.c.), ma venga poi respinta dal giudice perché infondata (11), ed è questo l'orientamento ribadito dalle sezioni unite.

Isolata e minoritaria è l'opposta prospettiva che richiama, a tal proposito, l'art. 96, comma 1, c.p.c. (12): l'applicabilità del comma 2 della norma citata non sarebbe possibile perché aggraverebbe la posizione di chi ha trascritto la domanda giudiziale confidando nell'esito positivo del giudizio. Si badi che il comma 1 dell'art. 96 c.p.c. richiede, quale elemento soggettivo di imputabilità, il dolo o la mala fede; il comma 2, invece, richiama la normale prudenza dell'attore, che, come tale, rende più facile l'imputazione della responsabilità.

La lettera della norma appare però inequivocabile, onde l'orientamento minoritario deve essere respinto: mentre il comma 1 si riferisce ai casi di lite temeraria, ipotesi cioè legate strutturalmente al processo, il comma 2 fa esplicito riferimento alle domande giudiziali trascritte, di cui il giudice accerta ««l'inesistenza del diritto»».

Il richiamo alla normale prudenza (colpa lieve), e dunque al comma 2, si giustificerebbe, secondo autorevole dottrina (13), anche in base al contenuto dell'art. 2668 c.c., il quale dispone la cancellazione della trascrizione quando la domanda giudiziale è stata rigettata.

Il riferimento all'art. 2668 c.c. è fuorviante anche perché altro è il caso di una domanda trascritta ma rigettata, altra è l'ipotesi di un'azione trascritta ma infondata.

L'infondatezza della domanda giudiziale equivale, in buona sostanza, alla ««inesistenza del diritto»». Da questo punto di vista l'art. 96, comma 2, c.p.c. è di difficile interpretazione: molto probabilmente l'espressione ««inesistenza del diritto»» non era chiara neanche al legislatore del 1940, onde, esclusa l'analisi strutturale della fattispecie, che non da chiari esiti interpretativi, la soluzione del problema deve rinvenirsi nell'analisi funzionale: ««l'interpretazione funzionale impone di ritenere che l'obbligo dell'attore di risarcire i danni, in ipotesi di infondatezza della domanda (legittimamente) trascritta, sia subordinato alla sussistenza non già della sua mala fede o colpa grave, bensì del suo aver agito senza la normale prudenza, cioè anche della sola colpa lieve»» (14).

Altro elemento che sorge dall'interpretazione dell'art. 96, comma 2, c.p.c. è cosa si intenda per ««attore che ha agito senza la normale prudenza»». Formula, quest'ultima, che equivale, secondo autorevole dottrina, a quella ««della mancanza della diligenza del buon padre di famiglia, ossia alla colpa lieve»» (15).

La giurisprudenza fa proprio tale orientamento affermando che ««la normale prudenza [...] deve essere valutata avendo riguardo alla prevedibilità dell'e-

sito finale della controversia vertente sulla fondatezza della domanda, ossia all'esistenza del diritto per il quale è conferita dalla legge la facoltà di trascrivere la domanda» (16).

La normale prudenza coincide, dunque, con la colpa lieve (17).

4. Secondo quanto sino ad ora argomentato, la dottrina e la giurisprudenza sono pressoché unanimi nel ritenere applicabile l' art . 92, comma 2, c.p.c. quando la domanda giudiziale trascritta è infondata.

Molto più complessa è invece l'analisi del risarcimento del danno per trascrizione illegittima, contendendosi il campo tre orientamenti (18).

Nel silenzio del legislatore, si ritiene applicabile al caso di specie l' art .

2043 c.c., oppure l' art . 96, comma 2, c.p.c., o, infine, l' art . 96, comma 1, c.p.c. (19).

È evidente la portata pratica nella scelta alternativa fra il modello risarcitorio di cui all' art . 2043 c.c. e quello di cui l' art . 96, commi 1 e 2, c.p.c.

Si badi che aver enfatizzato l'alternativa dei modelli risarcitori non è casuale, ma è la conseguenza di un dato incontrovertibile: la responsabilità di cui

all' art . 96 c.p.c. costituisce una *species* del genere del *neminem laedere*, principio generale rilevante *ex art . 2043 c.c.* (20), onde se ne deve escludere l'applicazione in concorso (21).

Tale rapporto di specialità impone di chiarire le differenze fra le due fattispecie.

Riguardo il profilo soggettivo di imputazione della responsabilità, ritenere applicabile l' art . 96, comma 1, c.p.c. alla trascrizione illegittima significa subordinare la responsabilità in capo all'attore alla sua mala fede o colpa grave, a differenza del comma 2 che invece prevede l'imputabilità per colpa lieve. L' art . 2043 c.c., diversamente, si riferisce agli elementi soggettivi del dolo e della colpa, genericamente intesi.

L'ingiustizia del danno, e la relativa prova, è un elemento giuridicamente rilevante in seno alla fattispecie di cui all' art . 2043 c.c., mentre non rilevante a livello di fattispecie qualora si ritenesse applicabile l' art . 96, comma 1, o, alternativamente, il comma 2, c.p.c., ove l'ingiustizia del danno è insita nel precetto disatteso (22).

Altro elemento di differenza consiste nella individuazione del giudice competente, o meglio ««nell'affermazione o meno dell'esigenza del *simultaneus processus* per il giudizio iniziato con la domanda assoggettata a trascrizione e per quello inteso ad ottenere la domanda al risarcimento danno per indebita (illegittima o illecita) trascrizione» (23).

Il richiamo all' art . 2043 c.c. determina che il risarcimento possa essere domandato in un autonomo processo; l' art . 96 c.p.c., invece, implica la competenza del giudice del giudizio già in corso.

5. L'applicabilità dell' art . 2043 c.c. fonda l'intervento delle sezioni unite qui in analisi.

Le argomentazioni sono chiare e cristalline e appaiono condivisibili.

Secondo le sezioni unite, l' art . 96 c.p.c. si fonda su un reciproco dovere di fedeltà delle parti, sulla cui questione è competente il giudice investito della domanda principale.

Nelle due ipotesi tipizzate dall' art . 96, commi 1 e 2, c.p.c., ««il fatto materiale costitutivo della responsabilità, cioè la esistenza o inesistenza del diritto vantato ed il modo con cui è stato esercitato, costituiscono l'oggetto della domanda principale»».

Così non è, invece, nel caso ««in cui sia vantato in giudizio un diritto in base a domanda non trascrivibile, ove il diritto per cui è stata proposta e trascritta la domanda può essere accertato esistente, e, tuttavia, dal fatto della trascrizione può essere derivato un pregiudizio che rileva come danno risarcibile»». Chi ha subito tale pregiudizio deve chiedere al giudice un accertamento in diritto su un fatto diverso: il danno conseguente alla illegittima trascrizione della domanda giudiziale.

È questa l'argomentazione più pregnante in ordine all'esclusione dell'applicabilità dell' art . 96, comma 2, c.p.c. al caso che ci occupa: meno condivisibile è, invece, la posizione di una certa giurisprudenza che addiviene allo stesso risultato, ma con argomentazioni criticabili.

Tale giurisprudenza sostiene che l' art . 96 c.p.c. avrebbe un ambito di applicabilità rivolto solo alle domande giudiziali trascritte e infondate: posta l'imprescindibilità dell'ingiustizia della procedura, l' art . 96, comma 1, c.p.c. si riferirebbe al processo di cognizione e il comma 2 al processo esecutivo o cautelare, con esclusione, dunque, della trascrizione illegittima il cui ambito sarebbe coperto, appunto, dall' art . 2043 c.c. (24).

Questo ragionamento non è condivisibile.

È, infatti, normativamente infondata la distinzione, in seno all' art . 96 c.p.c., fra danni derivanti dalla trascrizione di una domanda infondata riguardanti il processo di cognizione e quelli che si riferiscono all'esecuzione e ai procedimenti cautelari. È bensì vero che il comma 1 utilizza una terminologia forse più compatibile con la cognizione (««agiree» e ««resisteree» in giudizio), e che, invece, il comma 2 si riferisce esplicitamente all'esecuzione e ai processi cautelari, ma è anche certo che proprio il comma 2 contempla alla lettera le domande giudiziali trascritte, per le quali il giudice accerta ««l'inesistenza del diritto»». Tali domande si rinvencono proprio negli art . 2652 e 2653 c.c.: si tratta cioè in tutti i casi ivi contemplati di sole azioni di cognizione (25). Ciò è tanto vero che la dottrina più attenta ha indagato se le norme citate possano applicarsi anche all'esecuzione e al fallimento, con esiti positivi dell'indagine (26).

Ciò posto, deve dirsi che altra calzante argomentazione a favore dell'applicabilità dell' art . 2043 c.c. al caso della trascrizione illegittima deve rinvenirsi, secondo le sezioni unite, ««in ragione della totale inefficacia che avrebbe la trascrizione di domanda giudiziale non compresa fra quelle elencate negli art . 2652 e 2653 c.c. [...]. Se va condivisa l'astratta qualificazione della trascrizione della domanda giudiziale come atto processuale (laddove normativamente prevista) in quanto posto in essere in funzione di un processo, qualche riserva può fondatamente essere sollevata nel caso in esame, atteso che l'assenza di una previsione normativa legittimante la trascrizione della domanda esclude che alla stessa possa essere riconosciuta alcuna va-

lenza processuale, non potendo ad essa essere attribuito, neppure in via astratta ed ipotetica, alcun effetto sostanziale».

Ciò equivale a dire che l' art . 96, comma 2, c.p.c. fa ««riferimento alla inesistenza del diritto fatto valere con la domanda trascritta (cioè ipotizza un collegamento tra diritto e trascrizione) e che in tanto la trascrizione della domanda si collega al processo in quanto ciò sia previsto dalla legge; una domanda per la quale la legge non preveda la trascrizione non può essere, invece, considerata effetto del processo e la responsabilità per la sua trascrizione può sussistere anche quando essa dovesse risultare fondata, il che esclude l'applicabilità dell' art . 96, comma 2, c.p.c., con conseguente inevitabile inquadramento nell' art . 2043 c.c.» (27).

Non merita così di essere accolto l'opposto orientamento, secondo cui se è vero che la trascrizione delle domande giudiziali non è un atto processuale, onde l'inapplicabilità dell' art . 96, comma 2, c.p.c. quando la trascrizione è illegittima, è anche vero che la trascrizione è un ««atto» (*rectius*: ««fatto giuridico»») che si ««ricollega a un processo, nel quale trova la sua premessa essenziale e del quale può in un certo senso considerarsi ««effetto», onde la sua riconducibilità in seno all' art . 96, comma 2, c.p.c. (28).

L'impostazione ««funzionale», come argomenta la dottrina qui in analisi critica, non supera l'*impasse*: l'assenza di una previsione normativa legittimante la trascrizione della domanda esclude che alla stessa possa essere riconosciuta alcuna valenza processuale e sostanziale.

Se quanto detto si considera condivisibile, deve a maggior ragione ritenersi superato anche il terzo orientamento, quello secondo cui la norma applicabile, quando la trascrizione è illegittima, è l' art . 96, comma 1, c.p.c. (29).

6. Nell'affermare il principio di diritto esposto, le sezioni unite argomentano richiamando due ulteriori principi che vale la pena riprendere e approfondire, ovvero che:

a) le domande giudiziali trascrivibili sono solo quelle contenute negli elenchi di cui agli art . 2652 e 2653 c.c.;

b) non è trascrivibile una domanda giudiziale di accertamento di una scrittura privata contenente un patto di prelazione.

Quanto alla tipicità, occorre ribadire che l'elencazione delle domande giudiziali soggette a trascrizione contenuta negli art . 2652 e 2653 c.c. è tassativa. La trascrizione delle domande giudiziali risponde, allora, al principio della tipicità legale assoluta.

Tale tipicità si giustifica per varie ragioni.

Le due norme di riferimento, invero, si riferiscono non già a categorie generali e omnicomprensive, ma a ««categorie ristrette e limitate da termini precisi e rigorosi» (30). Ciò significa che le domande giudiziali che si possono trascrivere sono solo quelle indicate negli art . 2652 e 2653 c.c. e non altre.

Non deve, allora, ingenerare confusione l'inciso di cui al comma 1 dell' art . 2652 c.c., secondo cui si devono (*rectius*: possono) trascrivere le domande giudiziali ivi elencate ««qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell' art . 2643 c.c.»».

Tale rinvio non fa venir meno la tipicità a cui si ispira il sistema della trascrizione delle domande giudiziali, tipicità da riferire solo ed esclusivamente alle elencazioni di cui agli art. 2652 e 2653 c.c., cioè alle domande ivi elencate, riguardanti, ovviamente, i soli trasferimenti immobiliari o di diritti reali immobiliari o degli altri diritti personali di godimento previsti dall' art. 2643 c.c.

Non è esatto, allora, affermare, come pur argomenta un certo orientamento, l'esistenza di una corrispondenza necessaria fra atti e domande soggetti a trascrizione, nel senso che le domande giudiziali che si possono trascrivono non sono solo quelle contemplate negli art. 2652 e 2653 c.c., ma anche tutte quelle che si riferiscono ad ogni controversia avente ad oggetto gli atti che possono trascriversi ex art. 2643 c.c., o che possono trascriversi in base ad altre norme speciali (fatta eccezione per l' art. 2652, n. 3, c.c., per la cui ipotesi vale una regola in parte diversa su cui si dirà *infra*, § 7).

È, dunque, errato affermare, entro i limiti appena chiariti, che la trascrizione degli atti ««integraa» le fattispecie di cui agli art. 2652 e 2653 c.c. (31).

Quello accennato è, infatti, un non argomento. La corrispondenza fra le norme in esame, attesa la loro eccezionalità, per essere tale, deve essere tipica, cioè stabilita dal legislatore.

Così, in realtà, non è. La tipicità è, infatti, quella di cui agli art. 2643 e 2645-ter c.c., per gli atti, e, autonomamente, quella di cui agli art. 2652 e 2653 c.c., per le domande giudiziali.

Il parallelismo fra le norme, inteso nel senso sopra esposto, è, fra l'altro, pericoloso, e può ingenerare confusione concettuale, ««atteso che oggetto della pubblicità mediante trascrizione» ex art. 2643 c.c. è ««l'effetto prodotto e non l'atto che lo producee» (32); mentre negli elenchi di cui all' art. 2652 e 2653 c.c. la tipicità attiene alle domande, per gli effetti specifici di ognuna di esse. Non è un caso che il legislatore nei singoli casi contemplati negli art. 2652 e 2653 c.c. indichi gli effetti, ogni volta diversi, della trascrizione per ogni singola categoria di domande trascritte.

Nell' art. 2643 c.c., invece, ««la tipicità riguarda gli effetti, cosicché qualsivoglia atto che tali effetti produca pur al di fuori dello schema del contratto, della rinuncia abdicativa, delle sentenze e degli atti e provvedimenti previsti e suscettibili di trascrizione è suscettibile di trascrizione» (33).

Ciò è tanto vero che, per quanto riguarda la trascrizione delle domande giudiziali, non esiste una norma come quella di cui all' art. 2645 c.c.; norma che a prescindere dalle modalità con cui è interpretata in dottrina e giurisprudenza non si applica alla trascrizione delle domande giudiziali (34), onde la tassatività assoluta degli elenchi di domande di cui agli art. 2652 e 2653 c.c. (35).

Tipicità che è confermata dalla natura delle norme che la disciplinano: gli art. 2652 e 2653 c.c. sono, infatti, norme eccezionali e, come tali, insuscettibili di applicazione analogica. Ecco, dunque, che seppure quello in analisi si presenta come un istituto di *ius singulare*, all'interprete potrebbe essere consentita, eventualmente, l'interpretazione estensiva, dovendosi, però, specificare che, ««come esattamente avvertiva Coviello, non può essere assunto

l'interesse dei terzi come criterio di estensione, perché se è vero che tutti gli atti da trascrivere interessano i terzi, non è vero che tutti gli atti che interessano i terzi sono da trascrivere; in tanto quest'interesse può assumere giuridica rilevanza, in quanto sia conosciuto da norma di legge, si subiettivizzi cioè in un diritto» (36).

Conferma l'orientamento sopra riportato l'analisi della giurisprudenza, la quale ha ribadito, in più di una decisione, la «tassatività» delle domande trascrivibili (37), basandola, talvolta, sul presupposto che il nostro ordinamento giuridico non conosce una trascrivibilità facoltativa delle domande giudiziali (38): la trascrizione è consentita, allora, solo riguardo le domande per le quali è espressamente prevista e agli effetti stabiliti dalla legge (39).

7. La tipicità delle domande trascrivibili si collega, secondo quanto appena chiarito, alla mancanza di una corrispondenza necessaria fra atti e domande soggetti a trascrizione (con eccezione, però, del caso di cui all' art . 2652, n. 3, c.c., per il quale, avvenuto l'accertamento giudiziale della sottoscrizione di una scrittura privata, non deve essere trascritta la sentenza ma il titolo documentato nell'accertamento: in tal modo la trascrizione della domanda anticipa gli effetti della trascrizione del titolo, reso possibile, appunto, dalla sentenza di accertamento).

Proprio a tal proposito, un altro passaggio della motivazione merita attenzione.

Si tratta della trascrivibilità della domanda di accertamento di una scrittura privata contenente un patto di prelazione, esclusa, a ragione, dalle sezioni unite.

Si badi che nei motivi di ricorso della parte interessata si denuncia la ««violazione degli art . 2645-*bis* c.c., 2652 e 2653 c.c., in relazione alla pretesa non trascrivibilità della domanda volta ad accertare l'esistenza di un patto di prelazione»».

Il richiamo all' art . 2645-*bis* c.c. è doppiamente fuorviante. Sul piano sostanziale, infatti, la pretesa assimilazione fra patto di prelazione e contratto preliminare deve essere respinta. Sul piano degli effetti, inoltre, il problema non è quello della trascrivibilità del patto di prelazione, da escludersi tassativamente, ma dell'intrascrivibilità di una domanda di accertamento del patto di prelazione.

Riguardo il primo aspetto, vale la pena sinteticamente ricordare che secondo una parte della giurisprudenza il patto di prelazione rientra nell'ampio *genus* del contratto preliminare (40): l'identificazione si basa sul presupposto che obbligarsi a preferire equivalga ad obbligarsi a contrarre. In senso contrario è stato, tuttavia, rilevato che nel patto di prelazione il promittente è assolutamente libero di contrarre o non contrarre (41) (l'unica sua concreta obbligazione positiva è rappresentata dalla formulazione della c.d. «*denuntiatio*»), a differenza del contratto preliminare, il quale, com'è noto, obbliga alla conclusione del contratto definitivo.

Per superare l'ostacolo, si afferma che la prelazione volontaria possa qualificarsi quale preliminare unilaterale sottoposto a condizione sospensiva potestativa, con applicabilità, se ricorrono i presupposti, dell' art . 2932 c.c. e

delle norme codicistiche previste dal codice civile per il contratto preliminare: l' art . 1351 c.c., e, appunto, l' art . 2645-*bis* c.c.

Difficoltà si rinvenivano, tuttavia, nell'individuazione dell'evento dedotto in condizione.

Tale evento è identificato nella volontà libera, discrezionale e insindacabile del promittente di addivenire alla conclusione del successivo contratto. È stato, tuttavia, osservato, in senso contrario, che ««la volontà nello schema negoziale è presa in considerazione solo se ne costituisce elemento essenziale e perché rilevi come elemento accidentale è necessario che si traduca in un atto. Non pare esatta l'affermazione che l'atto in questione possa essere la *denuntiatio*; quest'ultima, infatti, costituisce un obbligo per il promittente, ed il suo adempimento, in quanto tale, non è deducibile in condizione» (42). Né tale evento sembra potersi identificare con la conclusione del successivo contratto, come pur suggerito, perché tale conclusione è temporalmente, e logicamente, successiva all'adempimento o, eventualmente, inadempimento dell'obbligo di preferenza.

Il patto di prelazione non può, dunque, considerarsi quale preliminare unilaterale trascrivibile ai sensi dell' art . 2645-*bis* c.c.

Tuttavia, come in parte anticipato, il richiamo, nella sentenza qui in commento, all' art . 2645-*bis* c.c. è (doppiamente) errato perché il problema che ci occupa non attiene alla trascrivibilità del patto di prelazione, ma riguarda l'intrascrivibilità di una domanda giudiziale di accertamento di un patto di prelazione.

Non è condivisibile, allora, affermare, come fanno le sezioni unite, che improprio è il richiamo all' art . 2645-*bis* c.c. perché ««nella specie non è configurabile alcun contratto ad effetti reali traslativo o costitutivo» e che ««l' art . 2645-*bis* c.c. non sarebbe in ogni modo applicabile, atteso che risulta che l'accordo è stato concluso con una semplice scrittura privata».

Il problema, invero, non è quello della trascrizione illegittima del patto di prelazione, inteso in ipotesi come preliminare unilaterale, ma quello dell'illegittimità della trascrizione della domanda di accertamento di un patto di prelazione, onde la norma da richiamare occorreva individuarla, in ipotesi, in seno agli art . 2652 e 2653 c.c.

Poteva così indagarsi sulla possibilità di rinviare all' art . 2652, n. 3, c.c., ipotesi che prevede la trascrizione della domanda diretta a ottenere l'accertamento della sottoscrizione di scritture private in cui si contiene un atto soggetto a trascrizione o iscrizione.

La giurisprudenza, a tal proposito, è intervenuta in ordine alla trascrivibilità di tale domanda riferita a un trasferimento immobiliare, e non già, come nel caso in esame, riguardo all'accertamento del patto di prelazione.

In quel contesto, cioè solo là dove si controverta sull'accertamento di un trasferimento immobiliare o altro diritto equiparato, potrebbe discutersi se aderire alla posizione più estensiva, quella che cioè ammette la trascrivibilità della domanda di mero accertamento di una scrittura privata pur in assenza di una istanza di verifica della firma (43), essendo tale accertamento giudiziale, come dire, ««implicito» (44); oppure a quella più rigorosa, se-

condo cui tale domanda non rientrando tra quelle ««previste dall' art . 2652, n. 3, c.c. non può essere trascritta, ancorché tendente ad un giudicato che presuppone l'autenticità delle sottoscrizioni, e, se trascritta, non può avere gli effetti della prenotazione in vista della futura trascrizione della scrittura privata posta a fondamento della pretesa, perché le disposizioni che prevedono la trascrizione delle domande e l'opponibilità degli effetti della sentenza nei confronti dei terzi sono tassative non solo nel senso che dalla trascrizione derivano soltanto gli effetti espressamente previsti dalla legge, ma anche nel senso che tali effetti sono prodotti esclusivamente dagli atti e dalle pronunce specificamente indicati nelle norme stesse» (45).

Ma quando si tratta di una domanda di accertamento di un patto di prelazione deve tassativamente escludersi la trascrivibilità *ex art . 2652, n. 3, c.c.* Né opportuno è il richiamo all' art . 2653, n. 1, ove si fa riferimento (anche) alla trascrizione delle domande dirette all'accertamento del diritto di proprietà e dei diritti reali di godimento, proprio perché altro è un diritto reale da accertare (46), altro è l'accertamento della situazione sottesa al patto di prelazione, onde, conclusivamente, la intrascrivibilità di una simile domanda.

Note:

(1) MASTROCINQUE, *La trascrizione: commento agli art . 2643-2696 del codice civile*, Roma 1963, 315 ss.

(2) CHIOVENDA, *Principi di diritto civile*, Napoli s.d., 874 ss.; ID. *Sulla ««perpetuatio iurisdictionis OE»*, in *Foro it.*, 1923, I, 363 ss., e in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, 271 ss.

(3) NICOLÒ, *La trascrizione*, III. *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano 1973, 68.

(4) FERRI L., ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile* cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro sesto. Della tutela dei diritti (Art . 2643-2696)*, Bologna-Roma 1977, sub art . 2652-2653, 315.

(5) GUALANDI, *Trascrizione della domanda giudiziale e limiti di applicazione dell' art . 96, comma 2, c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 816, ripreso, condividendone il punto di vista, da PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, 376 ss.

(6) NICOLÒ, *op. cit.*, 13.

(7) NICOLÒ, *op. cit.*, 68 s.

(8) PROTO PISANI, *op. cit.*, 380, nt. 289. Per meglio comprendere quanto argomentato nel testo è forse utile ricordare che il § 885BGB, rubricato ««Presupposti per l'iscrizione della prenotazione»», prevede che: ««1. L'iscrizione di una prenotazione si fa in base ad provvedimento cautelare o in base al consenso di colui il cui bene immobile od il cui diritto è gravato dalla prenotazione. Per la concessione del provvedimento cautelare non è necessario che sia dimostrata la sussistenza del pericolo per la realizzazione della pretesa. 2. Al momento dell'iscrizione, per la più precisa descrizione della pretesa che deve essere garantita si può far riferimento al provvedi-

mento cautelare od al consenso del titolare»: in *Codice civile tedesco*, traduzione e presentazione a cura di S.PATTI, Milano 2005, 625.

(9) PROTO PISANI, *op. cit.*, 379.

(10) PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, I, 689 ss.; ID., *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, ivi, 2007, I, 611 ss.

(11) DE LISE, *Della trascrizione*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile* diretto da V.DE MARTINO, Novara-Milano 1970, 398 ss.; FERRI L., ZANELLI, *op. cit.*, 316; PROTO PISANI, *op. cit.*, 367 ss.; NICOLÒ, *op. cit.*, 68. Ampia trattazione e riferimenti di giurisprudenza in ZACCARIA, TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino 2005, 240.

(12) GUALANDI, *op. cit.*, 815.

(13) PROTO PISANI, *op. cit.*, 383.

(14) PROTO PISANI, *op. cit.*, 384.

(15) NICOLÒ, *op. cit.*, 69; PROTO PISANI, *op. cit.*, 385; DE LISE, *op. cit.*, 407.

(16) Cass. 5 agosto 1983 n. 5265; altre indicazioni in ZACCARIA, TROIANO, *l.c. cit.*

(17) Cass. 17 gennaio 1996 n. 342. Al di là del caso che ci occupa in questa sede, quando si analizza il problema della gradazione della colpa da cui la distinzione, riconducibile al diritto postclassico e bizantino, fra colpa grave, lieve e lievissima gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali appaiono tutt'altro che pacifici: riferimenti in CAFAGGI, IAMICELI, *La colpa*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di CENDON, *La responsabilità civile*, IX. *Responsabilità extracontrattuale*, Torino 1998, 369 ss.

(18) Per una sintesi ragionata e accurata, si rinvia a DE LISE, *op. cit.*, 398 ss.

(19) Riferimenti in PROTO PISANI, *op. cit.*, 381 ss. I tre orientamenti accennati nel testo riflettono l'evoluzione giurisprudenziale: secondo Cass. 6 febbraio 1984 n. 874, in *Foro it.*, 1984, I, 1892, ««l' art . 96 c.p.c., il quale prevede i casi di responsabilità risarcitoria per atti o comportamenti processuali della parte, e devolve in via esclusiva la decisione in proposito al giudice cui spetta di conoscere il merito della causa, fissa un'integrale e completa disciplina della responsabilità processuale, esaurendone tutte le ipotesi, con la conseguenza che resta preclusa ogni possibilità di invocare i principi generali della responsabilità per fatto illecito di cui all' art . 2043 c.c., sia pure con limitato riguardo alle procedure cosiddette illegittime (in contrapposizione a quelle ««ingiustee») ». Secondo altro orientamento, invece, ««la previsione della speciale responsabilità processuale aggravata ex art . 96 c.p.c. comprende tutte le ipotesi di atti e comportamenti processuali delle parti e copre ogni possibile effetto pregiudizievole che ne derivi, restando perciò preclusa la possibilità di invocare, con una domanda autonoma e concorrente, i principi generali della responsabilità per fatto illecito di cui all' art . 2043 c.c. con riguardo a una specifica asserita conseguenza dannosa di quegli stessi atti. Pertanto nell'ipotesi in cui il convenuto, proposta domanda di risarcimento danni per responsabilità aggravata ex art . 96 c.p.c., proponga ulteriore domanda risarcitoria ex art . 2043 c.c.

per il discredito commerciale subito in conseguenza dell'azione giudiziaria intrapresa dall'attore, chiedendo soltanto la condanna generica di quest'ultimo, tale domanda, dovendo necessariamente essere ricompresa nell'ambito della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., deve essere dichiarata inammissibile, perché formulata contro il principio della competenza funzionale del giudice investito del merito, al quale spetta in via esclusiva la cognizione inscindibile sull' *ane sul quantum* della speciale pretesa risarcitoria»: così Cass. 4 aprile 2001 n. 4947. Conformi: Cass. 7 maggio 1998 n. 4624; Cass. 23 maggio 1994 n. 5022. Infine, altra parte della giurisprudenza ritiene che «l'azione di risarcimento dei danni subiti in conseguenza della trascrizione di una domanda giudiziale trova il suo titolo giuridico nell'art. 2043 c.c. nella ipotesi di domanda non trascrivibile, in quanto non compresa in nessuno di casi previsti dagli art. 2652 e 2653 c.c., dovendosi nell'eseguita trascrizione ravvisare un vero e proprio fatto illecito, e nell'art. 96, comma 2, c.p.c., nella ipotesi di domanda che pur essendo suscettibile di trascrizione, in concreto non poteva essere trascritta, non sussistendo il diritto con essa fatto valere: con la conseguenza in quest'ultimo caso che è improponibile la domanda con la quale si chieda al giudice della causa del merito, che è investito dell'esclusiva competenza, il solo accertamento della responsabilità con la liquidazione del danno in separata sede»: così Cass. 20 ottobre 1990 n. 10219.

(20) Indicazioni in MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, *Le fonti delle obbligazioni*, III, Torino 1998, 863; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da FRANZONI, Milano 2004, 213. In giurisprudenza, Cass. 2 febbraio 1995 n. 1237.

(21) Cass. 8 giugno 1981 n. 3694, riguardo l'art. 96, comma 2, c.p.c.

(22) MONATERI, *loc. cit.*

(23) DE LISE, *op. cit.*, 408.

(24) Cass. 30 marzo 1981 n. 1821.

(25) Nel senso del testo anche DE LISE, *op. cit.*, 404, ove si legge che l'art. 96 c.p.c. non autorizza la distinzione «fra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione, né fra attuazione di misure cautelari e altra attività giudiziaria».

(26) COLESANTI, *Trascrizione della domanda e sequestro del bene alienato pendente lite*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 227 ss.; ID., *Trascrizione della domanda ed estinzione del processo*, *ivi*, 674 ss.; ID., *La trascrizione della domanda di nullità e i terzi subacquirenti*, *ivi*, 1967, 94 ss.; ID., *Sull'intervento del successore a titolo particolare nel processo a lui in opponibile*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, II, 387 ss.; ID., *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano 1972.

(27) TRIOLA, *Della tutela dei diritti: la trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, IX, Torino 2004, 179.

(28) GRASSO E., *Note sui danni da illecito processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1959, 284; VISENTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova 1967, 193.

(29) FERRI L., ZANELLI, *op. cit.*, 315.

(30) PROTO PISANI, *op. cit.*, 234.

(31) Un esempio, anche se lontano dal caso di cui alla sentenza in commento, valga a chiarire il concetto. La giurisprudenza di merito propone un'interpretazione sistematica delle norme sulla trascrizione (art. 2643, 2645, 2652 e 2653 c.c.) allo scopo di colmare la lacuna dell'ordinamento giuridico in tema di trascrivibilità del ricorso contenente la domanda di assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio, trascrivibilità non prevista da una norma tipica (Trib. Venezia 20 luglio 1993, in questa *Rivista*, 1994, I, 262; Trib. Milano 26 aprile 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 699). Parte della dottrina, per dare risposta positiva al quesito, afferma che il legislatore ««nell'istituire la trascrizione dell'assegnazione della casa familiare, abbia automaticamente integrato le previsioni di cui all'art. 2643 (Atti soggetti a trascrizione)» e abbia allo stesso modo integrato ««la norma di cui all'art. 2652 (Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione) o, quantomeno, all'art. 2653 (Altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti) c.c.»» (FRACCON, *Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare*, *ivi*, 670). In tal senso, si ritiene trascrivibile la domanda di assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio. Sulla critica a un simile modo di argomentare e per gli approfondimenti in ordine alla risoluzione del problema posto, si rimanda a GAZZONI, *Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale*, *ivi*, 2008, 737 ss., e, per la critica a tale ultima impostazione, a FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano 2008, 165 ss.

(32) GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, II, Milano 1998, 105, ed *ivi* riferimenti.

(33) GAZZONI, *loc. ult. cit.*

(34) Di diverso avviso, pur ribadendo la tassatività delle domande giudiziali trascrivibili, appare TRIOLA, *op. cit.*, 180, il quale, argomentando che l'art. 2645 c.c. in realtà non fa venire meno né la tassatività degli atti soggetti a trascrizione, né l'eccezionalità dell'istituto, ritiene applicabile tale norma anche alla trascrizione delle domande giudiziali.

(35) RICCA, *Trascrizione: II) Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma 1994, 6.

(36) PROTO PISANI, *op. cit.*, 234 s. e nt. 46 e 47, per le indicazioni bibliografiche.

(37) Cass. 23 novembre 1983 n. 6994, in *Riv. not.*, 1984, 417 ss.; Cass. 26 novembre 1979 n. 6182; ampi riferimenti in ZACCARIA, TROIANO, *op. cit.*, 223 ss.

(38) Cass. 4 aprile 1978 n. 1523; Cass. 5 maggio 1960 n. 1029, in questa *Rivista*, 1960, I, 1340 ss.

(39) Nonostante quanto si è argomentato *supra*, parte della dottrina sottopone oggi a revisione critica il principio della tipicità (PETRELLI, *Pubblicità legale*, *cit.*, 689 ss.), negando la tassatività degli atti e delle domande giudiziali trascrivibili, dato che non possono ««trascurarsi i numerosi indici

[...] di un sostanziale cambiamento di prospettiva da parte del legislatore» e anche della giurisprudenza. In un'ottica volta a superare i dogmi in materia di trascrizione immobiliare, la prospettiva in esame sostiene che deve, in primo luogo e tenuto conto di un'indagine storico-comparativa, superarsi il principio dell'eccezionalità dell'istituto della trascrizione. Ciò è tanto vero che ««l'impiego della pubblicità legale ai fini della soluzione di conflitti costituisce ormai la regola e non l'eccezione»», onde l'ammissibilità di una interpretazione sistematica per la trascrivibilità di quelle ipotesi che sono carenti di disciplina tipica, allo scopo di colmare la lacuna. Si pretende, in tal modo, di creare una teoria generale della trascrizione immobiliare, senza distinguere fra atti, sentenze, domande giudiziali, atti e provvedimenti di natura urbanistica, vincoli pubblicistici di indivisibilità, vincoli culturali e ambientali, trascrizioni tributarie, come invece è necessario distinguere. Omogeneità che rilevarebbe sia sotto il profilo funzionale e dell'interesse pubblicistico sotteso al sistema della trascrizione, sia sotto il profilo strutturale, avendo, cioè, riguardo alla soluzione dei ««conflitti», genericamente intesi dalla dottrina qui in analisi, e senza distinguo alcuno. Tali conflitti, però, non sono affatto omogenei, e, soprattutto, la funzione della trascrizione non è sempre la stessa. I conflitti sottesi all' art . 2644 c.c., per gli atti di cui agli art . 2643 e 2645 c.c., sono, infatti, quelli fra più aventi causa da un comune autore e la funzione dichiarativa della trascrizione immobiliare degli atti serve a rendere opponibile, sul piano dell'efficacia, il secondo acquisto dal comune dante causa, trascritto per primo. Si tratta, poi, di una trascrizione con funzione definitiva. Così non è per le ipotesi di cui agli art . 2652 (ad eccezione dei n. 2 e 3) e 2653 c.c., ove il conflitto ipotizzabile è quello fra attore in giudizio ed avente causa dal convenuto, il c.d. ««sub acquirentee». E, soprattutto, sotto il profilo funzionale, come già detto, la trascrizione delle domande giudiziali è provvisoria, cautelare, pronotativa e non già definitiva. Tali differenze, funzionali e strutturali, non rendono, allora, possibili né l'interpretazione sistematica, né, considerata l'eccezionalità delle fattispecie, quella analogica. Appare evidente, in sintesi, che il rigore della distinzione tradizionale fra diversi tipi di interpretazione e distinzione fra diversa natura delle norme si rende necessario, come emerge da quanto sino ad ora argomentato, in un sistema, quale quello della trascrizione delle domande giudiziali, informato alla necessità di garantire la certezza dei traffici giuridici.

(40) Cass. 21 gennaio 1982 n. 402, in *Foro it.*, 1982, I, 1983; Cass. 13 maggio 1982 n. 3009, in questa *Rivista*, 1982, I, 3085. *Contra*, Cass. 23 gennaio 1975 n. 265, in *Foro it.*, 1975, I, 386.

(41) Cass. 18 luglio 2002 n. 10435, in questa *Rivista*, 2003, I, 2867.

(42) CATRICALÀ, *Funzioni e tecniche della prelazione convenzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 546.

(43) Cass. 15 gennaio 1986 n. 174; Cass. 4 novembre 1982 n. 5802, in *Foro it.*, 1983, I, 683. Altre indicazioni in MOLINARI U., *Sulla trascrivibilità della domanda tesa ad accertare il trasferimento della proprietà di un immobile*

tramite scrittura privata non autenticata (nota a Cass. 21 ottobre 1993 n. 10434), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 600 ss.

(44) Cass. 4 aprile 1981 n. 1915.

(45) Cass. 21 ottobre 1993 n. 10434, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 595, con nota di MOLINARI U., cit.

(46) Cass. 21 ottobre 1993 n. 10434, cit. ritiene, infatti, che dalla trascrivibilità della domanda diretta all'accertamento della proprietà o di diritti reali di godimento, di cui all' art . 2652, n. 1, c.c. si sottraggano quelle tendenti all'attuazione e all'accertamento di rapporti contrattuali, anche se prospettate sotto il profilo dell'accertamento del diritto che si pretende trasferito in forza del contratto.

Da banca dati on line De Jure Giuffré