

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TRE

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"

SEZIONE DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA

XXV CICLO

COMPARAZIONE E CONTAMINAZIONI

TRA LA PUBBLICITÀ TAVOLARE E DELLA TRASCRIZIONE

Tesi di dottorato di

Carlo Rusconi

Docente Guida:

Chiar.mo Prof. Andrea Nicolussi

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

Il legislatore austriaco, ordinando la iscrizione nei pubblici libri, ebbe in mira principalmente il bene universale; volle offrire alla generalità de' cittadini un mezzo che valesse a salvarli dall'iniquità e dalla mala fede altrui; volle infine rendere certi gli acquisti e tranquilli i possessori, che sulla fede dei pubblici libri avessero legittimamente acquistato.

(J. MATTEI, *I paragrafi del codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde*, II, Venezia, 1853, 342 s.)

INDICE

CAPITOLO I

LINEAMENTI STORICI E PROFILI SISTEMATICI DELLA PUBBLICITÀ IMMOBILIARE

§ 1. Diritto privato e pubblicità.	2
§ 2. Sviluppo storico della pubblicità immobiliare in Francia, nei territori tedeschi e austriaci.....	5
§ 3. La pubblicità immobiliare in Italia dal codice del 1865 al codice del 1942. In particolare, i progetti per l'adozione del sistema tavolare.	16
§ 4. La pubblicità immobiliare quale istituto strumentale alla <i>«tutela dei diritti»</i> . Verifica.....	23
§ 5. Formalismo pubblicitario e apparenza di titolarità del diritto.	29
§ 6. Funzioni della trascrizione.....	34
§ 7. Registri immobiliari e catasto: separatezza e coordinamento.....	39

CAPITOLO II

IL SISTEMA TAVOLARE ITALIANO AL CROCEVIA DELLE TRADIZIONI GERMANICA E FRANCESE

Sezione I

IL SISTEMA FRANCO - ITALIANO DELLA TRASCRIZIONE

§ 8. La trascrizione come pubblicità di titoli.	46
§ 9. Principio consensualistico e trascrizione.	48
§ 10. Il problema degli acquisti a titolo originario.	57

Sezione II

L'ORDINAMENTO DEI LIBRI FONDIARI IN GERMANIA E AUSTRIA

§ 11. Il sistema tedesco.	62
§ 12. Il sistema austriaco.	65

Sezione III

IL SISTEMA TAVOLARE ITALIANO

§ 13. Le fonti.	70
§ 14. Il trasferimento dei diritti nel sistema tavolare: dallo <i>ius commune</i> verso il <i>common core</i>	71
§ 15. Pubblica fede e buona fede soggettiva.....	76

CAPITOLO III

**LE RECENTI RIFORME IN MATERIA DI PUBBLICITÀ IMMOBILIARE
COME LUOGO DI COMPARAZIONE E CONTAMINAZIONI
TRA IL TAVOLARE E LA TRASCRIZIONE**

§ 16. La pubblicità del contratto preliminare. Il problema della tassatività.	82
§ 17. L'atto di opposizione alla donazione.	94
§ 18. <i>Trust</i> e atto di destinazione. La verifica della presenza della « <i>valida causa</i> » da parte del giudice tavolare.....	107
§ 19. I diritti edificatori. Gli atti costitutivi di vincolo.	126
BIBLIOGRAFIA.....	135

CAPITOLO I
LINEAMENTI STORICI E PROFILI SISTEMATICI
DELLA PUBBLICITÀ IMMOBILIARE

§ 1. Diritto privato e pubblicità. - § 2. Sviluppo storico della pubblicità immobiliare in Francia, nei territori tedeschi e austriaci. - § 3. La pubblicità immobiliare in Italia dal codice del 1865 al codice del 1942. In particolare, i progetti per l'adozione del sistema tabolare. - § 4. La pubblicità immobiliare quale istituto strumentale alla «*tutela dei diritti*». Verifica. - § 5. Formalismo pubblicitario e apparenza di titolarità del diritto. - § 6. Funzioni della trascrizione. - § 7. Registri immobiliari e catasto: separatezza e coordinamento.

§ 1. *Diritto privato e pubblicità.*

Nell'esperienza giuridica la pubblicità è strumento che consente l'attingimento della conoscenza di un fatto o di un atto da parte di soggetti estranei al suo accadere o alla sua formazione.

L'esigenza di una riconoscibilità esteriore è costitutiva per l'ordinamento: la legge – che nell'esperienza moderna inverte il diritto nella misura maggiore e più influente, almeno nei paesi di *civil law* – diviene cogente dopo la pubblicazione, ovvero quando è esposta alla possibilità di conoscenza da parte della collettività senza che rilevi la concreta ignoranza¹. La pubblicazione è anche il momento in cui acquistano efficacia le sentenze, attraverso le quali prende forma il «diritto vivente».

La legge, i provvedimenti giurisdizionali, ma anche gli atti di autonomia privata (si consideri specialmente l'art. 2643 c.c.) e la stessa dottrina che esibisce i risultati delle proprie ricerche con «pubblicazioni», in definitiva la complessità dei formanti che plasmano l'ordinamento trovano il loro momento di coincidenza nella pubblicità.

Limitando lo spettro di indagine al diritto privato, gli studi della prima metà del secolo scorso, in discontinuità con la letteratura precedente che si era concentrata sulla trascrizione immobiliare, si sono peritati nel tentativo di svolgere una teoria generale della pubblicità², quasi riflettendo sul terreno delle «fattispecie secondarie»³ quella aspirazione generalizzatrice che nel diritto sostanziale aveva coltivato la figura – nel

¹ Salva l'ignoranza inevitabile quanto alla legge penale. Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364 in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1504.

² Tra le prime e più note opere prodotte con questo canone, S. PUGLIATTI, *La pubblicità nel diritto privato*, Messina, 1944, a cui l'A. ha fatto seguire *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, t. 1, Milano, 1957, con l'intermezzo di *La trascrizione immobiliare*, vol. I - II, Messina, 1945 - 1946.

³ La qualifica della pubblicità come fattispecie secondaria sarà esaminata al § 4.

nostro ordinamento metapositiva – del negozio giuridico.

Col tempo sono tuttavia maturate riserve verso questo procedere⁴.

L'esperienza contemporanea proprio in materia di pubblicità esibisce già in punto di politica del diritto spinte così eccentriche che compromettono *in radice*, o almeno inducono a prudenza nel tentare teorie monistiche: mentre con riguardo alle persona cresce l'esigenza di riserbo e la normativa è tutta protesa a limitare l'accesso e l'uso dei dati personali, considerato alla stregua di un'attività pericolosa⁵, quando si tratta invece di esigenze patrimoniali cresce la spinta verso la conoscibilità: la storia della pubblicità dei beni mostra come dapprima e per lungo tempo abbia investito solo gli immobili, in seguito, in una crescente espansione, taluni beni mobili di maggior rilevanza economica e infine diritti su beni immateriali, quali le invenzioni industriali.

In ambito privatistico la pubblicità trova multiforme applicazione in più settori.

La vita persone⁶ è oggetto di pubblicità sia nella sua materialità, all'inizio e alla fine, sia al compimento di atti che mutano lo *status*, quale il matrimonio, l'acquisto della cittadinanza, le limitazioni della capacità legale di agire⁷.

La pubblicità condiziona poi il venire ad esistenza degli enti e la loro capacità di operare attraverso rappresentanti.

L'ambito del diritto privato in cui la pubblicità assume la massima articolazione è però quella della tutela degli acquisti relativi a beni immobili (e a taluni beni mobili).

Il pressante interesse alla conoscenza si spiega con l'esigenza dei terzi di certezza in

⁴ Cfr. A. CHIANALE, voce *Pubblicità immobiliare*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 127.

⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 306 s.

⁶ La pubblicità relativa alle persone è più recente in diritto privato. Fu inizialmente prevista dal diritto canonico e solo successivamente se ne incaricarono anche gli ordinamenti secolari in concomitanza con la disciplina di istituti tradizionalmente commessi al diritto della Chiesa, quali il matrimonio. Cfr. E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, in E. GIANTURCO, *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 125; S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 179.

⁷ Art. 47 disp. att. c.c. A questo riguardo sussiste una significativa differenza tra il diritto comune e la legge tavolare. L'art. 11 del R.d. 28 marzo 1929, n. 499 (*Disposizioni relative ai libri fondiari nei territori delle nuove province*) stabilisce infatti l'annotazione obbligatoria nel libro fondiario delle sentenze di interdizione e inabilitazione in corrispondenza degli immobili di titolarità dell'incapace. Tale segnalazione avverte il giudice tavolare dei limiti al potere di disposizione della persona (art. 94 Legge tavolare, in seguito L. tav., annessa al R.d. 499/1929), sterilizzando così il rischio di una successiva impugnazione del titolo in danno dell'avente causa e soprattutto dei terzi subacquirenti. Si tratta di una manifestazione del principio di legalità che qualifica i libri fondiari, cfr. M. BASSI, *Il controllo del giudice tavolare e il principio di legalità. Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubbl. dalla Regione Friuli - Venezia Giulia, s.d., p. 186 s. Di contro, nella pubblicità della trascrizione non viene data evidenza alle situazioni di incapacità della persona.

merito all'esistenza del diritto oggetto del trasferimento e al potere di disposizione dell'autore; il rischio che l'uno o l'altro di questi aspetti possa essere limitato da vincoli occulti comprime o persino abbatte i traffici.

La pubblicità immobiliare è inoltre il luogo del diritto civile in cui la proprietà ha maturato la sua fattezze moderna; la pienezza e l'assolutezza con cui la tradizione romana lo aveva lasciato, hanno dovuto sopportare una decisa limitazione e persino l'eventualità di soccombere di fronte all'esigenza, spiccata in un'economia di scambi, di riconoscibilità sociale del diritto⁸. Nel nostro ordinamento questa scelta di politica del diritto di favorire la sicurezza nella circolazione giuridica è esemplificata in modo eminente dalle figure di acquisto *a non domino*⁹.

Proprio la pubblicità immobiliare sarà oggetto del presente studio e l'ordinamento italiano, più di altri, si presta elettivamente per una simile indagine.

La pubblicità immobiliare rimane, infatti, ancora oggi l'unico settore della legislazione civilistica non uniforme sul territorio nazionale: la trascrizione non è applicata in quelle che si usava indicare, almeno fino a quando l'aggettivo poteva assicurare il suo significato, come «nuove province», ovvero i territori ex - asburgici uniti all'Italia all'esito della prima guerra mondiale dove si è voluto mantenere, non senza imprimere tratti profondamente originali, il sistema tavolare, coltivando l'aspirazione di estenderlo a tutta la nazione.

Se l'ambizioso obiettivo non è stato raggiunto¹⁰, nondimeno la dialettica tra i due

⁸ Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², a cura di L. COVIELLO, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. FIORE e continuato da B. BRUNI, parte XIII, I, Napoli - Torino, 1924, p. 2 s.

⁹ Cfr. A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, p. 39 ss.; nel dibattito europeo v., pur con riguardo specifico ai beni mobili, i *Comments* all'art. VIII. - 3:101 DCFR, in C. v. BAR - E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), München, 2009, V, p. 4826 s.

¹⁰ L'ordinamento tavolare è comunque reputato tuttora un archetipo autorevole da cui trarre ispirazione per lo sviluppo d'insieme del sistema della trascrizione. Ne è una chiara dimostrazione la proposta di riforma *Nuove regole per la proprietà immobiliare tra semplificazioni e garanzie*, curata dal Consiglio nazionale del Notariato e pubblicata nel novembre 2012 (disponibile sul sito http://www.notariato.it/export/sites/default/it/primo-piano/notizie/archive/pdf-notizie2012/Proposte_Notariato_Volume.pdf). Tale studio si richiama espressamente a diversi istituti del sistema speciale e aspira ad acclimatarli nel diritto generale innovandolo in misura notevole. Alcuni esempi: si propone una modifica dell'art. 2643 n. 1 c.c. che, sul modello dell'art. 8 n. 1 L. tav. allegata al R.d. 28 marzo 1929, n. 499, annoveri i contratti che «modificano» il diritto di proprietà immobiliare; dalla coerenza tra le attestazioni dei registri e i dati catastali si trae un

regimi ha portato a reciproche integrazioni e contaminazioni, aspirando l'uno a recepire i guadagni maturati dall'altro.

In questa prospettiva sono esaminate le riforme che nell'ultimo decennio hanno incalzato la pubblicità immobiliare, non meno che altri istituti tralatizi: la trascrizione del contratto preliminare, dell'atto di opposizione alla donazione, del *trust*, dell'atto di destinazione, dei diritti edificatori e infine degli atti costitutivi di vincolo.

Ma tale peculiarità dell'ordinamento italiano deve oggi essere colta e valorizzata soprattutto come occasione per muovere da una consapevolezza maggiore quando si avvierà un discorso europeo in materia di trasferimento di diritti reali immobiliari.

Invero, il *Draft Common Frame of Reference*, che pure rimane l'avanzamento estremo nell'avventura di un codice civile europeo, non ha preso posizione a riguardo; probabilmente, oltre ad una distanza tecnica che viene ancora avvertita come incolmabile già in punto di definizione di diritti reali, ha influito anche il carico ideologico che investe la materia¹¹. Il diritto però rischia così di rimanere indietro rispetto ad una prassi che ha già attuato forme di coordinamento della pubblicità immobiliare a livello europeo¹².

§ 2. Sviluppo storico della pubblicità immobiliare in Francia, nei territori tedeschi e austriaci.

Secondo l'indagine storica, la pubblicità patrimoniale nel suo primo apparire

effetto analogo all'art. 6, co. 2 R.d. 499/1929; si integra l'elenco delle domande trascrivibili con quella di accertamento dell'usucapione per conseguire l'opponibilità similmente all'art. 5 R.d. 499/1929; si vorrebbe introdurre un art. 1159-ter come «nuova forma di usucapione c.d. tavolare» (così a p. 44 della proposta); il giudizio di reclamo contro il rifiuto di trascrizione da parte del conservatore viene strutturato ad immagine del controllo di legalità; si elabora la figura dell'«atto di successione» modellata nel calco del certificato di eredità e di legato di cui al Titolo II del R.d. 499/1929. Si tratta insomma di una serie di regole che contano sulla provata qualità del modello tavolaristico per rafforzare la certezza della circolazione e in particolare la sicurezza dell'acquisto dei terzi; l'importanza dell'obiettivo perseguito non sottrae peraltro il progetto da più riserve che saranno espone nel corso del lavoro. Già ora si può comunque rilevare, a livello sistematico, la problematicità dell'idea sottesa alla proposta, ovvero raggiungere anche nell'ordinamento comune un risultato accostabile alla pubblica fede dei libri fondiari (cfr. p. 73 del documento), senza un procedimento di controllo preventivo all'altezza. *Noblesse oblige*.

¹¹ Ne risulta consapevole la cultura giuridica europea quando, pur con riferimento al trasferimento della proprietà di cose mobili, afferma che contano soprattutto considerazioni di natura politica. Cfr. C. v. BAR - E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition.*, V, cit., p. 4385.

¹² Come il progetto *Eulis*, il quale ha imposto come *common core* minimo per l'adesione la base reale dei registri o almeno l'esistenza di una chiave di accesso con questo criterio.

interessò i beni immobili¹³.

A questa esperienza rimase estraneo il diritto romano che non conobbe un sistema di evidenza pubblica né per l'acquisto dei diritti né a tutela del credito ipotecario: «né la Grecia, né Roma, né le altre antiche leggi conobbero il diritto dei terzi»¹⁴. È tuttavia controverso se le forme solenni per il trasferimento della proprietà possano nel tempo essersi incaricate di espletare *de facto* una funzione di segnalazione¹⁵; incerto è anche l'emergere di un sistema catastale a fini tributari.

Bisogna attendere l'alto medioevo per veder baluginare le prime forme moderne di pubblicità evolute poi quasi senza soluzione di continuità, pur non senza salti avventati come quelli della legislazione seguita alla rivoluzione francese.

Si cercherà dunque «di identificare taluni germi nel loro momento genetico e di seguirli nelle diverse fasi della loro evoluzione»¹⁶ con la consapevolezza che il significato dell'indagine storica in questa materia assume un significato che la trascende se è vero che è capace di rappresentare in modo elettivo i «profondi assetti di cultura giuridica e...della realtà socio-economica»¹⁷, in definitiva «un tema che è specchio fedele

¹³ La prima fonte che attesterebbe il ricorso alla pubblicità nel trasferimento della proprietà viene scorta nel libro della Genesi (Cap. 23, v. 16 ss.) quando Abramo, alla presenza del popolo, acquista un lembo di terra per la sepoltura della moglie. Questa interpretazione dell'episodio è suggerita da M. D'AMELIO, voce *Pubblicità nei negozi giuridici*, in *NDI*, X, Torino, 1939, p. 970. Critici, N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 16; E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, cit., p. 124 e nota 4.

¹⁴ *Ibidem*. Un indice dell'indifferenza verso la tutela dei terzi è dato, ad. es., dalla mancanza di distinzione tra cose mobili e immobili ai fini del trasferimento del dominio. Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, I, Milano, 1998, p. 40. Presso i popoli germanici alla diversa natura - mobile o immobile - delle cose venne invece attribuita importanza essenziale, cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, rist. 1994, p. 42 nota 63.

¹⁵ È opinione comune che le forme solenni per il trasferimento della proprietà non costituiscano l'antecedente storico della pubblicità non conspirando alla tutela della circolazione dei diritti, ma assecondando il bisogno di «rendere attraverso forme sensibili il fenomeno giuridico del trasferimento del dominio». Così L. FERRI - P. ZANELLI, *Della trascrizione*³, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna - Roma, 1995, p. 2. Analogamente si era espresso N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 32, il quale riscontra che simili cerimonie fossero comuni presso i popoli antichi i quali erano poco avvezzi al pensiero astratto e così «materializzarono anche il diritto confondendolo con l'oggetto», *ivi*, p. 17. Altri hanno invece reputato come la *mancipatio* e la *in iure cessio* si risolvessero in una sorta di pubblicità, pur non essendo questo il loro scopo. In questo senso S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 35, 99 ss. Una forma di pubblicità si ebbe forse nell'Egitto greco-romano, tuttavia non è chiara l'effettiva incidenza ai fini del trasferimento del diritto. Cfr. L. COVIELLO, voce *Trascrizione*, in *NDI*, XII, Torino, 1940, p. 279.

¹⁶ Come dichiarava programmaticamente S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 34.

¹⁷ La citazione, come quella successiva, è tratta da P. GROSSI, *Introduzione*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso

della intiera vita del diritto in un certo momento storico».

In età feudale in Francia le prime forme di pubblicità del trasferimento del diritto di proprietà e della costituzione di diritti reali minori apparvero nei territori settentrionali dove trovava applicazione il diritto consuetudinario a base germanica.

In particolare ebbe diffusione il *nantissement*¹⁸, imposto dapprima come strumento per assicurare le entrate censuarie¹⁹ e successivamente incaricato di assicurare riconoscibilità esterna alle alienazioni²⁰; anche la costituzione delle ipoteche doveva essere menzionata in appositi registri²¹.

Il procedimento aveva natura giurisdizionale e contemplava la presenza di una corte feudale a cui l'alienante formalmente dimetteva il diritto (*devest*)²², indicando con esattezza i beni che ne erano oggetto e del quale (diritto) era poi investito (*vest*) l'acquirente, contestualmente immesso nel possesso. Dell'avvenuto trasferimento era poi data notizia in registri pubblici.

Era necessario ricorrere al *nantissement* per i trasferimenti della proprietà e la costituzione di diritti reali minori. La maggior parte delle *coutumes* lo escludeva per le successioni legittime e testamentarie. Maggiore difformità vi era quanto alle donazioni²³.

Per la verità è dibattuto quali effetti dovessero esattamente ricondursi alla

Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17-21 aprile 1990), a cura di L. VACCA, I, Milano, 1991, p. 135.

¹⁸ Le ragioni francesi caratterizzate da tale istituto finirono per prenderne il nome («pays de nantissement»), ma non si identificano con i «pays de droit coutumier»: in Bretagna, ad. es., si ricorreva all'*appropriance per bannie* in base alla quale l'acquirente acquistava la proprietà dopo aver reso pubblico con bandi, ripetuti in uno stretto torno di tempo, la previa insinuazione del titolo e la presa di possesso. Cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, p. 201.

¹⁹ Proprio questa ragione indusse ad estendere la solennità dai beni feudali a quelli allodiali. Cfr. F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 12; S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 150.

²⁰ Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 42, riconosce il passaggio tra le due funzioni nel momento in cui si iniziò a registrare le investiture.

²¹ Cfr. N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, in *Diritto civile*, II, parte III, Torino, 1932, p.186 s.

²² *Devest* e *vest* ricordano le più remote origini di questo sistema, ovvero l'*investitura*. In realtà non è questa l'unica denominazione invalsa; ricorre anche quella di *dessaisine - saisine* e diverse altre. Cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 208. Tuttavia se in epoca tarda alla diversità di nomi non era sottesa una diversa struttura sostanziale, non era così inizialmente, cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 42.

²³ Nella pratica contrattuale la procedura venne nel tempo ridotta ad una clausola di stile il che agevolò l'approdo al principio consensualistico. Cfr. C. SAINT-ALARY HOUIN, *Le transfert de propriété depuis le Code civil*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, cit., p. 198; G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*², Vol. II, Milano Torino Roma, 1918, p. 378.

registrazione. Diffusa è l'affermazione per cui il *nantissement* sarebbe l'immediato precedente storico della trascrizione²⁴, in quanto avrebbe assicurato l'opponibilità dell'acquisto al signore e ai terzi²⁵. Tuttavia l'assonanza sembra smentita se dal lato esterno della vicenda si trascorre verso il profilo dei rapporti interni tra le parti posto che, fino a quando la formalità non era portata a compimento, sussistevano solo diritti di credito²⁶, laddove la moderna trascrizione presuppone un diritto già acquistato dall'avente causa. Altri hanno pertanto concluso che tale non può considerarsi, il compiuto rispetto della procedura essendo necessario anche per produrre effetti reali *inter partes*²⁷, sicché apparirebbe come un *modus acquirendi*.

La funzione pubblicitaria, da una rilevanza puramente fattuale, venne infine stabilita positivamente con i provvedimenti di Carlo V del 1538 e di Filippo II del 1586: in essi si indica chiaramente come lo scopo del *nantissement* fosse quello di evitare all'acquirente o al creditore ipotecario la sorpresa che il bene non appartenesse al disponente²⁸.

Nei paesi della Francia meridionale dal XII - XIV sec. aveva invece autorità di legge il diritto romano giustiniano. I trasferimenti della proprietà rimanevano occulti essendo perfezionati attraverso la *traditio* (vera o spiritualizzata), la quale era l'unica rimasta delle antiche forme di trasferimento della proprietà²⁹. L'espandersi di questa prassi anche con riguardo ai beni feudali e censuali dipese dal fatto che seppe incontrare la volontà di opposizione al potere e al controllo dei signori locali.

Faceva eccezione la donazione, per la quale già la prassi aveva fatto ricorso alla insinuazione, ovvero la trascrizione in appositi registri, resa poi obbligatoria per tutto il

²⁴ Così N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 43; recentemente, G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2009, p. 693.

²⁵ Cfr. E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, cit., p. 133 e nota 57, il quale eccettua alcuni territori prossimi ai confini tedeschi ove soltanto la formalità avrebbe assunto natura costitutiva anche *inter partes*.

²⁶ Lo afferma lo stesso N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 45. Tale rilevazione non sembra però la corretta premessa per la ricordata conclusione a cui perviene l'A. secondo cui nel *nantissement* si riconoscono i primordi della trascrizione; lo nota anche S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 151 nota 728.

²⁷ Cfr. P.J. CHENU, *De la "transcription" a la "publicité foncière"*, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1960, p. 22 ss. L'A., pur qualificando il *nantissement* come antesignano della trascrizione, perviene a questa conclusione riferendo diverse *coutumes*. La regola avrebbe trovato eccezione solo qualora vi fosse stata tradizione della cosa per la quale sarebbe derivata all'acquirente una sorta di *exceptio rei venditae et traditae*, cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 220 ss.

²⁸ Cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 224.

²⁹ Erano tuttavia previsti alcuni accorgimenti surrogatori di un sistema di evidenza pubblica dei trasferimenti. Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 151 nota 728.

regno da Francesco I nel 1539. Enrico II nel 1553 e quindi Luigi XIV agli inizi del 1700 tentarono di estenderla alle vendite, ma il loro sforzo fu sostanzialmente vano³⁰.

Un importante tentativo di riforma, per la verità indotto da ragioni tributarie, procedette su impulso del Colbert, stabilendosi la pubblicità delle ipoteche³¹. La durata fu tuttavia effimera: entrato in vigore nel 1673, già l'anno successivo veniva ritirato³².

Oramai non erano più tempi di riforme, ma di Rivoluzione: nella notte del 4 agosto 1789 «il millenario regime feudale è abolito dall'assemblea nazionale francese e tutte le terre sono dichiarate allodiali»³³.

Epperò la fine dell'*ancien regime* non condusse seco la fine della pubblicità del *nantissement*, la quale pure scaturiva da quel mondo, anche se nel fluire dei secoli si era spogliata delle antiche formalità. Si ebbe infatti contezza dell'importanza di garantire la certezza dei domini in relazione ai beni immobili e si limitò ad abrogare gli ultimi aspetti formali dell'istituto che più evocavano le sue origini: «sebbene si provasse un sacro orrore per tutto ciò che sapesse di feudalesimo, pure questa volta con senso di ragionevolezza non si distrusse, ma si trasformò soltanto il sistema di *nantissement*»³⁴.

Il legislatore rivoluzionario reputò di dover adottare una disciplina della trascrizione per la pubblicità immobiliare e per la costituzione di ipoteche e lo fece con il decreto 19 - 20 settembre 1790³⁵ che tuttavia aveva carattere solo transitorio e limitato all'ambito dei *pays de nantissement*, mentre nelle altre regioni furono conservati i regimi vigenti (in

³⁰ L'insinuazione prescritta da Luigi XIV aveva però obiettivi precipuamente fiscali (c.d. *insinuation laïque*). Cfr. P.J. CHENU, *De la "transcription" a la "publicité foncière"*, cit., p. 21 testo e nota 32.

³¹ In questo modo, secondo il preambolo dell'editto «les créanciers seront certaines de la fortune de leurs débiteurs, et ne seront ni dans la crainte de la voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller; et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans leur possessions pour des charges ou hypothèques antérieures». Il passo è citato da N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, in *Diritto civile*, II, p. I, Torino, 1926, p. 486 nota 1.

³² Si dice che Colbert avrebbe commentato con queste parole di denuncia l'epilogo del suo decreto: «...il Parlamento dalle cento teste d'idra, temette di perderle e volle favorire le persone di Corte che non avrebbero potuto provvedere ai loro bisogni quando i loro affari fossero stati palesi», come riferisce B. MARIANI, *La pubblicità dei diritti immobiliari nel tempo e nello spazio. Studio storico comparativo*, Osimo, 1939, p. 52 s.

³³ V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 227. Del resto l'art. XVII della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino aveva qualificato la proprietà come «un droit inviolable et sacré».

³⁴ N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 51.

³⁵ Cfr. artt. 3 e 4 il cui testo è riprodotto in V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 227 s. Proprio nell'art. 3 farebbe la sua prima comparsa la parola «trascrizione», come affermano N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 51 e P.J. CHENU, *De la "transcription" a la "publicité foncière"*, cit., p. 26.

particolare l'insinuazione). A dispetto dei proclami e del nuovo nome, il sistema introdotto si mostrava in continuità sostanziale con il *nantissement*: era confermato il valore costitutivo della formalità sicché solo al compimento di questa l'acquirente acquistava il diritto, mentre prima aveva solo azioni di carattere personale³⁶.

La successiva legge dell'11 brumaio anno VII (1 novembre 1798) stabilì il *nantissement* in tutto il territorio francese, ma amputato della sua caratteristica distintiva: la trascrizione immobiliare perse carattere costitutivo e si ridusse a requisito per l'opponibilità ai terzi³⁷. La legge si orientò dunque verso l'idea della sufficienza del consenso integrandolo con la trascrizione in registri a base personale ai fini dell'opponibilità verso i terzi. Non però per la costituzione delle ipoteche rispetto alle quali si volle la forma dell'*iscrizione* con natura costitutiva e la specialità (ad eccezione delle ipoteche giudiziali e legali). A tale legge dunque deve essere riportato il dualismo trascrizione - iscrizione caratteristico dei sistemi latini di pubblicità. Ma soprattutto fu tale legge che determinò la *summa divisio* tra il sistema latino e quello germanico di pubblicità³⁸.

La sola volontà delle parti fu intesa come sufficiente a trasferire la proprietà all'esito di un passaggio storico in cui la spiritualizzazione della *traditio*³⁹ e il costituito possessorio⁴⁰ poterono far ritenere che il contratto non si limitava a creare obblighi, ma trasferiva immediatamente diritti, senza forme di pubblicità. In questo momento la

³⁶ Si è così potuto concludere che «ainsi la transcription, que nous voyons pour la première fois, entrer en scène, n'est qu'une transformation de l'ancienne solennité du nantissement», BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, 1891, p. 84 s. citato da S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 158 nota 780.

³⁷ L'art. 26 della legge così disponeva: «Les actes translatifs de biens et de droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. / Jusque là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente». Il testo è riprodotto da V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 229. Cfr. anche C. CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, trad. it. con note di A. ASCOLI e F. CAMMEO, Milano, 1906, p. 236.

³⁸ Secondo E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, cit., p. 134.

³⁹ La *traditio ficta* rimane comunque strutturalmente diversa dal principio del consenso traslativo: «il diritto moderno ha assorbito la volontà traslativa nella volontà contrattuale e quindi l'atto traslativo nel contratto, creando la categoria dei contratti ad effetti reali; mentre il diritto intermedio non ha mai cessato di attenersi alla distinzione romana fra contratto ed atto traslativo (*tradito*), anche quando quest'ultimo diviene puramente ideale». Così V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 204 nota 51 (riprendendo considerazioni di C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, p. 89 s.), 231.

⁴⁰ Cfr. N. STOLFI, *La trascrizione nell'ordinamento italiano e francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 290; R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 16.

velleità giusnaturalistica⁴¹ trovò un appiglio nella prassi e attinse il suo acme: si congedò la distinzione tra titolo e modo d'acquisto e si aprì la strada al principio consensualistico confidando di poter fare a meno di un sistema di evidenza pubblica degli acquisti immobiliari.

In questa temperie si aprirono le porte del nuovo secolo, il secolo del *Code civil*.

Al codice civile francese rimase dunque aliena una disciplina organica della trascrizione; la proprietà e i diritti reali minori si trasferiscono in forza del solo consenso delle parti: «questo principio che...prima del *Code* valeva solo praticamente ma non giuridicamente, fu da quel Codice elevato a regola legislativa»⁴².

Facevano eccezione al principio e esigevano la pubblicità solo alcune disposizioni: in materia di donazione di beni suscettibili di ipoteca (art. 939 e 941), di costituzione delle ipoteche (art. 2134; regola che nondimeno soffriva di incisive eccezioni⁴³), di prescrizione decennale liberatoria delle ipoteche e dei privilegi (art. 2180), per purgare gli immobili dalle ipoteche (art. 2181) e poche altre.

Il trasferimento dei diritti reale era dunque tutto riportato alla volontà «creatrice e trasferitrice»⁴⁴ del disponente, come proclamò Portalis nel discorso di presentazione del progetto al Corpo legislativo: «ainsi la volonté de l'homme, aidée de toute la puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi même»⁴⁵.

Il dato linguistico manifesta tuttavia una certa ambiguità. L'art. 1138 evoca infatti ancora un'obbligazione di trasferire («*obligation de livrer*»), benché di essa non si sarebbe più dovuto parlare una volta sciolto l'atto dispositivo nella manifestazione del

⁴¹ Per un'analisi dell'influenza del pensiero di Grozio sul principio del consenso traslativo, cfr. U. PETRONIO, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, cit., p. 175 ss.

⁴² C. CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, cit., p. 229. L'importanza della scelta non potrebbe tuttavia essere colta pienamente se non si considerasse che proprio nel medesimo tempo era emerso il concetto di causa. Cfr. F. RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, in *Revue d'histoire du droit*, 1970, p. 330 s.

⁴³ Cfr. A. LIVA, *Note sul trasferimento dei diritti reali sugli immobili in Lombardia per bandi e gride. Dal decreto del 1420 al Regno Lombardo - Veneto*, in *Riv. st. dir. it.*, 1990, p. 310 s.

⁴⁴ È una suggestiva espressione di L. BARASSI, *Diritti reali e possesso, I diritti reali*, I, Milano, 1952, p. 433.

⁴⁵ *Présentation au corps législatif, et exposé des motifs par Portalis*, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827 (ed. an. Osnabrück, 1968), XIV, p. 112 s., come citato da U. PETRONIO, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 180.

consenso; ugualmente si può dire dell'art. 1582 in materia di vendita⁴⁶.

L'entusiasmo per la nuova dimensione a cui era acceduto il trasferimento dei diritti, dovette però in tempi brevi misurarsi con la realtà. Il ritorno alle vendite clandestine si rivelò insostenibile: «il credito fondiario divenne impossibile, e la trasmissione della proprietà campo d'insidie, che era assai difficile evitare»⁴⁷. Ben presto dunque «furono deplorati gli inconvenienti prodotti dalla lacuna del codice e si fecero voti e proposte di riforme»⁴⁸.

Fu il Belgio, paese in cui il *Code* rimase in vigore dopo l'indipendenza dalla Francia, a correre per primo ai ripari con la legge 16 dicembre 1851 che sancì la trascrizione degli atti a titolo oneroso.

Solo quattro anni dopo una legge analoga⁴⁹ fu introdotta nell'ordinamento francese⁵⁰: si dispose che gli atti tra vivi traslativi della proprietà o costitutivi di diritti reali sugli immobili fossero opponibili ai terzi dopo la trascrizione, nonché la pubblicità e la specialità delle ipoteche. In definitiva fu compiuto «un ulteriore e definitivo rovesciamento di posizioni col ritorno ai principi dell'11 brumaio anno VII»⁵¹.

⁴⁶ Cfr. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 24 nota 44; V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 231. Singolare formulazione è anche quella dell'art. 1583 ove si stabilisce che la vendita consensuale è perfetta solo tra le parti; secondo N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 54, è dovuta al fatto che i compilatori, non trovando un accordo sulla questione della trascrivibilità degli atti traslativi *inter vivos*, vollero fissare una norma che non pregiudicasse la questione. La decisione in merito alla disciplina della trascrizione non venne presa e l'art. 1583 c.c. rimase com'è. Inevitabilmente si innescò un confronto interpretativo, del quale riferisce U. PETRONIO, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 172. Cfr. anche G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 22 s.

⁴⁷ N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, cit., p. 490 s.

⁴⁸ L. COVIELLO, voce *Trascrizione*, cit., p. 280; cfr. anche C. CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, cit., p. 233.

⁴⁹ La legge belga non venne imitata in punto fondamentale, ovvero nella previsione per cui erano protetti solo i terzi «*qui auraient contracté sans fraude*». Sulla portata di questa scelta, cfr. § 11.

⁵⁰ *Loi* 23 marzo 1855. Nonostante il preciso intervento legislativo, diversi autori rifiutarono di riconoscere l'incidenza della trascrizione. Riferimenti in G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., 741 s.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, cit., p. 24 s. Tale atteggiamento ha degli echi, non remoti, nella dottrina italiana. Secondo L. FERRI - P. ZANELLI, *Della trascrizione*³, cit., p. 5, «la legge del marzo 1855 si è aggiunta al *code civil* senza limitarne e guastarne le conquiste. Nessuno dei suoi principi è stato modificato». Per un'analisi attuale dei sempre più intensi limiti al principio del consenso traslativo in Francia sia già nei rapporti *inter partes* sia verso i terzi, cfr. C. SAINT-ALARY HOUIN, *Le transfert de propriété depuis le Code civil*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 201 ss.

⁵¹ V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 232. La legge dispose anche la trascrizione obbligatoria del contratto di locazione di durata superiore ai 18 anni.

Pur rappresentando un indiscutibile progresso nella tutela dei terzi, la legge esibiva tuttavia limiti di non poco momento⁵².

Se lo svolgimento storico della pubblicità immobiliare in Francia non è alieno da squilibri, azzardi e pentiti ritorni, diversamente in ambito germanico le vicende sembrano dipanarsi in modo progressivo.

Gli sviluppi che seguirono alla dissoluzione dell'impero romano condussero ad usi non dissimili a quelli invalsi nella Francia settentrionale. In particolare, occorre dapprima una sorta di contaminazione: la *traditio* si spiritualizzò e così apparve necessario ricorrere ad un atto di *investitura* quale requisito materiale di complemento attraverso il quale si cedeva il possesso (la *gewere*)⁵³.

Dal XII sec. il procedimento di dimissione e *investitura* venne attratto nell'orbita della corte feudale, originariamente in funzione di interessi pubblicistici; col tempo prese la forma di un atto astratto di trasmissione del diritto (*Auflassung*) in quanto le sue sorti non erano legate a quelle del contratto obbligatorio cui dava esecuzione; a differenza del *nantissement*, l'*investitura* permetteva l'acquisto del diritto anche se l'alienante non era proprietario.

Il procedimento dapprima si svolgeva oralmente, indi fu oggetto di registrazione. Sorse allora una polemica tra quanti reputavano sufficiente il consenso e chi invece sosteneva che l'iscrizione avesse carattere costitutivo e quindi fosse necessaria anche tra le parti. Fu questa seconda soluzione ad affermarsi e prevalere; segnatamente, secondo le indagini del Gianturco, fu nelle città di commercio, come Amburgo e Lubeca, che si assistette all'evoluzione essendoci colà maggiore propensione verso «il bisogno della buona fede e del credito»⁵⁴. Ecco allora che «il significato delle antiche forme mutò. L'ulteriore svolgimento della proprietà individuale, affievolendo l'antica tradizione comunitativa, fece sì, che nelle città libere la presenza del giudice fosse riguardata non più come una condizione di validità del contratto rispetto al *consenso*, bensì come una forma essenziale rispetto all'*obbietto* stesso del trasferimento...fino all'intavolazione l'alienazione viene riguardata come imperfetta, non per difetto del consenso della comunità, ma perché la volontà delle parti non è stata manifesta e comprovata nelle

⁵² Cfr. N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, cit., p. 492 nota 1.

⁵³ Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 160.

⁵⁴ La citazione, come la successiva, sono tratte da E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, cit., p. 129 ed *ivi* richiami agli statuti di Amburgo e Brema.

forme legittime».

Si manifestò così il carattere tipico della pubblicità immobiliare germanica: l'attribuzione di pubblica fede alla registrazioni in quanto presiedute dal controllo giudiziario.

Per volontà di Federico I nel 1693 nelle città di Colonia e Berlino tutti i beni immobili e ogni specie di ipoteca vennero iscritti nel registro catastale e successorio.

Nel 1722 Federico Guglielmo I estese la disposizione ai restanti territori dell'impero; dopo circa mezzo secolo una nuova legge (*Hypotheken - Ordnung* del 10 dicembre 1783), espressamente dedicata alla tutela del credito fondiario, riformò l'ordinamento. In particolare, si ridefinì la struttura dei libri pubblici fissando un foglio per ogni immobile nonché le partizioni di ogni foglio. L'iscrizione era preceduta dal controllo giudiziario dei titoli. Le ipoteche non si sottraevano a tali principi ed erano inoltre rette dal principio di specialità del debito e del fondo cui si riferivano.

Una deviazione dal principio dell'iscrizione si ebbe colla promulgazione dell'*Allgemeines preussisches Landrecht* del 1794 che stabilì la pubblicità al limitato fine di opporre l'acquisto del diritto ai terzi, mentre per le parti era sufficiente la *traditio*; e fu proprio tale ritrovato a coonestare negli ordinamenti che adottano i libri fondiari la teoria di una proprietà bonitaria concorrente con quella civile (v. § 15).

Avvertendo tuttavia che in questo modo veniva scossa la coerenza del sistema⁵⁵, nel 1872 fu operata una drastica revisione con cui in particolare si stabilì il valore assoluto dell'iscrizione che venne ultimamente confermato dal BGB.

Nei paesi facenti parte della monarchia austriaca si assiste a trasformazioni simili, ma in tempi più brevi e con maggiore omogeneità territoriale.

Il carattere costitutivo della registrazione degli atti traslativi del dominio venne a delinearsi presto. In particolare, dal XIII sec. si ha traccia delle *Landtalfen* in Boemia (1348) e Moravia (1359): si trattava di registri in cui dovevano essere iscritti gli atti di trasferimento della proprietà immobiliare e di costituzione di diritti reali per atto tra vivi o *mortis causa* in quanto si riferivano a beni «nobili»⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 35 in nota.

⁵⁶ Feudi, fidecommessi e allodii. Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 58. In ciò si apprezzerrebbe una differenza con il sistema tedesco nel quale l'evoluzione dei libri fondiari, come sopra accennato, appare sollecitata dalle esigenze dei commerci cittadini. Cfr. S. PUGLIATTI, *La*

Col tempo si affermò il principio della pubblica fede: il funzionario provvedeva alla registrazione del titolo solo dopo averlo verificato e a condizione che fossero regolari le precedenti registrazioni.

L'impostazione di tali registri fu inizialmente cronologica con riferimento agli atti traslativi (*Urkundenbücher*) sicché non era possibile cogliere in modo immediato la condizione del bene. Alla fine del XVII (Sovrana Patente del 22 aprile 1794) assunsero finalmente base reale con la creazione dell'*Hauptbuch* (libro maestro), in cui un foglio corrispondeva a un fondo (*Realfolien*) sicché divenne possibile avere precisa e rapida contezza della intestazione di un bene e della presenza di eventuali pesi.

In questa tradizione giuridica dunque «non solo il *ius* è *in civitate positum*...ma lo sono in un certo modo anche gli *iura*, le singole situazioni giuridiche sui beni immobili che insieme compongono il territorio, ossia la dimensione materiale in cui si svolge l'esistenza e la convivenza civile di coloro che vi abitano»⁵⁷.

Il codice civile austriaco accolse tale sistema, riservando però a leggi locali la disciplina particolareggiata sull'impianto e la tenuta del libro fondiario. Il regime continuò a presentare variazioni da provincia a provincia fino alla legge 25 luglio 1871 che uniformò il regime per tutto l'impero (ad eccezione dell'Ungheria dove si intervenne con una specifica legge).

Quanto ai domini in territorio italiano, nel Regno Lombardo - Veneto entrò in vigore nel 1816 il codice civile generale austriaco, tuttavia in materia di trasferimento dei reali immobiliari furono mantenute le norme francesi⁵⁸, benché il governo locale promettesse e gli studiosi auspicassero la pronta introduzione del sistema tavolare⁵⁹.

trascrizione. La pubblicità in generale, cit., p. 165.

⁵⁷ A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, relazione al Convegno *Territorio + diritto = tavolare*, (Rovereto, 7 novembre 2009), pubb. da Prov. autonoma di Trento, p. 37.

⁵⁸ Cfr. A. LIVA, *Note sul trasferimento dei diritti reali sugli immobili in Lombardia per bandi e gride*, in *Riv. storia dir. it.*, 1990, p. 322 s. Se resistenza vi fu da parte della popolazione, dipese dal fatto che il sistema tavolare venne inteso come strumento con funzioni prettamente censuarie; per riferimenti, con citazioni delle fonti dell'epoca, cfr. M.R. DI SIMONE, *L'introduzione del codice civile austriaco in Italia. Aspetti e momenti*, in *Scintillae iuris*. Studi in memoria di Gino Gorla, II, Milano 1994, p. 1015 ss. ed ora in *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII - XX)*, Milano, 2006, p. 179 ss.

⁵⁹ L'attardarsi nell'istituire i libri fondiari fu oggetto di forte biasimo; ad es., ancora pochi anni prima dell'unità d'Italia si osservava: «il sistema tavolare austriaco non è per anco attuato nella patria nostra...e si conserva in suo luogo l'istituzione ipotecaria francese...Col dire questo è pure implicito il dire che manca la pubblicità dei domini e delle loro limitazioni giuridiche...La qual cosa non può non arrecare una forte meraviglia, e questa non accrescersi in pensando come il Regno Lombardo-Veneto, il più ricco e fiorente per vivacità economica, sia appunto pressoché il solo tralle provincie dell'Impero austriaco regolate dal Codice civile, che versi già da quarant'anni

In Tirolo (cui appartenevano l'attuale Alto Adige/Südtirol e dal 1803 il Trentino), la Dieta della contea che, come le altre dell'impero, doveva esprimere voto favorevole affinché la legge del 1871 entrasse in vigore nel territorio di sua competenza, manifestò per diverso tempo un atteggiamento ostile sia per ragioni pratiche sia per ragioni ideali. L'impianto del libro fondiario iniziò solo nel 1897 (L. provinciale 17 marzo 1897, n. 9). Contestualmente, su pressione della Dieta tirolese, fu emanata la L. imperiale 18 marzo 1897, n. 77 che adattava con disposizioni sia civilistiche sia tributarie la legge del 1871 alla situazione, in particolare economica, della regione, e fu proprio per tale ultimo provvedimento che «il nuovo istituto divenne nel Trentino e nell'Alto Adige talmente popolare da essere considerato, come lo è in realtà, il fondamento su cui si basa lo svolgersi della vita economica del paese»⁶⁰.

Affatto peculiare fu la condizione di Trieste dove non trovò applicazione la L. imperiale del 1871, ma rimase in vigore una patente di Maria Teresa del 26 ottobre 1762 dalle quale discendono tuttora delle differenze rispetto alla attuale legge generale sui libri fondiari allegata al R.d. n. 499/1929⁶¹.

§ 3. *La pubblicità immobiliare in Italia dal codice del 1865 al codice del 1942. In particolare, i progetti per l'adozione del sistema tavolare.*

La dualità prodottasi nell'esperienza francese tra codice civile, alfiere del principio del consenso traslativo, e la legge speciale istitutiva della trascrizione si compone nella prima codificazione unitaria italiana. Il legislatore munisce il contratto di effetti reali (artt. 1125, 1448) e, nella consapevolezza di quanto avvenuto in Belgio e in Francia, non si illude di poter obliterare una disciplina generale della trascrizione immobiliare che pone nel codice (libro III, titolo XXII).

Conclusasi poi la grande guerra con l'annessione della Venezia Giulia e Tridentina, si

in questa privazione eccezionale con grave detrimento dei privati commerci», così A. CARABELLI, *Il diritto ipotecario vigente nel Regno Lombardo-Veneto trattato in relazione alla universale giurisprudenza*, Milano, 1856, I, p. 81; cfr. anche G. BASEVI, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*², Milano, 1846, p. 78; J. MATTEI, *I paragrafi del codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde*, II, Venezia, 1853, p. 344.

⁶⁰ Cfr. S. DAPRÀ, *Il libro fondiario nelle nuove provincie e la sua popolarità nel trentino*, in *Riv. dir. agr.*, 1934, p. 586 ss.

⁶¹ Cfr. G. LIGUORI, *Osservazioni su alcuni documenti relativi alla introduzione ed ai primi anni di applicazione del sistema tavolare a Trieste. Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario*, cit., p. 309 ss.; M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina. Commento teorico-pratico al R.d 28 marzo 1929 n. 499*, Padova, 1932, p. 138 nota 3; più recentemente G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², Milano, 1999, p. 190 ss.

trattò di estendere le leggi italiane anche alle «nuove province». Un problema analogo sorse in Francia con riguardo all'Alsazia - Lorena dove erano in vigore le leggi tedesche.

Entrambi i paesi vollero cancellati tutti i segni della passata dominazione, ad eccezione del sistema dei libri fondiari⁶².

In realtà, la decisione assunta nei due paesi è stata solo in apparenza conforme. In Francia infatti il sistema dei libri fondiari non durò molto: con la *Loi* 1 giugno 1924⁶³ venne mutilato delle sue caratteristiche essenziali, la natura costitutiva dell'iscrizione⁶⁴ e soprattutto l'attribuzione della pubblica fede alle scritture, riducendosi ad un simulacro. In altre parole, il principio di legalità era spogliato di ogni forza probante⁶⁵ cosicché i libri fondiari si trasfigurarono in poco più di un mero sistema di evidenza pubblica, incapace di assicurare la sicurezza degli acquisti⁶⁶.

Profondamente diverso fu l'atteggiamento del legislatore italiano che volle invece conservare il sistema tavolare secondo i suoi caratteri originali assicurandone così la «sopravvivenza»⁶⁷. A tal fine si avvertì che non era sufficiente disporre il mantenimento dei libri fondiari rinviando per il resto al diritto comune: se si fosse deciso in tal modo «l'istituto del libro fondiario ne sarebbe stato in realtà completamente deformato, in guisa da perdere tutti o quasi i suoi vantaggi. Sostanzialmente le iscrizioni nel libro

⁶² Nei territori dell'Alsazia e della Lorena, dopo l'annessione alla Prussia, l'adattamento al sistema dei libri fondiari avvenne gradualmente. Inizialmente l'iscrizione non aveva carattere costitutivo per le parti e i registri avevano base personale. Solo nella prospettiva dell'entrata in vigore del BGB, con la legge 17 aprile 1899, si stabilì il principio dell'iscrizione, ma non si ebbe ancora, e presto si sarebbe detto mai, una piena applicazione delle norme tedesche, in particolare per quanto concerne la pubblica fede del libro. Cfr. P.J. CHENU, *De la "transcription" a la "publicité foncière"*, cit., 62 s.

⁶³ «*Mise en vigueur de la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*».

⁶⁴ «*Les règles concernant l'organisation, la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels immobiliers et autres droits et actes soumis à publicité sont celles du Code civil et de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription...*», recitava l'art. 36 (modificato dalla *Loi* 2002-306). Cfr. in senso critico, F. VASSALLI, *Le riforme del codice civile in relazione alla proprietà fondiaria*, in ID., *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, p. 322 s.

⁶⁵ Il vantaggio dell'iscrizione nel libro si produce e si esaurisce nell'orizzonte del processo dispensando dalla prova della proprietà analogamente all'art. 6, co. 2 R.d. 499/1929, ma a differenza del tavolare italiano non dispiega alcuna tutela per i terzi acquirenti nel senso di limitare rispetto al diritto comune il principio *resoluto iure dantis*: «celui qui a acquis a non domino ne peut transférer à son acquéreur plus de droits qu'il n'en a lui-même», P.J. CHENU, *De la "transcription" a la "publicité foncière"*, cit., p. 66 testo e nota 91; M. PICARD, *Les biens*, in *Traité pratique de droit civil français*², par M. PLANIOL - G. RIPERT, III, Paris, 1952, p. 692.

⁶⁶ Cfr. A. ASQUINI, *Prefazione*, in M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. VIII.

⁶⁷ L'espressione è di G. GABRIELLI, *Lineamenti di una comparazione fra il sistema della trascrizione e l'ordinamento tavolare*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario*, (Trieste, 18-19 ottobre 1974), pubblicato da Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, s.d., p. 32.

fondario sarebbero state trasformate in trascrizioni eseguite in forma diversa. I loro effetti si sarebbero ricondotti a quelli limitati della pubblicità a tipo latino»⁶⁸. La nuova legge tavolare venne così integrata con una serie di disposizioni derogatorie del codice civile (il R.d. 28 marzo 1929, n. 499), a partire dal principio consensualistico (art. 2), che tenevano luogo del vecchio diritto sostanziale austriaco. Scelta questa che risulta ancor più significativa se si considera che l'impianto dei libri fondiari venne solo iniziato dalla monarchia asburgica e quindi si trattava di portare a compimento anche un impegno pratico di non lieve importanza⁶⁹.

La decisione si può spiegare considerando che il legislatore aveva assunto il sistema tavolare a modello di pubblicità immobiliare nell'ambito della riforma dei codici⁷⁰, dopo che i più illustri studiosi della materia, da Gianturco⁷¹ ai fratelli Coviello⁷², avevano manifestato la loro predilezione.

Inoltre, a quell'epoca le argomentazioni della dottrina erano state verificate nella pratica con l'impianto dei libri fondiari nelle colonie: in Eritrea nel 1909 (R.d. 31 gennaio 1909, n. 378), quindi in Libia (R.d. 3 luglio 1921, n. 1207) e a Rodi (Decr. governatoriale 22 agosto 1925, n. 46).

Per quanto concerne, ad esempio, la legislazione della colonia eritrea, non solo l'iscrizione nel libro fondiario divenne requisito essenziale per il trasferimento della

⁶⁸ M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Trentino*, cit., p. 9.

⁶⁹ L'impianto del libro fondiario iniziò infatti solo nel 1897 dopo l'approvazione da parte della dieta tirolese della L. 17 marzo 1897, n. 9 e rimase in buona parte incompiuto al momento dell'annessione all'Italia. Cfr. B. MARIANI, *La pubblicità dei diritti reali nel tempo e nello spazio. Studio storico comparativo*, cit., p. 131; A. STEINER, *I libri fondiari ed i libri di archiviazione nel diritto italiano le ipoteche e gli altri diritti reali la rinnovazione ipotecaria*, Bolzano, 1934, p. 8.

⁷⁰ Così si esprimeva la Relazione al Re premessa al R.d. 4 novembre 1928, n. 2325 - *Disposizioni per l'unificazione legislativa nei territori del Regno*. Ne recano traccia gli artt. 544, co. 2, 554, co. 2 e 586, co. 3 c.p.c. Singolari assonanze si trovano nell'esposizione dei motivi che accompagnarono il progetto della futura *Loi* 1 giugno 1924: riconosciute le virtù teoriche e pratiche del sistema prussiano, si esprimeva l'auspicio che quelle norme «*puissent ainsi servir de base dans un avenir prochain à une réforme de notre propre législation*», R. MOREL, *Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine*, Paris, 1922, p. 134 ss. Tuttavia, a dispetto del proposito, l'obiettivo divisato risultava solo un modesto epigono dei libri fondiari, avendo riaffermato la volontà di respingere sia il principio di iscrizione sia la pubblica fede.

⁷¹ Il quale aveva in particolare esortato il legislatore italiano a «trarre partito dall'ulteriore svolgimento, che la pubblicità ha avuto nel diritto germanico», in *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, cit., p. 145. L'ambizioso obiettivo venne però rimeditato dall'A. quando, da relatore ad un d.d.l. di riforma della trascrizione, si trovò nella necessità di trovare una soluzione condivisa tra i membri nella commissione incaricata di stendere il progetto. Per il testo dell'intervento con cui Gianturco presentò alla Camera la proposta, *ivi*, p. 312 ss., 332 ss. Cfr. anche N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, II, parte I, cit., p. 569. Il d.d.l. è riprodotto *ivi* a p. 635 ss. e sarà richiamato *infra*.

⁷² N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 194.

proprietà⁷³, con il conseguente venire meno del principio consensualistico⁷⁴, ma si conferì forza probante all'iscrizione medesima, ovvero al diritto, e alla mappa, quindi all'estensione dei beni, sopravanzando lo stesso sistema tavolare: «*La mappa fa piena fede della consistenza dei beni cui si riferisce*» (art. 230 R.d. 378/1909)⁷⁵. È chiaro che un tale sistema presupponeva un intenso collegamento tra ufficio del catasto e ufficio tavolare realizzatosi in Eritrea e Libia nella misura massima con l'incorporazione del servizio catastale nell'ufficio fondiario.

In realtà, in Italia la volontà di procedere ad una riforma della pubblicità immobiliare era emersa in modo specifico già pochi anni dopo la promulgazione del primo codice, troppo lacunoso per le esigenze che i tempi presto manifestarono: «sfuggivano alla pubblicità gli atti traslativi *mortis causa*, [che] non era neppure indirettamente assicurata la fondamentale esigenza della continuità delle trascrizioni, [che] mancava quasi completamente una sufficiente tutela dei terzi di buona di fede, [che] infine il principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet* veniva spinto sino alle estreme conseguenze»⁷⁶.

La pubblicità costitutiva dei sistemi germanici fu allora indicata come modello da imitare; ma se nel dibattito *en fin de siècle* si aspirava a conseguire questo obiettivo in modo immediato⁷⁷, negli anni successivi le difficoltà di ordine pratico parvero insormontabili in tempi brevi e le proposte dibattute, pur continuando a considerare l'istituzione dei libri fondiari come meta, ne delinearono un'adozione graduale.

Ad esempio, secondo il disegno di legge presentato il 9 febbraio 1905⁷⁸, si

⁷³ Art. 208. Invero, tale regola aveva dei precedenti nella prima legislazione della colonia. Cfr. E. GIANTURCO, *L'ordinamento legislativo della Colonia Eritrea*, 1904, ora in *Opere giuridiche*, cit., p. 308 ss.

⁷⁴ Come riporta A. ASCOLI, *L'ordinamento fondiario per la colonia eritrea*, n. Riv. dir. civ., 2-3, 1910, p. 53, l'art. 1135 del codice civile per l'Eritrea (corrispondente all'art. 1125 c.c. 1865) teneva conto di tale peculiarità e pertanto esordiva con questa formula «*Salvo quanto è prescritto da speciali disposizioni*».

⁷⁵ Non diversamente disposero l'art. 105 R.d.1207/1921 e l'art. 57 D. gov. n. 46/1925. Tuttavia il R.d. 7 febbraio 1926, n. 29 cancellò nella colonia eritrea il carattere probatorio delle iscrizioni e delle mappe probabilmente non ritenendo sufficientemente certo il procedimento da cui tale efficacia scaturiva. Cfr. G. MAZZOLENI, *Il sistema tavolare nella legislazione italiana*, Pavia, 1929, p. 11 s.

⁷⁶ Così nella Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile del 1942 (n. 1066). Aggiungasi che il pubblico ufficiale rogante non era sottoposto all'obbligo di trascrivere gli atti.

⁷⁷ Cfr. N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, II, parte I, cit., p. 567 ss.

⁷⁸ «*Disegno di legge sui provvedimenti per lo sgravio del debito ipotecario, per il riscatto di canoni e di altri diritti reali, e per agevolare la formazione di piccole proprietà*».

conservava la trascrizione con «il suo antico carattere di *forma di pubblicità*» rinunciando ad una «riforma radicale»⁷⁹; nondimeno si preparava la strada al tavolare ponendo un impianto a base reale (art. 17). Si attribuiva inoltre alla iscrizione nel catasto (allora in formazione) una presunzione di possesso utile ad usucapire nel termine ordinario di trenta anni (art. 18)⁸⁰.

Non diverso sostanzialmente fu il successivo progetto del ministro Scialoja presentato al Senato il 3 marzo 1910.

Gli eventi degli anni successivi arrestarono l'esame della riforma; nel corso della guerra al fine di assicurare maggiori entrate si estese l'ambito degli atti soggetti a trascrizione con più interventi legislativi⁸¹ e si innescò un vivace dibattito sull'efficacia solo tributaria o anche civilistica di tale norme. Le diverse e sparse leggi furono infine raccolte nel R.d. 30 dicembre 1923, n. 3272 («*Approvazione del testo di legge sulle tasse ipotecarie*»).

Il confronto sulla riforma del codice diede nuovo impulso alla discussione e sembrò che il cammino verso il tavolare riprendesse il suo corso.

L'art. 2, comma 1 del d.d.l. presentato dalla Sottocommissione per la riforma del c. c. recitava: «*Le sentenze e gli atti enunciati nei numeri 1, 2, 3, 4, e 5 dell'articolo precedente, fino a che non siano trascritti, non producono l'effetto dell'acquisto della proprietà o di altro diritto reale, né quello della loro modificazione o estinzione*»⁸².

Non era però previsto il controllo giudiziario dei titoli, sicché in realtà si trattava di una incerta combinazione tra pubblicità della trascrizione e sistema tavolare.

Nondimeno nella relazione della Commissione reale sul libro secondo del c.c. (*Delle cose e dei diritti reali*)⁸³, presentato nel 1937, si difendeva il progetto affermando come

⁷⁹ Come commentò L. COVIELLO, *Osservazioni sulla riforma della pubblicità immobiliare secondo il disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 9 febbraio 1905*, in *Temi Siciliana*, 1905, n. 9-10, p. 3 ss. ove in appendice è riportato il testo del d.d.l.

⁸⁰ In un progetto precedente si era stabilito il termine decennale; si equiparava così in modo inopinato la registrazione censuaria alla trascrizione di cui all'art. 2137 c.c. 1865 utile ai fini dell'usucapione speciale. Cfr. i moniti di N. COVIELLO, *Della trascrizione*², cit., p. 153 ss.: «non si coonesti una evidente ingiustizia con la legalità dell'articolo 2137...È un bene desiderabile l'accertamento del diritto, ma è più desiderabile ancora che questo diritto non sia un torto».

⁸¹ Tra i quali il Decreto luogotenenziale 9 novembre 1916 su cui L. COVIELLO, *La riforma della trascrizione secondo il decreto luogotenenziale del 9 novembre 1916 (all. H)*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, p. 740 ss.

⁸² Il testo del d.d.l. è riportato da N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, II, parte I, cit., p. 659 ss. Gli atti richiamati dell'art. 1 sono quelli costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali. Rimaneva la trascrizione di taluni negozi obbligatori, ma al limitato fine dell'opponibilità ai terzi. L'art. 36, sul presupposto del completamento del nuovo catasto, costituiva i registri a base reale.

⁸³ La norma citata prodotta dalla Sottocommissione aveva trovato posto nell'art. 358 del progetto.

«fosse indubbiamente più logico e coerente di quello informatore del sistema franco - italiano della trascrizione»⁸⁴.

Nel luglio del 1940⁸⁵ la Commissione delle assemblee legislative, cui era stata rimessa la proposta, la confermò senza riserve, anche se nell'illustrazione che della norma fece il relatore, il principio della natura costitutiva della trascrizione trascolora da *modus acquirendi* a requisito di efficacia dell'atto⁸⁶ venendo così a somigliare all'art. 2 R.d. 499/1929.

Tuttavia anche questo venne ritenuto troppo: in sede dei lavori finali⁸⁷ la proposta venne scartata per mantenere il sistema vigente della trascrizione in una con il principio consensualistico.

E per non lasciare nessun dubbio circa il significato della trascrizione ne venne mutata anche la *sedes materiae*: se nel codice del 1865 era unita ai diritti reali nel libro III del c.c. intitolato «*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*», il nuovo codice la confina in apertura dell'ultimo libro isolandola dalle figure sostanziali.

⁸⁴ In G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice civile. Libro della tutela dei diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*², Milano, 1943, p. 8. Cfr. Università cattolica del Sacro Cuore, *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile (agosto 1937 - XV)*, Milano, 1938, p. 159 ss. ove si esprime parere favorevole, per mano di F. Messineo, in merito alla parte del progetto relativa alla trascrizione costitutiva.

⁸⁵ Frattanto nel 1939 non solo si era ribadito come acquisito nella nuova codificazione il principio della tradizione, ma non si escludeva di applicarlo anche ai «trasferimenti mobiliari in genere». Così *Le risoluzioni approvate dal Comitato per le relazioni giuridiche Italo - Germaniche nella sua seconda sessione plenaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, I - II, p. 154, sottoscritte con riguardo a questo profilo da F. Vassalli.

⁸⁶ Cfr. *Atti della Commissione delle Assemblee legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto di Codice civile. Libro delle cose e dei diritti reali (art. 2 della Legge 30 dicembre 1923 - II, n. 2814 e 3 della Legge 24 dicembre 1925 - IV, n. 2260)*, Roma, 1940, p. 407 ss.

⁸⁷ Pochi mesi dopo, nella seduta del Consiglio dei Ministri del 30 novembre 1940 venne approvato il progetto ministeriale, nel frattempo elaborato, che riconduceva la trascrizione a pubblicità dichiarativa (art. 2). Cfr. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Della tutela dei diritti. Progetto ministeriale*, Roma, 1940. Si trattava oramai del testo definitivo del Libro VI del nuovo codice che venne infine promulgato con il R.d. 30 gennaio 1941, n. 18. Sovrintese ai lavori della Commissione ministeriale F. Vassalli, il quale in un corso di lezioni, non datato, ma di poco successivo alla promulgazione del codice, richiama le opposte opinioni confrontatesi fino all'ultimo, senza tuttavia dilungarsi sulle ragioni per cui alla fine prevalse la conservazione del sistema originario, salvo un breve accenno alle insufficienze del nuovo catasto. Cfr. F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti. (Libro VI codice civile). Lezioni del Prof. Filippo Vassalli a cura del Prof. Carlo Alberto Funaioli*, Roma, s.d., p. 31). L'A., pur non prendendo espressamente posizione e nella neutralità dei toni espositivi, esordisce nella spiegazione del sistema della trascrizione mettendone in luce i difetti (*ivi*, p. 28), in opposizione agli ordinamenti germanici presentati nelle pagine precedenti, il che considerando anche quando rammentato alle note 64 e 85, induce a ritenere che propendesse per il progetto della Commissione reale.

Invero, le ragioni della scelta enunciate nella Relazione al Re⁸⁸ si manifestano poco convincenti, a tal punto, per qualcuno, da denotare «una eccessiva fiducia che il suono delle parole possa sostituire il pensiero»⁸⁹.

Esse si compendiano essenzialmente in due considerazioni, una tecnica, ovvero l'inadeguatezza dello stato dei registri immobiliari ad accogliere un sistema di tipo tavolare, e l'altra di tipo politico apparendo il sistema tavolare non adeguato al «costume del popolo».

Il primo dei due ostacoli è in realtà la conseguenza di un grave inadempimento del legislatore: già nel 1886 aveva assunto la promessa, rinnovata nel 1931⁹⁰, di attribuire al catasto effetti di diritto civile, il che avrebbe comportato una riorganizzazione dei registri immobiliari, epperò mai ci si impegnò per darvi corso sicché tale *excusatio* ha in definitiva il sapore di un pretesto che vorrebbe nascondere la perdurante mancanza di volontà politica.

Allora è forse l'ambiguo riferimento al «costume del popolo» a dissimulare le autentiche ragioni che indussero il legislatore ad un improvviso cambio di direzione. Il più importante vantaggio di un sistema quale il tavolare, ovvero la precisa definizione dei titoli di proprietà, avrebbe potuto avere in Italia non lievi ripercussioni di ordine sociale, in particolare per la popolazione contadina: «migliaia di famiglie, aggrappate ai fondi solo in virtù di giudizi secolari (e sotto questo profilo va anche vagliata la lamentata *lentezza* della giustizia, da noi) avrebbero veduto la loro sorte decisa rapidamente ed irreparabilmente»⁹¹.

Non mancarono comunque innovazioni significative, quali l'ampliamento dei casi di trascrizione obbligatoria, la continuità delle trascrizioni, la trascrizione delle domande giudiziali, ma nel solco di una tradizione che aveva manifestato tutte le sue insufficienze sicché il risultato si compendì in una «una sfasatura fra la grandiosità delle intuizioni di fondo e la relativa modestia di ciò che fu in concreto attuato»⁹².

Nel 1947 una commissione ministeriale presieduta dal sen. Azara pubblicò i risultati di un progetto legislativo i cui studi erano stati avviati agli inizi degli anni '40 in

⁸⁸ Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile n. 1066.

⁸⁹ Così F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 91.

⁹⁰ V. più diffusamente § 7.

⁹¹ F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 97. Secondo F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 19 pesarono soprattutto suggestioni di natura ideologica e in particolare l'«intento di riaffermare il primato della volontà individuale».

⁹² G. GABRIELLI, *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 455 s.

relazione al nuovo catasto edilizio urbano (R.d.l. n. 652/1939). In realtà il progetto finì con il proiettare un obiettivo ben più ambizioso come è chiaro dal titolo: «*per la Probatorietà del Catasto e la istituzione del Libro fondiario*». Si trattava di una vera e propria scelta per il sistema tavolare, essendo previsto il carattere costitutivo delle iscrizioni, il principio di legalità e la conseguente attribuzione di pubblica fede⁹³. Non vi fu però seguito.

§ 4. *La pubblicità immobiliare quale istituto strumentale alla «tutela dei diritti». Verifica.*

La allocazione sistematica che il codice civile assegna alla trascrizione a tutta prima connota l'idea della pubblicità immobiliare come mera «fattispecie secondaria» (o situazione giuridica di secondo grado)⁹⁴ ovvero come luogo dell'ordinamento privatistico in cui «fattispecie primarie» (o fondamentali) già perfezionatesi *inter partes* (ad es., un contratto di compravendita immobiliare) si sottopongono all'onere⁹⁵ di una conformazione giudica ulteriore onde tutelare gli effetti loro propri anche nei confronti

⁹³ L'art. 13 del progetto, riportato in A. MASSART, *In materia di effetti giuridici del catasto*, in *Riv. dir. agr.*, 1965, I, p. 370 s., disponeva: «L'iscrizione nel libro prevista dall'art. 2 dà pubblicità ai diritti iscritti e ne costituisce prova nei confronti di terzi. Questi non possono opporre l'ignoranza. L'acquisto, il trasferimento, la modificazione e l'estinzione per atto tra vivi dei diritti indicati nell'art. 2 hanno effetto anche tra le parti soltanto dal momento della iscrizione nel libro».

⁹⁴ La terminologia è di S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 419 s., 429 s.

⁹⁵ «Tutti i diritti soggettivi...richiedono infatti una protezione - si legge nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re con riguardo al libro VI (n. 1065) - senza della quale la loro efficacia o il loro vigor pratico si dissolverebbe o rimarrebbe esposto ad offese senza rimedio». Con specifico riguardo agli atti indicati dall'art. 2643 c.c., l'iniziativa che l'interessato è tenuto ad assumere suole essere spiegata in termini di onere, trattandosi di un adempimento nel proprio interesse (Cfr. L. COVIELLO, voce *Trascrizione*, cit., p. 282; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 19). All'asserzione, pur formalmente precisa, può nondimeno ascriversi un marcato distacco dalla realtà, se si considera che il principio consensualistico è sì capace di trasferire *illico et immediate* la proprietà o altro diritto su cosa determinata, epperò quando l'acquisto è sottoposto a pubblicità per gli effetti di cui all'art. 2644 c.c., rimane insicuro fino al compimento della trascrizione la quale dunque si risolve in «una necessità in termini concreti» (F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 22). Diversamente, quando la pubblicità esplica una funzione di mera notizia (ad. es, art. 2651 c.c.), la situazione giuridica che si riconosce è quella di obbligo a carico dell'ufficio competente (cfr. G. GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 355 s.). Nel sistema tavolare la domanda di intavolazione costituisce invece esercizio di un diritto potestativo dell'acquirente esercitabile in ogni tempo (cfr. L. MENGONI, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 995; G. SICCHIERO, *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1993, p. 232 ed *ivi* richiami alla giurisprudenza). Rispetto infine alla pubblica amministrazione, cui è in carico il procedimento di attuazione della pubblicità, il privato è titolare di un diritto soggettivo (cfr. G. GIACOBBE, voce *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XXV, 1991, p.16).

dei terzi⁹⁶.

L'impostazione codicistica, come suggerisce l'indagine storica compiuta, rappresenta tipicamente il precipitato dello svolgimento della disciplina dei trasferimenti immobiliari nei paesi di tradizione francese: l'interesse degli ordinamenti si è concentrato dapprima intorno al consenso delle parti e solo in un secondo momento, in una con le pressioni del commercio, si è avvertita l'importanza del riconoscimento pubblico del diritto.

Ciò tuttavia è avvenuto in maniera meno intensa rispetto agli ordinamenti di tradizione germanica dove «la pubblicità concorre a integrare la fattispecie primaria del mutamento giuridico cui il negozio di alienazione è destinato»⁹⁷. Diversamente, secondo il sistema della trascrizione, il diritto si trasferisce o costituisce con il semplice consenso e la pubblicità si limita a «dichiarare»⁹⁸ l'effetto prodottosi ai terzi; in altre parole, si assiste ad un «collegamento tra fattispecie»⁹⁹ in quanto la trascrizione qualifica in modo strumentale la fattispecie primaria di acquisto del diritto nel senso di conferirle opponibilità¹⁰⁰.

Sulla base di questa articolazione, si tende per sineddoche a riferire la divergenza tra la trascrizione e i sistemi germanici nei termini di pubblicità dichiarativa e pubblicità costitutiva.

⁹⁶ Il rapporto tra la situazione sostanziale primaria e quella secondaria assume significato diverso a seconda della prospettiva che si assuma. La dipendenza dell'atto rispetto alla pubblicità è di natura funzionale nel senso che qualora non si provveda alla trascrizione, quando richiesta, il negozio esiste (purché abbia i suoi requisiti) ed è produttivo di effetti conformi che però non soccorrono nel conflitto con i terzi sicché in definitiva viene meno la sua funzione. Di contro, la trascrizione ha origine dal fatto primario (Cfr. S. PUGLIATTI, *La pubblicità nel diritto privato*, cit., p. 63), ma conserva una certa autonomia funzionale nel senso che, pur in circoscritte ipotesi e a precise condizioni, l'invalidità dell'atto non inficia la trascrizione che conserva il suo scopo di tutela dei terzi, come si vedrà *infra*. Si manifesta così l'importanza del «parere» nel diritto il quale in tali casi è così rilevante che «non tanto l'essere non conta senza il parere, quanto conta questo senza di quello», come osservò F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 62.

⁹⁷ L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 11.

⁹⁸ Le espressioni pubblicità dichiarativa e pubblicità costitutiva si intendono nell'accezione consolidatasi nel linguaggio civilistico, ovvero rispettivamente come deputata a rendere opponibile ai terzi gli effetti di un atto e quale requisito per l'acquisto di un diritto. Diverso è il significato conferito dalla dottrina meno recente. Ad. es. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 428, 432, parla di pubblicità costitutiva per indicare l'estensione ai terzi dell'efficacia degli atti e di pubblicità essenziale quando la pubblicità è requisito di esistenza della situazione giuridica. La trascrizione è stata qualificata anche come «pubblicità costitutiva ad efficacia confermativa» da parte di R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, p. 327.

⁹⁹ G. GIACOBBE, voce *Pubblicità (dir. civ.)*, cit., p. 12; per altri invece la pubblicità produce sempre «una complicazione della fattispecie, in quanto aggiunge agli elementi costitutivi della medesima, ontologicamente necessari alla produzione di un effetto giuridico, un ulteriore elemento», così R. NICOLÒ, *La trascrizione*, a cura di R. MOSCHELLA - M.C. ANDRINI, I, Milano, 1973, p. 11 s.

¹⁰⁰ Il diverso problema della coerenza nel sistema della trascrizione tra fattispecie primaria centrata sul principio consensualistico e trascrizione sarà preso in esame al § 9.

In realtà, tale schema se ha il merito in un discorso comparatistico di cogliere immediatamente e in modo sintetico la funzione tipica della trascrizione, tuttavia nella sua breviloquità non lascia emergere l'effettivo assetto della trascrizione che non si riduce a mera conservazione di effetti già prodottisi.

Trascrizione e pubblicità dichiarativa non sono aree equiestese nel senso che figure rilevanti di pubblicità costitutiva si trovano anche in sistemi retti sulla pubblicità della trascrizione. Ma se tali ipotesi nel codice del 1865, benché di rilievo¹⁰¹, erano precisamente circoscritte e comunque contemplate in altri settori sicché non si era sollecitati ad una rivisitazione del concetto di trascrizione, non così nel codice vigente dove la dottrina ha sentito l'opportunità di distinguere sistematicamente tra trascrizione dichiarativa e trascrizione costitutiva¹⁰².

In questo modo può adeguatamente emergere la novità più importante, concettualmente e per incidenza pratica, del codice del 1942 con riguardo al sistema della trascrizione immobiliare: per suggestione del sistema tavolare, a lungo rimasto come modello, alla trascrizione è stata talvolta conferita la natura di elemento costitutivo dell'acquisto in circostanze di rilievo.

L'innovazione deve essere ricercata in un settore di operatività della trascrizione profondamente ampliato e innovato dal codice del 1942, ovvero la trascrizione delle domande giudiziali¹⁰³. Si tratta segnatamente dei casi che a volte, con terminologia non del tutto precisa, si qualificano in termini di «pubblicità sanante», ovvero i nn. 6 cpv., I parte, 7 e 9 dell'art. 2652 c.c., che forse potrebbero essere meglio definiti come fattispecie acquisitive ad efficacia differita¹⁰⁴. In tali figure «la disciplina della trascrizione delle domande giudiziali è complicata dall'intreccio con fattispecie primarie di acquisto, imperniate esse stesse su fatti inerenti la pubblicità»¹⁰⁵.

¹⁰¹ Ad es., l'art. 2137 corrispondente all'attuale art. 1159.

¹⁰² Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 78 ed *ivi*, p. 81 ss. per una rassegna delle figure di pubblicità costitutiva nell'ordinamento attuale.

¹⁰³ Già il codice del 1865 (art. 1933, n. 3) in questo ambito si mostrava all'avanguardia diversamente dalla legge francese del 1855 che non prevedeva affatto la trascrizione delle domande giudiziali. Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², a cura di L. COVIELLO, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. FIORE e continuato da B. BRUNI, parte XIII, II, Napoli - Torino, 1924, p. 600 nota 1.

¹⁰⁴ Come suggerisce S. PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, a cura di G. GIACOBBE - M.E. LA TORRE, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO continuato da L. MENGONI, t. 2, Milano, 1989, p. 479.

¹⁰⁵ L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 256; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, a cura di D. MESSINETTI, Milano, 1973, III, p. 17; cfr. Cass. civ., sez. II, 15 gennaio 1986, n. 174 in *DVD Jurisdata*.

La stessa Relazione al codice ha premura di enfatizzare questo innesto parlando di «decisa innovazione ai principi tradizionali» che «non trova alcun addentellato negli altri libri del codice» e che è stata indotta dall'esigenza, da sempre essenziale nel tavolare, di «garantire la sicurezza della circolazione dei beni» (n. 1080).

Simili affermazioni suonano come contrastanti, o persino contraddittorie se si pone mente alla funzione della trascrizione che si è detto essere stata asseverata dal legislatore; lo iato non poteva tuttavia essere colto nella Relazione assumendosi come prospettiva di riferimento dalla quale misurare il carattere innovativo di queste norme non tanto quella strutturale, bensì quella degli effetti, sicché sembrarono come derogatorie non del carattere dichiarativo della trascrizione quanto del principio *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*, il cui restringimento costituiva una tendenza innovatrice consapevole del nuovo codice¹⁰⁶.

Secondo l'art. 2652 n. 6 l'acquisto del terzo in buona fede, qualora sia trascritta domanda di nullità o di annullamento per incapacità legale del titolo del dante causa, si conserva solo se sussistono due requisiti: l'atto impugnato deve essere stato trascritto almeno cinque anni prima e la trascrizione dell'acquisto del terzo deve precedere la trascrizione della domanda.

Il significato della trascrizione dei due titoli è però del tutto diverso; solo la trascrizione dell'atto del terzo ha natura di fattispecie secondaria in quanto opera come criterio di prevalenza a favore terzo nei confronti dell'attore vittorioso, ma tale questione sorge solo dopo aver verificato che un acquisto del terzo vi sia e ciò avviene in dipendenza della trascrizione dell'atto impugnato e dalla mancata trascrizione della domanda nei cinque anni successivi¹⁰⁷. Tali presupposti, unitamente alla buona fede del terzo, suppliscono all'invalidità del titolo del dante causa.

La mancanza dell'una o dell'altra trascrizione impedisce al terzo di conservare l'acquisto ma per ragioni distinte: se l'atto impugnato non risulta trascritto almeno cinque anni prima della trascrizione della domanda non si può nemmeno asserire che vi sia stato l'acquisto del diritto da parte del terzo, sicché è pleonastico verificare se e quando sia

¹⁰⁶ Cfr. U. NATOLI - R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione - prove*², in *Comm. cod. civ.*, Libro VI (Titoli I - II), tomo primo, Torino, 1971, p. 17; in termini generali, A. TRABUCCHI, *La pubblicità immobiliare un sistema in evoluzione*, in *Riv. dir. ipotecario*, 1982, p. 110.

¹⁰⁷ Più precisamente l'acquisto del terzo si perfeziona allo scadere del quinquennio o immediatamente se avviene dopo il decorso del periodo. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 297.

stata data pubblicità al titolo del terzo essendo esposto senz'altro all'efficacia sostanziale della sentenza pronunciata contro il proprio dante causa (salva l'usucapione ordinaria). Di contro, se la domanda è trascritta dopo il quinquennio dalla trascrizione dell'atto impugnato, il terzo acquista, ma conserva il proprio diritto solo se ha trascritto precedentemente all'attore vittorioso in quanto la trascrizione dell'atto del terzo assume la funzione di prenotazione tipica delle domande giudiziali¹⁰⁸.

La capacità della pubblicità di integrare una fattispecie primaria di acquisto spicca in modo forse più notevole nel successivo n. 7 dell'art. 2652 c.c. La struttura della norma è analoga al n. 6: il terzo di buona fede avente causa dall'erede apparente conserva il suo acquisto purché la domanda giudiziale dell'erede vero sia stata trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'erede apparente e dopo la trascrizione del titolo del terzo. La norma consente all'avente causa dall'erede apparente di conservare il proprio diritto con una tutela ulteriore rispetto all'art. 534, co. 3 c.c. e più ampia in quanto si riferisce agli acquisti anche a titolo gratuito¹⁰⁹. Infatti, secondo l'art. 534, co. 3, la trascrizione dell'erede vero prima di quella dell'erede apparente o del terzo impedisce l'effetto acquisitivo immediato per il terzo di cui alla norma in parola, ma non gli preclude la possibilità di prevalere comunque in forza dell'art. 2652 n. 7 ove l'erede vero non trascriva tempestivamente la domanda.

Su un simile modello risulta impostato anche il n. 9 dell'art. 2652 c.c.

Per tutti questi casi il legislatore dichiara di avere assunto un comune riferimento: si tratterebbe di «un espediente che ricorda in un certo senso la così detta usucapione tavolare già ammessa e regolata dal codice austriaco»¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. L. MENGONI, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 300 ss. ed ora in L. MENGONI, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 477 s.; Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 1995, n. 383 in *DVD Jurisdata*.

¹⁰⁹ Cfr. A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, cit., p. 218 s. Per un confronto tra l'art. 534 e l'art. 2652 n. 7, cfr. Cass. civ., sez. II, 21 marzo 1989, n. 1402, in *DVD Jurisdata*.

¹¹⁰ Relazione del Ministro Guardasigilli n. 1080. Si trattava precisamente del § 1467 ABGB che così disponeva «*Similmente sulle cose immobili, quegli, in di cui nome trovansi iscritte ne' pubblici libri, ne acquista col decorso di tre anni il pieno diritto contro qualunque opposizione. I limiti dell'usucapione si giudicano a misura del possesso iscritto*», come tradotto nel *Manuale del codice civile generale austriaco*³, in *Raccolta di leggi ed ordinanze della monarchia austriaca*, VIII, Innsbruck, 1913, p. 482. In dottrina la derivazione è colta da R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, cit., p. 332 ss; in termini più generali e in senso critico, L. FERRI - P. ZANELLI, *Della trascrizione*³, cit., p. 27 che con riguardo alla pubblicità costitutiva parlano di «notevole concessione fatta a principi propri di altri ordinamenti pubblicitari».

In realtà, come si è rilevato¹¹¹, il richiamo non è del tutto preciso e a quell'epoca l'istituto in parola risultava ormai abrogato nel codice austriaco da molti anni.

Nondimeno è pur sempre nell'ordinamento tavolare, seppur in altro luogo, che si trova l'archetipo degli artt. 2652, nn. 6, 7 e 9 c.c.: si tratta dell'azione in cancellazione, riprodotta anche nella legge tavolare italiana agli art. 61 ss.¹¹².

Nell'ordinamento tavolare l'azione in cancellazione è lo strumento attraverso il quale si esercitano le domande giudiziali relative a diritti tavolari (indicati nell'art. 9 L. tav.) che secondo il codice civile sono munite di efficacia retroattiva reale (ad. es. nullità, azione di riduzione)¹¹³; in queste ipotesi il sistema dei libri fondiari esibisce la sua *pointe*: l'efficacia della sentenza non raggiunge i terzi subacquirenti in quanto concorrano certi requisiti. In particolare, deve essere preso in considerazione l'art. 64, co. 1 ove si contempla l'eventualità che il soggetto legittimato all'azione in cancellazione non abbia ricevuto la notifica dell'iscrizione che pregiudica il suo diritto; in questo caso, se la domanda è presentata dopo tre anni dall'intavolazione che si impugna, i diritti dei terzi subacquirenti in buona fede sono fatti salvi.

Il punto di contatto tra l'azione in cancellazione e le figure di cui all'art. 2652 nn. 6, 7 e 9 sta precisamente nella circostanza che il terzo acquista il proprio diritto «in virtù della pubblica fede attribuita all'intavolazione precedente in quanto non contestata per un triennio»¹¹⁴.

E che tale modello apparisse al legislatore italiano come «una deviazione certo grave»¹¹⁵ ai principi fino allora imperanti di diritto sostanziale (si consideri che nel

¹¹¹ Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 304; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 220. V. anche § 12.

¹¹² Per la verità, nella Relazione della Commissione reale (in G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice civile. Libro della tutela dei diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941, p. 38) si faceva riferimento a tale istituto, ma si negava, come pure per l'usucapione tavolare, che fosse servito da modello per le norme poi allocate nel codice all'art. 2652, n. 6, 7 e 9. Veniva invece evocata una disposizione del progetto Scialoja rispetto alla quale pure si era escluso che attingesse ai sistemi germanici ed era invece presentata timidamente come «parziale difesa» per i terzi, così V. SCIALOJA, *Della Trascrizione (Modificazioni al lib. III, tit. XXII del Codice civile). Disegno di legge presentato al Senato del Regno il 3 marzo 1910 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (V. Scialoja)*, in *Atti parlamentari*, Legislatura XXIII - Sessione 1909-1910, stampato n. 174, Roma, 1910, p. 15.

¹¹³ Art. 7 R.d. 499/1929.

¹¹⁴ L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 305; in senso contrario A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 305 il quale parla di acquisto derivante da una fattispecie complessa nella quale incomprensibilmente non si menziona la trascrizione del titolo del dante causa.

¹¹⁵ Relazione del Ministro Guardasigilli n. 1080. Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 190 ss.

codice del 1865 anche la risoluzione era munita di efficacia retroattiva reale) e in materia di trascrizione, ben si comprende; ma d'altronde era espressivo di una logica «largamente giustificata da ragioni pratiche e principalmente dall'esigenza di garantire la sicurezza della circolazione dei beni»¹¹⁶.

Il codice, dunque, pur non sopportando nemmeno linguisticamente l'idea della trascrizione come modo di acquisto dei diritti reali¹¹⁷, si è in realtà notevolmente avvicinato a questo modello¹¹⁸ per fondare la novità più rilevante in materia, per quanto adombrata dalla collocazione sistematica che vorrebbe la trascrizione come istituto meramente strumentale e non costitutivo di diritti.

§ 5. *Formalismo pubblicitario e apparenza di titolarità del diritto.*

L'esame delle figure di trascrizione delle domande giudiziali nelle quali la pubblicità assume natura costitutiva suggerisce un ulteriore esercizio di comparazione tra l'ordinamento francese e quello germanico di segnalazione degli acquisti immobiliari.

In particolare, il raffronto, sopra accennato, tra le tutele che offrono al terzo avente causa dall'erede apparente rispettivamente l'art. 534 e l'art. 2652 n. 7 c.c. esemplifica elettivamente anche il modo di operare proprio dell'apparenza di diritto rispetto alla pubblicità, ovvero al formalismo giuridico¹¹⁹. E proprio il rapporto tra queste due categorie si è strutturato in modo difforme nei due sistemi in ragione del regime della pubblicità immobiliare di ciascuno.

Invero, una volta acquistata consapevolezza che il trasferimento dei diritti reali è una vicenda che interessa non solo le parti tra le quali si consuma, ma anche i terzi¹²⁰, sorge conseguentemente il problema di trovare «*indici della circolazione*»¹²¹, vale a dire strumenti di segnalazione idonei a giustificare un affidamento e quindi ad agevolare il traffico giuridico dispensando dalla verifica dell'effettiva titolarità dei diritti che tanto

¹¹⁶ Relazione del Ministro Guardasigilli n. 1080. Simile indicazione di politica del diritto rende dubbia l'idea che una volta maturato il termine di decadenza dell'azione reale, la tutela possa proseguire come restituzione dell'arricchimento. Cfr. A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, cit., p. 484 s.

¹¹⁷ Cfr. L. FERRI - P. ZANELLI, *Della trascrizione*³, cit., p. 21.

¹¹⁸ Rimane una differenza essenziale; se si realizzano i presupposti dell'art. 2652 nn. 6 e 7, il terzo è sicuro del proprio diritto solo rispetto al dante causa mediato, essendo un sistema di pubblicità di titoli; di contro, il decorso dei termini di cui agli artt. 63 e 64 L. tav. definisce la questione della titolarità in modo assoluto.

¹¹⁹ Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 352.

¹²⁰ «Non basta per il contratto, *essere*, bisogna anche *parere*», avverte F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 62.

¹²¹ *Ibidem*.

appesantirebbe il sistema. A questo riguardo pubblicità ed apparenza, pur nella diversità di politica del diritto perseguita e di struttura, possono dirsi mezzi ugualmente atti¹²² e la questione diventa allora quale sia il limite di operatività dell'una rispetto all'altra.

Secondo alcuni pubblicità e apparenza sarebbero tra loro autoescludenti nel senso che l'apparenza non potrebbe avere adito se non in caso di insufficienze del formalismo pubblicitario: «dove...la legge coi sistemi di pubblicità pone il contraente nella condizione di accertarsi del vero stato delle cose, non è necessario elevare a principio giuridico la massima che l'essere sta nel parere»¹²³. *Inclusio unius exclusio alterius*.

La constatazione, pur logicamente forte, non è capace di spiegare per quale ragione l'emergere della dottrina dell'apparenza sia avvenuto proprio nell'ambito dell'ordinamento tedesco¹²⁴ dove il formalismo della pubblicità immobiliare si è invero nel modo relativamente maggiore: l'iscrizione del diritto nel libro fondiario è stata infatti considerata un'ipotesi, forse la più importante, di apparenza giuridica.

Ciò è potuto avvenire in quanto «l'*investitura*, come atto, è la forma di trasferimento del diritto:...l'iscrizione nel libro fondiario, o la consegna del titolo di credito...sono elementi costitutivi della fattispecie traslativa»¹²⁵. In altre parole, essendo in quel sistema la legittimazione a disporre dipendente dall'iscrizione¹²⁶ come titolare del diritto nel libro, anche se in realtà così non è, non vi possono essere altri «indici di circolazione» conflittuali sicché i terzi possono confidare che è ciò che *appare*¹²⁷. Se si considera poi come nel diritto tedesco vi siano altri ed importanti casi di investitura formale, non si fatica a comprendere come siasi arrivati ad affermare «*Rechtsschein ist alles*»¹²⁸.

Nel nostro ordinamento parte della dottrina ha ritenuto che il rapporto tra pubblicità e

¹²² L'analogia funzionale è rilevata da S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 264; A. DE CUPIS, voce *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc.dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 1015.

¹²³ M. D'AMELIO, voce *Apparenza nel diritto*, in *NNDI*, Torino, 1957, I, p. 555.

¹²⁴ Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 252 testo e nota 145.

¹²⁵ L. MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, p. 76; cfr. A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 684.

¹²⁶ La dottrina tedesca ha però avvertito come l'attribuzione della pubblica fede non sia in rapporto di logica dipendenza, e comunque di esclusività, dall'iscrizione. Cfr. L. MENGONI, *Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trento, ottobre 1971), Trento, 1972, p. 38 nota 24. V. Più diffusamente sul tema § 14 nota 96.

¹²⁷ «La titolarità apparente sostituisce la titolarità effettiva», così BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*⁴, München, 1968, p. 186 citato da C. CASTRONOVO, *Acquisto «a non domino» e pubblica fede in tema di regolarizzazione del titolo di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1160 nota 53.

¹²⁸ KRÜCKMANN, *Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie*, in *Jherings Jahrbücher*, LVII, 1910, p. 162 e p. 169 citato da S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 252.

apparenza potesse proporsi nei medesimi termini¹²⁹. L'essere tuttavia la trascrizione pubblicità di atti impedisce *in radice* di considerarla un segnale di titolarità del diritto: «non più in termini di identificazione con la realtà ma, al contrario, in termini di scissione da essa si configura il problema dell'apparenza negli ordinamenti come il nostro, dove opera *sic et simpliciter* il principio consensualistico»¹³⁰. Certo, anche negli ordinamenti di matrice francese la situazione di titolarità apparente può essere in definitiva riportata ad un dato formale (ad. es., negozio nullo o simulato), epperò esso non è causa immediata, ma solo condizione di possibilità dell'apparenza la quale deriva dal comportamento tenuto dal legittimato apparente¹³¹.

Escluso dunque che nel nostro ordinamento la trascrizione possa ingenerare un'apparenza di diritto, è stato possibile metterne a fuoco i precisi caratteri facendone spiccare le qualità distintive rispetto al formalismo pubblicitario: se la pubblicità dà immediata evidenza ad un atto o un fatto mediante forme¹³² tipiche, l'apparenza deriva invece da un complesso di segnali elastici, cangianti nei singoli casi, che non puntano esplicitamente ad una situazione giuridica (non esistente), ma che in un certo contesto sociale sono percepibili come allusivi di essa¹³³.

All'apparenza è dunque immanente l'errore del soggetto indotto da ingannevoli circostanze di fatto; tuttavia l'errore può essere apprezzabile in questo discorso solo se

¹²⁹ Cfr. U. NATOLI - R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione - prove*², cit., p. 7 s.; R. CORRADO, voce *Pubblicità degli atti giuridici*, in *NNDI*, XIV, Torino, 1967, p. 519.

¹³⁰ C. CASTRONOVO, *Acquisto «a non domino» e pubblica fede in tema di regolarizzazione del titolo di proprietà*, cit., p. 1160 nota 53; analogamente G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934, p. 42 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., sez. lav., 5 luglio 1979, n. 3859 in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 498.

¹³¹ Cfr. L. MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, cit., p. 77.

¹³² I primi studi in materia tendevano a qualificare la trascrizione come forma, accostandola alla forma richiesta per la validità o per la prova dell'atto. (cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 69 s., 203, 211 s.; E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, cit., p. 137). Per taluni negozi, dunque, l'espressione forma avrebbe carattere anfibologico: è forma sia ciò che lo costituisce o ne permette la prova nel processo (quando la legge così dispone), sia il mezzo per assicurare la propagazione degli effetti davanti ai terzi. L'idea nel tempo è stata però messa in discussione; in particolare si è dubitato che un concetto di forma possa resistere ove dovesse indicare dimensioni non solo affatto distinte (cfr. L. FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, p. 302 s.), ma anche storicamente in antitesi: proprio in concomitanza con l'enfaticizzazione della libertà delle forme, si ampliava e perfezionava l'ambito della trascrizione immobiliare (per uno spunto, A. DE CUPIS, voce *Pubblicità (dir. civ.)*, cit., p. 1015). Si è inoltre richiamata la natura procedimentale della pubblicità che come tale si compone di più atti ciascuno munito della propria forma (cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 418).

¹³³ «Il suo apparire è piuttosto un trasparire, l'apparire di un fenomeno attraverso un altro fenomeno», così A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., p. 685 s.

attinge una dimensione collettiva, nel senso che deve essere tale da trarre in inganno chiunque si fosse trovato nelle medesime circostanze¹³⁴. Soltanto quando l'apparenza induce una tale situazione merita protezione nelle norme che la prevedono¹³⁵ in quanto effettivamente diviene uno strumento di segnalazione capace di comunicare un dato oggettivamente decettivo per il pubblico.

Si può ora interpellare nuovamente la norma da cui si sono prese le mosse, ovvero l'art. 2652 n. 7 c.c., per dimostrare singolarmente come certe regole, pur alienate dagli ordinamenti nei quali si rintraccia la loro scaturigine, possano comunque essere confermate o persino irrobustite nella loro originaria interpretazione entrando in simbiosi con le ragioni proprie del diverso sistema in cui vengono inoculate.

Si tratta di verificare nel silenzio dell'art. 2652, n. 6, 7 e 9 se solo la mala fede del terzo sia requisito impeditivo dell'acquisto oppure possa essere d'ostacolo anche la colpa grave.

Nella dottrina austriaca con riguardo ai §§ 63 - 64 della legge tavolare, da cui si è detto derivare l'art. 2652 n. 6, 7, 9 c.c., vi sono diverse posizioni circa la possibilità di assimilazione¹³⁶; tuttavia, qualsiasi possa essere l'interpretazione corrente oltralpe, da sé sola non è sufficiente a giustificare un esito analogo nell'ordinamento italiano dovendo in primo luogo rivelarsi coerente con i principi di diritto interno¹³⁷.

La soluzione può allora essere argomentata a partire dalla rilevata separazione nell'ordinamento italiano tra apparenza e formalismo pubblicitario¹³⁸: poiché l'art. 2652 nn. 6, 7 e 9 è una norma costruita sui dati formali e rigidi della trascrizione di un atto

¹³⁴ Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 344 s.; A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., p. 697 s. e per la differenza dall'*error communis*, *ivi*, p. 693 s.

¹³⁵ L'apparenza, una volta ricostruita come categoria, ha portato a domandarsi se potesse trovare applicazione solo nei singoli casi ove la legge la richiama oppure se trascendesse tali precisi confini fino a dar vita ad un nuovo principio generale, al pari della pubblicità; alla prudenza della dottrina, soprattutto la prima che se ne è occupata, ha corrisposto una vivace fiducia della giurisprudenza nelle possibilità applicative di questo strumento che si è così dipanato nei campi più vari del diritto privato. Cfr. A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., p. 699 s.

¹³⁶ Per la negativa, richiami in L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 344 s.; per riferimenti in senso contrario, cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. 67, 265 e quanto al corrispondente art. 64 della legge tavolare italiana, cfr. G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 555 s. L'accostamento tra mala fede e colpa rispetto al diverso problema dell'usucapione extratavolare sarà oggetto di esame al § 15.

¹³⁷ V. oltre § 13.

¹³⁸ Cfr. A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni e il diritto privato*, in *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, a cura di L. NOGLER - A. NICOLUSSI, Padova, 2007, p. 57; cfr. anche C. CASTRONOVO, *Acquisto «a non domino» e pubblica fede in tema di regolarizzazione del titolo di proprietà*, cit., p. 1170 s.

invalido o inefficace e della mancata contestazione per un certo periodo, non vi è spazio per una indagine sullo stato psicologico del terzo al di fuori della mala fede legalmente prevista la quale è l'unico adito per gli stati gnoseologici in un sistema fondato sul formalismo¹³⁹.

Più precisamente, il limite della mala fede può essere spiegato quando la pubblicità opera nei termini della pubblica fede (non invece in caso di efficacia formale dell'iscrizione), e tale è *quoad effecta* nella norma in parola, con ragioni di natura equitativa: la pubblicità sostituisce la realtà fino al limite della mala fede del terzo non essendovi allora alcun affidamento da proteggere¹⁴⁰.

Il confronto tra pubblicità ed apparenza nei due sistemi può essere utilmente proseguito con riguardo ai casi nei quali la trascrizione assume una rilevanza solo mediata in quanto si tratta di vicende che non hanno per oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali immobiliari¹⁴¹.

Ad esempio, in materia di pagamento delle spese condominiali si riscontrava un contrasto nella giurisprudenza della Cassazione. Secondo un indirizzo, l'ingiunzione poteva essere rivolta anche all'apparente proprietario senza verificare le risultanze dei registri immobiliari servendo solo indirettamente per la questione delle spese; altre sentenze reputavano invece che fosse legittimato solo il vero proprietario rilevando in particolare l'inconferenza del richiamo al principio dell'apparenza nei rapporti *inter partes* e come il codice stesso esiga in proposito la titolarità del diritto (art. 1123), privando così di considerazione la situazione di fatto contrastante¹⁴².

Le Sezioni unite (sentenza 8 aprile 2002, n. 5035 in *DVD Jurisdata*) hanno asseverato quest'ultimi argomenti escludendo ogni attenzione all'apparenza in tutte «quelle

¹³⁹ Cfr. A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., p. 685; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, cit., p. 78 nota 52. Anche l'argomento storico può *a contrario* confermare questa ipotesi: il progetto della Commissione reale salvava l'acquisto dei terzi in quanto avessero «ignorato senza colpa il vizio dell'atto o della relativa trascrizione».

¹⁴⁰ Cfr. L. MENGONI, *Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano*, cit., p. 39 s.; N. COVIELLO, *Della trascrizione*², vol. I, cit., p. 136 s.; L. BARASSI, *Diritti reali e possesso. I diritti reali*, I, cit., p. 430 s.

¹⁴¹ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 46 ss.

¹⁴² Le due posizioni esprimono l'epifenomeno di concezioni alternative della funzione della trascrizione: la prima la vede come criterio di soluzione dei conflitti di circolazione (F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 50), mentre la seconda accredita l'idea che un fatto reso pubblico sia opponibile a chiunque (con riguardo allo specifico problema in esame, cfr. A. TRABUCCHI, *La pubblicità immobiliare un sistema in evoluzione*, cit., p. 108 ss.). La funzione della trascrizione sarà meglio esaminata nel § successivo.

fattispecie che trovano già nella legge una compiuta disciplina», inoltre «il condominio non è terzo ma una parte del rapporto, sicché rispetto ad esso non è possibile convertire la inesistente titolarità del diritto di proprietà nella effettiva titolarità e la inesistente legittimazione in una effettiva legittimazione nascente dalla situazione di apparenza».

Se tali affermazioni appaiono condivisibili, lo stesso non si può affatto dire quando la Corte reputa che «l'osservanza del dovere di consultazione dei registri immobiliari presso la conservatoria assume rilievo ed è preminente...per l'individuazione del vero condomino obbligato»; la trascrizione infatti non ha forza probante del diritto di proprietà, il che conduce ad inconvenienti di non poco momento nell'applicazione del pur corretto principio di diritto¹⁴³.

Simili complicità non capitano invece nel sistema tavolare posto che solo con l'iscrizione nel libro fondiario si produce l'effetto reale e da quel momento scaturisce una presunzione di titolarità del diritto (art. 6 R.D. 499/1929)¹⁴⁴. Inoltre gli acquisti a titolo originario, pur perfezionandosi indipendentemente dalla iscrizione nel libro, non aduggiano tale presunzione se non dopo che ad essi sia stata data pubblicità (art. 5 R.d. 499/1929), a differenza di quanto avviene nel diritto comune dove la trascrizione dell'acquisto per usucapione è solo eventuale divenendo così un ulteriore coefficiente di difficoltà nell'accertamento di chi sia legittimato passivo alle spese¹⁴⁵.

§ 6. *Funzioni della trascrizione.*

Resta controverso se sia possibile identificare un'unica generale funzione per la trascrizione; la disputa non è puramente speculativa, ma sviluppa implicazioni notevoli in quanto per essa transita il criterio di selezione delle modalità di connessione tra l'esercizio dei diritti soggettivi e il fenomeno pubblicitario.

Le teorizzazioni formulate dalla metà del secolo scorso attraevano la trascrizione nel più ampio genere della pubblicità di diritto privato¹⁴⁶ e la conseguente necessità di dimostrare esistente uno scopo comune per l'intero complesso costringeva a rinvenirlo in

¹⁴³ Cfr. A. MAZZIERI, *Spese condominiali ed accertamento della titolarità dell'immobile, la Suprema Corte pone termine a un dibattito ventennale sull'apparenza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 1901 s.

¹⁴⁴ Per un esame più approfondito si rinvia al § 14.

¹⁴⁵ Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 maggio 1980, n. 3508 in *DVD Jurisdata*.

¹⁴⁶ Di contro, la dottrina precedente, i cui studi si erano concentrati sulla trascrizione immobiliare, asseriva un fine specifico per questa: «far conoscere ai terzi lo stato giuridico della proprietà immobiliare, per garantirli dalle possibili frodi, e renderli sicuri dell'acquisto che venissero a compiere», così N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 14.

una dimensione minima che non aggiungeva nulla al significato letterale che il vocabolo pubblicità è in grado di comunicare: ottenere che non rimangano occulti taluni fatti. Più precisamente, la pubblicità non era intesa come strumento di induzione di una conoscenza effettiva nel pubblico, bensì come possibilità di conoscenza¹⁴⁷, come stato potenziale, che tuttavia la legge assimilava a quella effettiva; ogni altra funzione, quale l'opponibilità, per quanto di rilievo, era vista come secondaria¹⁴⁸.

L'emergere moderno della trascrizione impedisce tuttavia di associarsi a questo insegnamento; in particolare, se si richiama la legge francese del 1855 (o la legge belga del 1851) che rimanendo l'archetipo dei sistemi di pubblicità dichiarativa aiuta a comprenderne la ragione, si può agevolmente constatare che fu stabilita non per incontrare una generica attesa di conoscenza, ma a cagione di un evento ben più preciso: il crollo del credito fondiario. Le cause che hanno consigliato di rivolgere sempre maggiore attenzione verso la pubblicità patrimoniale vanno dunque poste in rapporto colla nuova economia fondata non più sulla conservazione statica della ricchezza, la cui limitata circolazione non sollecitava attenzione per la sicurezza degli acquisti, bensì sul credito, che reclama solidi cespiti per essere concesso; il difetto di un idoneo sistema di pubblicità conduce alla «ripugnanza del capitale a rivolgersi in fecondo investimento alla terra, timoroso dell'incerta garanzia che gli viene assegnata»¹⁴⁹. Allora l'urgenza di assicurare l'opponibilità delle ipoteche e all'uopo la pubblicità è mezzo tecnico e non fine¹⁵⁰.

Il dato positivo conferma precisamente quanto rilevato. In particolare,

¹⁴⁷ «Tutte le volte che dalla conoscenza di una situazione giuridica per la quale sia disposta una particolare pubblicità dipendano particolari conseguenze giuridiche, queste si verificano *indipendentemente dalla effettiva conoscenza dei soggetti interessati, per il solo fatto che la situazione era conoscibile*», S. PUGLIATTI, *La pubblicità nel diritto privato*, cit., p. 49. Ogni altra forma di pubblicità non sarebbe che un complemento, un'addizione della pubblicità notizia; ad es., la pubblicità costitutiva (che nel linguaggio dell'A. indica la trascrizione) sarebbe «pubblicità notizia più qualche cosa». *Ibidem*, p. 37. Nella dottrina attuale, cfr. G. GIACOBBE, voce *Pubblicità (dir. civ.)*, cit., p. 10; G. GABRIELLI, *Confronto fra due concezioni della pubblicità immobiliare: in particolare, a proposito di trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 385 ss.

¹⁴⁸ Tale indirizzo rimproverava che accreditare la funzione della pubblicità in termini di tutela del traffico giuridico avrebbe obliterato che in altri campi del diritto privato persegue scopi diversi. Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 236. Ma l'affermazione può essere rivolta, ovvero voler asseverare una funzione esclusiva della pubblicità come notizia, annacqua il *proprium* della stessa in ambito patrimoniale. In definitiva, la differenza tra le specie di pubblicità in diritto privato riguarda la sostanza e non un accidente, sicché anche da questo punto di vista pare opportuno dimettere la prospettiva generale (nel senso di un unico *genus* di pubblicità di diritto privato).

¹⁴⁹ Così V. SCIALOJA, *Della Trascrizione*, cit., p. 5.

¹⁵⁰ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 42.

nell'ordinamento italiano l'art. 2644 c.c. (e prima l'art. 1942 c.c. 1865) sintetizza gli effetti della trascrizione in termini di opponibilità¹⁵¹.

Anche nella Relazione al codice si trova conferma della specifica e caratterizzante funzione della trascrizione (n. 1065), ma soprattutto conta la precisazione che per ogni categoria di atti da trasciversi si è determinato l'effetto sostanziale (n. 1067); ciò significa che nel pur limitato ambito della pubblicità patrimoniale non si può attestare una funzione esclusiva della pubblicità, ma semmai predominante.

Con questo criterio si può allora osservare che nelle ipotesi più numerose e importanti di registrazione di atti relativi a diritti reali immobiliari lo scopo è fissato nell'art. 2644 c.c. e non è di notizia. In tali casi la conoscibilità appare invece il risultato fattuale della trascrizione¹⁵².

Per altro verso, il citato passo della Relazione al codice non consente di avallare la pretesa che volesse compendiare tutto l'apparato della trascrizione nell'art. 2644 c.c. per poi estenderne la disciplina ad altre norme pubblicitarie che non precisano espressamente i loro effetti, il che porterebbe nella pratica all'imposizione di un onere non previsto ai privati¹⁵³.

Sembra insomma che il legislatore abbia accolta un'idea strutturata della trascrizione anche sotto il profilo della funzione, non spiegabile secondo le visioni manichee correnti in dottrina¹⁵⁴, e tale consapevolezza è necessaria per una prudente interpretazione delle norme che saldano l'esercizio dei diritti alla pubblicità.

Ne è un esempio l'art. 39, co. 1, L. 27 luglio 1978, n. 392 (*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*)¹⁵⁵; la norma in parola si riferisce agli immobili ad uso diverso

¹⁵¹ Un accenno alla regola dell'art. 2644 c.c. come «originaria e fondamentale» della trascrizione si trova in L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 10, 255; cfr. anche G. STOLFI, *La trascrizione nell'ordinamento italiano e francese*, cit., p. 299.

¹⁵² Cfr. G. GORLA, *Se la trascrizione valga presunzione legale di conoscenza*, Padova, 1932, p. 5; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 4 ss.

¹⁵³ Cfr. G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 443 s.

¹⁵⁴ Anche nella giurisprudenza di legittimità tende a riproporsi la contrapposizione tra le due tesi: coglie l'essenza della trascrizione nella funzione di notizia Cass. civ., sez. III, 8 marzo 2005, n. 5002 (in motivazione), in *DVD Jurisdata*; afferma invece Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2003, n. 19058, in *DVD Jurisdata*, che «la trascrizione...ha la funzione di rendere opponibile l'atto ai terzi onde dirimere il conflitto tra più acquirenti dello stesso bene». L'indirizzo che accede all'idea di considerare la trascrizione come pubblicità notizia tuttavia «si guarda realisticamente dall'affermare che...comporti una presunzione di conoscenza», come rileva G. SICCHIERO, *La trascrizione e l'intavolazione*, cit., p. 15 ed *ivi* riferimenti a sentenze.

¹⁵⁵ Analogamente dispone l'art. 8, L. 26 maggio 1965, n. 590 - *Disposizioni per lo sviluppo della proprietà coltivatrice*.

dall'abitazione e stabilisce che qualora il locatore non abbia avvertito, mediante notificazione, il conduttore dell'intenzione di alienare al fine di permettergli l'esercizio del diritto di prelazione (art. 38), quest'ultimo può «entro sei mesi dalla trascrizione del contratto, riscattare l'immobile dall'acquirente e da ogni altro successivo avente causa»¹⁵⁶.

In effetti lo scarto tra l'intensità dei due rimedi, posti in subordinazione, a tutta prima meraviglia: il difetto di notificazione, la quale attua nella misura più formale ed efficace la comunicazione individuale, è surrogato con la trascrizione, la quale appronta una possibilità impersonale di conoscenza. In altre parole, si declinerebbe dal diritto di essere informato, che certo rimane potenziale, ma pur sempre mirato, all'onere di informarsi consultando i registri immobiliari almeno tre volte l'anno¹⁵⁷.

È comprensibile allora che la Corte di Cassazione abbia avvertito l'opportunità di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 L. 392/1978 in entrambi i sistemi di pubblicità immobiliare¹⁵⁸ notando che l'aggravio per il prelazionario andava oltre l'ispezione dei registri in quanto le informazioni utili per il riscatto (in particolare il prezzo) non risultano necessariamente dalla nota di trascrizione e non emergendo dal libro maestro sicché è necessario compiere verifiche integrative rispetto all'esame dei registri principali.

La Corte costituzionale supera negativamente il dubbio con più argomenti¹⁵⁹.

In termini generali si reputa che la legge pervenga ad un ponderato punto di equilibrio tra il *favor conductoris*, o meglio il *favor* verso la prosecuzione della sua attività di impresa, e l'interesse alla sicurezza della circolazione dei beni immobili¹⁶⁰.

A questo riguardo può presentarsi ancora una volta proficuo il confronto con l'azione in cancellazione nel sistema tavolare che, come già ricordato, costituisce lo strumento

¹⁵⁶ Nel sistema tavolare il termine di decadenza decorre dall'annotazione della domanda di intavolazione.

¹⁵⁷ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 61.

¹⁵⁸ Nell'ambito della trascrizione, Cass. civ., sez. III, 29 novembre 1989, n. 667 (ord.), in *Dir. giur.*, 1993, p. 603 nt. BARBATELLI; con riguardo al sistema tavolare, Cass. civ., sez. III, 12 ottobre, 1989, n. 546 (ord.), in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 591 ss.; Cass. civ., sez. III, 29 novembre 1989, n. 668, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 75 ss. nt. G. VETTORI.

¹⁵⁹ Sentenza 8 maggio 1990, n. 228 (rel. Casavola), in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1017 ss.

¹⁶⁰ «All'esigenza di rendere effettivo un diritto di impugnazione, una volta che sia parso opportuno attribuirlo, si contrappone quella alla stabilità dei rapporti: se la prima suggerisce che il termine per l'esercizio non decorra prima che il fatto contro cui è dato reagire sia conoscibile con l'ordinaria diligenza, la seconda impone di fissare in ogni modo un limite temporale», sottolinea G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, cit., p. 442.

per impugnare in via contenziosa un'intavolazione pregiudizievole. Nel caso in cui di tale iscrizione non sia pervenuta la notifica, il termine per proporre la domanda è di tre anni (art. 64 L. tav.). Ora, se si considera che questo strumento è a difesa di un diritto reale, non pare irragionevole in termini di politica del diritto il più breve termine per la tutela di una prelazione frustrata, la quale rimane un diritto relativo, anche se trascritto¹⁶¹, che talvolta, come nel caso di specie, ottiene dalla legge l'usbergo del rimedio reale mediante riscatto. In altre parole, la prelazione legale si affianca al diritto di riscatto solo nei casi espressamente selezionati dalla legge¹⁶², sicché la norma in realtà assicura un *quid pluris* di tutela al conduttore; senza il diritto di riscatto non vi sarebbe altro rimedio del risarcimento del danno.

Nell'economia della decisione di particolare interesse è anche il passaggio in cui la Corte accredita quanto alle norme scrutinate l'uso della pubblicità quale strumento di legale conoscenza: non vi è necessità che il conduttore abbia effettiva conoscenza del *dies a quo* per l'esercizio del riscatto in quanto l'informazione deriva dalla sua trascrizione. L'affermazione tuttavia rimane specificamente circoscritta sicché non sembra suscettibile di essere letta come se volesse avvalorare in termini sistematici l'idea della trascrizione come fonte di presunzione legale di conoscenza. Nella decisione si trova pertanto conferma del carattere complesso della trascrizione che, se nella maggioranza dei casi svolge la funzione di criterio di prevalenza, altre volte le viene connessa una presunzione di conoscenza. Più precisamente, ciò che si presume noto non è l'atto di alienazione, ma il termine iniziale per l'esercizio del diritto di riscatto; del resto la giurisprudenza di legittimità ripete che già con la stipulazione del contratto sorge il diritto al riscatto, mentre la trascrizione delimita solo il torno di tempo entro il quale è esercitabile¹⁶³.

¹⁶¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 15 ottobre 2002, n. 14645 in *DVD Jurisdata*. Questo spiega perché nella legge tavolare italiana non sia annoverata la prelazione tra i diritti intavolabili, a differenza del modello austriaco. Cfr. A. STEINER, *I libri fondiari ed i libri di archiviazione nel diritto italiano le ipoteche e gli altri diritti reali la rinnovazione ipotecaria. Studio comparativo Esposizione teorico – pratica con moduli*, cit., p. 20 s. In materia di opponibilità del patto di prelazione si registrano interessanti sviluppi nella recente giurisprudenza francese, come riferisce G. VETTORI, *Circolazione dei beni e ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 2, p. 300.

¹⁶² Cfr. Cass. civ., sez. III, 3 giugno 1993, n. 6218, in *DVD Jurisdata*, ove si constata un abbandono del binomio nella legislazione successiva a quella in esame.

¹⁶³ In materia di contratti agrari, Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2006, n. 1019, in *DVD Jurisdata*; non diversamente nel tavolare posto che il contratto è «è idoneo a determinare la mancata realizzazione del diritto di prelazione...ancorché non si sia perfezionato l'effetto del trasferimento della proprietà», come statuisce Cass. civ., sez. III, 11 marzo 1994, n. 2367 in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1485.

Quanto all'onere di verifica periodica dei registri immobiliari, la Corte, richiamando espressamente un precedente¹⁶⁴, conclude che non si ravvisa offesa all'art. 24 Cost.; attingendo ancora alle motivazioni di quella decisione, si potrebbe aggiungere che anche in questo caso è comunque poco probabile che l'alienazione rimanga celata al conduttore in quanto ordinariamente il pagamento sarà preteso dal nuovo creditore e ciò basta per affermare la ragionevolezza della presunzione di conoscenza.

La Corte esaminando da ultimo l'eventualità *de iure condendo* di imporre all'acquirente un onere di comunicazione, in caso di mancato avviso da parte del precedente locatore, si mostra perplessa in quanto «postulerebbe un vizio del trasferimento qualora esso non fosse adempiuto»; tale conseguenza non pare tuttavia un corollario necessario, potendosi stabilire come sanzione la non decorrenza del termine¹⁶⁵. Si può invece dubitare dell'opportunità di tale accorgimento per altra ragione: di nuovo rimarrebbe del tutto scoperta l'esigenza di sicurezza della circolazione potendo allora il riscatto essere esercitato per un tempo illimitato nei confronti di «ogni altro successivo avente causa» (art. 39 L. 211/1978) con inevitabile pregiudizio della circolazione giuridica.

§ 7. Registri immobiliari e catasto: separatezza e coordinamento.

I registri immobiliari e il catasto sono istituti distinti nella struttura e si prefiggono funzioni diverse. In particolare il catasto opera una parcellizzazione del terreno per finalità tributarie individuando con criterio perequativo i soggetti passivi delle imposte su beni immobili; i registri immobiliari sono invece predisposti per garantire sicurezza e velocità al traffico giuridico e possono riferirsi ai beni (sistema dei fogli reali), come avviene nei libri fondiari, oppure alla persona titolare dei diritti, come invece previsto nel diritto comune¹⁶⁶.

Nondimeno la pubblicità immobiliare dipende precipuamente dal catasto: «la storia dell'organizzazione catastale è, indirettamente, la storia dell'organizzazione pubblicitaria, perché quella condiziona questa...L'importanza del rilievo apparirà in più chiara luce,

¹⁶⁴ Si richiama la sentenza del 17 marzo 1988, n. 311 (rel. Mengoni), in *DVD Juridata*.

¹⁶⁵ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 63.

¹⁶⁶ Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, cit., p. 222 ss. Se la finalità del catasto è indubbiamente pubblicistica, non si deve inferire che sia necessariamente privatistica la funzione dei registri immobiliari: ad es., S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 221, reputa che la conoscibilità legale asseconi in primo luogo un interesse pubblico.

quando si rifletta che l'efficienza, diremmo anzi la possibilità di funzionamento di ogni meccanismo pubblicitario, è legata all'identificazione della cosa rispetto alla quale la pubblicità (patrimoniale) è disposta»¹⁶⁷.

L'intensità del collegamento tra catasto e registri immobiliari non è però uniforme.

Quando le operazioni catastali sono compiute, in modo descrittivo o geometrico, basandosi sul mero possesso non è possibile trarre alcuna illazione sicura circa il titolo di proprietà; al più si può ricavare un mezzo di prova residuale e presuntivo. Di contro, il catasto acquista carattere probatorio se nelle operazioni di formazione si accerta non solo l'oggetto del diritto attraverso criteri precisi di misura e di stima, ma si stabilisce anche la situazione dominicale¹⁶⁸; più precisamente, possono derivare effetti giuridici di diritto privato con riferimento solo alla titolarità o anche con riguardo alla sua consistenza materiale (i.e. alla mappa).

Il più antico catasto unitario italiano si riporta al primo dei due modelli enunciati. Fu stabilito dalla legge 1 marzo 1886, n. 3682 con riguardo ai terreni e venne composto con criterio «geometrico - particellare uniforme»¹⁶⁹. Annunciava scopi non solo tributari. L'art. 1 disponeva infatti come prima funzione quella «di accertare la proprietà degli immobili, e di tenerne in evidenza le mutazioni»; l'art. 8, co. 2 impegnava pertanto il governo a presentare entro due anni un d.d.l. che stabilisse gli effetti giuridici del catasto provvedendo contestualmente ad eventuali riforme della legislazione civile. Nondimeno, a dispetto di tali precetti, ci si limitò a rilevazioni dello stato di fatto¹⁷⁰, senza appurare i diritti in contraddittorio tra gli interessati, sicché la sua rilevanza civilistica non poté andare oltre quella della presunzione semplice e tanto meno poté essere d'appoggio per l'istituzione dei libri fondiari¹⁷¹.

Negli anni '30 furono portate a compimento riforme legislative che sono tuttora il

¹⁶⁷ S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., p. 276 nota 240. L'importanza del raccordo fu avvertita pure da Napoleone il quale avrebbe affermato che il catasto doveva essere il complemento del "suo" codice civile.

¹⁶⁸ Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 150 s.

¹⁶⁹ Per il significato di questi parametri, cfr. A. MASSART, *In materia di effetti giuridici del catasto*, cit., p. 355 ss. Per il catasto edilizio urbano la L. 11 agosto 1870, n. 5784 all. G., istituì un catasto geometrico - particellare limitatamente alla pianta degli edifici e solo descrittivo per la parte costruita. Cfr. A. GALOPPINI, *Catasto e pubblicità immobiliare: un problema irrisolto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 76 nota 13.

¹⁷⁰ Salvo in alcune città dove le locali commissioni censuarie disposero l'accertamento del diritto in contraddittorio tra le parti temendo che altrimenti sarebbe stata persa l'occasione per un catasto probatorio. Cfr. E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, cit., p. 158 ss..

¹⁷¹ Cfr. N. COVIELLO, *Della Trascrizione*, Vol. I, p. 152 s.

fondamento del catasto, ma non ne mutò il rilievo civilistico¹⁷².

La ragione può essere facilmente intesa: il perfezionamento del trasferimento del diritto mediante il semplice consenso, senza un legame con i beni che ne sono oggetto, non sollecita la comunicazione tra il registro dei beni e la pubblicità dei diritti inerenti.

L'utilità del catasto si apprezza solo in talune ipotesi al limitato fine della identificazione del bene (artt. 950; 2659, co. 1 n. 4; 2826 c.c.; 2839 co. 2 n. 7), ma si tratta sempre di una prova residuale¹⁷³, mentre quanto alla titolarità l'efficacia delle volture «può dirsi praticamente nulla»¹⁷⁴, sicché in generale permane una situazione di separatezza che nuoce ad entrambi gli istituti. Così, da una parte, il catasto si trova in una condizione tutt'altro che in pari con la realtà in quanto la sua funzione tributaria non è di particolare stimolo alle denunce di variazione della destinazione dei beni o della loro stessa esistenza¹⁷⁵, dall'altra la pubblicità immobiliare non ha alcuna efficacia probatoria dei diritti¹⁷⁶.

Diversamente «una pubblicità costitutiva a base reale sollecita un approccio sistematico che esige il coordinamento tra tavolare e catasto all'insegna del collegamento necessario tra beni e diritti che si vuol realizzare»¹⁷⁷ ponendo così in sintonia «descrizione materiale» e «descrizione giuridica» degli immobili¹⁷⁸.

Così nel sistema tavolare si è realizzato quello che nella legge italiana del 1886 è rimasto solo un voto: le risultante del catasto formato in Tirolo tra il 1851 e il 1861 in base alla patente sovrana di Francesco I d'Austria del 23 dicembre 1817 sono state verificate da magistrati in contraddittorio tra gli interessati traendone attraverso una minuziosa procedura la base reale per l'impianto dei libri fondiari¹⁷⁹.

¹⁷² In particolare l'art. 1 R.d. 8 ottobre 1931, n. 1572 (*Approvazione del testo unico delle leggi sul nuovo catasto*) rinnovava l'impegno a «accertare le proprietà immobili, e tenerne in evidenza le mutazioni», ma rimase di nuovo disatteso. Per le innovazioni apportate in tempi più recenti, cfr. S. GHINASSI, voce *Catasto*, in *Enc. dir. agg.*, IV, Milano, 2000, p. 241 ss.

¹⁷³ Cfr. con riguardo all'art. 950 c.c., *ex multis* Cass, civ., sez. II, 29 dicembre 2009, n. 27521 in *Giust. civ. mass.*, 2009, 12, p. 1757; con riferimento all'art. 2826 c.c., cfr. D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1956, p. 70 s.

¹⁷⁴ A. GALOPPINI, *Problemi giuridici del catasto*, in *Riv. dir. agr.*, 1986, I, p. 879.

¹⁷⁵ Per un più ampio quadro dei problemi, cfr. A. GALOPPINI, *Catasto e pubblicità immobiliare: un problema irrisolto*, cit., p. 71 ss, ove si rileva come come la approssimativa gestione dei servizi catastali conduca in definitiva ad una regressione nei principi dello stato moderno.

¹⁷⁶ Cfr. Cass. civ., sez. II, 21 novembre 1997, n. 11605 in *Giust. civ. mass.*, 1997, p. 2238.

¹⁷⁷ A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 40, 57 s.

¹⁷⁸ Secondo le espressioni di N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, cit., p. 562.

¹⁷⁹ Cfr. Titolo 3 della L. 17 marzo 1897, n. 9, B. l.p. *valevole per la contea principesca del Tirolo, concernente l'impianto dei libri fondiari e l'assetto interno degli stessi*, in *Leggi ed*

Il rapporto tra catasto e libro fondiario non si esaurisce nel momento costitutivo di questo¹⁸⁰, ma si mantiene continuativamente. Esempio è a questo proposito l'art. 4 L. reg. Trentino - Alto Adige 13 novembre 1985, n. 6 (*Normativa del catasto fondiario e disciplina dei tipi di frazionamento*): «*Gli atti del Catasto fondiario e del Libro fondiario devono essere tenuti sempre in perfetta concordanza. A tal fine tutti i cambiamenti relativi allo stato dell'immobile devono eseguirsi tanto nel Catasto come nel Libro fondiario...*»¹⁸¹.

Negli ultimi anni sembra però che anche nel sistema della trascrizione registri immobiliari e catasto siano stati avviati verso una forma di coordinamento.

Ad. es., il D.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 (*Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*) ha istituito l'Agenzia del territorio e ha ricondotto a questo unico ente i servizi catastali e ipotecari al fine «*di costituire l'anagrafe dei beni immobiliari esistenti sul territorio nazionale*» (art. 64).

Più di recente l'art. 29, comma 1-bis Legge 27 febbraio 1985, n. 52 (*Modifiche al libro sesto del codice civile e norme di servizio ipotecario, in riferimento alla introduzione di un sistema di elaborazione automatica nelle conservatorie dei registri immobiliari*), introdotto dall'art. 19, co. 14 del D.l. 31 maggio 2010, n. 78 conv. nella L. 30 luglio 2010, n. 122¹⁸², dispone che il notaio prima di stipulare un atto di trasferimento o costituzione di diritti reali immobiliari debba verificare la coerenza tra le risultanze catastali e quelle immobiliari; tale prescrizione non è espressamente sanzionata con la nullità epperò si è reputato che essendo «finalizzata ad evitare la nullità

*ordinanze concernenti i libri fondiari tirolesi*², Innsbruck, 1903, p. 134 ss.; sulla procedura di impianto, C. BONI, *Dei libri pubblici*, in *Conferenze in tema di diritto tavolare*, pubbl. da Ministero di Grazia e Giustizia, Roma, 1940, p. 8 ss. Il collegamento non significa comunque uniformazione dei due istituti: l'unità catastale (la particella) non corrisponde all'unità giuridica (corpo tavolare). Cfr. in generale sulla struttura del libro fondiario, M. CUCCARO, *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano, 2010, p. 9 ss.

¹⁸⁰ Al momento dell'unificazione l'autorità centrale si mostrò consapevole dell'essenzialità di questo coordinamento nel sistema tavolare e con circolare ministeriale 13 ottobre 1932, n. 916 dispose che la conservazione del catasto dovesse avvenire secondo la legislazione austriaca. Il testo della legge austriaca è riportato in A. VELICOGNA, *Catasto ex - austriaco e libro fondiario*, Trieste, 1957, p. 16 ss.

¹⁸¹ Significativo è pure l'art. 1 L. reg. Trentino - Alto Adige 19 dicembre 1980, n.12 che con riguardo al catasto dei fabbricati dispone che «*la voltura dei beni iscritti nel catasto edilizio urbano si esegue in base al decreto tavolare*». Nella pratica solo di recente, grazie all'informatizzazione, si stanno creando i presupposti per l'applicazione per la norma.

¹⁸² Sempre il citato art. 19 ha attuato presso l'Agenzia del territorio l'Anagrafe Immobiliare Integrata, entrata in funzione in via sperimentale dal luglio dell'anno 2012, con la precipua funzione di coadiuvare gli enti pubblici locali nell'applicazione delle imposte sugli immobili attraverso il rilascio di attestazioni unitarie di carattere catastale e ipotecario.

dell'atto, se tale attività non venisse svolta o fosse svolta male, il notaio finirebbe con il rogare un atto nullo, in contrasto con la prescrizione dell'art. 28, n. 1 L. not.»¹⁸³.

La L. n. 52/1985 suggerisce di approfondire un profilo accennato in apertura di paragrafo.

Quando si accostano la pubblicità della trascrizione e il sistema tavolare una delle differenze segnalate per prima è il modo di tenere i registri, con riferimento ai beni nel tavolare, alle persone nella trascrizione. In realtà, i registri a base reale sono una caratteristica solo tendenziale e non esclusiva dei sistemi di pubblicità costitutiva: lo dimostra sia la comparazione diacronica¹⁸⁴ e sincronica¹⁸⁵ sia soprattutto da ultimo l'informatizzazione (avviata appunto dagli artt. 16 ss. L. 27 febbraio 1985, n. 52) che rende possibile in modo empirico anche nell'ambito della trascrizione la ricerca per

¹⁸³ F. BOCCHINI - E. QUADRI, *Diritto privato*⁴, Torino, 2011, p. 1206 s. L'importanza della conformità tra i dati catastali e i registri immobiliari è stata opportunamente colta nella citata proposta *Nuove regole per la proprietà immobiliare tra semplificazioni e garanzie* del Consiglio nazionale del Notariato. Gli sviluppi tratti hanno potuto condurre alla formulazione di regole che si ispirano espressamente all'ordinamento tavolare. In particolare, l'art. 3 del progetto integra l'art. 29 della L. n. 52/1985 imponendo al notaio (o all'autorità giudiziaria) di verificare e attestare non solo la conformità tra catasto e registri immobiliari, ma pure la continuità ventennale delle trascrizioni. La mancanza di tale asseverazione impedisce al conservatore di procedere alla trascrizione in analogia con l'art. 21 L. tav. Ma soprattutto i descritti presupposti giustificano l'introduzione del nuovo art. 2654-bis che fissa in capo all'intestatario una «presunzione di titolarità» «agli effetti dell'esercizio dell'azione di rivendicazione della proprietà o di altri diritti reali, ed in qualunque procedimento giudiziario ed amministrativo». La somiglianza della norma con l'art. 6, co. 2 R.d. 499/1929 può in effetti essere affermata (cfr. Relazione alla proposta del Notariato, p. 37), ma entro la giusta misura. L'art. 6, co. 2 si spiega infatti nella logica della pubblica fede, estranea al sistema della trascrizione. Se non ci si vuole allora limitare al dato linguistico nella verifica comparatistica, un riferimento più vicino al divisato art. 2654-bis si trova nel regime del libro fondiario dell'Alsazia - Lorena dove l'iscrizione del diritto è sottoposta sostanzialmente ai medesimi requisiti che ora vorrebbe stabilire la proposta del Notariato e l'art. 41 della *Loi du 1er juin 1924* vi associa una eguale efficacia di presunzione di titolarità. I limitati effetti prodotti dall'iscrizione in quel regime, che comunque continua ad affidarsi al controllo giudiziario, gettano un'ombra sulla fuga in avanti della proposta del Notariato quando all'art. 5 suggerisce di introdurre una figura di «*usucapione c.d. tavolare*» a favore dell'immediato acquirente e sulla base dei medesimi requisiti che fondano la «presunzione di titolarità»; ma su questo punto, v. oltre § 12. Infine, se è vero che l'espressione «presunzione di titolarità» trova un precedente nell'art. 6 R.d. 499/1929, si deve nondimeno rilevare come non sia appropriato l'accostamento tra l'istituto della presunzione e la titolarità dei diritti, riferendosi la prima a fatti.

¹⁸⁴ Nel § 2 si è ricordato come nei territori della monarchia austriaca i registri seguissero inizialmente l'ordine cronologico. Anche in Prussia si ricorse al sistema dei fogli personali nelle regioni in cui la proprietà fondiaria era molto frazionata.

¹⁸⁵ In Francia già dal 1955 si voluto accostare al principio consensualistico uno schedario anche a base reale. Cfr. N. STOLFI, *La trascrizione nell'ordinamento italiano e francese*, cit., p. 300 ss.; A. GARGANO, *Orientamento attuale in materia di pubblicità fondiaria e coordinamento del sistema tavolare con la legislazione italiana*, in *Riv. notariato*, 1962, p. 322 ss. Nel nostro ordinamento sono a base reale i registri relativi ai beni mobili sottoposti a pubblicità. Cfr. F.S. GENTILE, *La trascrizione mobiliare*, cit., p. 1 ss.

beni¹⁸⁶.

Questa constatazione conferma come il vero punto di irriducibilità tra i due sistemi si situi altrove e precisamente nel fatto che l'intavolazione non è un mero procedimento pubblicitario, come la trascrizione, ma conferisce pubblica fede alle segnalazioni.

¹⁸⁶ Tale facoltà è tuttavia precaria non essendosi ancora realizzata la piena coordinazione tra catasto e registri immobiliari; per la medesima ragione sembra inoltre che possa avere utilità solo di fatto: nella relazione alla legge si precisa infatti che il sistema rimane a base personale e pertanto esclusivamente le visure rilasciate con questo criterio sono munite di valore legale in quanto le informazioni ottenute attraverso l'accesso reale potrebbero non avere corrispondenza nei registri immobiliari. Cfr. A. GALLIZIA, *Problemi d'informatica notarile*, in *Riv. not.*, 1998, p. 1 ss.

CAPITOLO II
IL SISTEMA TAVOLARE ITALIANO
AL CROCEVIA DELLE TRADIZIONI GERMANICA E FRANCESE

SEZ. I - IL SISTEMA FRANCO - ITALIANO DELLA TRASCRIZIONE - § 8. La trascrizione come pubblicità di titoli. - § 9. Principio consensualistico e trascrizione. - § 10. Il problema degli acquisti a titolo originario. - SEZ. II - L'ORDINAMENTO DEI LIBRI FONDIARI IN GERMANIA E AUSTRIA - § 11. Il sistema tedesco. - § 12. Il sistema austriaco. - SEZ. III - IL SISTEMA TAVOLARE ITALIANO - § 13. Le fonti. - § 14. Il trasferimento dei diritti nel sistema tavolare: dallo *ius commune* verso il *common core*. - § 15. Pubblica fede e buona fede soggettiva.

Sezione I

IL SISTEMA FRANCO - ITALIANO DELLA TRASCRIZIONE

§ 8. *La trascrizione come pubblicità di titoli.*

In materia di pubblicità immobiliare l'ordinamento italiano già con la prima codificazione del 1865 si è accostato al modello francese della trascrizione degli atti, la cui caratteristica identificativa, come il termine anticipa, si rinviene nella riproduzione in registri di atti negoziali e di altra natura (come provvedimenti giurisdizionali) muniti di effetti reali e di atti che, pur solo obbligatori, producono un vincolo così incisivo sul potere di disposizione da poter essere ricondotti ai primi¹.

¹ Se si volesse meglio specificare l'oggetto della trascrizione nella sua materialità, si constaterrebbe che l'ordinamento francese e quello italiano hanno originariamente adottato criteri difformi: mentre in Francia (e Belgio) fu disposta la copiatura integrale del titolo nel registro, in Italia la trascrizione riguardava, già nel vigore del precedente codice, soltanto la nota (art. 1939 c.c. 1865; art. 2664 c.c. 1942). Cfr. S. TONDO, *Aspetti della pubblicità immobiliare*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17 - 21 aprile 1990), a cura di L. VACCA, II, Milano, 1991, p. 584 ss. Il diverso orientamento del legislatore italiano fu indotto dalla considerazione che il vantaggio consistente nella possibilità di consultare in modo immediato il titolo nella sua integralità non trovava congruente corrispondenza col carico di lavoro che avrebbe addossato agli uffici ipotecari e col maggior rischio di errori (cfr. L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Atti del Convegno, (Milano, 10 -12 aprile 1986), Milano, 1987, IV, p. 161 e in *Jus*, 1986, p. 3 ss.). Di contro, nella nota sono indicati solo gli elementi fondamentali per individuare la modificazione giuridica intercorsa. Nel tempo tuttavia anche la ricopiatura della nota è apparsa di eccessivo aggravio, sicché L. 52/1985 ha riformato l'art. 2664 prevedendo che uno dei due originali delle note sia direttamente inserito nel relativo registro particolare; inoltre la legge in parola, come si è già avuto modo di richiamare, ha dato avvio alla informatizzazione della procedura. In conseguenza di queste riforme il richiamo alla «trascrizione» nel titolo I del Libro VI ed in particolare nella norma dell'art. 2643 non descrive più in modo idoneo l'attività del conservatore; diversamente, il legislatore francese, a seguito di analoghe riforme, ha disposto la sostituzione del termine *transcription* con quelli di *publicité* (o *publication*).

Oggetto di segnalazione non è dunque la titolarità del diritto, ma l'atto; ciò rappresenta un ineluttabile complemento della scelta del principio consensualistico in punto di trasferimento dei diritti reali²: procedendo il diritto da un soggetto all'altro in forza della mutua volontà senza alcuna inerenza al bene e in mancanza di ogni controllo giudiziario non può che rimanere sospesa la questione dominicale. Il binomio consensualismo - trascrizione spiega inoltre la struttura personale dei registri e la mancanza di coordinamento con il catasto, profili questi a cui si è avuto modo di accennare nel precedente capitolo.

«Una eccezione al principio della volontà»³ è rappresentata invece dall'ipoteca la cui pubblicità ha carattere costitutivo, singolarità questa che sporge anche linguisticamente impiegando il codice a riguardo il termine di «*iscrizione*».

In realtà, la lettera della legge non è così rigorosa nell'adoperare il termine «*trascrizione*»: con esso infatti talvolta disciplina pubblicità di natura schiettamente costitutiva, altre volte fa parola di «*iscrizione*», ma l'efficacia della formalità è di natura dichiarativa⁴.

Ma anche quando la trascrizione è evocata nella sua consueta funzione, rimane non precisamente definito il suo oggetto; l'art. 2643 si riferisce senz'altro ad «*atti*», l'art. 2644 parla di «*trascrizione o iscrizione di diritti*», mentre secondo l'art. 2645 c.c. deve essere trascritto ogni atto che produca gli effetti di cui all'art. 2643 c.c. sicché sembrerebbe che il riferimento per la trascrizione non sia il titolo, bensì il mutamento giuridico che ne deriva.

La questione era molto sentita nel vigore del precedente codice posto che mancando una regola quale quella contenuta nell'attuale art. 2645 c.c., si era indotti a identificare l'oggetto della trascrizione negli atti tassativamente elencati, ma in questo modo il

² Per la verità ancora nel vigore del c.c. 1865 non era mancata l'opinione secondo la quale la trascrizione avrebbe natura costitutiva e come tale sarebbe indispensabile per il perfezionamento dell'acquisto *inter partes*. Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 86 s. L'idea di distinguere tra contratto obbligatorio e atto dispositivo che si perfeziona con la pubblicità risulta tuttavia in irridimibile contraddizione con il principio consensualistico e il principio di causalità nei trasferimenti patrimoniali propri del nostro diritto. Cfr. L. MENGONI - F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 190 ss.

³ Così L. BARASSI, *Diritti reali e possesso. I diritti reali*, I, Milano, 1952, p. 443 e *ivi* richiami alla dottrina formatasi intorno alla ambigua lettera dell'art. 1965 c.c. 1865 («*L'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica...*»).

⁴ Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ. La parte generale del diritto civile*, diretto da R. SACCO, 4, Torino, 2012, p. 8; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1956, p. 197.

sistema si rivelava del tutto anelastico non potendosi estendere a nuove figure di disposizione dei diritti reali. La ragione tecnica di una impostazione (e interpretazione) così stretta era in linea con la visione di fondo della trascrizione: il c.c. 1865 era consapevole, lo si è detto, dell'importanza della sicurezza dei traffici e pertanto della funzione che all'uopo esercita la trascrizione; nondimeno questo strumento veniva ancora percepito in termini di limitazione alla libertà negoziale e come tale suscitava una certa avversione⁵.

Nel codice vigente, decisamente più interessato alla dinamica delle situazioni giuridiche, il dibattito si è stemperato proprio per l'introduzione dell'art. 2645, avvenuta *in limine* ovvero al momento di coordinare i sei libri del nuovo codice per opera del R.d. 16 marzo 1942, n. 262, che sposta la misura della tassatività dagli atti agli effetti⁶.

La disposizione può essere messa a partito per precisare l'oggetto della trascrizione nel senso di poterlo ancora identificare negli atti, selezionati però non in base alla loro qualifica, ma in relazione agli effetti che producono⁷.

§ 9. Principio consensualistico e trascrizione.

Il principio consensualistico lusinga promettendo un'impareggiabile celerità nella trasmissione della ricchezza in particolare immobiliare; nondimeno la presunzione che potesse ergersi a ragione sufficiente dei trasferimenti è stata effimera. La storia di questo dogma, come una parabola, inizia a declinare dopo aver raggiunto il suo acme: gli ordinamenti di impronta francese hanno presto completato l'efficacia reale del contratto con un sistema di pubblicità che al fine irrinunciabile della certezza non teme di

⁵ La trascrizione veniva indicata come «una restrizione alla libertà di contrattare o di compiere atti giuridici nella forma che meglio talenti alle parti: quindi non può estendersi ai casi non espressi, quantunque presentino analogia con gli espressi», N. COVIELLO, *Della trascrizione*², a cura di L. COVIELLO, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. FIORE e continuato da B. BRUNI, parte XIII, I, Napoli - Torino, 1924, p. 243 s. Più sintomaticamente veniva additata come «un'eccezione o una deroga ai principi generali di diritto e di ragione, in quanto fa prevalere al diritto considerazioni di utilità generale», così F. RICCI, *Corso teorico - pratico di diritto civile. Trascrizione - Privilegi e Ipoteche. Separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, ed. a cura di F. CAIRE, X, Torino, 1907, p. 4.

⁶ L'idea derivatane per cui oggetto di pubblicità è la modificazione giuridica che si produce e non l'atto assume precipuo rilievo pratico con riguardo all'art. 2665 c.c. permettendo di conservare una trascrizione che, pur difettosa nella segnalazione degli elementi costitutivi del titolo, non lasci tuttavia dubbi sugli effetti prodottisi (cfr. G. MARICONDA, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, *Tutela dei diritti*², vol. 19, tomo 1, Torino, 1997, p. 74 s.).

⁷ Altra dottrina ha invece distinto tra oggetto immediato e oggetto mediato della trascrizione: il primo costituito dal titolo, il secondo dagli effetti. Cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, a cura di R. MOSCHELLA - M.C. ANDRINI, I, Milano, 1973, p. 66 ss; G. SICCHIERO, *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1993, p. 18 s.

rovesciare le situazione soggettive costitutesi in emanazione della sola volontà.

Ma ancor prima di essere corretto mediante la disciplina della trascrizione, il consensualismo appare essere stato recepito in un'atmosfera di incerta disponibilità che trapela dalle ambiguità linguistiche di cui vi è traccia anche nel codice italiano del 1865⁸, come già nel *code Napoléon*, superate solo con la codificazione successiva⁹.

La pubblicità immobiliare ha dunque imposto un riesame del principio consensualistico; non poteva non esserne messa in discussione la plausibilità e incerta appariva la coerenza tra i due momenti.

La dottrina francese, dopo la legge del 1855, ha subito dimidiato la portata del consensualismo: il contratto produce effetti reali immediatamente solo tra le parti, mentre con la trascrizione si estendono *erga omnes*. Tuttavia, come facilmente si avverte, quest'idea è aduggiata da aporie dogmatiche non meno gravi di quelle che si proponeva di superare¹⁰. Oggi in quell'ordinamento, quasi per nemesi storica, non si teme di rilevare che l'efficacia reale del contratto si sia ritirata in poche isole¹¹.

Anche nella cultura giuridica italiana è stata affermata di riflesso l'idea di distinguere i profili di efficacia del contratto tra le parti e verso i terzi nel medesimo senso in cui lo

⁸ In particolare l'art. 1147 definiva la vendita come un contratto attraverso il quale «uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo». Cfr. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 44 s.

⁹ Con riguardo in particolare alla definizione di contratto (art. 1321 c.c.), in sede di Commissione delle Assemblee legislative Asquini precisò che il passaggio dalla formula «vincolo giuridico» a quella «rapporto giuridico patrimoniale» stava appunto a significare che il contratto non solo costituiva obbligazioni (*iuris vinculum*), ma era idoneo a costituire «rapporti reali».

¹⁰ Cfr. G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*², II, Milano Torino Roma, 1918, p. 378 s. ove se ne accusa l'incoerenza e la mancata assunzione della trascrizione a *modus acquirendi*. Ugualmente critici, ma per ragioni opposte, L. FERRI - P. ZANELLI, *Della trascrizione*³, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna - Roma, 1995 p. 5, 16, per i quali nessuno dei principi del *Code* sarebbe stato influenzato sicché non vi sarebbe ragione di discorrere di efficacia relativa.

¹¹ «Dans la réalité des faits ses hypothèses d'application complètes sont peu nombreuses, surtout dans la vente immeuble», essendo anzi possibile diagnosticare una «tendance du retour du droit français à la vente romaine», così C. SAINT-ALARY HOUIN, *Le transfert de propriété depuis le Code civil*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, cit., p. 220 s. Anche l'art. 1376 del nostro codice induce la suggestione di investire un campo assai vasto, quando in realtà non si applica a tutti i diritti assoluti, a tutti i contratti, a tutte le cose e a tutti gli effetti del trasferimento (cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*³, I, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. SACCO, Torino, 2004, p. 879). Inoltre se nel vigore del precedente codice la dottrina affermava il carattere indisponibile dell'efficacia reale del contratto (cfr. F. RICCI, *Corso teorico - pratico di diritto civile. Delle Obbligazioni e dei Contratti in genere*, ed. a cura di F. CAIRE, VI, Torino, 1907, p. 68), non così nell'esperienza successiva e attuale la quale potrebbe essere riassunta nel declinare del consensualismo dalla dignità di dogma a semplice tendenza (cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 905).

fece la lettura francese¹²; successivamente il discorso ha assunto originalità e si è ad esempio disquisito di proprietà relativa¹³, sfidando l'ossimoro.

Secondo questa argomentazione la relatività del diritto di proprietà emergerebbe in caso di plurimi atti di disposizione del medesimo diritto nel senso che l'acquisto del primo avente causa che non si premuri di trascrivere campeggia come situazione dominicale solo in modo transitorio e limitato (relativo) in quanto soccomberebbe nel conflitto con quel terzo che successivamente acquistasse il medesimo diritto e trascrivesse per primo.

L'idea in parola ha il merito, al di là della comprensibile impressione linguistica, di mettere a nudo la problematicità dogmatica del trasferimento dei diritti nei sistemi di tradizione francese: ciò che è logicamente insopportabile, ovvero una proprietà che è per i più ma potrebbe non esserlo per taluni, sembra infiltrarsi nel dato positivo costringendo l'interprete a vertiginose elucubrazioni per ridurre a coerenza il sistema.

Nella dottrina più recente si tende ad adoperare in modo multiforme la categoria della risoluzione; epperò nessuna delle intuizioni sviluppate si mostra capace di superare obiezioni strutturali.

Ad esempio, l'asserzione secondo cui la prevalenza di chi per primo trascrive e la risoluzione del negozio non registrato integrano complessivamente una figura legale di acquisto¹⁴ carica la trascrizione ex art. 2644 di una valenza costitutiva che le è affatto estranea. Risulta inoltre difficilmente conciliabile con l'orientamento giurisprudenziale invalso per cui la condotta del secondo avente causa, *consciis prioris venditionis*, è rimproverabile come fatto illecito; sarebbe poco congruente che la legge accordi un diritto senza badare all'elemento psicologico e poi, per converso, a questo si dia rilievo per farne derivare conseguenze negative a carico del titolare¹⁵.

Non meno dubbia è la spiegazione che più specificatamente si richiama alla

¹² In particolare nel vigore del vecchio codice, cfr. N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, in *Diritto civile*, II, p. I, Torino, 1926, p. 509.

¹³ Cfr. C.A. FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951, p. 379 ss. Assai nota è la critica di F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 451 s.

¹⁴ Così R. TRIOLA, voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 948.

¹⁵ Cfr. A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, p. 692 nota 155. Il principio per cui il secondo acquirente che trascrive per primo può incorrere in responsabilità extracontrattuale è corrente sia nell'ambito della trascrizione sia, *mutatis mutandis*, nel sistema tabolare. Cfr. per un'analisi critica C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 225 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 134 ss.

condizione legale plurima¹⁶ risolutiva del precedente acquisto: avveratisi i fatti condizionanti verrebbe meno l'efficacia del primo acquisto sicché il comune autore si troverebbe nuovamente investito di legittimazione rispetto al secondo atto di disposizione, innanzi inefficace¹⁷. L'opinione in parola consente, in conformità alla lettera dell'art. 2644, di mantenere la natura del secondo acquisto come *a domino* senza immerare nella artificiosa distinzione tra acquisto della titolarità del diritto e legittimazione a disporre la quale permarrebbe in capo all'autore fino alla trascrizione del titolo¹⁸; nondimeno, da un punto di vista generale, sembra procedere mediante un'inversione logica¹⁹ e più in dettaglio è proprio l'elemento della condizione che si mostra non del tutto confacente.

A parte l'incertezza sull'applicabilità dell'art. 1360 alle condizioni legali, l'opinione in esame trascura che la norma citata trattiene l'effetto retroattivo quando «*la volontà delle parti o [per] la natura del rapporto*» così suggeriscano, e nella vicenda della doppia alienazione «sembra incontestabile che la cancellazione, *tamquam non fuisset*, dell'acquisto operato in virtù di un titolo valido ed efficace non corrisponde affatto alla volontà delle parti e contrasta altresì con la natura del rapporto fra esse costituitosi»²⁰. Infine, ove si accreditasse l'idea della condizione risolutiva, resterebbe da spiegare come nella vicenda in esame il primo acquirente conservi una pretesa obbligatoria contrattuale nei termini di risarcimento del danno da inadempimento riguardo al dante causa²¹.

¹⁶ In quanto composta in modo progressivo dalla mancata trascrizione del primo acquisto e dalla trascrizione prioritaria del titolo successivo.

¹⁷ Cfr. F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, cit., p. 452. Altri, pur accedendo alla teoria della condizione, negano che l'alienante venga di nuovo investito di legittimazione in dipendenza della trascrizione prioritaria del titolo posteriore e reputano invece che efficacia retroattiva significhi eliminazione immediata di tutti i previ titoli incompatibili non pubblicizzati; la seconda alienazione appare pertanto come «l'unica alienazione compiuta dal comune autore cosicché, a ben vedere, non si pone nemmeno un problema di doppia disposizione del bene», come afferma F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², I, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, I, Milano, 1998, p. 475

¹⁸ Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, a cura di G. GIACOBBE - M.E. LA TORRE, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO continuato da L. MENGONI, t. 2, Milano, 1989, p. 177; in precedenza tuttavia l'A. aveva manifestato riserve rispetto a questo indirizzo (ID., *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XIV, t. 1, Milano, 1957, p. 434; ID. *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 518 ss. e ora in *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 45 s.); T. RAVÀ, *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, in *Banca borsa tit. credito*, 1953, I, p. 142.

¹⁹ Cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., p. 118 s.

²⁰ G. GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 360 ove si insiste sulla non neutralità pratica dei diversi modelli.

²¹ Cfr. U. NATOLI - R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione - prove*², in *Comm. cod.*

Dalla prospettiva della risoluzione si è distaccata un'opinione, rimasta senza adesioni, che, muovendo da una iperconsiderazione dell'art. 1376, reputa che questa norma basti sul terreno sostanziale all'acquisto del diritto, mentre la questione della trascrizione si porrebbe solo in caso di lite e più precisamente in giudizio²²; fino a quando il secondo acquirente non assuma l'iniziativa di far valere nel processo la trascrizione prioritaria, la titolarità del primo avente causa non potrebbe essere messa in discussione: «l'accertamento della proprietà del secondo acquirente non è la logica conseguenza del fatto che egli sia proprietario per il diritto materiale, ma discende dalla presenza di una norma che si dirige al giudice e che gl'impone di considerare come non esistente il primo trasferimento»²³.

Ciò che non risulta affatto persuasivo di questa tesi è lo slittamento dell'art. 2644 nella dimensione processuale; in realtà la pubblicità immobiliare è una forma di tutela primaria dei diritti²⁴ che precede la contestazione come è chiaro dal fatto che l'art. 2644 c.c. non fa dipendere la priorità del secondo acquisto dall'accertamento giudiziale della trascrizione, ma, di contro, è sufficiente la sola pubblicità la quale è istituto di diritto sostanziale che precede la tutela processuale.

Nel tentare un'analisi del problema il punto certo da cui prendere le mosse è la constatazione per cui l'art. 2644 non costituisce una figura di acquisto *a non domino*: il dato positivo non è compatibile con una diversa interpretazione²⁵. Ciò presuppone che l'acquisto del secondo avente causa debba essere senz'altro valido²⁶; diversamente, benché trascritto per primo, soccomberebbe rispetto all'atto valido non trascritto.

Nondimeno, ciò appare a tutta prima in contrapposizione con l'art. 1376: se il diritto trascorre in forza del semplice consenso, dopo il primo atto di disposizione la

civ., Libro VI (Titoli I - II), tomo primo, Torino, 1971, p. 91; per ulteriori rilievi in senso critico, cfr. G. MARCONDA, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 81. Precisa C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 137 s., che se di inadempimento si tratta, si riferisce propriamente alla *lex contractus*, ovvero del rapporto complessivo che le parti hanno diviso stipulando il contratto. Il problema è superato da chi qualifica senz'altro come illecito il comportamento del disponente, così F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, I, Milano, 1998, p. 481, 574 ss.

²² Cfr. L. FERRI - P. ZANELLI, *Della trascrizione*³, cit., p. 21.

²³ *Ivi*, p. 26.

²⁴ Cfr. A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, relazione al Convegno *Territorio + diritto = tavolare*, (Rovereto, 7 novembre 2009), pubb. da Prov. autonoma di Trento, p. 37.

²⁵ Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, rist. 1994, p. 8 ss; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 93.

²⁶ Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 378.

legittimazione dell'alienante è consumata sicché se il secondo acquirente trascrive per primo e, proprio in ragione di questo fatto, prevale, si dovrebbe concludere per l'esistenza di un acquisto *a non domino* e che la pubblicità ha una virtù che va oltre la semplice opponibilità di effetti già inveratesi riguardando invece la stessa formazione del diritto²⁷.

Lo sforzo sta allora nella necessità sistematica di ipotizzare una soluzione che componga queste divergenze, dovendo i diritti reali immobiliari transitare sia per l'art. 1376 sia per l'art. 2744 al fine di essere assicurati all'acquirente; per quanto appena rilevato è ugualmente chiaro che il collegamento tra gli articoli in osservazione «non può essere trovato sul solo piano sostanziale della fattispecie traslativa senza difetti logici»²⁸.

Ora, nella dimensione delle «fattispecie primarie», ovvero dell'art. 1376 c.c. (e dell'art. 922), non è oggetto di dubbio che in forza del primo atto di disposizione l'autore rimanga spogliato della relativa legittimazione e l'acquisto del primo avente causa è certo²⁹; parimenti almeno quando si tratti di vendita³⁰, i successivi negozi di alienazione del medesimo diritto non sono invalidi, ma è solo differito l'effetto reale, come espressamente ammette il codice vigente (art. 1478)³¹.

²⁷ Così F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 60 s., 65 s.

²⁸ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, cit., p. 88.

²⁹ Sulla proprietà non trascritta, cfr. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 152 ss. L'orientamento prevalente in giurisprudenza è nel senso di escludere la rilevanza d'ufficio del difetto di trascrizione. Riferimenti in A. ZACCARIA - S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, p. 27 s.; in senso contrario è l'opinione di G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 71. È opportuno inoltre precisare come la trascrizione tardiva non significhi totale inefficacia nei confronti del terzo che abbia provveduto preventivamente a registrare il proprio titolo, pur posteriore: «fin dove giungerebbe la lesione del diritto del terzo si estende l'inefficacia dell'atto, ma non oltre» (L. COVIELLO, voce *Trascrizione*, cit., p. 282.). Si vuole così indicare che quando sussiste una relazione di continenza tra il titolo anteriore trascritto tardi e quello successivo trascritto prioritariamente, nel senso che il primo si riferisce ad un diritto che comprende quello derivante dall'atto già trascritto (ad es. la piena proprietà rispetto usufrutto), l'atto pubblicizzato dopo produrrà effetti nella misura in cui non menomi il diritto del primo trascrivente. In definitiva, in caso di conflitto tra titoli formati dal medesimo autore, la previa trascrizione di un atto posteriore di acquisto di un diritto reale minore ha efficacia soltanto modificativa della successiva trascrizione del diritto di proprietà prioritariamente acquisito. Sarebbe allora opportuno cogliere l'invito a riformulare con maggior precisione l'art. 2644, co. 1, sostituendo il generico «*riguardo ai terzi*» con il sintagma «*in pregiudizio dei terzi*» (così, con riferimento all'art. 1942 c.c. 1865, *ibidem*).

³⁰ Per il dibattito in merito alla donazione di cosa altrui, cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 474.

³¹ Diversamente dall'art. 1459 c.c. 1865 che ne dichiarava la nullità in adesione al modello francese, pervaso dall'esaltazione della volontà individuale: «i compilatori del codice napoleonico, adottato il nuovo concetto secondo cui la vendita è a riguardarsi quale un modo di trasferimento del dominio, considerarono come impossibile ed immorale la vendita della cosa altrui, siccome quella che a loro avviso, nel mentre era inetta e inefficace a raggiungere lo scopo suo essenziale, costituiva in un certo senso un attentato al diritto del vero proprietario», L. TARTUFARI, *Della*

Tuttavia qualora si tratti di cedere diritti reali immobiliari il discorso deve essere rivisto in quanto l'ordinamento avverte la necessità della riconoscibilità sociale della vicenda e si affida alla pubblicità come selettore dei conflitti: da questa prospettiva ciò che si può vedere è la presenza di successivi acquirenti da medesimo autore tutti forniti di valido titolo, ugualmente meritevoli di protezione in quanto fondano il loro acquisto sulla pubblicità negativa della trascrizione³², ovvero sulla natura formalistica della pubblicità dalla quale risulta la titolarità del dante causa fino a quando non sia smentita da una trascrizione contro il medesimo. In altre parole, quella che nell'ambito delle fattispecie sostanziali si qualifica come vendita di cosa altrui, appare invece nella dimensione pubblicitaria una alienazione con effetti reali immediati a favore del primo trascrivente essendo mancata la segnalazione del precedente acquisto e della relativa perdita di legittimazione dell'autore³³; ne consegue inoltre che il secondo trascrivente deriva il proprio acquisto dall'alienante e non dal primo acquirente e che la pubblicità non ha forza costitutiva, cioè non sana un titolo invalido, ma ne afferma l'efficacia.

La diagnosi proposta assevera l'idea che la pubblicità immobiliare sia l'ambito dell'ordinamento in cui, per le esigenze della circolazione giuridica, il diritto di proprietà ha ceduto l'assolutezza e la definitività con cui era innanzi conosciuto: «si può veramente ammettere che l'acquisto, non trascritto, del primo acquirente abbia efficacia assoluta, *erga omnes*, e non invece meramente relativa, dal momento che poi, anziché esser definitivamente garantito in tutti i casi, può cadere di fronte all'acquisto...di qualunque

vendita, in *Il codice di commercio commentato*³, coordinato da L. BOLAFFIO - C. VIVANTE, Torino, 1909, p. 120. Il precedente deve essere ricercato piuttosto nell'art. 59 cod. comm. Cfr. *ivi*, p. 125 ss.

³² Con riguardo all'art. 2644 si tende a distinguere tra efficacia negativa (co. 1) e positiva (co. 2) della trascrizione. Non si tratta tuttavia di profili distinti, bensì di un unico principio nella sua duplice articolazione: il contenuto di ciascun comma è esattamente il reciproco dell'altro e entrambi significano che quanto non è pubblicato non può essere opposto ai terzi che trascrivono prioritariamente un titolo incompatibile (cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 119 s.). Il criterio opera dunque soltanto nei rapporti tra più aventi causa dal medesimo autore. Ben altro significato assume la funzione positiva delle segnalazioni nel sistema tavolare dove l'iscrizione nel libro fondiario attesta *erga omnes* la titolarità del diritto.

³³ La scienza della precedente alienazione ha rilievo giuridico solo tra le parti del negozio e impedisce al secondo acquirente di esercitare l'azione di risoluzione; non svolge invece alcuna influenza nei rapporti tra i diversi acquirenti per i quali importa solo la conoscibilità data dalla trascrizione essendo reciprocamente terzi. Spiega in merito F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti (Libro VI Codice Civile). Lezioni del Prof. Filippo Vassalli a cura del Prof. Carlo Alberto Funaioli*, Roma, s.d., p. 24, «con il sistema francese, al quale si richiama, pur con sensibili modificazioni, il sistema italiano della trascrizione, si vogliono appunto tutelare le esigenze del terzo dando a lui qualche possibilità di conoscere se l'immobile che gli viene venduto abbia già formato oggetto di precedenti negozi».

altro successivo acquirente, sol che questi trascriva?»³⁴.

In realtà, osservando meglio, si scorge come la separazione tra diritto e reale e assolutezza sia avvenuta nel sistema della pubblicità della trascrizione dove manca la coincidenza tra «il sorgere del diritto reale con le forme cautelari richieste nell'interesse dei terzi»³⁵, mentre nel sistema tavolare il diritto reale se è tale lo è per tutti, le parti e i terzi.

L'osservanza della regola contenuta nell'art. 2644, co. 2 è dunque il requisito basilare per attribuire pozziorità alla trascrizione; la «corsa» sarebbe tuttavia vana ove faccia difetto la continuità delle trascrizioni (art. 2650)³⁶. Più precisamente, la trascrizione sarebbe inefficace e non idonea a conferire prevalenza secondo l'art. 2644³⁷; ha però valore prenotativo nel senso che ove sia ricostituita la continuità, la trascrizione prende forza dal momento in cui fu eseguita con conseguente soccombenza delle formalità successive incompatibili.

Ma il conflitto potrebbe non essere ancora risolto a favore: la tutela della pubblicità della trascrizione scioglie un conflitto tra titoli, ma qualora l'autore comune non sia un acquirente a titolo originario, non può essere esclusa l'esistenza di un'altra catena di trascrizioni che si riconduca ad un autore più remoto e che risulti prevalente³⁸.

In definitiva, l'acquirente è sicuro del proprio diritto solo se in corrispondenza della continuità della trascrizioni anteriori possa pure succedere nel possesso dei danti causa per il tempo necessario ad usucapire.

³⁴ C.A. FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, cit., p. 382; cfr. anche R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, p. 323.

³⁵ L. BARASSI, *Diritti reali e possesso. I diritti reali*, cit., p. 40.

³⁶ Un'approfondita presentazione dell'art. 2650 è fatta nella Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile (n. 1073). Ad un tempo più rigorosa e pragmatica è la regola corrispondente nel sistema dei libri fondiari (c.d. principio del predecessore tavolare, artt. 21 - 22 L. tav.) In difetto di continuità, l'iscrizione non può essere eseguita; epperò per ottenere l'iscrizione non è necessario curare la pubblicità delle formalità precedenti omesse, ma basta darne la prova al giudice tavolare.

³⁷ Questo spiega la cautela linguistica adottata nell'art. 2644: mentre nell'art. 1942 c.c. 1865 la trascrizione tempestiva assicurava pozziorità nei confronti di altre registrazioni «verso il precedente proprietario», il codice attuale si riferisce invece all'«autore» immediato. Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile (n. 1068).

³⁸ Chiarisce F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*², cit., p. 520, «il comune autore di cui si cura la trascrizione deve...appartenere ad una catena vincente, nel senso che qualora egli sia un comune autore intermedio, si dovrà risalire fino al comune autore originario per verificare se effettivamente la catena che da costui origina non sia messa fuori giuoco dal fatto che altro avente causa dall'originario comune autore aveva trascritto per primo contro costui il proprio acquisto».

Le riflessioni sviluppate dovrebbero indurre a rivedere la asserita maggiore semplicità del binomio consensualismo - trascrizione, smentita pure nell'applicazione pratica³⁹, ma soprattutto danno esattamente la cifra di cosa intendesse la Relazione della Commissione reale quando perorava il principio dell'iscrizione come più coerente e logico di quello della tradizione francese: un acquisto in partenza *a non domino*, al momento della pubblicità, per le ragioni proprie di questa, risulta *a domino*.

Inoltre la complicazione concettuale non è ripagata da una maggiore efficienza del sistema; nei sistemi costitutivi l'inerenza tra il soggetto, il diritto e il bene che si realizza con la registrazione nel libro fondiario risolve stabilmente la questione della titolarità e nei confronti di tutti, mentre nella trascrizione rimane un problema di relatività della tutela per chi abbia trascritto.

La questione sta in definitiva nel riconoscere come il «preconcetto filosofico»⁴⁰ annidatosi nell'art. 1376 non tiene nella «realtà della vita» e obbliga a far affidamento su un diverso principio, agli antipodi nella sua logica⁴¹, il quale non si può spiegare semplicemente in termini di eccezione singolare al consensualismo, concorrendo con pari importanza, forse persino prevalente nell'acquisto dei diritti reali sui beni immobili.

Allo stato tuttavia l'interprete non può che prendere atto dell'antinomia e rimettere la disposizione al legislatore al quale spetta di verificare se i tempi esigano una rivisitazione della norma ove appaia lesiva del «sentimento di giustizia»⁴², ad es. recependo il requisito della buona fede⁴³ sul cui difetto fa perno la tutela aquiliana del

³⁹ *Ivi*, p. 22 s.

⁴⁰ La citazione, come quella che segue, sono tratte da L. BARASSI, *Diritti reali e possesso, I diritti reali*, cit., p. 515.

⁴¹ «Si può dire...che la trascrizione vale a *trasformare un'impossibilità giuridica* (quella di fare un acquisto da chi ha già alienato, o costituito, a favore di altri, il dato diritto) *in una possibilità giuridica*», osserva F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, II, Milano, 1965, p. 746.

⁴² Così G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 72.

⁴³ Per la verità gli ordinamenti del gruppo francese, pur su piani diversi e per opera di diversi formanti, hanno tutti premiato la buona fede come stato soggettivo che giustifica la prevalenza definitiva del secondo acquirente. Più precisamente, se si mettono a raffronto i dati positivi, risulta come la legge ipotecaria belga assegnò poeriorità al primo trascrivente con titolo posteriore purché «*sans fraude*», intendendo con questo sintagma la mera consapevolezza delle precedente alienazione (così risulta dai lavori preparatori, come riferisce G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 450 nota 68); di contro la corrispondente legge francese e il codice civile italiano del 1865 hanno obliterato quel requisito timorosi che i traffici si sarebbero sclerotizzati tra le interminabili liti accese per il suo accertamento. Nell'ordinamento francese peraltro a regola analoga si è presto pervenuti ad opera di una creativa interpretazione giurisprudenziale che ha sbrecciato la lettera della legge invalidando la trascrizione anteriore dapprima quando frutto di una macchinazione tra alienante e primo acquirente (si richiamava all'uopo il principio *fraus omnia corrumpit*, assunto a regola

primo avente causa deluso accreditata in giurisprudenza dagli inizi degli anni '80 nei confronti di colui che per primo trascrive pur avendo un titolo successivo, il che se da una parte renderebbe più coerente il sistema potendosi allora qualificare l'acquisto di quest'ultimo come *a non domino*⁴⁴, dall'altra però comporterebbe una regressione nella certezza dei traffici⁴⁵. A questo bivio fatalmente mena il consensualismo.

§ 10. *Il problema degli acquisti a titolo originario.*

Una trascrizione tempestiva, alimentata dalla serie continua di segnalazioni anteriori, parimenti prioritarie, fino all'acquirente originario, consente di vincere nel conflitto con ogni altro avente causa, ma non valica il confine oltre il quale si stabilisce definitivamente la questione dominicale lasciando un'ombra sulla sicurezza della circolazione del diritto; sfugge in particolare l'insidia del difetto di titolarità del dante causa che può essere conseguenza dell'invalidità del rispettivo titolo ove costui sia un successore intermedio, oppure sopravvenire e in questo caso può riguardare anche il dante causa che sia stato acquirente originario.

Ma se con riguardo al primo inconveniente, nel sistema della trascrizione sono state apportate alcune cautele, limitando gli effetti della regola di circolazione *resoluto iure*

applicativa; cfr. M. PICARD, *Les biens*, in *Traité pratique de droit civil français*², par M. PLANIOL - G. RIPERT, III, Paris, 1952, p. 664 ss.) e in seguito solo diagnosticando la mala fede, indirizzo questo che è oramai consolidato (cfr. G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 450 nota 70; C. SAINT-ALARY HOUIN, *Le transfert de propriété depuis le Code civil*, cit., p. 217). Diversamente, nell'ordinamento italiano si è affermata una lettura dell'art. 1942 c.c. 1865 (cui corrisponde l'attuale art. 2644) che ha escluso di poter accreditare ciò che il legislatore aveva negato a partire da un'antica sentenza della Corte di cassazione di Napoli (26 giugno 1869, in *Giurisprudenza civile della Corte di cassazione di Napoli*, 1871, p. 93 s.). Non mancarono voci che proposero di distinguere tra mala fede e frode (ne trattano in senso critico N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 410 ss.; F. RICCI, *Corso teorico - pratico di diritto civile*, X, cit., p. 94 ss. il quale fu tra i pochi a perorare il rilievo della buona fede), ma rimasero inascoltate dalla giurisprudenza. Il conflitto tra più aventi causa dal medesimo autore è dunque rimasto affidato al formalismo pubblicitario nel suo concetto più rigoroso. Come si è accennato, la buona fede, come criterio di meritevolezza, è stata però fatta emergere dalle corti in seconda istanza come variabile in mancanza della quale affermare la responsabilità da fatto illecito del secondo acquirente che per primo trascrive. In questo modo non si sfugge tuttavia ad una grave contraddizione: «infatti, poiché il danno per il primo acquirente consisterebbe nel mancato conseguimento del bene acquistato, il risarcimento a carico del terzo avrebbe l'effetto di svuotare l'acquisto poiché o soltanto in termini di valore (risarcimento per equivalente) o in natura (risarcimento in forma specifica), il bene acquistato, proprio in quanto acquistato, dovrebbe essere restituito» (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 139).

⁴⁴ *Ivi*, p. 140 in nota.

⁴⁵ Un parziale rimedio potrebbe consistere nella limitazione a far valere la mala fede come requisito impeditivo dell'acquisto nei confronti di colui che trascrive con titolo posteriore, ma non contro i subacquirenti a titolo particolare. Cfr. G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, cit., p. 454.

dantis (v. § 4), nessuna difesa soccorre nella seconda eventualità e segnatamente nel caso di acquisto a titolo originario da parte di terzi⁴⁶.

La natura relativa della tutela è il punto di maggior vulnerabilità del sistema in quanto sbreccia irrimediabilmente la completezza del sistema di segnalazione e parimenti segna uno dei profili in cui la distanza dal sistema tavolare si fa incolmabile⁴⁷.

Nel diritto comune infatti un acquisto a titolo originario non solo si perfeziona, ma può essere opposto ai terzi aventi causa dall'intestatario senza dover essere previamente reso pubblico; in definitiva, quando competono un acquirente a titolo originario e uno a titolo derivativo, si deve avere riguardo alle regole primarie e queste, operando in modo indipendente dalla pubblicità, assegnano la titolarità del diritto al primo⁴⁸.

Per la verità, il codice vigente ha reso pure possibile, seguendo la legislazione fiscale, la pubblicità delle sentenze di accertamento degli acquisti a titolo originario, e specialmente dell'usucapione; nondimeno l'art. 2651 non ha incidenza alcuna né sull'acquisto né sull'opponibilità del diritto. La collocazione dell'articolo, accuratamente voluta dal legislatore, vincola inoltre a ritenere che la trascrizione delle sentenze non possa valere neppure al fine della continuità delle trascrizioni⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 429.

⁴⁷ La disciplina tavolare in materia è trattata al § 12 e al § 15 alla nota 109.

⁴⁸ Il principio è consolidato in giurisprudenza (tra le più recenti, Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2005, n. 2161 in *DVD Jurisdata*); trova applicazione anche con riguardo all'aggiudicazione in sede di esecuzione forzata essendo questa considerata un modo di acquisto derivativo (cfr. Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2000, n. 15503, in *DVD Jurisdata*). La ricerca comparatistica ha dimostrato che costituisce un carattere tipico degli ordinamenti che accolgono il binomio consensualismo - trascrizione dichiarativa. Cfr. L. MOCCIA, *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di «usucapione» e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del «diritto privato europeo»*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, II, cit., p. 675 ss. e in particolare p. 684.

⁴⁹ Diversamente nel Progetto Scialoja e nel successivo progetto Coviello (sui quali v. § 3) le disposizioni che stabilivano la trascrizione delle sentenze di accertamento degli acquisti *mortis causa* e degli acquisti a titolo originario precedevano l'articolo relativo alla continuità delle trascrizioni, la quale era espressa con intensità diversa. Mentre nel progetto Scialoja, come nel codice vigente, il difetto di continuità cagionava l'inefficacia della trascrizione, il progetto della Commissione reale si ispirava anche a questo proposito al sistema tavolare stabilendo il divieto di trascrizione. Di conseguenza, secondo il progetto Coviello, ove una trascrizione fosse eseguita in mancanza di continuità, malgrado la proibizione, la successiva regolarizzazione avrebbe permesso di dispiegare efficacia solo *ex nunc*. L'incoerenza per cui, adottando l'uno o l'altro modello, l'effetto negativo avrebbe paradossalmente afflitto solo gli aventi causa il cui autore aveva ottenuto sentenza di accertamento senza pubblicizzarla, laddove gli acquirenti da chi non si era procurato il riconoscimento del proprio diritto potevano senz'altro trascrivere efficacemente (cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 103 s.), si sarebbe potuta evitare sancendo il carattere costitutivo della trascrizione, come auspicò la Commissione reale. Nel diritto tavolare infatti, posto che l'acquisto si

Nella Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile (n. 1074) si giustificò la decisione osservando in particolare come fosse poco opportuno indurre un giudizio di accertamento dell'usucapione, pur solo eventuale siccome funzionale alla disposizione del diritto, quando non sia sorta contestazione. In realtà, si intravede la stessa preoccupazione che aveva consigliato di abbandonare i progetti per l'impianto dei libri fondiari: mettere in discussione lo stato di fatto a cui erano aggrappate sedicenti situazioni dominicali avrebbe suscitato un contenzioso non privo di tensioni sociali⁵⁰.

Se tale considerazione bastò per dubitare di un onere pubblicitario meramente facoltativo, ancor più decisamente venne respinta l'idea di sancire la trascrizione della sentenza in funzione di opponibilità verso i terzi acquirenti a titolo derivativo.

Su questa via si era incamminato il progetto della Commissione reale⁵¹, che già aveva suggerito di attribuire carattere costitutivo alla trascrizione, e anche in questo caso il modello si rinviene nella legge tavolare: si trattava di una norma assai simile all'art. 5 R.d. 499/1929, da cui si discostava nel non assegnare rilievo allo stato psicologico soggettivo.

In questo modo tuttavia si sarebbe generalizzato l'onere di accertamento dell'intervenuta usucapione e la relativa pubblicità, posto che l'interesse sarebbe sorto a prescindere dall'intenzione di disporre del diritto, essendo necessario già per conservare l'acquisto, il che tuttavia avrebbe reso più difficile il rimedio dell'usucapione, rendendo meno sicuro il solo strumento a disposizione per rimediare all'inefficienza probatoria

perfeziona solo con l'iscrizione nel libro, già il primo avente causa è spinto a pubblicizzare il proprio acquisto, ma per farlo deve sussistere la previa intavolazione del diritto in capo all'usucapiente il quale in quell'ordinamento è comunque indotto a dare evidenza al proprio diritto, anche a prescindere dalla volontà di alienare, pena l'inopponibilità ai terzi acquirenti aventi causa (art. 5 R.d. 499/1929, su cui vedi *infra*).

⁵⁰ Intuisce questo problema C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Codice civile. Libro della Tutela dei Diritti*, Commentario diretto da M. D'AMELIO, Firenze, 1943, p. 7, nota 2, quando scrive che «per vero la legge avrebbe potuto sancire la trascrizione pur del «fatto» dell'usucapione ultimata, ma ha preferito prescindere in considerazione della particolar natura di questi acquisti che si realizzano anche nella totale inconsapevolezza degli interessati e in definitiva manifestano per la prima volta un preciso significato giuridico solo nell'ipotesi di un contrasto» che lo Stato non aveva certo interesse a suscitare. La scarsa consistenza degli argomenti formalmente adottati nella Relazione è poi denunciata da F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, II, Milano, 1993, p. 246 ss. e in particolare p. 247 ove si nota che non sussiste impedimento alcuno ad agganciare «alla trascrizione la circolazione a titolo derivativo del diritto acquistato a titolo originario».

⁵¹ L'art. 365 del progetto della Commissione reale aveva previsto un secondo comma per l'attuale art. 2651 che così recitava: «*Restano sempre salvi i diritti acquistati dai terzi verso il vero proprietario anteriormente alla pubblicazione della domanda od eccezione tendente a far dichiarare verificata la prescrizione acquisitiva*».

della trascrizione⁵².

Insomma, mentre nel sistema tavolare è possibile mantenere un indirizzo sistematico coerente fondando la circolazione dei diritti immobiliari sui libri fondiari, e proprio in ragione della certezza che assicurano limitare gli effetti pratici degli acquisti a titolo originario⁵³, questo non è possibile nel sistema della trascrizione ove i registri non attestano la proprietà, la cui prova rimane in definitiva commessa all'usucapione⁵⁴; imporre l'accertamento giudiziale al fine di poter disporre del diritto non solo avrebbe inferto «un colpo assai grave all'istituto dell'usucapione»⁵⁵, ma in definitiva avrebbe reso del tutto insostenibile il regime di pubblicità della trascrizione e quindi messo in crisi la stessa proprietà⁵⁶.

Ecco dunque la norma vigente che alle sentenze di accertamento degli acquisti a titolo originario non attribuisce alcuna portata sostanziale, ma solo una funzione di notizia tendente alla completezza dei registri immobiliari⁵⁷.

Di nuovo, il consensualismo ha mostrato tutta la sua aporeticità alla prova del reale: organizzato il sistema pubblicitario con riferimento essenzialmente alle convenzioni tra le parti senza un legame costitutivo con i beni, non è evitabile la formazione di catene concorrenti di trascrizioni risalenti nel tempo *ab immemorabili*, sicché la prova risolutiva della titolarità del diritto viene affidata a fatti esterni e soprattutto all'usucapione, la cui

⁵² «Le esigenze della pubblicità avrebbero così annullato un'altra fondamentale esigenza, che è quella di non attenuare l'importanza dell'usucapione, la quale resta sempre il mezzo migliore per rimediare alle inevitabili lacune del nostro sistema di pubblicità», avverte la Relazione al codice civile in conclusione del passo n. 1074.

⁵³ Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Trentino*, Padova, 1932, p. 57 ss. Il regime dell'usucapione in rapporto alla pubblicità immobiliare nei sistemi germanici, e in particolare nel tavolare italiano, sarà esaminato nelle sezioni successive.

⁵⁴ La funzione probatoria dell'usucapione è avvertita specialmente dalla dottrina francese, come riferisce L. MOCCIA, *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di «usucapione» e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del «diritto privato europeo»*, cit., p. 698.

⁵⁵ Così ancora la Relazione al codice civile n. 1074.

⁵⁶ Il riconoscimento giudiziario del diritto di proprietà acquistato per usucapione comportata un allungamento dei tempi per ottenere certezza del diritto, ma in un sistema che proprio sull'usucapione si regge, possono derivarne dissesti sistematici, come avvenne nel diritto romano quando furono prolungati i termini per usucapire. Cfr. F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 38.

⁵⁷ Si è accennato (§ 4 nota 95) che in ragione della peculiare funzione, questa pubblicità sia considerata oggetto di obbligo a carico del pubblico ufficiale e non di onere per l'usucapiente, il quale può dunque disporre del diritto senza aver ottenuto e trascritto una sentenza di accertamento. Cfr. Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2008, n. 18888. Nondimeno per evidenti ragioni pratiche vi è ordinariamente interesse alla definizione giudiziale del diritto, cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, cit., p. 244, 249. Inoltre, possono essere ricondotti alla pubblicità delle sentenze effetti indiretti di rilievo, cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 105 s.; ma vedi in senso critico F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 256 s.

efficacia non può conseguentemente dipendere dalla pubblicità; epperò in questo modo il sistema rimane gravemente scoperto rispetto alla tutela di chi acquista da un soggetto che risulta titolare dalle registrazioni, ma che in realtà tale non è più per un fatto di acquisto indipendente dalla volontà.

Sezione II

L'ORDINAMENTO DEI LIBRI FONDIARI IN GERMANIA E AUSTRIA

§ 11. *Il sistema tedesco.*

Il carattere costitutivo dell'iscrizione nei registri pubblici è comune ai paesi di tradizione germanica, tuttavia manifesta soltanto l'apice della sequenza traslativa dei diritti reali immobiliari che nella sua interezza si dipana invece con connotati di originalità non trascurabili nei singoli ordinamenti; farne breve menzione consente di apprezzare meglio gli elementi di derivazione e i tratti propri del diritto tavolare italiano.

In particolare, saranno richiamate le caratteristiche essenziali del sistema tedesco e del sistema austriaco, prototipo della legge tavolare, tra i quali sporgono discontinuità strutturali di rilievo che si riportano già allo specifico attecchire storico di ciascuno.

Entrambi gli ordinamenti assegnano al contratto di base effetti di natura strettamente obbligatoria, mentre la disposizione del diritto si compie con un atto successivo che esibisce caratteri profondamente distinti.

Più precisamente, nel sistema tedesco⁵⁸ il trasferimento o la costituzione di un diritto reale immobiliare si articola a partire dalla formazione di un contratto obbligatorio, come la vendita, che secondo le categorie della pandettistica si identifica col *titulus*⁵⁹; l'obbligazione di trasferire è poi adempiuta mediante un contratto reale⁶⁰ astratto seguito dall'iscrizione del diritto nel libro fondiario, previa dichiarazione di assenso alla modifica dello stato tavolare da parte del disponente (§ 19 GBO). Quando però si tratta di disporre del diritto di proprietà, l'iscrizione non procede in forza dell'attestazione unilaterale del soggetto passivo, ma ricorre, in forme aggiornate, l'antica investitura come particolare

⁵⁸ La disciplina sostanziale è allocata nel BGB (§§ 873 - 902), mentre la procedura tavolare è stabilita nella coeva *Grundbuchordnung* (GBO).

⁵⁹ La definizione di tali concetti sembra dovuta a Johan Apel nel XVI sec., cfr. R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, p. 55 ss.; per le teorie che ne preparano la strada, E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, p. 34 ss.

⁶⁰ Quando la dottrina tedesca fa parola di contratto *reale* (*dinglicher Vertrag*) intende alludere alla tensione del negozio verso l'efficacia reale e non alla realtà quale requisito di perfezionamento, come il suo stesso ideatore, F.C. v. SAVIGNY, spiegò: «ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher», in *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* II, Berlin, 1853, p. 257 come citato da C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 2005, p. 14.

contratto reale (*Auflassung*) e «i presupposti formali dell'iscrizione coincidono con i presupposti materiali del trasferimento, sono cioè regolati dal principio del consenso in senso materiale»⁶¹ (§ 925 BGB; § 20 GBO).

L'efficacia probante che scaturisce dal compimento della registrazione consiste in una presunzione di titolarità del diritto (§ 891 BGB).

L'astrazione del negozio di investitura (*Abstraktionsprinzip*), il cui fondamento positivo è rintracciato nel § 873 BGB «che non menziona il negozio causale quale presupposto di un atto disposizione»⁶², è stata la risposta che la scienza giuridica tedesca seppe dare al problema della sicurezza della circolazione: la necessità pratica dei commerci trovò una forma congruente nel pensiero di Savigny, pur in sé autonomo da quella esigenza, che, rielaborando e talora fraintendendo il diritto romano⁶³, teorizzò una rigida separazione tra obbligazioni e diritti reali così rendendo la *traditio*, trasfigurata da atto materiale in negozio giuridico⁶⁴, immune dalle vicende patologiche dell'accordo obbligatorio da cui trae origine, si tratti di vizi originari o sopravvenienze: «la tradizione come contratto...si regge da se stessa sulle proprie gambe e col proprio cervello»⁶⁵.

Il sofisticato congegno finì per essere accreditato nel BGB, dove tuttavia risultò superato e quasi estromesso nella realtà dall'introduzione del principio, inedito per il diritto romano e comune, dell'acquisto *a non domino*; in particolare quando si tratta di diritti reali immobiliari, per la tutela dell'acquirente si deve far capo al § 892 che assicura protezione se vi sia stato affidamento su quanto appariva dal libro fondiario.

Fu questa considerazione a muovere una delle pungenti ragioni di opposizione al principio di astrazione elevate dalla prima dottrina e che non mancano di essere

⁶¹ Chiarisce L. MENGONI, *Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano. Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trento, ottobre 1971), Trento, 1972, p. 27 nota 9.

⁶² Così H. WIELING, *Il sistema dei diritti reali nel codice civile tedesco*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del Convegno di Ferrara*, (26-28 settembre 1996), Padova, 2002, p. 488. Taluni riconoscono invece il fondamento normativo del principio dell'astrazione nell'ambito della disciplina dell'ingiustificato arricchimento, e segnatamente nel § 817 BGB. Cfr. K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Amsterdam - New York - Oxford, I, 1977, p. 182.

⁶³ Cfr. F. RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, in *Revue d'histoire du droit*, 1970, p. 318 ss.

⁶⁴ Cfr. F.C. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, III, Torino, 1891, § 140 p. 409; successivamente nella pandettistica, cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. di C. FADDA e P.E. BENSÀ, I, Torino, 1925, § 171, p. 610 ss.

⁶⁵ Afferma icasticamente L. BARASSI, *Diritti reali e possesso. I diritti reali*, I, cit., p. 429.

rinnovate anche oggi da più autori⁶⁶; la prassi, dal canto suo, cerca di saldare il legame tra contratto obbligatorio e contratto reale⁶⁷.

Il disagio è affiorato legislativamente nel BGB⁶⁸ ed è finanche prevalso in quello che fu il codice civile della Repubblica democratica dove si è optato per la regola della causalità (§§ 25, 26 *Zivilgesetzbuch*).

Precisa prova della fondatezza di tali riserve si è avuta da ultimo in occasione dei lavori preparatori della Convenzione dell'Aja in materia di legge applicabile ai *trust*; la rigidità sistematica dell'ordinamento tedesco ha reso assai problematico il riconoscimento di questa figura, come si avrà modo di constatare (§ 18).

Gli inconvenienti del sistema non sono nemmeno sfuggiti già in occasione della prima, sommaria ricognizione europea dei modi di trasferimento della proprietà, dove si è mosso il rimprovero di accordare «inappropriate overprotection» alle esigenze dei traffici⁶⁹, così rivelando di non poter considerare quell'ordinamento come riferimento nel discorso.

⁶⁶ Cfr. B. KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, II, cit., p. 434, 451 ss.; K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, cit., p. 188 s.; in senso favorevole si pronuncia invece R. KNÜTEL, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, cit., p. 297 ss.

⁶⁷ Cfr. K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, cit., p. 184 s.

⁶⁸ In particolare con l'introduzione nel 1953 del § 925a, su cui v. L. MOCCIA, *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di «usucapione» e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del «diritto privato europeo»*, cit., p. 708 nota 58.

⁶⁹ Così si legge in C. v. BAR - E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), München, 2009, vol. V, p. 4426. In fondo, nemmeno il codice tedesco in questa materia si è sottratto all'incanto dell'idealismo filosofico, nella specie del pensiero kantiano; nota B. KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, cit., p. 451, «secondo Savigny...la volontà non abbisogna di una motivazione per essere giuridicamente riconosciuta. In queste parole si esprime un'alta concezione dell'uomo. Però è una questione diversa quella di stabilire se una tale concezione dell'uomo debba essere il motivo conduttore, quando si tratta di una concezione giuridica». La cultura giuridica francese aveva pure innalzato la volontà, ma gli opposti esiti che ne sono derivati - principio consensualistico nel *Code*, contratto traslativo astratto nel BGB - si debbono al diverso stato in cui si trovarono le due tradizioni quando vennero a contatto con gli ideali giusnaturalistici; in Francia si era ormai dimentichi della *traditio*, pertanto oggetto della carica volontaristica non poté che essere che il *titulus*, al quale fu attribuita la forza di trasferire i diritti, mentre nei territori tedeschi la volontà venne proiettata nella consegna, rivista alla stregua di negozio giuridico, cfr. F. RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, cit., p. 341. Sarebbe però sbagliato concludere per una coincidenza dei due estremi sotto l'insegna del primato della volontà: vi è infatti che l'ordinamento tedesco conservando la *traditio*, pur con un ruolo eccedente, non ha perso la consapevolezza del significato pubblico del trasferimento dei diritti reali, mentre la totale privatezza in cui il *Code* rinchiuse la vicenda condusse ad un regime insostenibile nella realtà.

Infine, lontano dalle regole franco-italiane è pure il regime dei trasferimenti *mortis causa* e dell'usucapione.

Nel caso di attribuzioni per successione ereditaria, la pubblicità non incide sull'acquisto del diritto, ma esercita comunque una funzione essenziale posto che l'iscrizione è necessaria per disporne⁷⁰.

L'alto grado di affidamento dei registri non tollera poi l'usucapione come presente negli ordinamenti di matrice francese; sostanzialmente esclusa quando *contra tabulas*, è ammessa quando conforme allo stato tavolare (§ 900 BGB), ossia a favore del titolare iscritto in base ad un contratto reale viziato⁷¹ (il che, considerando il controllo giudiziale, è evenienza rara), oppure quando si tratta di immobili non intavolati⁷².

§ 12. Il sistema austriaco.

Nel sistema austriaco l'iscrizione, o più precisamente, l'intavolazione⁷³ è parimenti modo di acquisto dei diritti reali immobiliari, ma a differenza dell'ordinamento tedesco costituisce anche il momento di completamento del negozio traslativo attuativo dell'obbligazione di trasferire; in altre parole, il contratto reale è tale nel duplice senso che si perfeziona mediante un atto materiale e che produce effetti reali⁷⁴.

Più rilevante è la divergenza in ordine al rapporto tra negozio di base e contratto dispositivo.

Invero, la pandettistica seppe esercitare un'influenza notevole su parte della dottrina austriaca e in particolare su Unger che attinse a quelle categorie per esporre la prima

⁷⁰ Osserva tuttavia N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 118: «L'obbligo indiretto di iscrivere si mostra egualmente efficace che l'obbligo diretto, perché tanto vale, per entrare in rapporti con i terzi, non avere la proprietà, che averla, ma non poterne disporne. In tal modo, al contrario di ciò che è stato fatto dalla legislazione francese, si è posto in armonia il vieto principio di diritto consuetudinario «il morto fa erede il vivo» con le esigenze moderne della pubblicità, si sono cumulati i vantaggi dell'uno con quelli dell'altra».

⁷¹ Svolgendo così una funzione ancillare alla pubblicità; infatti attraverso l'usucapione tavolare «le risultanze del libro fondiario, ancorché inesatte in origine, finiscono, dopo un certo lasso di tempo ed alle altre condizioni stabilite dalla legge, per prevalere; imponendosi sulla situazione giuridica preesistente, nel senso che questa viene ad essere di conseguenza modificata in conformità a quella iscritta», L. MOCCIA, *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di «usucapione» e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del «diritto privato europeo»*, cit., p. 703.

⁷² § 927 BGB; il medesimo paragrafo ammette l'iscrizione del diritto usucapito anche contro il proprietario iscritto, solo se questi risulti deceduto o irreperibile e non siano stata compiute iscrizioni a suo carico nei precedenti trent'anni.

⁷³ Cfr. § 8 *Allgemeines Grundbuchgesetz* (GBG. 1955).

⁷⁴ Cfr. L. MENGONI, *Caratteristiche generali del sistema tavolare italiano in raffronto a quello austriaco*, in *Il sistema transfrontaliero del libro fondiario. Convegno sul sistema tavolare*, (Gorizia, 16 - 17 aprile 1999), in *Quaderni di banca* (pubblicazione della Cassa di risparmio di Gorizia), n. 4/1999.

illustrazione sistematica del diritto austriaco e specialmente per asseverare la natura astratta del contratto reale.

Questo insegnamento guadagnò tuttavia limitate adesioni e si affermò invece l'opposta idea della dipendenza causale dell'atto traslativo dal negozio obbligatorio⁷⁵, in continuità con quella che sembra essere la tradizione classico - giustiniana⁷⁶.

Una spiegazione del diverso orientamento potrebbe essere forse soddisfatta ricordando come la scaturigine del diritto tavolare austriaco si rintracci in ambito rurale e non cittadino, dove la circolazione dei diritti e il bisogno di accesso al credito erano meno diffusi e frequenti sicché non spiccavano le ragioni per staccare radicalmente il trasferimento del diritto dal negozio obbligatorio⁷⁷.

Si tratta ora di determinare il significato della natura causale del contratto reale; il risultato del collegamento è che si comunicano al contratto traslativo i vizi formativi del negozio obbligatorio sicché pure i terzi subacquirenti vedono, nei limiti da precisarsi, irretito il loro diritto; di contro, il contratto reale non risente delle disfunzioni sopravvenute del negozio fondamentale⁷⁸.

Ove dunque si riscontri una causa di invalidità del negozio fondamentale, il diritto tavolare austriaco non assegna tutela immediata ai terzi⁷⁹.

In particolare, l'ABGB, nella sua versione originaria, salvava il diritto del terzo da un avente causa il cui titolo fosse invalido coll'istituto dell'usucapione tavolare⁸⁰: decorsi tre anni dall'iscrizione, la situazione dominicale si consolidava. Per la verità, a dispetto del

⁷⁵ Cfr. K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, cit., p. 181. Per la verità, se la dottrina austriaca è infine pervenuta a questa ricostruzione, gli osservatori stranieri, e specialmente la letteratura tedesca, negano l'esistenza di un distinto contratto reale (riferimenti in L. MENGONI, *Op. ult. cit.*).

⁷⁶ Cfr. R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 11 s. ed *ivi*, p. 13 ss. per lo sviluppo della questione nel diritto comune.

⁷⁷ Invero, l'adattamento dei principi del diritto di ragione alla specifica realtà empirica locale risulta uno dei tratti caratterizzanti dell'intera codificazione austriaca. Cfr. K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, cit., p. 158 s. Di contro, è stato fatto notare come il principio dell'astrazione fu assunto non per avventura dal BGB nella temperie, affatto urbana, della rivoluzione industriale. Così R. KNÜTEL, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, cit., p. 295.

⁷⁸ Cfr. fr. L. MENGONI, *Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano*, cit., p. 31 s.

⁷⁹ Quanto ai rapporti con l'immediato avente causa, si è osservato da B. KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, cit., p. 443 come, a differenza del diritto tedesco, «la *condictio indebiti* è una pretesa che tende non più al ritrasferimento della proprietà, ma, come la rivendicazione, al recupero del possesso».

⁸⁰ § 1467 ABGB, il cui testo è stato riportato alla nota 110 del § 4.

nomen iuris, non si trattava di una figura autentica di usucapione, posto che tra gli elementi costitutivi era contemplato il possesso inteso però non come potere di fatto sulla cosa, bensì come «possesso civile» quale *diritto* di colui che risulta iscritto nei libri fondiari pur non avendo la detenzione della *res*⁸¹.

Successivamente la legge generale sui libri fondiari introdusse l'azione in cancellazione (*Löschungsklagen*) e tale disciplina finì per sostituire l'usucapione tavolare che venne formalmente abrogata con la terza Novella dell'ABGB⁸².

L'azione in cancellazione prevede che il soggetto che ritenga leso un proprio diritto tavolare da una intavolazione asseritamente invalida, debba promuovere, secondo termini variabili⁸³, il giudizio contenzioso anche nei confronti dei terzi subacquirenti se vuole che la sentenza produca effetti a loro riguardo.

Decorso il turno di tempo prescritto, il diritto del terzo non può più essere scosso, purché fosse in buona fede, essendo pure in questo sistema la forza probante delle registrazioni poggiata sul valore della pubblica fede, acquisita grazie alla verifica di legittimità del magistrato tavolare, e non sull'iscrizione come tale.

Nel sistema austriaco vi è poi adito per l'usucapione in difformità alle evidenze tavolari (§§ 1498 - 1500 ABGB); di nuovo, la scelta si spiega con la minore

⁸¹ Cfr. G. WINIWARTER, *Il diritto civile austriaco sistematicamente esposto ed illustrato. Delle disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose*, V, trad. it., Venezia, 1839, p. 199. Per la distinzione tra possesso «naturale» e possesso «civile», cfr. ID, *Il diritto civile austriaco sistematicamente esposto ed illustrato. Del possesso, della proprietà, del pegno e delle servitù*, II, p. 33 s. Più ampiamente sul concetto di possesso nel diritto germanico, cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, rist. 1994, p. 43 ss. In modo del tutto inatteso, nella citata proposta *Nuove regole per la proprietà immobiliare tra semplificazioni e garanzie* elaborata dal Consiglio nazionale del Notariato (p. 44 s.), la figura del possesso tavolare è stata espressamente posta a fondamento di una nuova specie di usucapione a tutela dell'immediato acquirente (art. 5). Vi è tuttavia che il concetto di possesso tavolare come possesso legale dipende dal valore probante del libro maestro e non appartiene invece alle trascrizioni. Non opportuno è poi il richiamo del § 900 del BGB (p. 45) in quanto tale disposizione presuppone l'esercizio effettivo del possesso (cfr. L. BARASSI, *Diritti reali e possesso, Il possesso*, II, Milano, 1952, p. 404 nota 16).

⁸² È interessante rilevare come le specifiche forme in cui si è storicamente articolata la tutela del terzo (usucapione tavolare; azione in cancellazione), la cui caratteristica è l'intreccio tra effetti estintivi e acquisitivi del diritto, riconoscano la loro origine storica nell'antica consuetudine, invalsa nelle campagne, per cui il possesso protratto per un anno e un giorno (periodo nel quale si compie convenzionalmente il ciclo di raccolta dei prodotti agricoli) estingueva il diritto del titolare acquiescente e contestualmente investiva della *Gewere* il possessore. Cfr. L. MOCCIA, *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di «usucapione» e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del «diritto privato europeo»*, cit., p. 712 ss.

⁸³ In caso di avvenuta notificazione dell'intavolazione impugnata, l'azione in cancellazione deve essere proposta nel termine di 60 gg. decorrente dall'annotazione della lite, da chiedersi a sua volta entro breve tempo dalla notificazione; qualora invece tale comunicazione sia mancata, la domanda va proposta entro tre anni dall'intavolazione (§§ 63, 64 GBG).

disponibilità a obliterare la situazione di fatto contemperandola però con la tutela dei terzi. Essendo infatti l'usucapione un fatto che può rimanere occulto al terzo acquirente, la tutela di costui è immediata e assoluta nel senso che l'intervenuta usucapione non gli è più opponibile una volta che abbia iscritto il proprio diritto, purché in buona fede: «apparisce, che sebbene possano usucapirsi de' diritti sulle cose immobili, e perfino la stessa loro proprietà, quantunque sieno esse iscritte a nome di un altro,..., nondimeno il credito di tali libri non viene in tal guisa minimamente a scemare; dacchè l'effetto di una tale usucapione o prescrizione contro il terzo avverasi nella circostanza soltanto, che le mutazioni da ciò cagionate nei rapporti reciproci delle parti sieno state inserite nei pubblici libri, ovvero che in altro modo determinato abbia egli avuta contezza di simili mutazioni»⁸⁴.

Si tratta della manifestazione più notevole del principio di pubblica fede che spicca in modo esemplare se si considera che, in analoghe circostanze, nel sistema della trascrizione il terzo acquirente può conservare il proprio diritto se almeno si inverano i presupposti della usucapione speciale, tra i quali il decorso di dieci anni dalla trascrizione del proprio titolo. Insomma, mentre la trascrizione del titolo derivativo non preserva dall'usucapione già compiutasi pur se non sottoposta a pubblicità, nel diritto tavolare, anche italiano, viene invece neutralizzata se il terzo acquista «*sulla fede del libro fondiario*» (art. 5 R.d. 499/1929), ovvero ignorandone l'incompletezza⁸⁵.

Il sistema austriaco, nel confronto europeo, non può dunque essere additato come autore di una forma di «overprotection» per i terzi; nondimeno, a sua volta, incorre in problemi di rilievo.

In particolare, in una prospettiva sistematica la figura del negozio di trasferimento sorge quale «inutile complicazione»⁸⁶ una volta accreditato il principio di causalità,

⁸⁴ Rimarca G. WINIWARTER, *Il diritto civile austriaco sistematicamente esposto ed illustrato, Delle disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose*, cit., p. 301.

⁸⁵ La pubblicità dell'acquisto non è invece idonea ad interrompere l'usucapione in corso non influenzando sul fatto del possesso né essendo ascrivibile alle c.d. cause civili di interruzione, a cui non deroga il tavolare. Cfr. G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², Milano, 1999, p. 34.

⁸⁶ L. MENGONI, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nel sistema dei libri fondiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 994. Sembra essere consapevole la più recente dottrina austriaca che sostiene la compenetrazione tra negozio obbligatorio e negozio dispositivo, analogamente al tavolare italiano (v. § 14); riferimenti in C. v. BAR - E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition.*, V, cit., p. 4441.

come pure risalta dalla prassi che inserisce la clausola di intavolazione già nel negozio obbligatorio; inoltre, e forse questo è l'aspetto più grave, la rigida separazione tra diritti reali e obbligazioni rende il sistema pubblicitario incapace di estendere la tutela a situazioni obbligatorie, ma che nella dinamica moderna delle contrattazioni immobiliari hanno assunto un'importanza notevole, come si avrà modo di accertare esaminando il contratto preliminare (v. § 16). Non desiderabili sono anche gli inconvenienti che derivano dalla limitazione dell'azione in cancellazione al solo caso di invalidità del titolo⁸⁷.

⁸⁷ Cfr. L. MENGONI, *L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 134 s.

Sezione III
IL SISTEMA TAVOLARE ITALIANO

§ 13. *Le fonti.*

L'ambito territoriale in cui è stato conservato il sistema austriaco dei libri fondiari si identifica con i territori uniti all'Italia dopo il primo conflitto mondiale⁸⁸.

In realtà, è esatto far parola di conservazione soltanto in una prima fase legislativamente segnata dal R.d. 4 novembre 1928, n. 2325 (*Disposizioni per l'unificazione legislativa nei territori del Regno*) il cui art. 2 sanzionava la validità delle antiche norme in attesa di un provvedimento organico di adattamento, inveratosi a distanza di pochi mesi nel R.d. 28 marzo 1929, n. 499 (*Disposizioni relative ai libri fondiari nei territori delle nuove province*) con il quale venne infine articolata una disciplina che, pur in continuità con la legislazione austriaca, ha assunto autonomia formale e sostanziale; l'attributo di novità messo in evidenza dall'art. 1, co. 1 è motivato da elementi originali non solo di ordine puntuale, ma negli stessi lineamenti sistematici.

Il richiamo all'antica legge contenuto nell'art. 1 R.d. 499/1929 dunque «non ha il significato di un rinvio, non designa una fonte, appartenente a un ordinamento straniero, alla quale l'interprete deve attingere la disciplina dei libri fondiari...e nemmeno si limita a «nazionalizzare»...la legge austriaca...La legge del 1871 costituisce soltanto il presupposto di fatto autonomamente assunto dal legislatore italiano per la determinazione del contenuto della disciplina impartita nel nuovo testo allegato al decreto n. 499»⁸⁹.

Tale consapevolezza è di primaria rilevanza in quanto orienta il metodo ermeneutico nel senso di dover coordinare la legge tavolare con l'ordinamento italiano, distinguendo così la derivazione storica dalla positività del testo normativo⁹⁰, il che può condurre a esiti difforni rispetto al sistema di origine.

Quanto ai contenuti, la prima parte del R.d. espone disposizioni generali (artt. 2-12)

⁸⁸ Oltre alle province di Bolzano, Trento, Trieste e Gorizia, il sistema tavolare è in vigore in alcuni comuni delle province di Belluno (Cortina d'Ampezzo, Pieve di Livinallongo, Colle S. Lucia), Vicenza (Pedemonte), Udine (Cervignano, Pontebba, Tarvisio) e Brescia (Magasa, Valvestino).

⁸⁹ L. MENGONI, *Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano*, cit., p. 21.

⁹⁰ *Ivi*, p. 22; in giurisprudenza, cfr. Corte d'Appello di Trieste, sentenza 15 luglio 1960, in *Foro. it.*, 1961, I, c. 1381.

che, derogando al diritto comune, consentono un'applicazione coerente del sistema tavolare, a differenza di quanto avvenuto in Francia, dove, come ricordato, nelle regioni dell'Alsazia e della Lorena l'estensione del *Code* ha annichilito la portata delle leggi tedesche sui libri fondiari.

I successivi artt. 13 - 23 disciplinano invece i titoli e il procedimento per l'iscrizione nel libro fondiario degli acquisti *mortis causa*, in sostituzione della procedura di ventilazione⁹¹.

Al R.d. é poi allegata la legge tavolare, ovvero l'insieme di principi e regole procedurali su cui si fonda l'ordinamento dei libri fondiari.

Il R.d. n. 499 aveva come riferimento nell'ordinamento italiano il codice civile del 1865; il sopravvenire della nuova codificazione ha posto un'esigenza del coordinamento (art. 230 disp. att.) soddisfatta più di trent'anni dopo e seguita da altri interventi soprattutto per conformarsi alle novità che hanno investito la pubblicità della trascrizione.

La disciplina legislativa dei libri fondiari si lega poi alla speciale autonomia delle province di Trento e Bolzano e della regione Friuli Venezia-Giulia; mentre allo Stato, stante la competenza esclusiva in materia di diritto civile⁹², spetta la definizione del valore giuridico delle iscrizioni e delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria (art. 29, D.p.r. 1 febbraio 1973, n. 49; art. 2, D.p.r. 24 febbraio 1971, n. 234), le amministrazioni locali deliberano per quanto concerne la tenuta dei libri fondiari (art. 4, L. cost. 26 febbraio 1948, n. 5; art. 4, L. cost. 31 gennaio 1963, n. 1)⁹³.

§ 14. *Il trasferimento dei diritti nel sistema tavolare: dallo ius commune verso il common core.*

L'essere il sistema tavolare italiano applicato in una terra di confine ha reso propizio l'incontro tra le locali tradizioni germaniche e un diritto generale di matrice francese, suscitando esiti che se risultano inediti rispetto ad ambedue gli ordinamenti, nondimeno

⁹¹ Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. 11 s. Le disposizioni della legge tavolare in materia di certificato di eredità hanno trovato recentemente assonanza col certificato successorio europeo introdotto dal Regolamento Ue n. 650/2012 del 4 luglio 2012.

⁹² In merito, si vedano le precisazioni di Corte Costituzionale 11 luglio 1989, n. 391, rel. Mengoni, in *DVD Jurisdata*.

⁹³ Non sono mancati dubbi sulla legittimità costituzionale della speciale disciplina dei libri fondiari. Per riferimenti, cfr. M. BASSI, *Compendio di diritto tavolare*, Mariano del Friuli, 2010, p. 14 ss.

a ciascuno di essi permettono di non respingerli come alieni potendovi riconoscere proprie tracce⁹⁴.

In particolare, la contaminazione tra le due culture giuridiche ha impresso una singolare fisionomia alla sequenza traslativa dei diritti reali immobiliari capace di preservare i pregi dei libri fondiari aprendosi parimenti alla maggior elasticità del principio del consenso traslativo.

Quando si tratta, ad esempio nella manualistica, del sistema italiano dei libri fondiari si è soliti accostarlo agli ordinamenti tedeschi per concludere che ripropone analogamente la sequenza *titulus - modus acquirendi*.

In realtà, non è esattamente così: la scissione titolo - modo di acquisto può essere adoperata limitatamente al suo significato negativo, ovvero per manifestare l'insufficienza del consenso a trasferire il diritto (*nudum pactum non parit proprietatem*), a differenza di quanto dispone l'art. 1376.

Non può però essere intesa secondo il concetto specifico acquisito oltralpe, ovvero come successione di un contratto obbligatorio e di un contratto traslativo (astratto o causale) che si perfeziona mediante l'iscrizione. Nel tavolare italiano la deroga al principio del consenso traslativo è infatti meno profonda in quanto il R.d. non accredita la tradizione nei termini di negozio giuridico che realizza il modo di acquisto, ma effetti obbligatori ed effetti dispositivi si trovano tra loro compenetrati nel contratto di base, senza la mediazione di un distinto atto di investitura; come si intuisce dall'art. 2 R.d.⁹⁵, la

⁹⁴ Questa considerazione trae spunto da A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, relazione al Convegno *Territorio + diritto = tavolare*, (Rovereto, 7 novembre 2009), pubb. da Provincia autonoma di Trento, p. 39.

⁹⁵ Cfr. S. PUGLIATTI, *La pubblicità nel diritto privato*, Messina, 1944, p. 116. Il principio dell'iscrizione trova dunque precisa affermazione nel R.d. diversamente dal diritto austriaco dove viene ricavato per induzione da specifiche disposizioni (soprattutto dai §§ 431, 440). Sulla portata della regola, si rinvia alle trattazioni di diritto tavolare. In dottrina è stata presentata una revisione critica del principio tesa a dimostrare come nella sua effettiva incidenza sia nei rapporti tra le parti sia verso i terzi conduca a situazioni meno difformi dal sistema della trascrizione di quanto si potrebbe essere orientati a credere *prima facie* e che in definitiva un sistema di pubblicità a base reale e munito di pubblica fede non sarebbe strutturalmente inscindibile dal principio dell'iscrizione (Cfr. G. GABRIELLI, *Lineamenti di una comparazione fra il sistema della trascrizione e l'ordinamento tavolare*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario*, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubblicato da Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, s.d., p. 37 ss.). Per il vero già taluni autori tedeschi hanno rilevato come non esista una connessione logica necessaria tra pubblica fede e natura costitutiva dell'iscrizione (ne accenna C. CASTRONOVO, *Acquisto «a non domino» e pubblica fede in tema di regolarizzazione del titolo di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1160 nota 53), nondimeno la storia della pubblicità immobiliare consegna l'idea che «la pubblica fede...è propria dei sistemi ove la

sola iscrizione nel libro inverte il *modus* e si pone come elemento separato dal contratto, non come suo requisito di perfezionamento, la cui funzione tuttavia non è soltanto quella di avallarne l'efficacia, ma determina il contenuto del diritto in quanto l'iscrizione è eseguita sulla base del titolo, ma nei limiti della domanda (§ 96 L. tav.).

Come ha scritto Mengoni, a cui si deve l'elaborazione dogmatica del diritto tavolare italiano, «è vero...anche nel Trentino Alto - Adige e nella Venezia Giulia, che chi vende o dona un immobile non solo si obbliga, ma al tempo stesso dispone immediatamente»⁹⁶.

In definitiva, pure nel sistema tavolare la vendita è un contratto consensuale ad effetti reali, subordinati però alla pubblicità; più precisamente, la figura ricorda quelli che vengono classificati come contratti con efficacia reale differita, con la rilevante differenza che l'acquisto del diritto non dipende da un atto del venditore, ad esempio l'individuazione per le cose di genere, ma è commessa al diritto imprescrittibile⁹⁷ dell'acquirente di chiedere l'iscrizione nei libri fondiari.

In questo modo la legge tavolare si attesta ad un livello di astrazione rispetto alla

pubblicità concorre a produrre effetti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti» (*ibidem*) di talché risulta difficile immaginare che i libri fondiari possano in concreto preservare la loro essenza respingendo il principio dell'iscrizione. La vicenda della doppia alienazione immobiliare può dimostrarlo. Nell'ordinamento italiano, l'irrilevanza della mala fede del secondo acquirente non è una declinazione necessaria del sistema, ma è invece tratta da considerazioni di politica del diritto e precisamente in senso di correzione drastica al consensualismo valorizzando la funzione della trascrizione; sul piano della coerenza colla fattispecie primaria sarebbe invece più sensata una lettura (ed un'esplicita integrazione legislativa) dell'art. 2644 c.c. che eleggesse la buona fede a criterio per confermare la prevalenza di chi per primo trascrive (cfr. § 9). L'opinabilità dell'interpretazione invalsa dell'art. 2644 c.c. è manifestata pure dal fatto che in Francia è accreditata la soluzione opposta, pur essendo la lettera analoga (art. 3 *Loi 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire*; poi sostituito dall'art. 30 *Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière*). Di contro, nel sistema dei libri fondiari per necessità giuridica non si può discorrere di mala fede di chi iscrive per primo, ove siano già occorse precedenti convenzioni con altri, in quanto fino all'intavolazione vi sono solo diritti personali; essendo lo stato tavolare esatto, non viene in considerazione la scienza della precedente convenzione (§ 15). L'esempio indica come il principio dell'iscrizione contribuisca costitutivamente a determinare la speciale capacità del tavolare di assicurare la certezza dei traffici immobiliari, laddove nel sistema franco-italiano a regola analoga si perviene assecondando un'opzione interpretativa dipendente da ragioni di politica del diritto come tali soggette a variabilità storica, pur nella costanza del dato positivo. Inoltre, se venisse meno il principio dell'iscrizione, si affievolirebbe lo stimolo a dare pubblicità agli acquisti, ma «tale trascuranza, una volta divenuta abituale e notoria, finirebbe per far ritenere in colpa chi si fidasse semplicemente delle risultanze del libro fondiario, senza compiere altre indagini. Così verrebbe scossa la pubblica fede e minato l'intero istituto del libro fondiario» (M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. 27). Per concludere, può tornare utile di nuovo il regime dei libri fondiari mantenuto nell'Alsazia - Lorena: la sottoposizione al principio consensualistico è avvenuta in una con la perdita dell'efficacia probante delle scritture.

⁹⁶ L. MENGONI, *Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano*, cit., p. 28.

⁹⁷ Così si afferma in giurisprudenza; cfr. Cass. civ., sez. II, 11 maggio 1990, n. 4062 in *DVD Jurisdata*.

realtà assai minore, prosciugando di argomentazioni le critiche a cui invece si espone soprattutto l'ordinamento tedesco; anzi, per effetto della simbiosi col diritto comune, la sequenza traslativa nel tavolare profitta di una ulteriore semplificazione atteso che non è più necessario il consenso dell'alienante al cambiamento dello stato tavolare (cfr. § 32 lett. b) GBG.; § 19 GBO) venendone meno le ragioni di ordine sia teorico sia pratico⁹⁸.

L'originale sequenza traslativa che ha luogo nel sistema tavolare italiano può realisticamente aspirare a porsi come composizione tra i diversi ordinamenti europei avendo in definitiva rilevato il modello dello *ius commune* prima che dottrine e prassi centrifughe in Francia e Germania si allontanassero a tal punto da formare diritti singolari tra loro irriducibili: nel primo caso eclissando il ruolo della *traditio* di talché il trasferimento del diritto venne considerato emanazione dalla sola volontà delle parti, nel secondo, all'inverso, concependo l'atto di investitura come distinto negozio giuridico⁹⁹.

Ratificando questa soluzione, potrebbe sembrare che si torni indietro, ma «è un tornare indietro per rintracciare il *common core*, il nucleo comune»¹⁰⁰ e precisamente per «fare rivivere»¹⁰¹, acclimatandolo nella contemporaneità, un prototipo che si dimostra capace di un equilibrio adeguato tra gli interessi delle parti e le esigenze della circolazione giuridica.

Del resto, quando si è trattato di deliberare in merito alla vendita di cose mobili, il *Draft common frame of reference* ha proposto, con regola dispositiva, il modello *transfer by delivery* e parimenti ha considerato la consegna non come contratto («the concept of a real agreement is not logically indispensable»¹⁰²), ma come fatto materiale¹⁰³

⁹⁸ Cfr. L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 29 s. Il sistema tavolare inoltre, sempre analogamente al diritto comune, non deroga al principio per cui il rischio passa alla conclusione del contratto, a differenza del diritto tedesco (§ 446 BGB) e austriaco (§§ 1064 – 1051 ABGB) dove è un effetto della consegna. Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Trentino*, p. 89. Regola analoga si trova nel DCFR (IV. A. - 5:102).

⁹⁹ Cfr. la ricostruzione storico-dogmatica di F. RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, cit., p. 329 ss. e le considerazioni di C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, cit., p. 219 s. che legano la disputa sulla tradizione a quella sulla natura del possesso.

¹⁰⁰ Così C. CASTRONOVO, in *Un contratto per l'Europa*, prefazione all'edizione italiana dei *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, Milano, 2001, p. XXIII, riferendosi all'idea di contratto nei PECL come accordo che crea solo obbligazioni. Ed è precisamente questo il tronco su cui si innesta il sistema tavolare.

¹⁰¹ Secondo l'espressione di B. KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, cit., p. 434.

¹⁰² BAR v. C. - CLIVE E. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition.*, V, cit., p. 4417, 4423; per le ragioni a favore del modello fondato sulla consegna causale, v. in generale i *Comments* all'art. VIII. - 2:101.

causalmente dipendente dal contratto obbligatorio. Né questo guadagno viene oscurato dall'insuccesso del progetto nell'essere stabilizzato in dato positivo; rimane che se nel faticoso discorso sul trasferimento della proprietà si è ancora potuto parlare un linguaggio comune in Europa, ciò è avvenuto attingendo precisamente alla tradizione romana.

Le disposizioni di principio dettate dal R.d. hanno anche permesso, per un verso, di sviluppare rispetto all'ordinamento d'origine istituti tratti dalla *Allgemeines Grundbuchsgesetz*, per l'altro, di rendere il sistema tavolare strutturalmente idoneo ad affrontare le esigenze della modernità giuridica.

Con riguardo al primo profilo, sono notevoli specialmente le maggiori applicazioni che ha guadagnato l'azione in cancellazione. Si è detto che nell'ordinamento austriaco la contestazione è proponibile solo verso una intavolazione invalida, mentre quando si tratta di patologie sopravvenute, l'alienante è titolare di una pretesa solo obbligatoria che come tale non può mettere in discussione la fede del libro fondiario; deve pertanto ottenere l'accertamento dell'estinzione del negozio per poi agire in cancellazione¹⁰⁴, colla conseguenza che la sentenza non potrebbe essere opposta ad un terzo che avesse nel frattempo acquistato un diritto. Nella prassi mediante un espediente si pone rimedio alla lacuna assicurando da subito efficacia reale¹⁰⁵.

Più avvertito è invece il sistema tedesco che permette di avvalersi in questa circostanza della *protestatio pro conservando loco* (§ 883) grazie alla quale la pretesa restitutoria diviene direttamente opponibile a terzi.

Nell'ordinamento italiano, la ricomposizione dell'efficacia reale e obbligatoria nell'unico contesto del contratto fondamentale supera *in radice* questo problema atteso che la risoluzione riporta automaticamente in capo all'alienante il diritto, senza che debba trascorrere in senso inverso lungo l'obbligazione di trasferire: «rescissa o risolta la vendita, l'intavolazione del diritto al nome del compratore assume carattere lesivo del precedente diritto tavolare dell'alienante, e così si integra il presupposto dell'azione di cancellazione»¹⁰⁶.

¹⁰³ Sul concetto di *delivery*, *ivi*, *Comments* all'art. VIII. - 2:104.

¹⁰⁴ Cfr. E. NEUHOLD, *Compendio di diritto tavolare austriaco*, (trad. it.), Zara, 1904, p. 153.

¹⁰⁵ Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. 184 ss.

¹⁰⁶ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 30 s.

Quanto al secondo aspetto, l'ordinamento tavolare dapprima ha potuto assumere esplicitamente l'impegno a realizzare l'identità delle segnalazioni pubblicitarie con il sistema della trascrizione (art. 20 lettera h) L. tav., come modificato nel 1974¹⁰⁷), e poi vi ha adempiuto recependo tutte le novità normative di diritto comune; certo, è stato talvolta necessario il ricorso a specifiche correzioni legislative, e lo sarà anche in futuro, ma queste hanno riguardato essenzialmente aspetti applicativi, senza mettere in discussione la validità dei principi fondamentali, come si avrà modo di verificare analiticamente nel capitolo successivo.

Di queste riforme il sistema dei libri fondiari non è stato mero recettore passivo, ma ha saputo restituire, per così dire in termini di *feedback*, il vantaggio ricevuto dalla contaminazione con il principio consensualistico, fornendo suggerimenti interpretativi per sciogliere alcuni dei nuovi problemi, ad esempio in materia di trascrizione del preliminare.

§ 15. *Pubblica fede e buona fede soggettiva.*

Il primo confronto tra la pubblicità della trascrizione e il sistema tavolare ha rivelato una derivazione di istituti da questo a quella in più occasioni; vi è però una rilevante questione in cui è stato il diritto comune ad orientare in modo persuasivo l'interpretazione della legge speciale.

Si tratta della rilevanza della buona fede del terzo acquirente nella vicenda della doppia vendita immobiliare, che pur stabilizzatasi nella giurisprudenza tavolare oramai da decenni, deve essere richiamata in un discorso sistematico in quanto è stato il luogo in cui è venuto a maturazione il criterio interpretativo della materia, attirando eccezionalmente l'interesse della dottrina nazionale; in una prospettiva di confronto europeo, e più ampiamente di comparazione finalizzata alla ricerca delle migliori soluzioni, è inoltre d'esempio per ricordare come la regola per il singolo problema debba essere pensata nel sistema in quanto un identico dato normativo può animarsi in norme diverse per reazione con lo specifico contesto ordinamentale in cui è inoculato¹⁰⁸.

¹⁰⁷ La novella ha integrato l'art. 20 lettera h) con la previsione che debba essere registrato nei libri fondiari nella forma della annotazione (salvo si debba ricorrere all'intavolazione) ogni atto o fatto, relativo a beni immobili, per il quale anche le leggi «*successive*» all'annessione (non più dunque solo quelle «*estese*» in quell'epoca) prevedono la pubblicità nel diritto comune.

¹⁰⁸ La necessaria interazione tra pensiero topico e prospettiva sistematica viene dimostrata con un esempio proprio relativo alla vicenda trattata nel § da L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 33 nota 114.

Nel codice civile il conflitto tra più acquirenti dal medesimo autore è tralatamente risolto obliterando ogni rilievo all'elemento soggettivo in coerenza colla struttura formalistica del regime pubblicitario.

Il sistema tavolare è invece fondato sulla pubblica fede di talché non può esservi protezione per chi sia consapevole dell'inesattezza delle registrazioni.

Il principio in parola si fa regola nell'art. 5, co. 3 R.d. 499/1929 (corrispondente al § 1500 ABGB)¹⁰⁹, mentre il successivo art. 6, co. 1 R.d. (§ 440 ABGB), relativo alla

¹⁰⁹ La lettura del sintagma «*sulla fede del libro fondiario*» in termini di buona fede soggettiva è dominante in dottrina e salda da tempo in giurisprudenza. Vi sono nondimeno autori inclini a decifrare il dato normativo come riferito all'efficacia delle risultanze obiettive dei registri; in particolare, D. MALTESE, *Un problema ancora da risolvere: limiti della tutela, nella legge tavolare, dell'avente causa dal titolare iscritto di un diritto reale già usucapito da terzi*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario*, cit., p. 84 ss., argomenta rilevando che «le norme contenenti il richiamo alla buona fede individuale riguardano un *conflitto fra diritti tavolari* (artt. 63 - 64 L. tav., ndr), che fanno capo, rispettivamente, al subacquirente e all'originario alienante, mentre quelle non contenenti tale richiamo (art. 5, ult. capov. R.D. 499/29) riguardano il *conflitto fra un diritto tavolare e un diritto extratavolare*, se ne deduce che, ..., soltanto per la risoluzione dei conflitti del primo tipo è stato adottato il criterio soggettivo della buona fede». Analoga posizione è stata espressa da G. SICCHIERO, *La fede dal diritto austriaco al sistema del libro fondiario*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 428 ss. In realtà, la premessa ora riferita e da cui procede l'esclusione dell'art. 5, co. 3 R.d. 499/29 dalle figure in cui la buona fede assume un ruolo discrezionale, non è esatta in quanto l'azione in cancellazione, già nella versione austriaca delle legge tavolare e in ulteriori situazioni nel testo italiano, può essere talvolta esperita anche da chi non è ancora divenuto titolare del diritto cui si riferisce l'intavolazione impugnata. Cfr. G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 548 s. Decisiva è poi la constatazione per cui ove il terzo subacquirente prevalesse senza il sostegno della buona fede, si dovrebbe presupporre che derivi il suo diritto *a domino*, ma ciò è incompatibile con la natura di modo di acquisto originario dell'usucapione e renderebbe privo di significato l'inerente riferimento alla forza probante del libro fondiario la cui funzione, che traccia la *differentia specifica* con la trascrizione, è appunto quella di assicurare che l'iscrizione inesatta o incompleta valga titolo nei rapporti con i terzi in buona fede. Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 96 nota 203. Essendo la buona fede soggettiva coesistente al concetto di pubblica fede, la sua incidenza non può nemmeno essere adagiata colla considerazione - pur armonica alla «*policy*» tavolare - per cui la circolazione giuridica guadagna in certezza e velocità non immeritando nell'esame della buona fede del terzo acquirente; in tal modo, il *favor commercii*, anziché emerge come direttiva di sistema formata dal concerto delle singole disposizioni, si fa veicolo di una riscrittura concettuale della legge. Il riconoscimento che la tutela del diritto del terzo si arresta davanti alla sua mala fede, provoca l'ulteriore problema - il più percorso dalla giurisprudenza di legittimità in materia tavolare - se possa essere ostativa pure la colpa grave. Le massime avallano l'accostamento; se però si lumeggiano le vicende concrete sottese, emerge come in realtà il contegno del terzo acquirente sia regolarmente prossimo più alla mala fede che alla negligenza. Ad es., Cass. civ., sez. II, 21 luglio 2009, n. 16961, in *DVD Jurisdata*, è stata favorevole all'usucapiente di un diritto di servitù venendo esercitata con opere che non potevano essere rimaste occulte al terzo. Nel caso deciso da Cass. civ., sez. II, 9 giugno 2008, n. 15196, in *DVD Jurisdata*, non solo lo stato di fatto palesava il possesso di altri, ma persino il contratto menzionava l'occupazione dell'immobile. Di particolare interesse è Cass. civ., sez. II, 17 giugno 1999, n. 6019, in *DVD Jurisdata*, che con riguardo alla compravendita di un fondo agricolo non ritiene plausibile che il terzo possa aver perfezionato l'acquisto senza aver prima compiuto un sopralluogo dell'appezzamento che gli avrebbe permesso di constatare l'altrui occupazione. Cass.

collisione tra domande di iscrizione di diritti reali incompatibili, non menziona punto e poco il requisito della buona fede; nondimeno oltralpe trovò una certa fortuna l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale che associava la disposizione al principio di pubblica fede¹¹⁰. Più precisamente, si opinava che il primo acquirente in ritardo nell'intavolazione, ma a cui è stato consegnato il bene, venisse investito di una sorta di proprietà bonitaria¹¹¹, pertanto il secondo acquirente che iscrive per primo prevale solo se in buona fede derivando la propria posizione *a non domino*.

La medesima interpretazione toccò inizialmente all'art. 6 R.d. 499/29¹¹² in applicazione del canone secondo cui i concetti della dottrina austriaca dovevano

civ., sez. II, 17 aprile 1993, n. 4564, in *DVD Jurisdata*, esclude la buona fede del terzo osservando come avesse coltivato per anni un terreno prossimo a quello acquistato e su cui era maturata l'avversa usucapione. I casi citati dimostrano come, pur parlandosi di inadeguata diligenza, in realtà si censuri la mala fede: «il terzo acquirente, che chiude gli occhi di fronte a circostanze di fatto che parlano manifestamente contro lo stato tavolare, non è tanto negligente o malaccorto, quando vuole essere ignorante perché teme la verità. E l'ignoranza voluta...integra quello che i penalisti chiamano dolo eventuale (o condizionato), sufficiente per costituire l'acquirente in mala fede», osserva L. MENGONI, *Problemi di diritto tavolare nel quadro nell'ordinamento italiano*, cit., p. 42; in generale sul problema, cfr. ID., *Gli acquisti «a non domino»*³, cit., p. 319. Lo svuotamento che riceve concretamente la massima per cui sul terzo incombe il dovere di accertarsi attentamente dello stato di fatto, non la scagiona comunque da un giudizio di incongruenza giuridica, e in particolare di distorsione del principio di pubblica fede, per il quale si rinvia alle considerazioni svolte al § 5, per tacere, infine, del fatto che in punto di conseguenze pratiche «annienti la funzione del libro stesso, rendendo sostanzialmente vano l'ingente costo sostenuto dalla collettività per il funzionamento di esso», G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 32. Di entrambi i problemi si è occupata da ultimo la proposta del Consiglio nazionale del Notariato (art. 5), *Nuove regole per la proprietà immobiliare tra semplificazioni e garanzie*, già evocata. La correzione suggerita conferma l'idea che l'acquisto del terzo è fatto salvo, purché avvenuto nell'ignoranza dell'altrui usucapione. È però discutibile la formulazione linguistica adoperata, all'esito della quale il testo risulta «Restano però salvi in ogni caso i diritti dei terzi acquistati sulla fede del libro fondiario e ignorando l'acquisto del diritto extratavolare anteriormente all'iscrizione o cancellazione...», come se potesse darsi un acquisto sulla fede del libro fondiario, ma in mala fede soggettiva. Se si vuole perseguire l'obiettivo di una maggiore chiarezza, senza trascurare la coerenza concettuale, sarebbe più consono procedere non all'integrazione, ma alla sostituzione del sintagma «sulla fede del libro fondiario» con quello «ignorando l'acquisto del diritto extratavolare». Con riguardo al problema della rilevanza della colpa grave, la proposta ne nega il rilievo richiamando nel testo dell'art. 28 L. tav. la previsione che si vorrebbe stabilire nell'art. 2652 n. 9-bis c.c. secondo la quale la buona fede «è esclusa unicamente dalla conoscenza effettiva, al momento della formazione dell'atto di acquisto, del pregiudizio causato al precedente titolare». Meglio del rimando, sarebbe tuttavia ripetere il contenuto dell'art. 2652 n. 9-bis nell'art. 28 L. tav. suonando un poco strano che un concetto quale quello di «acquisto sulla fede del libro fondiario» possa trovare definizione nell'ordinamento della trascrizione.

¹¹⁰ Le varie opinioni correnti in Austria sono state espone da R. SACCO, *Priorità dell'iscrizione tavolare e buona fede. Ignoranza di norma e buona fede*. Nota a Cass. civ., sez. I, 18 luglio 1950, n. 1956, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, p. 297 ss.

¹¹¹ Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 80; l'argomento trae spunto in particolare dal § 425 ABGB in antagonismo alla tradizione come iscrizione nel libro fondiario (§ 431).

¹¹² Per talune massime espressive di questo indirizzo, cfr. O. MENEGÙS, *La legge tavolare. (Commento - Dottrina - Giurisprudenza)*, Milano, 1986, p. 20 s., 40 ss.

continuare a dirigere la materia.

Con una pronuncia del 1950 il Tribunale di Trento¹¹³ rompe la continuità indicando il valore esclusivo dell'iscrizione rispetto agli acquisti a titolo derivativo nel tavolare italiano¹¹⁴; essendovi solo diritti personali fino al compimento della pubblicità, risulta fuor d'opera irretire l'acquisto del terzo di mala fede potendo questa avere per oggetto solo «[al]la condizione del bene nel suo momento dinamico e cioè [al]la sua effettiva precedente disposizione»¹¹⁵.

L'argomento portato ha valore risolutivo; tuttavia la decisione difetta ancora di quella stabilità che solo dal coordinamento sistematico può venire, non essendo il frutto di una presa di posizione precisa circa la lettura della legge tavolare in armonia con il diritto nazionale o con l'ordinamento da cui provenne.

Pur con questo limite, l'intuizione fece presa ed era pronta a svolgersi: già nella sentenza della Corte di Cassazione che pure confermò la riforma della decisione del Tribunale di Trento¹¹⁶, non si reputò più sufficiente la mera conoscenza da parte del secondo acquirente della precedente alienazione per invalidare l'intavolazione, come invece asserito innanzi, ma il tratizio principio venne corretto riposizionandolo sulla soglia più selettiva della condotta fraudolenta del secondo avente causa e purché vi fosse stata consegna della cosa¹¹⁷.

¹¹³ Sentenza 28 novembre 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 94 ss.

¹¹⁴ Cfr. L. COVIELLO, *Pubblicità immobiliare e mala fede dell'acquirente*, Nota a Cass., sez. III, 3 novembre 1936, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, c. 339.

¹¹⁵ «In altre parole il secondo (e vero) acquirente non invoca qui una situazione tavolare apparente, non conforme al diritto, su cui abbia fatto affidamento, e perciò non ha alcun bisogno di allegare la sua buona fede», sintetizza L. FERRI, *Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1138.

¹¹⁶ La quale innesco un serrato confronto dipanatosi in sede scientifica tra De Fina, relatore della sentenza del Tribunale di Trento e Brunelli, Presidente di sezione della Corte di cassazione, assertore dell'indirizzo tradizionale; intervennero nella questione anche altri scrittori, segno dell'attenzione che suscitò nell'intera dottrina civilistica. Cfr. G. BRUNELLI, *I libri fondiari in Italia e la buona fede*, in *Foro it.*, 1951, IV, c. 102 s.; S. DE FINA, *Un principio frainteso: la pubblica fede nel sistema tavolare*, *ivi*, c. 132 s.; G. BRUNELLI, *I libri fondiari...in mani inesperte*, *ivi*, c. 160 s.; L. FERRI, *Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari*, *cit.*, p. 1136 s.; W. BIGIAMI, *Aggiunta per l'aggiunto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1144, 1173; A. SCIALOJA - V. ANDRIOLI, *Una sanzione disciplinare per un «abbaglio» condiviso dalla Cassazione*, in *Foro it.*, 1951, IV, c. 232 s.; G. BRUNELLI, *Ancora sui libri fondiari e sulla buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 425 s.; W. BIGIAMI, *Postilla*, *ivi*, p. 432; S. DE FINA, *Ancora su di un principio frainteso: la pubblica fede nel sistema tavolare*, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, c. 779 s.; S. DE FINA., *Sistema tavolare e buona fede*, in *Foro pad.*, 1961, I, p. 1461; G. BRUNELLI, *L'irrilevanza della frode per i libri fondiari*, in *Giust. civ.*, 1964, IV, p. 94 s.

¹¹⁷ Cass., sez. I, 5 aprile 1955 n. 973, in *Foro it.*, 1955, I, c. 636 ss.

Infine, circa dieci anni dopo, la Corte di Appello di Trieste¹¹⁸ tornò ad affermare l'irrelevanza della buona fede e questa volta dopo aver appreso che «se...la sola legge tavolare è stata recepita dall'ordinamento straniero, la interpretazione della stessa va fatta nell'ambito del nostro ordinamento, e non secondo quella effettuata nell'ambito dell'ordinamento altrui»¹¹⁹; non essendo allora possibile inferire dal diritto civile italiano l'istituto della proprietà bonitaria¹²⁰, si secca la fonte da cui parte della scienza giuridica austriaca poté attingere l'idea della necessità della buona fede di chi intavola in caso di previa alienazione non pubblicizzata.

Le Sezioni Unite¹²¹ asseverarono definitivamente la decisione completandone le ragioni: se la legge tavolare va esplicita secondo il diritto comune, si tratta ultimamente di verificare se la buona fede debba essere calata nella vicenda per osmosi con i principi codiciali in materia di pubblicità, epperò l'interpretazione invalsa delle regole in materia di trascrizione depone irrefragabilmente per la negativa coronando così con fondamento sistematico lo studio tipico dell'art. 6 R.d. 499/1929.

¹¹⁸ Sentenza 15 luglio 1960, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1379.

¹¹⁹ In dottrina tale criterio venne definitivamente avvalorato da L. MENGONI, in *Problemi di diritto tavolare nel quadro nell'ordinamento italiano*, cit., p. 21 s.

¹²⁰ Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, rist. 1972, p. 287.

¹²¹ Cass., sez. un., 15 ottobre 1963, n. 2766, in *Giust. Civ.*, 1963, I, p. 2525 s.

CAPITOLO III
LE RECENTI RIFORME IN MATERIA DI PUBBLICITÀ IMMOBILIARE
COME LUOGO DI COMPARAZIONE E CONTAMINAZIONI
TRA IL TAVOLARE E LA TRASCRIZIONE

§ 16. La pubblicità del contratto preliminare. Il problema della tassatività. - § 17. L'atto di opposizione alla donazione. - § 18. *Trust* e atto di destinazione. La verifica della presenza della «*valida causa*» da parte del giudice tavolo. - § 19. I diritti edificatori. Gli atti costitutivi di vincolo.

§ 16. *La pubblicità del contratto preliminare. Il problema della tassatività.*

L'art. 2645 *bis* c.c., introdotto dall'art. 3, co. 1, D.l. 31 dicembre 1996, n. 669 convertito nella L. 28 febbraio 1997, n. 30, rappresenta la prima integrazione del tutto innovativa nel tessuto codicistico degli atti sottoposti a trascrizione; la disposizione si lega in modo speciale al sistema germanico dei libri fondiari sia nella fase preparatoria di studio, attingendo da quell'ordinamento il concetto di prenotazione come pubblicità di un atto obbligatorio prodromico all'acquisto di un diritto reale¹, sia in quella successiva di applicazione, stante la necessità di accordare l'istituto alla legge tavolo e in pari tempo nella ricerca di argomenti validi per affrontare alcune incertezze interpretative circa le nuove norme.

Non è accidentale che nell'ideare la riforma, indotta dalla necessità di intercettare le esigenze dell'economia moderna, sia stato fatto ricorso a categorie proprie dei diritti germanici di pubblicità immobiliare, nei quali però rigidità strutturali impediscono paradossalmente di valorizzare la specifica figura del contratto preliminare, il cui riconoscimento è in viso pure alla scienza giuridica francese che si riporta all'opposto regime del consensualismo².

Diversamente nel contesto italiano si è potuto mettere a partito questo istituto fino ad accoglierlo nel codice vigente grazie a contaminazioni tra le culture francese e tedesca avvenute nell'ordinamento generale³ e rinnovatesi nel tavolo, dove si è compiuto un

¹ Nella stessa relazione di accompagnamento al D.d.l. di conversione del D.l. 31 dicembre 1996, n. 669 si faceva parola di «prenotazione».

² Il consensualismo ha condannato all'irrelevanza il contratto preliminare; in quella temperie «ritenere valida una promessa reciproca di contratto (che altro non è che un contratto preliminare) avrebbe potuto svuotare di contenuto il principio del consenso traslativo, assicurando, per una via formalmente diversa, la possibilità di ottenere il medesimo risultato assicurato in precedenza dalla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*», come osservato da M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realtà'. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007, p. 48. Solo nell'esperienza più recente si è potuto parlare di *contract préliminaire*, ma limitatamente alle compravendite immobiliari, *ivi*, p. 85.

³ *Ivi*, p. 166 ss. Fu in fondo l'ambigua posizione che il c.c. del 1865 assunse sul punto ad indurre il dibattito consentendo che non suonasse peregrino il richiamo a categorie concettuali germaniche

inedito adattamento, circostanza questa che dimostra l'effettivo pregio del modello descritto nel capitolo precedente e sulla quale conviene pertanto soffermarsi.

Prima della novella si escludeva che potesse farsi luogo alla pubblicità del preliminare richiamando in particolare il principio di tassatività. Di nessun aiuto era poi l'art. 2645 atteso che il contratto preliminare non produce effetti accostabili a quelli degli atti catalogati nell'art. 2643⁴.

Nella prassi si era riparato alla preclusione trascrivendo, subito dopo il perfezionamento del contratto preliminare, la domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica onde poter privare di efficacia le trascrizioni incompatibili successive. Simile applicazione dell'art. 2652 n. 2 risultava tuttavia distorta in quanto, non potendo figurare ancora un inadempimento del venditore (salvo il caso in cui il termine fosse previsto nell'interesse del promissario acquirente), veniva proposta un'azione infondata, anche se nella realtà era poco plausibile un esito sfavorevole nel merito e la condanna al risarcimento dei danni per trascrizione ingiusta della domanda giudiziale posto che l'inadempimento viene reputato condizione dell'azione di talché era sufficiente che il credito divenisse esigibile al momento della decisione come in genere accade per il lungo durare dei tempi processuali⁵.

Ma se tali incongruenze di sistema erano a lungo parse tollerabili, così non fu più quando il diffondersi di contratti preliminari ad effetti anticipati nell'ambito delle compravendite immobiliari sollecitò una tutela più incisiva. Si trattava in particolare di garantire il promissario acquirente che al momento della sottoscrizione del preliminare si trovava a versare somme di importo notevole quale anticipo sul prezzo.

L'art. 2645 *bis* si incarica di corrispondere a questa esigenza con forme congruenti

in un codice francesizzante; come nota F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, Torino, 2010, p. 4, «da un lato, infatti, si rinnegava la scissione romanistica tra *titulus* e *modus acquirendi*, ma, dall'altro, non si affermava espressamente che la promessa di vendita vale vendita, così permettendo di ipotizzare, in nome dell'autonomia privata e della libertà di contrarre, l'assunzione di vincoli preliminari».

⁴ Per un ragguaglio sulla dottrina, pressoché unanime, alla vigilia dell'introduzione dell'art. 2645 *bis*, cfr. G. SICCHIERO, *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1993, p. 118. In giurisprudenza, *ex multis* Cass. civ., sez. III, 5 aprile 1994, n. 3239, in *DVD Jurisdata*, asseverava l'impossibilità della trascrizione del preliminare e comunque la sua inutilità posto che non era possibile ricondurre alcuna efficacia prenotativa.

⁵ Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 531.

ammettendo la trascrizione dei contratti preliminari di contratti definitivi di cui all'art. 2643 nn. da 1) a 4) in funzione di riservare l'effetto di prevalenza proprio del definitivo e che altrimenti si produrrebbe solo a far data dalla trascrizione di quest'ultimo⁶.

Invero, si tratta di una soluzione innovativa per il sistema della trascrizione che per l'innanzi non conosceva la possibilità di pubblicizzare atti di diritto sostanziale preparatori di negozi traslativi⁷; in pari tempo non può dirsi un modello eversivo dei principi posto che già l'art. 2652 n. 2 è riconducibile al medesimo concetto pur operando sul piano processuale⁸.

La riforma dunque non ha alterato la natura del preliminare che resta un contratto obbligatorio, ma operando nella dimensione delle fattispecie secondarie ha utilizzato «l'istituto della trascrizione come strumento di tutela dei diritti di credito aventi per oggetto l'acquisto di diritti reali contro l'eventualità di lesioni da parte di terzi»⁹.

Né il passo è stato avventato: come avvertito in dottrina e asseverato dalla Relazione al D.d.l. n. 1925 di conversione del D.l. 669/96, il trapianto del meccanismo dell'art.

⁶ La trascrizione della domanda giudiziale di adempimento in forma specifica resta comunque necessaria onde perpetuare l'efficacia prenotativa del preliminare - sottoposta a termini - nelle more del giudizio intrapreso contro il promittente alienante inadempiente, come prescrive l'art. 2645 *bis*, co. 3. A sua volta, la pubblicità della domanda, per il recente art. 2668 *bis*, esaurisce i propri effetti decorsi venti anni, salvo si provveda a rinnovazione. La limitazione nel tempo dell'efficacia emerge così come tratto comune alle specie di trascrizione prenotativa. Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ. La parte generale del diritto civile*, diretto da R. SACCO, 4, Torino, 2012, p. 203 ss.

⁷ Il ripristino della catena delle trascrizioni ex art. 2650, co. 2 c.c., assicurando la prevalenza dell'avente causa in base ad un atto trascritto prioritariamente, ma in difetto di continuità rispetto alle trascrizioni avverse eseguite successivamente contro il comune autore e non interrotte, può essere indicato come esempio di prenotazione, ma non riguarda un atto obbligatorio, bensì già traslativo (cfr. F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 25).

⁸ Diversa è l'opinione di F. GAZZONI, *op. ult.cit.*, p. 24 ss. L' A., dalle premesse per cui la logica della prenotazione apparterebbe alle ragioni del processo e che il contratto preliminare costituirebbe una vendita obbligatoria, conclude che pure la trascrizione del preliminare debba essere ricondotta all'art. 2644. Sembra invece che la trascrizione del preliminare incontri esattamente quelle stesse esigenze che la pubblicità della domanda giudiziale asseconda quando si è oramai in una situazione patologica, ovvero si vuole che i rapporti obbligatori, allorché siano proiettati al trasferimento di diritti reali immobiliari, ricevano una tutela all'altezza della loro sempre più notevole, per tempi e risorse impiegati, funzione preparatoria. L'art. 24 L. 5 gennaio 1994, n. 25 ha aggiunto un ulteriore comma all'art. 2652 al fine di estendere alle domande di arbitrato la disciplina delle domande giudiziali; cfr. S. MAZZAMUTO, *La trascrizione di atti preparatori del lodo che produce gli effetti del contratto definitivo non concluso*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 471 ss.

⁹ Come aveva suggerito L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 3 ss, ripubblicato in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*. Atti del Convegno (Milano 10 - 12 aprile 1986), Milano, 1987, IV, p. 173. L'importanza di questo contributo per l'elaborazione della disciplina della trascrizione del preliminare è stata di recente ricordata da S. MAZZAMUTO, *Luigi Mengoni e la tutela dei diritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 143.

2652 n. 2 nel diritto sostanziale si presenta come «uno sviluppo naturale del sistema»¹⁰ posto che «i due atti preparatori (preliminare e domanda giudiziale) sono perfettamente omogenei dal punto di vista teleologico, introducendo una sequenza destinata in entrambi i casi a culminare in un atto di trasferimento del diritto».

E sempre la Relazione illustra in modo perspicuo l'essenza del nuovo istituto quando afferma che «la trascrizione del preliminare...determina una sorta di prenotazione», così rimandando espressamente ai sistemi dei libri fondiari dove nella specie della *Vormerkung* tedesca (§ 883 BGB) si riconosce l'archetipo della categoria; singolarmente in nessuno degli ordinamenti germanici si riesce però a mettere a partito il contratto preliminare.

In particolare, il BGB attraverso la *Vormerkung* concede che siano segnalati nel libro fondiario diritti di credito strumentali alla conclusione di negozi traslativi, come quello derivante dal patto di opzione e soprattutto dal contratto obbligatorio di base nei casi di alienazione. Questo strumento non ha tuttavia modo di essere valorizzato rispetto al contratto preliminare: pur essendo superabili i dubbi di natura pubblicitaria¹¹, è la stessa figura sostanziale ad avere in definitiva poco costruito posto che la giurisprudenza tende ad esigere un requisito di determinatezza pressoché pari a quello del contratto definitivo e nel dubbio propende per questa qualificazione, epperò in tal modo «in un gran numero di situazioni il contratto preliminare appare non essere lo strumento idoneo a soddisfare le esigenze delle parti»¹². E infatti nella prassi delle compravendite immobiliari se ne registra un'applicazione assai modesta, escogitando altre figure più capaci di soddisfare le esigenze di una complessa fase preparatoria.

Quanto all'ordinamento austriaco dei libri fondiari, si oppone una precisa ragione di sistema: il contratto preliminare, generando una pretesa alla stipulazione di un altro contratto con effetti meramente obbligatori, non può dirsi riferito all'acquisto di un diritto tabolare di talché, in difetto di un istituto concettualmente analogo alla *Vormerkung* tedesca, ne discende l'inammissibilità della segnalazione nemmeno nella forma

¹⁰ La citazione, come la seguente, sono tratte da L. NIVARRA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, p. 1372.

¹¹ Così H. DIETER, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 704.

¹² H. JÜRGEN SONNENBERGER, *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco con attenzione ai problemi internazionalprivatistici nei rapporti commerciali italo-tedeschi*, Padova, 1991, p. 111. La critica percorre la dottrina tedesca (cfr. A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 673 ss.) e più in generale la dottrina germanica (ID., *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, (rist.) 2001, p. 293 s.).

dell'annotazione. Si tratta di una grave rigidità espressiva di «una società da tempo superata, nella quale lo scarso sviluppo della divisione del lavoro, da un lato, e del credito dall'altro, comportavano una struttura socio-economica caratterizzata dal predominio dei rapporti reali rispetto ai rapporti obbligatori»¹³.

Infine, contro quelle disposizioni del codice delle obbligazioni che, uniche tra i sistemi germanici, dettano una disciplina del contratto preliminare, la dottrina svizzera scaglia l'accusa più insistita di inutilità¹⁴.

In simili inconvenienti non incappa invece il sistema tavolare italiano: la compenetrazione tra negozio obbligatorio e atto dispositivo attribuisce efficacia reale, ancorché mediata, al negozio di alienazione sicché per un verso al contratto preliminare viene riconosciuta una funzione specifica nelle contrattazioni, per l'altro non sorgono ragioni di opposizione rispetto alla sua pubblicità nel libro fondiario «in quanto tale iscrizione può ben dirsi riferita, sebbene in modo *non attuale*, a uno dei diritti reali indicati dall'art. 9 l. tav.»¹⁵.

Il riconoscimento della compatibilità di principio non esimeva tuttavia dal ricercare un attendibile raccordo formale colla legge tavolare, esigenza che si sarebbe riproposta in termini non dissimili con le altre innovazioni poi compiute nell'ordinamento generale.

A questo riguardo, il R.D. 499/1929 e l'annessa legge sui libri fondiari esibiscono indici che si rivelano eccentrici all'interpretazione puramente letterale. Da una parte l'art. 20 lett. h) L.t. dispone che sia annotabile (sempre che non si debba procedere colla forma dell'intavolazione) ogni atto per il quale le leggi di diritto comune, nel tempo introdotte («*successive*»), richiedano o ammettano la pubblicità nei registri immobiliari e tale fu il D.l. 31 dicembre 1996, n. 669; epperò tale legge non rimase complementare al codice, ma operò nel senso di interporre l'art. 2645 *bis* finendo così col collidere, almeno a tutta prima, contro l'art. 12 R.d. 499/1929 che esclude l'applicabilità nelle «nuove province» dei primi due capi del titolo I del libro VI.

In realtà, l'art. 12 solo in apparenza si mostrava ostile all'iscrizione del contratto

¹³ Come spiega L. MENGONI, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 996.

¹⁴ Cfr. R. SPECIALE, *Il «Vorvertrag» nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, p. 50 s.

¹⁵ A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, relazione al Convegno *Territorio + diritto = tavolare*, (Rovereto, 7 novembre 2009), pubb. da Prov. autonoma di Trento, p. 41.

preliminare atteso che l'esclusione degli artt. 2644 ss. è una specificazione - solo esemplificativa¹⁶ e storicamente condizionata al dato normativo di allora - del criterio generale assunto nel primo periodo dell'articolo che discrimina le norme di diritto comune ai fini della loro propagazione secondo un giudizio di concreta consonanza rispetto ai principi dell'ordinamento tavolare¹⁷. Orbene, è chiaro che seguendo questo parametro la trascrizione come istituto risultava inestensibile dove vige il sistema tavolare, nondimeno specifiche disposizioni, specialmente se sopravvenute, possono superare il giudizio di compatibilità, come è l'art. 2645 *bis*, e pertanto accedere al sistema del libro fondiario.

In ogni caso, per sterilizzare l'obiezione letterale, il D.l. 669/1996 è intervenuto sull'art. 12 R.d. 499 salvando espressamente dall'esclusione l'art. 2645 *bis*¹⁸. Manca ancora un avallo espresso per i più recenti artt. 2545 *ter* e 2645 *quater*, come pure per l'art. 2643 n. 2-*bis*, tuttavia non sono emersi ostacoli tali da impedirne la recezione nel libro fondiario, come si avrà occasione di constatare.

Rimaneva da selezionare la specie di iscrizione più consona alla nuova figura: esclusa l'intavolazione, si trattava di scegliere tra la prenotazione e l'annotazione.

La prima categoria, a dispetto del nome, non si mostrava idonea. L'istituto della prenotazione nella legge tavolare è infatti configurato, secondo il modello austriaco, come iscrizione relativa ad un diritto tavolare già acquistato, ma fondato su un titolo non ancora completo di tutti i requisiti; una volta giustificato, può essere iscritto nella specie dell'intavolazione. Di contro, il promissario acquirente è titolare di un diritto di credito sicché la prenotazione non costituiva un adeguato veicolo pubblicitario. Quanto all'annotazione dell'ordine di grado¹⁹, pur svolgendo una funzione simile alla

¹⁶ Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Trentino*, Padova, 1932, p. 89.

¹⁷ Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 553 ss.; ID., *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 203 ss.

¹⁸ Le specificità del sistema tavolare e in particolare alcune incertezze di ordine applicativo hanno reso necessario provvedere successivamente ad una più articolata integrazione della legge sui libri fondiari. Si tratta degli artt. 60 *bis* - 60 *quinquies* e 71 *bis*. Cfr. A. GIULIANI, *Nuove norme sull'annotazione tavolare dei contratti preliminari (note sugli artt. 60-bis e 60-ter del Nuovo Testo della Legge Generale sui Libri Fondiari)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 577 ss.

¹⁹ L'annotazione dell'ordine di grado, ripristinata con L. 29 ottobre 1974, n. 594, viene iscritta in forza di decreto del giudice tavolare richiesto dall'alienante o più frequentemente dal debitore ed assicura la prevalenza dell'acquirente o del creditore ipotecario contro iscrizioni incompatibili registrate nei successivi 50 giorni. Cfr. L. SAMPIETRO, *Il ripristino dell'annotazione dell'ordine di grado nel sistema tavolare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1975, p. 592. L'istituto differisce per più profili dalla prenotazione tedesca, a partire dalla sua funzione: mentre l'annotazione dell'ordine di grado tutela il potenziale acquirente contro l'alienante, la prenotazione assicura anche contro i terzi. Cfr.

prenotazione tedesca, non poteva essere d'aiuto per il breve termine di efficacia (art. 55, co. 1 L.t).

L'unica formalità sufficientemente duttile era quella della annotazione, vero la quale il legislatore si rivolse. L'annotazione è tuttavia pubblicità di fatti e non di diritti, perciò il ricorso a tale figura non è del tutto appagante. In questa prospettiva, il sistema tavolare si mostra bisognoso di un intervento che sappia metterne a frutto le potenzialità; si tratterebbe di attingere dall'istituto della prenotazione tedesca per introdurre una più ampia forma di tutela di situazioni obbligatorie immediatamente strumentali all'acquisto di diritti reali²⁰, categoria della quale potrebbe beneficiare anche la trascrizione.

Il sistema tavolare italiano non solo si è mostrato idoneo a recepire in modo congruo la pubblicità del contratto preliminare, ma ne ha potuto promuovere un funzionamento più rigoroso, forse perché ne costituisce l'*habitat* congeniale, con riguardo ad almeno due aspetti di rilievo: il controllo della conformità tra preliminare e definitivo e la cancellazione delle iscrizioni incompatibili una volta intavolato il diritto risultante dal contratto definitivo.

Sotto il primo profilo, nel regime della trascrizione rimane problematica la verifica della corrispondenza tra preliminare e definitivo; l'esigenza di un controllo si giustifica in quanto la prenotazione può prestarsi ad abusi in danno dei terzi e quindi divenire un fattore di turbamento della circolazione giuridica.

La giurisprudenza, prima della novella, aveva approfondito il problema nella prospettiva del rapporto tra preliminare e trascrizione della domanda giudiziale di adempimento in forma specifica, stabilendo per un verso l'inammissibilità della domanda che presenti un contenuto non coerente a quello del compromesso essendoci altrimenti soluzione di continuità rispetto agli effetti della sentenza costitutiva in contrasto con la funzione dell'art. 2652 n. 2 e per l'altro escludendo che dell'effetto prenotativo possa beneficiare il negozio definitivo concluso tra le parti prima di arrivare a sentenza²¹.

La trascrivibilità del preliminare ha sollecitato un riesame della questione della

G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², Milano, 1999, p. 530.

²⁰ Cfr. L. MENGONI, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, cit., p. 996.

²¹ Per riferimenti, cfr. F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, cit., p. 187 s.; M. MUSTO - G. RECCIA, *Funzione ed efficacia della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1998, p. 407 testo e nota 56.

corrispondenza col contratto definitivo sia soggettivamente sia sotto il profilo oggettivo specialmente quanto al titolo e al diritto trasferito²².

La dottrina si è pertanto incaricata dapprima di esplorare entro quali limiti siano lecite variazioni, per poi indicare come cautele necessarie contro abusi la menzione del preliminare nella nota di trascrizione del definitivo e soprattutto l'identità tra le due note rispetto agli elementi di cui all'art. 2665²³.

Tali parametri rischiano però di rimanere privi di un custode: nel sistema della trascrizione il controllo giudiziario che assicura al massimo grado l'esigenza di conformità si frappone necessariamente solo qualora sia suscitato un giudizio di adempimento in forma specifica, mentre manca nelle ipotesi di trascrizione del contratto definitivo o di «*altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari*».

Una tale valutazione non rientra infatti nelle prerogative del conservatore e anche ove registrasse incongruenze tra le due note non potrebbe comunque esimersi dalla trascrizione, la quale può essere respinta solo nei casi specificati dall'art. 2674 né si potrebbe far conto sull'art. 2665 riguardando i rapporti tra atto e nota, e non inesattezze intrinseche dell'atto.

Il sistema dei libri fondiari affronta invece efficacemente questo problema grazie al controllo giudiziario dei titoli che necessariamente precede ogni intavolazione: l'atto in cui si compie il trasferimento definitivo del diritto è infatti esaminato dal giudice tavolare che attraverso un confronto col preliminare ne verifica la conformità.

Il secondo punto inerisce ad una delle caratteristiche qualificanti dei libri fondiari e precisamente al principio di esattezza per il quale chiunque consulti i registri possa avere immediata e sicura contezza dei diritti sul bene.

Uno degli strumenti tecnici tradizionalmente al servizio di questo risultato è la tassatività; epperò nell'esperienza giuridica contemporanea dove la legislazione si attua

²² Con riguardo agli edifici da costruire, risulta problematica la stessa identificazione materiale del bene, non essendosi stabilito l'obbligo di allegare la planimetria (cfr. V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *Tratt. dei contratti*², diretto da P. RESCIGNO, vol. I, *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, tomo 1, Torino, 1999, p. 287), diversamente da quanto dispone l'art. 60 bis L. tav.

²³ Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 538; G. CIAN, *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996 n. 669)*, in *Studium iuris*, 1997, p. 218; M. MUSTO - G. RECCIA, *Funzione ed efficacia della trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 406 ss.

con interventi rapsodici fuori da un meditato controllo organico, l'applicazione intransigente della regola della tassatività finisce incredibilmente col conseguire un risultato esattamente opposto alle esigenze di certezza che aspira a salvaguardare.

La pubblicità del contratto preliminare è stata la prima circostanza in cui il problema si è presentato in modo ineludibile nel sistema tavolare.

Una rappresentazione esatta dei libri fondiari vorrebbe che all'intavolazione del diritto scaturito dal contratto definitivo seguisse la cancellazione delle iscrizioni incompatibili eseguite contro l'autore dopo l'annotazione del preliminare; la legge tavolare tuttavia non conosce una disposizione generale di cancellazione delle iscrizioni non contenziose di talché la tassatività si risolveva in una causa di disinformazione.

In dottrina era stata denunciata la stranezza²⁴; ciò ha sollecitato il legislatore a dipanare i dubbi stabilendo espressamente, con una regola analoga a quella in materia di annotazione dell'ordine di grado, che il giudice tavolare contestualmente alla intavolazione del diritto derivante dal contratto definitivo disponga d'ufficio la cancellazione delle intavolazioni e delle prenotazioni incompatibili ottenute contro il promittente alienante dopo l'annotazione del preliminare (art. 60 *ter*, co. 1 L.t.). Quando invece le prenotazioni o le iscrizioni conseguite dopo l'annotazione del preliminare non siano incompatibili, ma comunque pregiudizievoli per il promissario acquirente, la cancellazione viene disposta su istanza di parte.

La Relazione di accompagnamento al nuovo § 3-*bis* L.t., stesa da L. Mengoni²⁵, sembrava deporre per la non superabilità in via interpretativa del problema: «tali regole sono sì deducibili da principi sistematici, ma poiché comportano o l'imposizione agli interessati di adempimenti formali più onerosi di quelli occorrenti per la trascrizione del contratto preliminare nei registri immobiliari oppure l'attribuzione al giudice tavolare di poteri di cancellazione non esplicitamente previsti dalla legge, la loro definizione implica scelte normative strettamente appartenenti alla competenza del legislatore».

Bisogna tuttavia considerare come in quel momento la riforma che consentì la pubblicità del preliminare apparve dopo decenni in cui la disciplina degli atti trascrivibili si era conservata immutata; inoltre il D.l. 669/1996, che aveva innestato la novità nel

²⁴ G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 559 s.; L. PELLEGRINI, *La pubblicità del contratto preliminare nel sistema tavolare*, in *NLCC*, 1998, p. 66 ss.

²⁵ *Relazione al disegno di legge per la modifica della legge tavolare (atti condizionati e trascrizione del preliminare)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 737 ss.

diritto comune, si era espressamente occupato anche dell'aggiornamento della legge tavolare, seppure in termini minimi, il che poteva confermare nell'idea che solo legislativamente si possono enumerare le formalità pubblicitarie positive e negative.

Non era presagibile che nel torno di pochi anni si sarebbero susseguiti plurimi interventi legislativi in materia di pubblicità immobiliare, nessuno dei quali si è peraltro più preoccupato di accordarsi, nemmeno per sommi capi, alla legge tavolare.

A questo punto l'ordinamento dei libri fondiari si trova di fronte ad una drastica alternativa: pur ritenendo le novità legislative di diritto comune compatibili, si corre il rischio di renderle di fatto inapplicabili o comunque di attuarle in una forma insoddisfacente rispetto alle caratteristiche del sistema, se si esclude di poter avvalersi della cancellazione ove vengano meno le ragioni della segnalazione, oppure si deve mettere mano ad una revisione del concetto di tassatività.

Non si tratta di abbandonare questo strumento, ma di prendere atto che si lega strettamente all'idea di compiutezza dell'ordinamento, laddove tale proprietà manca nelle recenti riforme le quali si limitano a porre la figura senza declinarne uno sviluppo sistematico.

Si può allora convenire con quanti non intendono rinunciare al principio di tassatività nella materia e sostengono che l'interprete non possa adoperare il metodo analogico rispetto alle formalità pubblicitarie positive; nondimeno, tale direttiva non può valere per le segnalazione di modifica o di cancellazione: «ogni qual volta si manifesta l'esigenza di modificazione suscitata da difformità fra il contenuto di una segnalazione già esistente e la realtà giuridica, essa dev'essere soddisfatta, anche in assenza di disposizione di legge»²⁶.

Diversamente il sistema tavolare vedrebbe spuntate le sue armi e per questo profilo verrebbe a somigliare alla trascrizione dove in definitiva si commette all'interprete di determinare quale sia prevalente tra più formalità incompatibili²⁷, ma allora dovrebbe essere rivisto il concetto di pubblica fede.

Il sistema tavolare ha ricambiato il vantaggio ricevuto dalla contaminazione col principio consensualistico, fornendo suggerimenti interpretativi per sciogliere alcuni

²⁶ Così G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 57 ss.

²⁷ Nella pubblicità della trascrizione la cancellazione è dunque una «una direttiva impartita all'utente, non al conservatore», U. BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, p. 275.

problemi posti dalla trascrizione del preliminare.

Ne è un primo esempio la questione della prevalenza dell'effetto di prenotazione anche rispetto alle trascrizioni compiute contro il promittente da parte di terzi e in special modo dai creditori.

Nell'ordinamento della trascrizione emergono indici contrastanti. Per un verso l'art. 2645 *bis*, co. 2 dispone genericamente la prevalenza del preliminare trascritto «*sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare*». Un indizio favorevole alla soluzione affermativa può essere tratto anche dall'art. 2825 *bis*; prevedendo infatti che sia opponibile al promissario acquirente l'ipoteca pur iscritta dopo la trascrizione del preliminare in quanto riferita al credito concesso all'alienante per la costruzione dell'edificio compromesso nella misura in cui vi sia stato accollo di debito da parte del promissario, sembrerebbe potersi dedurre che per tutte le altre ipoteche sia necessaria una iscrizione prioritaria. In senso antagonista, soprattutto dalla circostanza per cui sono rimasti immutati gli artt. 2914, co. 1 e 2915, co. 2 si è tratta l'illazione secondo la quale il creditore che abbia iscritto l'ipoteca e promosso il pignoramento prima della pubblicità del definitivo prevalga sul promissario²⁸.

Di fronte a tali incertezze, la comparazione col sistema dei libri fondiari può essere utile.

In particolare, nell'ordinamento tedesco secondo il § 883, co. 2 BGB la prenotazione prevale non solo sui successivi atti di disposizione dell'alienante, ma pure sulle procedure esecutive individuali e concorsuali.

Da ciò è lecito dedurre una sollecitazione verso l'idea per cui la trascrizione del preliminare si imponga pure rispetto agli atti di esecuzione, accertato da una parte che

²⁸ In questo senso, G. CIAN, *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996 n. 669)*, cit., p. 220; A. DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, n. 5, p. 517. L'idea è sostenuta richiamando anche l'art. 2775 *bis*; in particolare, si reputa che tale regola sarebbe «spiegabile solo ammettendo che il pignoramento impedisca l'acquisto definitivo del bene da parte del promissario e che dunque detto pignoramento prevalga sulla trascrizione del preliminare, ancorché se anteriore» (così G. CIAN, *loc. ult. cit.*). In realtà, l'art. 2775 *bis* muove dal presupposto che la vicenda negoziale sia approdata ad un esito patologico, vale a dire alla «*mancata esecuzione del contratto preliminare*» e in tale circostanza munisce di privilegio il credito del promissario acquirente purché non sia ancora spirato il termine dell'effetto prenotativo. Non è dunque il pignoramento (o la risoluzione consensuale o giudiziale) a impedire la conclusione del definitivo, essendo invece questo già mancato per il fatto di una parte o consensualmente. In definitiva, l'effetto della norma non è quello di trasformare il promissario acquirente in creditore privilegiato, ma un creditore chirografario in creditore privilegiato assecondando lo scopo di proteggere chi abbia effettuato esborsi.

l'effetto originato da tale pubblicità per espressa previsione di legge è del tutto analogo alla *Vormerkung* riguardo alle alienazioni e dall'altra che non interferiscono ragioni specifiche di diritto interno²⁹; il fatto poi che in sede di fallimento il contratto preliminare possa essere sciolto dal curatore e quindi perdere opponibilità, non dice nulla circa l'effetto prenotativo, trattandosi dell'esercizio di un potere tipico attribuito da una legge speciale³⁰.

Un ulteriore e forse più decisivo argomento può essere attinto dal tavolare italiano, dove una questione non dissimile si era posta dopo la reintroduzione dell'annotazione dell'ordine di grado; si trattava di verificare se l'intavolazione del diritto secondo il grado del decreto emesso dal giudice tavolare rendesse inefficaci le successive intavolazioni compiute contro l'iscritto da soggetti terzi, specialmente i creditori³¹.

Gli interpreti ben presto convennero per la soluzione negativa spiegando come l'annotazione del grado sia un atto unilaterale dell'alienante che assicura il compratore contro atti dispositivi compiuti dall'alienante medesimo³²; in altre parole, l'aspirante acquirente viene tutelato contro il rischio che un altro avente causa con titolo posteriore prevalga intavolando per primo. L'annotazione di grado ha dunque il suo limite nella sua struttura: essendo un'attestazione unilaterale dell'iscritto non ha l'idoneità a realizzare una protezione dell'aspirante acquirente contro le intavolazioni subite da terzi.

La dottrina che conosceva tale istituto ha così potuto metterlo a partito, come riferimento *a contrario*, nel discorso generale per concludere che la trascrizione del preliminare prevale sulle successive trascrizioni compiute da terzi, in particolare creditori individuali, contro l'alienante in quanto per mezzo di questa «non è il promittente che si autolimita, ma è il promissario che rende opponibile ai terzi il proprio diritto all'acquisto»³³.

Una maggiore attenzione verso gli spunti che il sistema tavolare offre avrebbe

²⁹ La scarsa giurisprudenza sul punto conferma quanto osservato; ad es., Tribunale Civitavecchia, 15 maggio 2008, s.m., in Dvd *Jurisdata*.

³⁰ G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 536.

³¹ Ma anche da chi domanda l'annotazione della domanda di intavolazione di un acquisto a titolo originario; cfr. O. MENEGUS, *La legge tavolare (Commento - Dottrina - Giurisprudenza)*, Milano, 1986, p. 184.

³² G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 530, ove si rileva che soccombe pure l'annotazione della domanda ex art. 2932 c.c. in quanto «si fonda pur essa su un atto del titolare iscritto».

³³ Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 535 s.

permesso alla giurisprudenza di evitare bruschi *revirment* quanto al problema rapporto tra il privilegio che si costituisce a favore del promissario acquirente in caso di mancata esecuzione del contratto definitivo ex art. 2775 *bis* c.c. e le ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare.

Le prime decisioni di merito e di legittimità avevano affermato la prevalenza del privilegio facendo appello all'art. 2748, co. 2³⁴.

Tale esito non è sembrato plausibile ad una parte della dottrina che ha rilevato come il privilegio in questione sia innestato, non tanto sulla natura del credito, ma soprattutto sulla trascrizione del preliminare e pertanto, avendo natura «iscrizionale» (o «trascrizionale»), soccombe secondo la regola dell'art. 2644 c.c. in quanto successivo all'iscrizione ipotecaria

Successivamente la Suprema Corte, con una decisione a sezioni unite³⁵, ha rettificato l'orientamento e ha accolta quest'ultima idea avvalorandola con articolate argomentazioni anche di ordine storico.

Ma accanto a tali ragioni, avrebbe potuto dare un contributo alla soluzione del problema l'art. 9 L.t. che, unica norma nell'ordinamento, si occupa, in modo indiretto ma chiaro, del rapporto tra ipoteche e privilegi iscrizionali. La disposizione, elencando i diritti intavolabili, pone sullo stesso piano le ipoteche e i privilegi «*per i quali leggi speciali richiedano l'iscrizione nei registri immobiliari*» sicché il conflitto tra i medesimi non può che risolversi secondo la priorità della rispettiva intavolazione³⁶.

§ 17. *L'atto di opposizione alla donazione.*

La trascrizione e il sistema dei libri fondiari hanno trovato una nuova occasione di confronto e di contaminazione, nei principi ispiratori come nelle regole applicative, per opera della novella degli artt. 561 e 563 c.c. dovuta alla L. 14 maggio 2005, n. 80 che ha convertito il D.l. 14 marzo 2005, n. 35 e dalla successiva L. 28 dicembre 2005, n. 263.

La riforma legislativa ha contenuto l'azione di restituzione che compete al legittimario, leso nella quota a lui riservata, nei confronti dei terzi aventi causa dal

³⁴ Cfr. Tribunale di Genova, 25 gennaio 2001, in *Banca borsa tit. credito*, 2001, s.m., p. 476 con note di G. TUCCI, L. PATRONI GRIFFI, G. PRESTI; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 2003, n. 17197, in *Riv. notariato*, 2004, p. 537 ss. con nota di C. VOCATURO.

³⁵ Cass. civ., sez. un., 1 ottobre 2009, n. 21045, in *DVD Jurisdata*.

³⁶ Cfr. G. GABRIELLI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio del promissario acquirente*, relazione al Convegno *Attualità e prospettive nel sistema del libro fondiario*, (Riva del Garda, 6 novembre 2004), Trento, 2008, p. 28.

donatario; l'obiettivo perseguito è quello di rendere più sicuro l'acquisto della proprietà e soprattutto la costituzione di ipoteca quando il titolo da cui il dante causa ha derivato il diritto oggetto di disposizione è una liberalità donativa.

Le nuove norme non hanno mutato la disciplina sostanziale della successione necessaria, da taluni pure auspicato, ma operano nell'orizzonte della pubblicità come «fattispecie secondaria» entro la quale dirimere il conflitto tra diritti.

La scelta sistematica traluce un atteggiamento di cautela del legislatore nel rivisitare la materia: da una parte si segna un avanzamento nella linea progressiva di rarefazione del principio, una volta inflessibile, *resoluto iure dantis...*³⁷, che già si era manifestata con l'assunzione nel vigente codice civile di un'idea «debole» di risoluzione del contratto, dall'altra, la novella non ha sbrecciato le regole «primarie», ma ha stabilito un nuovo equilibrio negli strumenti di tutela. Più precisamente la legge non ha inciso sull'azione di riduzione, operante nei rapporti tra legittimario e beneficiario dell'atto lesivo, bensì ha ristretto la pretesa restitutoria contro i terzi, di modo che è rimasto impregiudicato il diritto dell'erede necessario di vedere integralmente ricostituita la propria quota soddisfacendosi per equivalente sul patrimonio del donatario.

Si è forse avvertito che nel sentire sociale non si è così persuasi a tributare alla «competitività», espressione con cui è correntemente presentato il D.l. 35/2005, le ragioni della solidarietà familiare che si esprimono appunto nella successione necessaria³⁸.

L'intera disciplina si occupa soltanto delle liberalità donative³⁹ per le quali il

³⁷ Tale carattere della riforma è rimarcato da C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Vita not.*, 2007, 3, p. 994 s. Segnalano la rilevanza «politica» (virgolette degli A.) della questione anche A.A. DOLMETTA - M.C. LUPACCHINO, *La garanzia ipotecaria nella nuova versione degli artt. 561 e 563 c.c.: riflessi sull'accesso al credito bancario*, in *Banca borsa tit. credito*, 2005, p. 748.

³⁸ Del resto la recente giurisprudenza, in senso antagonista alla politica del diritto sottesa alla novella, ha spostato in avanti il termine da cui decorre la prescrizione dell'azione dei legittimari a tutela della quota di riserva quando la lesione deriva da disposizioni testamentarie. Cfr. Cass., sez. un., 25 ottobre 2004, n. 20644, in *DVD Jurisdata*, su cui criticamente G. GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in *Vita not.*, 2005, 2, p. 714 ss.

³⁹ L'enunciazione della *ratio legis*, di cui si incarica lo stesso art. 2, co. 4-novies L. 80/2005 (all.), risulta pertanto approssimativa per eccesso divisando lo scopo più comprensivo di «agevolare la circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito». Tale proclamazione appare ancor più inopinata se si ricorda che mentre in passato le norme di cui all'art. 563 erano reputate applicabili anche agli onorati testamentari, pur riferendosi la lettera al solo donatario, le recenti innovazioni sono invece strutturalmente incapaci di interpretazione estensiva. Cfr. P. VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo*

problema della sicurezza della circolazione si faceva particolarmente grave in quanto i terzi subacquirenti, considerando anche il tempo antecedente all'apertura della successione, potevano rimanere esposti per decenni all'azione di riduzione con conseguente «paralisi della circolazione dei beni donati»⁴⁰; inoltre, poiché l'inedita figura dell'opposizione si innesta nell'ordinamento della trascrizione, una donazione incontra con pienezza la novella soltanto se investa beni immobili o mobili suscettibili di registrazione⁴¹.

Prima della riforma era agevole constatare come la posizione dei terzi nell'ordinamento tavolare fosse più salda di fronte alla domanda di restituzione.

Secondo il diritto comune, il legittimario ha diritto di impugnare le donazioni lesive con l'azione di riduzione nel termine ordinario di prescrizione decorrente dall'apertura della successione che può avvenire molti anni dopo la liberalità; ove i beni siano stati alienati, una volta passata in giudicato la sentenza di riduzione⁴² e rivelatasi infruttuosa l'escussione del donatario, è possibile esigerne la restituzione dai terzi subacquirenti, sempre che questi non intendano liberarsi pagando l'equivalente monetario.

Per il donatario non vi è modo di resistere nemmeno avvalendosi del possesso continuato ai fini usucapione ordinaria, posto che nei suoi confronti il legittimario agisce facendo valere una qualifica legale con un'azione di carattere personale e non un titolo di proprietà⁴³.

Il terzo può invece trovare una parziale difesa nella disciplina della trascrizione delle domande giudiziali e precisamente nell'art. 2652, n. 8 che lo preserva dalle ripercussioni della sentenza di riduzione quando la relativa domanda sia stata pubblicata decorsi dieci anni dall'apertura della successione e purché segua la trascrizione

gratuito, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 557 s.

⁴⁰ Così G. GABRIELLI, *Azione di riduzione delle donazioni e sistema tavolare*, in *Novità normative e riflessi sul sistema tavolare*, Atti del Convegno, Bolzano, 2006, p. 10.

⁴¹ Invero, nell'art. 563 non sono menzionati i beni mobili registrati a differenza dell'art. 561; la legge nuova per questo e per altri profili ha mancato di coordinare le due disposizioni, toccando così all'interprete il compito di sanare le lacune. Cfr. G. GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, cit., p. 719.

⁴² Come affermato da un'isolata decisione del Tribunale di Monza del 27 giugno 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 459 ss., con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA.

⁴³ Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*⁴, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, t. 2, Milano, 2000, p. 281; A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*², Milano, rist. 1947, p. 130 s.

dell'acquisto - di natura onerosa - del terzo⁴⁴. L'estensione decennale del termine rende tuttavia di rara evenienza il perfezionamento della fattispecie⁴⁵. Ancora più singolare è la circostanza che il terzo possa beneficiare dell'usucapione speciale; si tratterebbe del caso in cui per un verso sussistano i presupposti fissati dall'art. 1159, per l'altro che la domanda di riduzione sia stata trascritta nel decennio dall'apertura della successione, ma non sia pronunciata sentenza entro il medesimo tempo, posto che tale domanda non interrompe l'usucapione nei confronti del terzo⁴⁶. È opportuno infine considerare come anche l'art. 2652 n. 8 risenta dei limiti strutturali del sistema di pubblicità in cui si trova: se l'acquisto del terzo può essere salvaguardato relativamente al legittimario, la norma è ininfluente nei confronti di ogni altro soggetto che assuma la proprietà del bene.

L'azione di restituzione è poi esercitabile anche rispetto ai successivi aventi causa, i quali non possono però chiedere la preventiva escussione degli acquirenti mediati⁴⁷.

Il diritto tavolare stabilisce a favore dei terzi termini assai più brevi in armonia con la sua vocazione alla salvaguardia della circolazione giuridica.

In particolare, l'azione di riduzione si esercita attraverso la domanda di cancellazione delle intavolazioni del donatario e del successivo acquirente⁴⁸; rispetto a quest'ultimo, il

⁴⁴ La norma è diversamente inquadrata in dottrina. Secondo taluni, dovrebbe essere accostata ai nn. 6, 7 e 9 dell'art. 2652 potendo in essa riconoscere una fattispecie acquisitiva legale ugualmente fondata sulla mancanza di contestazioni per un certo tempo; parimenti, alla trascrizione del titolo del terzo competerebbe una funzione di opponibilità. Cfr. A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 239 s. Si è tuttavia notato che l'effetto proprio dell'art. 2652 n. 8 è di arrestare l'efficacia reale della riduzione (che opera in via riflessione del giudicato) davanti al titolo del terzo, di talché a favore di costui non si assiste tanto alla maturazione di un nuovo acquisto di matrice legale, ma viene in definitiva conservata «la posizione di acquirente *a domino*». Così L. MENGONI, *Successione necessaria*⁴, cit., p. 302 nota 107. Nell'ordinamento tavolare invece, svolgendosi la retroattività reale dell'azione di riduzione solo in via di efficacia diretta, il terzo si scopre acquirente *a non domino* e deve pertanto rimettere le sue sorti alla pubblica fede, della quale è requisito indefettibile la buona fede soggettiva, assente invece nell'art. 2652, n. 8.

⁴⁵ Prescrivendosi infatti nel medesimo termine la stessa azione di riduzione, «il rilievo della tutela data ai subacquirenti dalla disposizione dell'art. 2652, n. 8 si riduce ai casi marginali di trascrizione tardiva di una domanda tempestivamente proposta o di sospensione ed interruzione della prescrizione, le quali non incidono sul termine entro cui la domanda avrebbe dovuto trasciversi», nota G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 146.

⁴⁶ Cfr. L. MENGONI, *Successione necessaria*⁴, cit., p. 323 s.

⁴⁷ *Ivi*, p. 314.

⁴⁸ L'intavolazione impugnata, qualora sulla stessa siano state compiute ulteriori iscrizioni, non può infatti essere cancellata se non dopo l'accertamento del diritto dell'attore al ripristino dello stato tavolare anche vero i terzi. La formulazione letterale dell'art. 61 L.t. sembra attribuire la legittimazione ad agire soltanto al soggetto il cui diritto tavolare risulti leso dall'intavolazione che si contesta; in realtà, come già notato, la norma comprende anche i casi, come quello del legittimario, in cui la domanda è proponibile dal «titolare di una situazione giuridica extratavolare

diritto del legittimario alla restituzione è sottoposto al termine di decadenza di tre anni, decorrenti dall'apertura della successione in caso di donazione⁴⁹. Trascorso questo turno di tempo, l'acquisto del terzo in buona fede, purché intavolato prima della domanda di annotazione della litigiosità, è inattaccabile a prescindere dalla natura onerosa.

Per altri aspetti tuttavia il sistema tavolare sembrerebbe più incline alle ragioni dei legittimari.

Da una parte, infatti, l'art. 7 R.d. 499/1929 (come sostituito dalla L. 594/1974) dichiara inapplicabili gli artt. 561 e 563 c.c., così, quando si tratta di donazione della proprietà, viene escluso l'onere del legittimario di escutere prioritariamente il beneficiario della donazione nonché il diritto del terzo di conservare la proprietà del bene pagando l'equivalente monetario, prescrizioni queste che cospirano nel limitare l'efficacia retroattiva reale dell'azione di riduzione, la quale nel codice civile si rivela pertanto «condizionata ed eventuale»⁵⁰. L'art. 64 L.t. subordina inoltre la salvezza dell'acquisto del terzo, trascorsi i tre anni dall'apertura della successione, alla sua buona fede, laddove nell'art. 2652 n. 8 c.c. si è inteso espressamente obliterare tale requisito per le difficoltà di accertamento che comporta⁵¹. L'esito pratico non è peraltro lontano dal diritto comune, potendosi accusare la mala fede solo dopo aver provato con giudizio retrospettivo che per il terzo fosse seriamente ipotizzabile, in relazione alle condizioni del donante, il carattere lesivo della liberalità - da cui il suo dante causa ha tratto il diritto oggetto di disposizione - e la conseguente vulnerabilità all'azione di riduzione⁵².

Orbene, la novella in esame interviene dove anche il sistema tavolare era inerme nella protezione del subacquirente, ovvero valorizzando a suo vantaggio il periodo tra la pubblicità della donazione e l'apertura della successione che, per quanto protratto, non consente di mettere al sicuro il diritto rispetto all'azione di riduzione.

Il nuovo art. 563, co. 1 stabilisce la salvezza dei diritti dei terzi decorsi venti anni

incompatibile con lo stato tavolare» (L. MENGONI, *Successione necessaria*⁴, cit., p. 325 s.).

⁴⁹ Si tratta di una giustificata deviazione dal principio generale per cui il termine decorre dall'intavolazione lesiva; sul punto, si veda più diffusamente alla nota 57. Vi è incertezza rispetto all'eventualità in cui la donazione sia stata intavolata dopo la morte del disponente; cfr. G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 564 s., e più di recente in senso dubitativo rispetto alla previa convinzione, G. GABRIELLI, *L'azione di riduzione o di restituzione nel sistema tavolare (artt. 61 ss. L.Tav.)*, in *Novità normative e riflessi sul sistema tavolare*, cit., p. 60 s.

⁵⁰ L. MENGONI, *Successione necessaria*⁴, cit., p. 306.

⁵¹ Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile n. 1082.

⁵² Lo rileva L. MENGONI, *Successione necessaria*⁴, cit., p. 322 s.

dalla trascrizione della donazione⁵³, termine che può sopraggiungere anche prima dell'apertura della successione. Similmente, secondo l'art. 561, co. 1 i pesi e le ipoteche costituiti sugli immobili donati restano fermi⁵⁴.

Nel sistema tavolare, affinché l'effetto si avveri, è poi indispensabile che il terzo iscriva nei libri fondiari il diritto, non avendo altrimenti una posizione opponibile al legittimario che abbia annotato la domanda anche venti anni dopo la intavolazione del diritto del donatario⁵⁵.

Appare ora chiaro come la novella abbia operato attraverso la *machinery* pubblicitaria e ancora una volta le categorie dell'ordinamento tavolare forniscono le coordinate per collocare concettualmente profili essenziali dell'istituto e in particolare la nuova figura dell'atto di opposizione.

Prima di approfondire questo aspetto, si deve constatare come la pubblicità dell'atto di donazione non abbia valore costitutivo ai fini della salvezza del diritto del terzo, analogamente a quanto avviene secondo l'art. 2652, n. 8 ; non si è dunque di fronte ad un

⁵³ Invero, la L. 80/2005 con riguardo all'art. 563, co. 1, aveva previsto che il termine muovesse «dalla donazione» colla conseguente singolarità che difficilmente avrebbe potuto esservi opposizione (questa sì da trascrivere) posto che la donazione sarebbe rimasta occulta. La L. 263/2005 ha corretto la formulazione nel senso che la decorrenza inizia dalla trascrizione della donazione in simmetria con l'art. 561, co.1 c.c. Non tutto però è stato precisamente corretto: permangono altre incoerenze e in particolare il momento di riferimento dell'azione di riduzione risulta essere puntellato sulla domanda (art. 561, co.1), e non invece, come coerenza sistematica vorrebbe, sulla trascrizione della domanda. Cfr. C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 995 nota 4.

⁵⁴ La disciplina degli artt. 561, co. 1 e 563 è ora allineata solo con riguardo agli elementi innovativi, mentre in caso di azione di riduzione proposta prima di venti anni dalla trascrizione della donazione è rimasta come prima: i pesi e le ipoteche costituiti si estinguono, mentre il diritto di proprietà del terzo rimane se si rivela fruttuosa l'escussione del donatario o, in caso negativo, se costui paghi l'equivalente pecuniario. La riforma esibisce dunque profili di maggiore interesse per i creditori posto che la disciplina previgente accordava alla retroattività una diversa valenza, più propensa ai subacquirenti in proprietà. La regola è espressiva, insieme ad es. all'art. 1415, co. 1, del favore che l'ordinamento accorda a chi stimola la circolazione giuridico - economica attraverso atti di disposizione rispetto ai creditori che si affidano sulla consistenza statica di un patrimonio. Nei profili emendati pertanto non si distingue più tra proprietà e diritti reali minori, attenti alle «maggiori preoccupazioni della prassi» che «sembrano riferirsi alle ipoteche quali strumenti coadiuvanti nella gestione del credito», come constata C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 995. Tale rilievo indirizza ad attingere la ragione autentica della riforma nella tutela del credito bancario, ovvero nell'art. 561, co. 1 che trascina a rimorchio l'art. 563. L'impressione trova conferma in F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 5, secondo il quale «soprattutto la caducazione delle ipoteche, costituiva un ostacolo insormontabile per le banche ... onde, in chiave di circolazione della ricchezza, era proprio questa la norma più criticabile». Cfr. anche A.A. DOLMETTA - M.C. LUPACCHINO, *La garanzia ipotecaria nella nuova versione degli art. 561 e 563 c.c.: riflessi sull'accesso al credito bancario*, cit., p. 745 ss.

⁵⁵ Cfr. G. GABRIELLI, *Azione di riduzione delle donazioni e sistema tavolare*, cit., p. 17.

nuovo esemplare di acquisto *a non domino* posto che il decorso del tempo opera sulla sentenza di riduzione rendendola inopponibile al terzo che pertanto conserva il proprio acquisto come derivato dal titolo del donatario. La mancanza di rilievo della buona fede, pur potendo significare una conferma del giudizio già espresso dal legislatore di inidoneità di tale parametro in questo specifico ambito di operatività della trascrizione, conferma oggettivamente l'idea e rende inoltre plausibile l'ampiezza del periodo per mettere l'acquisto in sicurezza (venti anni in luogo dei tre dell'azione in cancellazione o dei cinque dell'art. 2652, n. 6, 7, 9)⁵⁶.

Rispetto alle norme dell'ordinamento comune appena citate, nemmeno la trascrizione del titolo del terzo potrebbe aver rilievo risultando oggettivamente fuor d'opera. Se i venti anni si compiono prima della morte del donante, il legittimario *in pectore* non ha titolo per trascrivere alcuna domanda che prenoti l'efficacia retroattiva reale della sentenza di riduzione di talché non sorge un problema di prevalenza rispetto al terzo; se il periodo si compisse dopo l'apertura della successione, la trascrizione del subacquirente sarebbe ininfluente almeno nel caso in cui il legittimario renda immediatamente pubblica l'impugnativa in quanto il terzo rimane sottoposto all'efficacia della sentenza di riduzione secondo l'art. 2652 n. 8, fatto salvo dall'art. 561 ed ora anche dall'art. 563.

Ove la riforma si fosse limitata ai profili enunciati, nella prima delle due ipotesi formulate sarebbe conseguito un grave disequilibrio nelle tutele in danno del legittimario⁵⁷; d'altra parte, la trascrizione delle domande giudiziali si dimostra non valida in questo contesto.

È allora necessario mettere capo ad un nuovo strumento che scuota nel ventennio la

⁵⁶ Lo dimostra anche la disciplina dell'usucapione, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, rist. 1994, p. 90 s. Del resto la Relazione di accompagnamento alla L. 80/2005, citata da V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, p. 171 nota 30, indica espressamente come riferimento l'usucapione ordinaria.

⁵⁷ In un difetto analogo con riguardo all'azione di riduzione incorreva l'art. 64 L.t nella sua originaria versione che non eccettuava le donazioni dal principio generale per cui l'annotazione della domanda giudiziale deve avvenire entro tre anni dall'intavolazione impugnata, in mancanza di notificazione. La disposizione era stata oggetto di critiche che invitavano a tener conto, da una parte, della peculiare natura dell'azione in cancellazione nell'ordinamento tavolare italiano, e per altro verso, del principio di cui si fa portatore l'art. 2935 c.c. Cfr. L. MENGONI, *L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1972, p. 156. Come si è avuto modo di constatare, la legge di riforma n. 594/1974 aderì a queste considerazioni, aggiungendo un nuovo comma all'art. 64 per il quale in caso di donazione il termine per proporre la domanda decorre dall'apertura della successione.

stessa trascrizione della donazione e all'uopo la logica della *Vormerkung*⁵⁸ si rivela ancora elettiva avvertendo i terzi che il diritto del loro autore è controverso «è quindi corrono il rischio di vedere risolti gli acquisti che venissero a fare fondandosi sull'iscrizione»⁵⁹.

In questa prospettiva si è posto il legislatore assegnando al legittimario il potere di esercitare un'opposizione alla donazione, dalla cui pubblicità deriva precisamente l'effetto di sospendere il termine ventennale di salvaguardia; la stabilizzazione dell'acquisto viene dunque messa sotto scacco ove il legittimario abbia notificato e trascritto un atto di opposizione entro venti anni dalla pubblicità della donazione⁶⁰ che dovrà essere rinnovato decorso un ventennio al fine di conservarne gli effetti⁶¹.

Riconosciuta natura prenotativa alla trascrizione dell'opposizione, si possono stabilire con adeguato fondamento alcuni punti fermi. In primo luogo, l'effetto sospensivo viene meno all'apertura della successione, anche se non sono trascorsi venti anni essendo «da tale data...possibile l'esercizio dell'azione di riduzione, con conseguente inutilità di permanenza dell'effetto sospensivo, che si giustifica soltanto a beneficio di un legittimario potenziale, cui l'azione a tutela del proprio diritto è ancora preclusa»⁶². Per la medesima ragione, non può avere effetto l'opposizione trascritta dopo la morte del donante.

A dispetto delle categorie di cui le innovazioni in esame sono debitorie, ancora una volta è emerso un ostacolo di natura positiva all'applicazione della riforma nel sistema tavolare giacché l'art. 7 R.d. 499/1929 (come sostituito dalla L. 594/1974) dichiara espressamente inapplicabili pure gli artt. 561 e 563 c.c

⁵⁸ La trascrizione dell'opposizione è espressamente ricondotta alla pubblicità con efficacia prenotativa da una delle più recenti trattazioni in materia. Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 120, 146 s.

⁵⁹ Così N. COVIELLO, *Della trascrizione*², a cura di L. COVIELLO, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. FIORE e continuato da B. BRUNI, parte XIII, I, Napoli - Torino, 1924, p. 95, riferendosi all'idoneità della prenotazione nell'ordinamento tedesco a sospendere l'efficacia della pubblica fede.

⁶⁰ La trascrizione della donazione innesca dunque una presunzione legale di conoscibilità dell'atto. Cfr. C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 1002; in senso critico, F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, cit., p. 11 s.

⁶¹ Si discute se debba essere oggetto di rinnovazione la stessa opposizione o soltanto la sua pubblicità, alla stregua delle ipoteche. Più persuasiva sembra la seconda interpretazione. Cfr. G. GABRIELLI, *Azione di riduzione delle donazioni e sistema tavolare*, cit., p. 11 s.

⁶² *Ibidem*; cfr. anche P. VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, cit., p. 572.

Ragioni ancora più forti rispetto a quelle utili a riconoscere l'estensione dell'art. 2645 *bis* possono essere tuttavia opposte in replica. In particolare, dal punto di vista formale, si è ribadito che il rinvio della legge speciale alle norme codiciali debba considerarsi fisso⁶³, ma soprattutto è stato denunciato il paradosso sostanziale cui condurrebbe l'opposta interpretazione in quanto «tra le due normative si porrebbe ora un possibile contrasto di politica del diritto in termini invertiti rispetto al passato»⁶⁴: il sistema dei libri fondiari si troverebbe arretrato rispetto alla trascrizione nel punto in cui si più si distingue, ovvero la tutela dei terzi, posto che la novella si inserisce in uno interstizio temporale nel quale nemmeno la legge tavolare sapeva apprestare tutela. Tale constatazione risulta poi decisiva, come si vedrà, anche rispetto alla questione della trascrivibilità dell'atto di rinuncia all'opposizione.

Nel sistema dei libri fondiari la novella conduce inoltre ad innovazione sistematiche più dirompenti rispetto all'ordinamento della trascrizione.

Come ricordato, l'azione di riduzione si esercita nella forma della domanda di cancellazione dei diritti intavolati dal donatario e dai subacquirenti. Se tuttavia è spirato il termine ventennale dall'intavolazione del diritto donato senza contestazioni, l'acquisto del terzo è consolidato, pertanto nei confronti dello stesso donatario non vi è più il presupposto per operare la cancellazione⁶⁵, ma residua nei suoi confronti solo una pretesa personale⁶⁶.

In questa circostanza come estremo presidio per il legittimario nel sistema dei libri fondiari non resta che rivolgersi alle azioni di diritto comune e in particolare alla disciplina dell'art. 2038, come dispone l'art. 8 L. R.d. 499/1929, trattandosi di impugnativa che non produce effetti reali rispetto ai terzi⁶⁷.

⁶³ Cfr. G. GABRIELLI, *Azione di riduzione delle donazioni e sistema tavolare*, cit., p. 16 s.

⁶⁴ A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, relazione al Convegno *Territorio + diritto = tavolare*, cit., p. 48.

⁶⁵ «Quando..., secondo le norme generali da cui prende regola, l'impugnativa mette capo a un accertamento inopponibile ai terzi, viene meno il presupposto di applicabilità degli artt. 63 e 64», spiega L. MENGONI, *L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari*, cit., p. 145.

⁶⁶ In altre parole, l'impugnativa «opererebbe *inter partes* alla stregua della risoluzione che ex art. 1458 c.c. non retroagisce contro il terzo acquirente e perciò può avere ad oggetto semmai solo il valore del bene», A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 49.

⁶⁷ Si reputa che restino ferme le obbligazioni a carico del terzo previste nell'art. 2038, benché l'art. 8 R.d. 499/1929 si esprima nel senso che ci si debba rimettere al codice civile per le sentenze che genericamente non producono effetti nei confronti dei subacquirenti. Cfr. G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², p. 50 s.

La non del tutto perspicua formulazione dell'art. 563, ult. co. ha creato incertezze in merito a due questioni di particolare importanza, il che certo non incoraggiata gli obiettivi divisati: si tratta dell'identificazione del diritto rinunziabile dall'opponente e della pubblicità della rinunzia.

Il primo profilo viene qui osservato per quanto necessario all'analisi dell'altro aspetto che appartiene propriamente all'oggetto della ricerca; orbene, è opinione diffusa che la rinunzia vada riferita strettamente all'atto oppositivo⁶⁸ (si discute se soltanto quando già proposto o altresì ancora da proporre⁶⁹) e pertanto il terzo avrebbe modo di confidare nella stabilità del suo acquisto soltanto dopo venti anni dalla trascrizione della donazione, fermo restando che prima dello spirare del termine al legittimario spetta l'azione di restituzione qualora si creino i presupposti. Insomma, il legittimario potrebbe formalizzare la rinunzia e nondimeno esercitare l'azione restitutoria.

Sembra più convincente una diversa idea che legge nella rinunzia l'abdicazione immediata all'azione di restituzione nei confronti dei terzi colla conseguenza di reputare sicuro l'acquisto pur se non siano trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione⁷⁰.

Del resto, se si considera che l'opposizione preserva il legittimario specialmente dall'eventualità che l'acquisto del terzo diventi inattaccabile prima che si inverino i presupposti per l'azione di riduzione, rinunziandovi si acconsente oggettivamente a cedere l'unica tutela a questo riguardo essendo incerto se la successione si aprirà prima di

⁶⁸ Di recente G. D'AMICO, *La rinunzia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. not.*, 2011, p. 1284 nota 40. Tale era anche il parere del Consiglio nazionale del Notariato espresso nello studio n. 5809/C, p. 29, 32 s.

⁶⁹ Per la tesi più ampia è la dottrina maggioritaria, G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1133 s.; F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, cit., p. 10 s.; A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 49 s. Nel senso che sarebbe lecita solo la rinuncia preventiva, G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, p. 296 s.

⁷⁰ Così C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 999; V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, cit., p. 176 s. Secondo altri, il terzo potrebbe confidare del proprio acquisto a seguito della rinuncia senza ricondursi efficacia abdicativa dell'azione di riduzione, ma riconoscendo una *exceptio doli* al legittimario che contraddicendosi intraprendesse l'azione di riduzione. Cfr. A.A. DOLMETTA - M.C. LUPACCHINO, *La garanzia ipotecaria nella nuova versione degli art. 561 e 563 c.c.: riflessi sull'accesso al credito bancario*, cit., p. 758. Tale tesi confluisce ed alimenta il più ampio corso dell'eccezione di dolo generale nella recente dottrina italiana, su cui F. RANIERI, *Il principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, p. 508 ss. Anche in materia di *trust* è stato proposto di ricorrere a questo istituto a tutela del beneficiario, come meglio si vedrà nel § successivo.

venti anni dalla trascrizione della donazione; ma l'accettazione del rischio, anche civilisticamente, è equiparabile alla volontà attuale il cui oggetto in questo caso è precisamente la dismissione della stessa azione di restituzione.

Tale interpretazione valorizza inoltre la riconosciuta irretrattabilità della rinuncia⁷¹ e risulta in definitiva più consona allo scopo precipuo della novella di rendere stabili in tempi ridotti gli acquisti allorquando il titolo del dante causa derivi da donazione.

In senso avverso a quanto ora sostenuto, si è osservato che la riforma non ha investito l'art. 557, co. 2⁷²; si potrebbe anche individuare nell'inciso finale della norma appena citata («né prestando il loro assenso alla donazione») una pietra tombale rispetto alla tesi che la rinuncia all'opposizione significhi stabilizzazione immediata, prima della morte del donante, degli effetti dell'atto di liberalità rispetto ai terzi subacquirenti. In realtà, non vi sono interferenze nell'oggetto delle rinunce di cui agli artt. 557 e 563: mentre la prima si riferisce all'azione di riduzione, la seconda, come vuole la rubrica, riguarda l'«azione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione». Né si può sostenere che l'azione di restituzione sia implicitamente compresa nel richiamo alla riduzione⁷³, come dimostra già la lettera dell'art. 557: irrinunciabile prima della morte del disponente è «questo diritto» (co. 2), ovvero procedere in riduzione contro le «donazioni ... lesive della porzione di legittima» (co. 1)⁷⁴. La rinuncia all'opposizione è dunque altro dall'inammissibile rinuncia preventiva al diritto alla legittima⁷⁵.

Se si accredita l'idea per cui la rinuncia all'opposizione comporti un effetto

⁷¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 1000; F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, cit., p. 11.

⁷² Cfr. G. GABRIELLI, *Azione di riduzione delle donazioni e sistema tavolo*, cit., p. 12; sembra tuttavia di poter scorgere un'opinione diversa in ID., *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, cit., p. 1134.

⁷³ Che le due azioni vadano tenute distinte lo suggerisce l'evoluzione storica e lo conferma l'attuale disciplina positiva. Cfr. L. MENGONI, *Successione necessaria*⁴, cit., p. 309 ss., 315 ss.

⁷⁴ In ogni caso, qualsiasi posizione si assuma, è in realtà assai probabile che il terzo conservi delle remore ad acquistare dal donatario, vivente il donante e pur decorsi venti anni dalla liberalità, potendo sopravvenire altri legittimari rispetto ai quali è opinabile l'esclusione dall'opposizione. Cfr. C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 1002; G. CARLINI - C.U. TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in *Riv. not.*, 2005, p. 789.

⁷⁵ Invero, non sarebbe meno problematica l'idea che l'opposizione e la rinuncia siano da riferire al termine ventennale per la consolidazione del diritto. Cfr. A. NICOLUSSI, *Il tavolo nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 50 nota 38.

immediatamente abdicativo dell'azione di restituzione⁷⁶, la questione della sua pubblicità diventa più pressante soprattutto nel sistema dei libri fondiari facendo venir meno la stessa azione di riduzione.

Una rinuncia all'opposizione non pubblicizzata impedisce al libro fondiario di rappresentare con certezza la situazione del diritto per i terzi lasciando apparire come incombente una pretesa che indubbiamente ne ostacola la circolazione a cui tiene tanto la legge nuova⁷⁷.

Il principio di pubblica fede esige invece che possa essere cancellata l'annotazione di una opposizione proposta e che sia annotabile la preventiva rinuncia⁷⁸. Anche in questa circostanza, tale istanza collide però, almeno ad una prima impressione, con il principio di tassatività delle segnalazioni pubblicitarie, accreditato anche nell'ambito della trascrizione, ma la cui importanza è avvertita in modo cruciale nei libri fondiari. In realtà, valgono le considerazioni esposte con riguardo alla cancellazione del preliminare: se si rifiuta la segnalazione della rinuncia, i registri si trovano a descrivere uno stato non veritiero del diritto risultando esposto alla possibilità di impugnazione, in realtà insussistente, con la conseguenza che il principio di tassatività invece di assecondare lo scopo della legge tavolare, ovvero una più sicura e spedita circolazione dei diritti derivati da atti di donazione, e più ampiamente l'affidamento dei terzi, opera in direzione esattamente opposta scoraggiando la circolazione dei beni benché non ve ne sia

⁷⁶ Sull'esatto significato di rinuncia abdicativa, N. COVIELLO, *Della trascrizione*², in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. FIORE e continuato da B. BRUNI, parte XIII, II, Napoli - Torino, rist. 1924, p. 355, 358.

⁷⁷ Con maggior precisione gli inconvenienti che ne derivano consistono «nel caso di rinuncia preventiva, la possibilità che venga resa pubblica un'opposizione in realtà priva di effetti; in quello di rinuncia successiva, che permanga la pubblicità di un'opposizione divenuta inefficace», G. GABRIELLI, *Azione di riduzione delle donazioni e sistema tavolare*, cit., p. 19.

⁷⁸ Quanto invece all'ipotesi di una opposizione proposta, ma non tempestivamente rinnovata, pare non necessario disporre la cancellazione dell'annotazione d'ufficio, in quanto come avviene per le ipoteche (art. 10 R.d. 499/1929) non si potrebbe invocare la tutela della pubblica fede «chè la cessazione è rilevabile senza difficoltà dal libro fondiario, anche se non sia cancellata [l'ipoteca], poiché dal libro fondiario risulta la data dell'iscrizione, mentre la limitazione dei suoi effetti nel tempo risulta dalla legge che costituisce per se stessa pubblicità sufficiente». Così M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. 76. Si potrebbe inoltre attingere dall'art. 7, co. 4 L.t. che esclude la menzione delle iscrizioni ipotecarie non rinnovate nelle copie e negli estratti. Analogamente, quando si è trattato di disciplinare gli effetti della mancata conclusione del contratto definitivo nei termini massimi, l'art. 60 *quater* L.t. ha stabilito che la cancellazione dell'annotazione del preliminare avvenga su istanza di parte. Nel sistema della trascrizione possibili fondamenti per la trascrizione della rinuncia sono stati analizzati da G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, cit., p. 300 s.

ragione⁷⁹.

La giurisprudenza tavolare fin'ora formatasi rispetto al problema dell'iscrizione della rinuncia è stata però di diverso avviso⁸⁰.

Da ultimo, vale considerare come le nuove norme rischino di condurre a conflitti colla regola sostanziale di riduzione delle donazioni che procede secondo il medesimo criterio cronologico sia con riguardo ai donatari sia verso i terzi⁸¹.

L'ordine potrebbe infatti essere sovvertito calibrando interessatamente gli atti di opposizione e di rinuncia così da rendere aggredibili donazioni anteriori, e gli eventuali subacquisti, salvaguardando quelle più recenti.

Contro l'eventualità di una simile distorsione, si deve ricordare come le regole contenute negli art. 559 e 563, co. 1 ove si prevede che il legittimario debba indirizzare la domanda di restituzione ai subacquirenti «*nel modo e nell'ordine in cui si potrebbe chiederla ai donatari medesimi*» abbiano natura inderogabile⁸²; resta la priorità della regola primaria, ovvero il «criterio fondamentale, costituito dall'ordine delle donazioni: onde il terzo che abbia acquistato da un donatario che non sarebbe assoggettato a riduzione, per essere la sua donazione anteriore ad altra, farà salvo il suo acquisto nonostante la donazione anteriore dalla quale prende titolo il suo acquisto sia stata opposta e la donazione posteriore non sia stata opposta»⁸³.

A tal fine proprio nel citato passo dell'art. 563 il terzo avente causa da una donazione anteriore trova tutela, posto che la norma «ha un contenuto precettivo autonomo che attribuisce al subacquirente un'eccezione opponibile al legittimario *ex iure proprio*»⁸⁴.

Nel sistema tavolare, ove si presenti analogo problema, il terzo acquirente prima dell'annotazione della domanda giudiziale può invece contare già sull'art. 559 posto che con l'azione di riduzione - restituzione, da esercitare nella forma del giudizio di cancellazione, deve essere convenuto unitamente all'avente causa immediato (art. 63 L.

⁷⁹ Cfr. A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 50. Ritiene invece che il problema non possa essere superato in via interpretativa G. GABRIELLI, *Azione di riduzione delle donazioni e sistema tavolare*, cit., p. 19.

⁸⁰ Cfr. Trib. Trento (decr.), 3 luglio 2006, in *Imm. e propr.*, 2008, 2, p. 123; Tribunale di Trento (decr.), 19 dicembre 2006, *ibidem*; Tribunale di Trieste (decr.), 7 novembre 2007, in *Famiglia*, 2008, 3, p. 125 ss. con nota adesiva di M. QUARGNOLO.

⁸¹ Con riguardo alla posizione dei terzi, cfr. L. MENGONI, *Successione necessaria*⁴, cit., p. 312.

⁸² Cfr. L. FERRI, *Dei legittimari*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1995, p. 219.

⁸³ C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 1001.

⁸⁴ L. MENGONI, *Successione necessaria*⁴, cit., p. 313.

tav.) e, in ragione dell'unicità del rapporto processuale costituitosi, può esigere il rispetto dell'ordine di riduzione delle donazioni richiamando l'art. 559.

Inoltre, l'ordinamento dei libri fondiari può risultare molto più severo verso quella che giustamente è stata definita come «condotta incoerente del legittimario»⁸⁵: qualora, al termine del giudizio inopinatamente intrapreso contro i donatari anteriori, siano passati più di tre anni dall'apertura della successione, il legittimario si trova privato della possibilità di ottenere, mediante l'azione in cancellazione, la restituzione dagli aventi causa da un donatario più recente, essendo oramai decorsi i termini.

§ 18. *Trust e atto di destinazione. La verifica della presenza della «valida causa» da parte del giudice tavolo.*

Se la riforma degli artt. 561 e 563 si è manifestata con norme di natura «secondaria» che sfidano un antico assioma della circolazione giuridica, ugualmente la pubblicità immobiliare è stata il grimaldello con cui forzare un'altra direttiva di sistema: l'indisponibilità della responsabilità patrimoniale del debitore.

È quanto avvenuto a seguito della ratifica da parte dell'Italia della Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e più recentemente con l'introduzione dell'art. 2645 *ter*, il quale per la verità esibisce anche profili di carattere «primario», a dispetto della allocazione sistematica assegnatagli.

L'antagonismo verso principi tratteggiati che vengono contratti da un corrispondente ampliamento degli spazi di azione dell'autonomia privata non è una somiglianza occasionale tra le novelle; si intende dar corso ad una comune visione di politica del diritto la cui testata d'angolo sembra potersi riassumere nell'idea di *competitività*, tratto che segna in sequenza la recezione della Convenzione dell'Aja, soprattutto in una prospettiva internazionale onde evitare che l'Italia rimanesse relitta dai grandi investimenti internazionali⁸⁶, e successivamente il D.l. 35/2005. Con riguardo infine all'art. 2645 *ter*, pure introdotto in sede di conversione di un D.l. e pertanto con una riflessione non del tutto consona all'importanza della novità, se espressamente non si riporta a quel disegno, è nondimeno chiaro come si sia trovato lontano dai commendevoli propositi per cui fu originariamente pensato, avendo svilito la specifica

⁸⁵ C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 1001.

⁸⁶ Cfr. A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 265.

destinazione soggettiva.

Quanto tali strumenti siano davvero funzionali al proposito, è una verifica che supera questo ambito della ricerca dove più limitatamente si esamina l'ingresso nella pubblicità della trascrizione e nel sistema tavolare del *trust* e dell'art. 2645 *ter*.

Il *trust* ha assunto rilevanza positiva nel nostro ordinamento colla L. 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985.

La Convenzione non impegna affatto gli stati, che fino ad allora non l'avessero, ad erigere una propria disciplina sostanziale in materia di *trust*, bensì ha l'obiettivo di sciogliere *conflicts of law* individuando la legge applicabile in caso di elementi di transnazionalità e regolando il riconoscimento dell'istituto nei paesi i cui ordinamenti interni non lo contengono⁸⁷. Insomma, la Convenzione è un'atto internazionalprivatistico che presuppone l'esistenza di un *trust* come «*istituto peculiare creato dai tribunali di equità dei paesi della Common Law, adottato da altri paesi*» (così nel Preambolo) e che come tale pone problemi di apprezzamento nei paesi *non trust*, a cui si vuole appunto porre rimedio.

Ulteriori considerazioni potrebbero dimostrare come non possa essere condivisa l'idea che la Convenzione sia stata la fonte da cui è zampillato il *trust* c.d. interno; la trattazione del problema in questa sede non è però dirimente, posto che i *trust* - internazionali o interni - rivolgono analoghe sollecitazioni alla pubblicità immobiliare.

Orbene, anche con riguardo al *trust*, il sistema tavolare italiano ha dato prova di una duttilità maggiore rispetto ai libri fondiari tedeschi.

Invero, secondo quanto riferito da chi ha partecipato alla stesura della Convenzione⁸⁸, l'inciso finale dell'art. 12, per il quale la pubblicità del *trust*, o meglio del diritto costituito in capo al *trustee*, può essere negata quando si rivela «*incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo*», rispose ad una precisa richiesta della delegazione tedesca come cautela nei confronti della prima parte dell'articolo che pare rientrasse nei *desiderata* della rappresentanza italiana.

L'inquietudine trova spiegazione se si ricorda che nel BGB l'atto di trasferimento del

⁸⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 450; ID., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 1324.

⁸⁸ Così A. GAMBARO, *Trust e trascrizione*, in *Trusts e att. fid.*, 2002, p. 347.

diritto ha natura astratta e tipica, ovvero non sopporta segnalazioni che in qualche modo lo connotino, come la condizione o il termine; la pretesa di una colorazione trustiana della proprietà sarebbe pertanto entrata in massimo conflitto con il principio.

Nemmeno tale emendamento è tuttavia parso capace di raggiungere un esito rassicurante per l'integrità del sistema del libro fondiario, se ad oggi la Germania (come l'Austria) ha scelto più drasticamente di non ratificare la Convenzione.

Diversa è invece stata la posizione del sistema svizzero, come si constaterà.

Al contrario, nell'ordinamento tavolare italiano la pubblicità del *trust* riesce ad essere sviluppata senza dover affrontare un analogo ostacolo in quanto «il trasferimento non solo è giustificato dal titolo, ma è in pari tempo un effetto del titolo mediato dall'iscrizione nel libro»⁸⁹; in altre parole, non occorrendo un distinto atto di investitura per il trasferimento del diritto, la conformazione che questo riceve nel titolo può entrare in contatto col libro fondiario dove viene fissata.

Superato così il vaglio preliminare, si tratta di stabilire se la formalità più corretta sia l'intavolazione o l'annotazione.

Rispetto alla prima ipotesi dovrebbe essere verificato se l'iscrizione di una proprietà trustiana sia compatibile con l'art. 9 L. tav. che enuncia una teoria rigorosa di diritti intavolabili.

Un argomento per la soluzione favorevole del problema è ricavabile dall'apprezzamento del diritto in capo al *trustee* nei termini di una peculiare conformazione del diritto di proprietà⁹⁰ che come tale non mette in discussione la tassatività. In definitiva, una volta guadagnata l'idea nel sistema del codice civile che la proprietà trustiana sia un «volgimento funzionale»⁹¹ del diritto di proprietà, pure lo scrutinio dell'art. 9 può essere superato positivamente⁹². L'idea può anzi essere corroborata nell'ordinamento tavolare con un argomento di diritto positivo: l'art. 8 n. 1)

⁸⁹ Cfr. L. MENGONI, *Caratteristiche generali del sistema tavolare italiano in raffronto a quello austriaco*, in *Il sistema transfrontaliero del libro fondiario. Convegno sul sistema tavolare*, (Gorizia, 16 - 17 aprile 1999), in *Quaderni di banca* (pubblicazione della Cassa di risparmio di Gorizia), n. 4/1999.

⁹⁰ La ratifica della Convenzione infatti «implica che la scissione tra una proprietà formale e una proprietà sostanziale altro che ormai solo riconosciuta, diventa lo snodo necessario del riconoscimento in parola... Dunque il *trust*... non può essere impedito dal produrre effetti apprezzabile secondo il diritto italiano sulla scorta del solo rilievo che questo non sarebbe disponibile ad attestare la proprietà su due piani, uno soltanto essendo quello della titolarità». Così C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., p. 1338.

⁹¹ *Ivi*, p. 1331.

⁹² A questo stadio la questione si intreccia con quelle del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali che deve essere risolta nell'ordinamento generale.

L. tav. dichiara infatti suscettibile di intavolazione non solo l'acquisto o l'estinzione di un diritto tavolare, ma pure, con previsione originale rispetto all'art. 2643 n. 1, la sua «*modificazione*».

Un impedimento all'intavolazione della qualifica di *trustee* nei libri fondiari, o meglio, alla produzione dell'effetto conforme, potrebbe derivare da ragioni altre che stanno a monte e investono anche la pubblicità della trascrizione: si tratta della responsabilità patrimoniale del debitore, materia sottratta alla disponibilità dei privati e pertanto non derogabile dando semplicemente evidenza al *trust*.

La Convenzione, infatti, ha permesso anche all'ordinamento italiano di conoscere lo sdoppiamento della proprietà che assiste il *trust*, ma può integrare per sua natura un caso di limitazione patrimoniale stabilita dalla legge secondo l'art. 2740, co. 2⁹³.

Nel sistema della trascrizione si è allora suggerito di dar rilievo alla qualifica di *trustee* (con segnalazione nel quadro D della nota che dovrebbe comprendere anche l'indicazione del beneficiario) non ai fini della separazione patrimoniale, effetto non raggiungibile in mancanza di una dispensa legale, ma solo della individuazione dei beni, con la conseguenza che il terzo acquisterebbe male, potendo il beneficiario far valere il vincolo nei termini di *exceptio doli generalis* in quanto l'indicazione dell'acquisto *trustii causa* porterebbe alla «consapevolezza dell'appartenenza esclusivamente formale di esso al dante causa» risultando il «vincolo di appartenenza sostanziale difforme da quello formale»⁹⁴.

Le considerazioni ultime consentono di impostare il problema anche nell'ordinamento dei libri fondiari, al quale invero non è estranea l'esperienza della dialettica tra una proprietà formale (tavolare) e una proprietà sostanziale *extra tabulas* che, ove sorgano conflitti di circolazione, riconosce precisamente nello stato psicologico del terzo una variabile decisionale determinante; si tratta dell'usucapione che procura l'acquisto senza iscrizione, ma è opponibile al terzo avente causa dal titolare iscritto solo se ne abbia avuto contezza, il che accade sia nel caso in cui la domanda giudiziale di accertamento sia stata annotata prima dell'iscrizione del terzo sia quando il terzo ha iscritto prioritariamente, ma in mala fede (cfr. § 12)⁹⁵.

Tutto ciò suggerisce che la qualifica di *trustee*, una volta accreditato il *trust* come

⁹³ Cfr. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 18.

⁹⁴ Così C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., p. 1333.

⁹⁵ Riassume efficacemente il concetto Cass. civ., sez. II, 25 maggio 1983, n. 3605, in *DVD Jurisdata*.

modo di essere della proprietà, possa pure essere esibita nel libro fondiario nelle forme dell'annotazione e valga parimenti a costituire in mala fede l'acquirente, in modo persino più sicuro che nell'ambito della trascrizione dove si avvertono ancora gli echi di una risalente polemica in merito al problema se la pubblicità metta il terzo in una condizione assimilabile alla mala fede⁹⁶.

Inoltre, mentre nel diritto comune potrebbe essere sollevata l'obiezione che l'*exceptio doli* presuppone una relazione obbligatoria tra le parti⁹⁷, nel tavolare il rimedio suona più armonico posto che la mala fede, su cui viene innestato, è strutturalmente un criterio per valutare la posizione dei terzi rispetto al dante causa mediato.

Insomma, se si condivide l'idea che il nostro ordinamento a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja abbia acquisito la scissione del dominio propria del *trust*, l'annotazione della qualifica di *trustee* (che anche in questo caso dovrebbe estendersi anche all'indicazione del beneficiario) può essere intesa alla stregua di un avvertimento della incompletezza dello stato tavolare per l'esistenza di un diritto di proprietà piena non segnalato nel libro: vi è così modo per il beneficiario di agire per il recupero dei beni mediante domanda di cancellazione nei confronti del *trustee* infedele e del terzo, alle cui difese potrebbe opporre l'*exceptio doli* così ottenendo all'esito del giudizio l'intavolazione del diritto a proprio favore.

Quando poi nel diritto generale si volesse accreditare espressamente il *trust* come istituto idoneo a conseguire l'effetto della separazione patrimoniale, il sistema tavolare sarebbe pronto a recepirlo attingendo alle possibilità che l'art. 8 L. Tav. offre.

Il modello proposto trova un significativo supporto nell'ordinamento svizzero quanto ai profili tavolaristici.

In particolare, l'art. 2 del provvedimento di ratifica della Convenzione⁹⁸, adeguando la locale legge di diritto internazionale privato, dispone che la qualifica di *trustee* possa emergere nel registro fondiario ricorrendo alla formalità della «menzione» del *trust*. La menzione è una specie di iscrizione, non disciplinata in termini generali dallo ZGB, a cui si associa un valore essenzialmente informativo.

⁹⁶ Cfr. G. GORLA, *Se la trascrizione valga presunzione legale di conoscenza*, Padova, 1932, p. 5 s.

⁹⁷ Come fa F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, cit., p. 25.

⁹⁸ *Arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 20 décembre 2006*, reperibile a <http://www.admin.ch/ch/f/as/2007/2849.pdf>.

Orbene, le istruzioni applicative emanate dall'Ufficio federale competente per la tenuta del registro fondiario asseverano come pure in quell'ordinamento la pubblicità della qualifica di *trustee* abbia quale unico effetto quello di «*détruire la bonne foi des tiers acquéreurs de l'immeuble*»⁹⁹, escludendo espressamente che il *trust* susciti un vincolo reale o che comunque limiti in altro modo il potere di disposizione del *trustee*¹⁰⁰.

Appare invece non convincente la strategia surrogatoria di tutela del beneficiario: ove il terzo acquisti in mala fede, viene reputato autore di un fatto illecito e tenuto alla restituzione e al risarcimento secondo le regole di quella disciplina (§ 940 ZGB). All'acquirente in mala fede è accostato quello a titolo gratuito, ma i rapporti con il beneficiario devono essere regolati secondo l'arricchimento ingiustificato (§ 62 ss. Or).

Vi è che in questo modo si assiste ad una contraddittorietà normativa in quanto, da una parte, l'acquisto del terzo è reputato valido ed efficace, dall'altra è censurato come delitto; di contro, l'idea della *exceptio doli* operando dall'esterno sulla positività legislativa, mantiene distinti il piano della regola stabilita da quello della correzione giurisprudenziale che ne impedisce un'applicazione contraria al principio di correttezza.

Tornando al diritto tavolare italiano, in giurisprudenza è maturato un orientamento favorevole alla pubblicità del *trust*¹⁰¹, dopo una prima decisione di ordine negativo del Tribunale di Belluno che ebbe a pronunciarsi in sede di reclamo di un decreto di rigetto emesso dal Giudice tavolare di Cortina d'Ampezzo¹⁰².

Nella sentenza sono sviluppati due profili: la legittimità del c.d. *trust* interno e la possibilità di dare rilievo nei libri fondiari alla qualifica di *trustee*. In questa sede sarà preso in considerazione solo il secondo aspetto che inerisce a questioni più precisamente pubblicitarie.

⁹⁹ Cfr. Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier, *Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust*, Berne, 28 juin 2007, p. 3, reperibile a http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/grundbuch_egriss/wegl-trust-grundbuch-f.pdf

¹⁰⁰ Cfr. Relazione di accompagnamento al progetto dell'*arrêté fédéral (Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance)*, *passim*, reperibile a <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/561.pdf>.

¹⁰¹ Cfr. Tribunale di Trento, Sezione distaccata di Cavalese, Giudice tavolare, 20 luglio 2004, in *Trusts e att. fid.*, 2004, p. 573 ss.; Tribunale di Trento, Sezione distaccata di Cles, Giudice tavolare, 7 aprile 2005, *ivi*, 2005, p. 406; Tribunale di Trento, Sezione distaccata di Cles, Giudice tavolare, 25 gennaio 2006, *ivi*, 2006, p. 419; Tribunale di Rovereto, Giudice tavolare, 28 ottobre 2005, *ivi*, 2006, p. 420; Tribunale di Trieste, Giudice tavolare, 23 settembre 2005, *ivi*, 2006, p. 417.

¹⁰² Tribunale di Belluno, decr. 25 settembre 2002, in *Riv. not.*, 2002, p. 1538 ss., con nota critica di M. DOLZANI.

Ora, il Tribunale respinse il reclamo reputando non ammissibile la pubblicità della qualifica di *trustee* per ragioni di ordine sistematico e per ostacoli puntuali.

Così, in prospettiva generale, il giudice interpella l'inciso finale dell'art. 12 della Convenzione ricordando acriticamente come fosse stato pensato ad usbergo delle esigenze del sistema tedesco dei libri fondiari; le considerazioni sopra esposte hanno però mostrato che nella legge tavolare italiana non si ripeta il medesimo bisogno, essendo strutturato diversamente il trasferimento del diritto¹⁰³.

Passando a valutazioni più analitiche (per la verità esposte prioritariamente in sentenza), il Tribunale reputa che non vi sia modo di rendere nota la qualifica di *trustee* né nella forma dell'annotazione né in quella dell'intavolazione.

In particolare, si argomenta che il difetto di un adattamento legislativo, almeno nel sistema della trascrizione, rende problematica la connotazione trustiana della proprietà non potendo l'art. 12 della Convenzione essere ricondotto all'ambito di applicazione dell'art. 20 lett. h) L. tav.

Per altro verso, un'intavolazione che riportasse espressamente la posizione di fiduciario non basterebbe a rendere i terzi edotti dei limiti del potere di disposizione di costui in quanto «l'iscrizione assorbe in sé il contenuto del titolo esentando dal risalire allo stesso per completare la conoscenza del suo contenuto».

In realtà, l'art. 12 appare un dato formale adeguato a legittimare l'annotazione del *trust* nei libri fondiari, posto che l'art. 20 lett. h) invoca ogni legge «*successiva*» che ammetta la pubblicità, e tale è in definitiva la L. 364/1989 che dà esecuzione alla Convenzione dell'Aja. Il problema è invece, come già notato, che tale pubblicità da sola non può produrre l'effetto voluto stante l'art. 2740, ma questo è un ostacolo di ordine generale.

Qualora invece si optasse per la formalità dell'annotazione, la conclusione del Tribunale di Belluno dovrebbe essere ugualmente respinta. Se è vero infatti che in generale la pubblica fede copre solo il libro maestro, vi è tuttavia modo attraverso l'art. 5 L. tav. (confuso nel passo della sentenza in esame con l'art. 5 R.d. 499/1929) di estendere questo effetto al contenuto degli atti depositati nella raccolta dei documenti, come accade sovente per le servitù, rendendo così rilevanti nei confronti dei terzi i limiti al potere di disposizione del *trustee*.

¹⁰³ Cfr. anche M. DOLZANI, *Trust immobiliare in regime tavolare*, nota a Tribunale di Belluno, decr. 25 settembre 2002, in *Riv. not.*, 2002, cit., p. 1564.

Il problema del rispetto dell'art. 2740 viene trascurato altresì dalle successive decisioni propense ad aprire il libro fondiario al *trust*.

A quanto consta, il nuovo corso è avviato dal Giudice tavolo del Tribunale di Trento - Sezione distaccata di Cavalese con decreto del 20 luglio 2004.

A parte l'apprezzamento per talune recenti innovazioni del nostro ordinamento che avrebbero «efficacemente iniziato un'opera di demolizione» del principio di tipicità dei diritti reali, affermazione che da parte di un giudice tavolo desta un certo stupore, risultano opinabili più considerazioni.

L'annotazione del *trust* (anche in questo caso interno) viene ordinata muovendo dal presupposto che nell'ordinamento comune la pubblicità dell'istituto sarebbe ammissibile in applicazione di almeno due disposizioni. In primo luogo l'art. 12 della Convenzione; si evoca poi l'art. 2645 c.c. asserendo «il *trust* produce parte degli effetti tipici dei contratti di cui all'art. 2643 c.c.».

Questo secondo riferimento non può integrare un fondamento attendibile per la annotazione del *trust*: affinché infatti un atto possa essere trascritto ai sensi dell'art. 2645 è infatti indispensabile che i suoi effetti siano del tutto identici, e non solo in parte, a quelli degli atti enunciati dall'art. 2643¹⁰⁴. Di contro, nel diritto generale il *trust* è trascrivibile già in base all'art. 2643, n. 1, colla integrazione della particolare qualifica di fiduciario «che nulla toglie e nulla aggiunge alla titolarità reale»¹⁰⁵.

E proprio con riguardo al problema della natura della separazione patrimoniale indotta dalla pubblicità del *trust*, la decisione manifesta gravi difficoltà concludendo per la realtà guadagnabile mediante l'applicazione analogica dell'art. 2647. Simile idea, da una parte, conferma l'insufficienza della Convenzione e più precisamente dell'indicazione della qualità di *trustee* a produrre l'effetto di separazione in difetto di supporti di diritto interno; dall'altra risulta assai problematica in quanto *trust* e fondo patrimoniale sono assai meno simili di quello che potrebbe apparire a tutta prima¹⁰⁶, ma soprattutto l'art. 2647 è una disposizione che partecipa alla creazione di un effetto eccezionale e come tale non suscettibile di analogia.

Il decreto in esame induce infine a considerare un profilo tavolaristico di peculiare

¹⁰⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, cit., p. 17.

¹⁰⁵ C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., p. 1331.

¹⁰⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, cit., p. 446 s.

importanza e problematicità.

Il *trust* si presentava come interno e autodichiarato. Ora, in vicende come queste il giudice tavolo dovrebbe impiegare a fondo i più ampi poteri di cui dispone per verificare i profili della causa dell'atto e accertarsi che non si traduca nell'elusione di norme imperative, in particolare circa il divieto di patti successori o di sostituzione fedecommissaria, ai quali, come noto, il *trust* ben si presta¹⁰⁷. Si tratta solo di interpretare seriamente il criterio della «*valida causa*», la quale manca nelle ipotesi appena formulate producendosi un effetto in frode alla legge¹⁰⁸; l'ordinamento tavolo assolverebbe così la sua funzione precipua di evitare le ripercussioni negative sui traffici di un accertamento postumo della causa di invalidità, ovvero quando sono ormai maturati degli affidamenti.

Il problema sarà approfondito più diffusamente nello sviluppo del § con riferimento all'art. 2645 *ter*.

Il problema decisivo della natura reale o obbligatoria della destinazione trustiana è affrontato in modo non raccomandabile anche dal decreto del Giudice tavolo del Tribunale di Trieste del 23 settembre 2005, che tra l'altro dispone l'intavolazione del diritto di proprietà in capo al *trustee* con tale qualifica¹⁰⁹.

Nella parte della sentenza dedicata agli aspetti pubblicitari, si sostiene che nel tavolo «la nota problematica sulla natura obbligatoria o reale dei vincoli imposti al *trustee* assume valenza piuttosto teorica» in quanto, mediante il presidio dell'art. 94 L. tav., il giudice potrebbe in ogni caso impedire che abbiano corso atti abusivi di disposizione posti in essere dal fiduciario¹¹⁰.

¹⁰⁷ Del resto anche la giurisprudenza ordinaria sottopone ad un giudizio rigoroso il *trust* autodichiarato, che il giudice tavolo avrebbe modo di esercitare anticipatamente. Ne è un recente esempio, Cass. penale, sez. V, 24 gennaio, 2011, n. 13276 in *Guida al diritto*, 2011, Dossier/7, p. 53; in materia di procedure concorsuali, cfr. Tribunale di Milano, sez. I, 16 giugno 2009, *ivi*, p. 66.

¹⁰⁸ Per esercitare proficuamente il controllo, la giurisprudenza tavolo (Tribunale di Trieste (decr.), 7 aprile 2006, in *Trusts e att. fid.*, 2006, p. 417 s.) esige che la domanda sia giustificata non solo allegando l'atto di dotazione col quale si inverte il trasferimento del diritto al trustee, ma anche il negozio istitutivo. Cfr. L. PELLEGRINI, *Negoziato di dotazione del trust e controllo sostanziale del giudice tavolo*, *ivi*, 2006, p. 528 ss.

¹⁰⁹ In *Riv. notariato*, 2006, p. 795, con nota di L. PELLEGRINI e in *Corr. merito*, 2005, p. 1277, con nota S. BARTOLI. Analogamente, Tribunale di Trieste (decr.), 19 settembre 2007, in *Foro it.*, 2009, p. I, c. 1555 ss., analizzato in seguito.

¹¹⁰ Sorprendente e non del tutto chiaro nella sua valenza è pure l'argomento con cui la tesi viene conestata: «non si dimentichi» - soggiunge il decreto - «che il regime tavolo sconosce l'istituto della vendita a non domino» (sic). L'idea appare di nuovo in un decreto del medesimo Tribunale del 19 settembre 2007, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1555 ss., oggetto di analisi successivamente nel

Orbene, la forzatura dell'art. 94 non è accettabile; i limiti alla capacità o alla legittimazione che il giudice tavolo deve considerare sono quelli che, ove si desse luogo al trasferimento, potrebbero successivamente sanzionarne l'inefficacia imponendo la restituzione del bene. Ma se un vincolo ha natura obbligatoria, la sua unica conseguenza, in caso di inadempimento, è il risarcimento del danno, senza influire sulla circolazione giuridica e pertanto non può costituire un ostacolo alla intavolazione a favore del terzo acquirente.

L'introduzione dell'art. 2645 *ter* ha ultimamente riposizionato l'autonomia privata nel confronto col principio della responsabilità patrimoniale universale del debitore sollecitando in special modo l'ordinamento della pubblicità immobiliare.

La collocazione dell'articolo è peraltro decettiva rispetto a quanto dispone: le nuove norme non si dipanano nella sola dimensione delle fattispecie secondarie, ma viene accreditata la figura sostanziale dell'atto di destinazione¹¹¹, dalla cui trascrizione sortisce l'effetto dell'«opponibilità» ai terzi¹¹².

Vi sono quindi due profili condensati nella norma: il negozio con cui il conferente assegna beni immobili o mobili registrati al soddisfacimento dei bisogni di taluni soggetti mantenendone la titolarità, cui «può», come singolarmente si esprime il testo legislativo¹¹³, fare seguito la trascrizione onde conseguire autonomia giuridica dal residuo patrimonio del conferente¹¹⁴.

La natura del vincolo – reale o obbligatorio – che si costituisce con l'atto di

paragrafo.

¹¹¹ Invero, uno dei profili più discussi è se l'art. 2645 *ter* presenti una disciplina sostanziale dell'atto di destinazione o se di questo ne tracci solo gli effetti. Riferimenti alla questione in dottrina e nelle prime decisioni della giurisprudenza in G. RISPOLI, *L'applicazione dell'art. 2645-ter: involuzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 2011, VI, p. 319 ss.

¹¹² Nel rapporto tra il conferente e il beneficiario è astrattamente ipotizzabile un effetto separativo prima della trascrizione, ma non avrebbe utilità alcuna. Cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 182 s.

¹¹³ Sulla peculiarità di tale formulazione nel sistema della pubblicità, cfr. G. GABRIELLI, *La nuova pubblicità immobiliare dei vincoli di destinazione con particolare riguardo al sistema dei libri fondiari*, in *Attualità e prospettive del libro fondiario*, Atti del Convegno (Riva del Garda, 25 novembre 2006), p. 81 ss.

¹¹⁴ Invero, è sembrato più preciso parlare di «inespropriabilità soggettiva relativa» e non di separazione patrimoniale, atteso che i creditori personali del conferente non possono aggredire i beni destinati, mentre per i creditori il cui titolo sia in relazione con i beni separati nulla impedisce di soddisfarsi pure sul residuo patrimonio del conferente. Cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 181.

destinazione è subito apparsa e rimane materia controversa; in questa sede conta soprattutto verificare l'eco delle principali posizioni emerse in dottrina sul sistema dei libri fondiari e a questo fine verranno richiamate, affidando al dibattito generale l'approfondimento nel merito.

Orbene, un orientamento, prendendo le mosse dalla rilevazione per cui l'art. 2645 *ter* rilascia una disciplina atipica nel contenuto, ha concluso per l'inidoneità della norma ad inoculare un nuovo vincolo reale posto che «al di fuori della tipicità il vincolo di destinazione ha carattere obbligatorio»¹¹⁵. Si trae come conseguenza che la trascrizione dell'atto di destinazione è sottratta al principio di priorità espresso nell'art. 2644 e risulta opponibile ai terzi acquirenti che non solo hanno trascritto, ma anche hanno acquistato dopo, considerato che «chi ha alienato, non essendo più, in virtù dell'art. 1376, proprietario, non può assumere vincoli obbligatori con riguardo al bene»¹¹⁶. Insomma, si tratterebbe di una opponibilità assai meno intensa di quella riservata dall'art. 2644 agli atti relativi a diritti reali la quale può invece rovesciare le posizioni costituite in applicazione delle regole primarie.

Agli antipodi, si sostiene che l'art. 2645 *ter* avrebbe introdotto il diritto di segnalare «atti modificativi dell'ordinario contenuto del diritto di proprietà»¹¹⁷; più precisamente, si tratterebbe di un vincolo reale, insignito di rilievo pubblicitario che per l'innanzi era riservato soltanto alla modificazione dei diritti reali minori (art. 2634 nn. 2, 4). Si sarebbe inoltre infranto il principio di tipicità delle ipotesi di separazione patrimoniale, essendo la causa della destinazione rimessa in definitiva all'autonomia privata¹¹⁸.

Altri, infine, hanno reputato come obbligatorio il vincolo scaturente dall'atto di destinazione, ma capace di trasfigurarsi in reale se trascritto nei pubblici registri¹¹⁹. A questo riguardo sembra tuttavia subito opportuno per un verso richiamare quella dottrina che invita a tenere distinte la questione della natura del diritto da quella della sua opponibilità «che risolve problemi conflittuali e circolatori»¹²⁰ e per l'altro ricordare che al sistema della trascrizione è estranea l'idea, presente invece nell'originaria legge tavolare ad es. per la prelazione, per cui la pubblicità può incidere sulla natura del diritto

¹¹⁵ *Ivi*, p. 166 s.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 179.

¹¹⁷ G. GABRIELLI, *La nuova pubblicità immobiliare dei vincoli di destinazione con particolare riguardo al sistema dei libri fondiari*, cit., p. 68.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 72 s.

¹¹⁹ Cfr. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 164, 190.

¹²⁰ F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 178 s.

trasformandola da obbligatoria in reale¹²¹.

Ove prevalesse la prima delle opinioni citate, nei libri fondiari si presterebbe la formalità dell'annotazione confermando la sua funzione di ponte con l'ordinamento generale. Le ragioni di opposizione derivanti dalla sede in cui è posto l'art. 2645 *ter* potrebbero essere superate con i medesimi argomenti spesi per la disposizione che lo precede.

In particolare, dando credito alla tesi per cui il vincolo rimane obbligatorio, l'annotazione può essere giustificata, ricorrendo ad una tradizionale classificazione¹²², in quanto induce una limitazione notevole del potere di godimento; non essendo tuttavia riportabile in punto di effetti all'art. 2644, nel caso in cui l'avente causa dal conferente intavolasse un diritto fondato su un titolo formato precedentemente alla destinazione e con essa incompatibile, può chiedere la cancellazione dell'annotazione del negozio di destinazione.

Qualora invece si affermasse l'idea della realtà del vincolo, si potrebbe, secondo alcuni, dare nuovo lustro alla figura dell'onere reale¹²³, invero evocata già nel diritto comune dove però difetta di un sicuro fondamento positivo. Di contro, l'art. 9 L. tav., in continuità con la legge austriaca, ne reca espressa menzione, per poi stabilirne una tutela al successivo art. 18 L. tav. Vi è nondimeno che l'onere reale consegnato dalla L. tav. si caratterizza in quanto impone al titolare passivo prestazioni periodiche¹²⁴, laddove nella disciplina dell'atto di destinazione il comportamento cui è tenuto il conferente consiste nel dimettere il godimento a favore dei beneficiari. Inoltre la prima dottrina ha messo in evidenza come l'onere reale sia forma giuridica elettiva per istanze che emergono nella tradizione consuetudinaria¹²⁵, il che ne spiega l'eccezionale ricorrere nella modernità. Per quanto dunque l'opinione sia suggestiva, sembra che un richiamo diretto alla figura dell'onere reale di cui all'art. 9 L. tav. non sia congruo per l'atto di destinazione,

¹²¹ Come spiegava N. COVIELLO, *Della trascrizione*², I, cit., p. 209 s.

¹²² Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. 176.

¹²³ Cfr. G. GABRIELLI, *La nuova pubblicità immobiliare dei vincoli di destinazione con particolare riguardo al sistema dei libri fondiari*, cit., p. 85.

¹²⁴ Cfr. E. NEUHOLD, *Compendio di diritto tavolare austriaco*, Zara, 1904, p. 116. Il profilo è messo in evidenza anche da L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1984, p. 7 s. e più di recente da M. COMPORTE, *Diritti reali in generale*², n. *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2011, p. 236 e p. 238 ove si conclude per l'impossibilità di leggere rapporti attuali alla stregua di tale istituto.

¹²⁵ Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. 151.

rimanendo così la rigida sequenza di diritti intavolabili un ostacolo all'iscrizione dell'atto di destinazione ove se ne assuma la natura reale.

Nell'applicazione dell'art. 2645 *ter* i libri fondiari, oltre alla capacità di assimilazione, esibiscono una potenzialità inedita rispetto alla trascrizione.

Invero, come già si diceva, ciò di cui il sistema tavolare non può essere privato è il controllo di legalità che conferisce pubblica fede alle scritture, ovvero quell'effetto positivo per cui i terzi possono assegnarvi pieno affidamento, laddove così non è per la pubblicità di diritto comune.

Tale risultato può essere raggiunto in quanto, mentre il conservatore verifica solo la regolarità formale, il giudice tavolare può spingere d'ufficio il suo controllo, al quale è subordinata l'iscrizione del diritto, al potere di disposizione della parte (art. 94 L. tav.) e alla causa del negozio (art. 26 L. tav.) e proprio quest'ultimo profilo viene particolarmente sollecitato dall'atto di destinazione.

L'art. 2645 *ter* richiama infatti l'art. 1322, co. 2, norma questa che, in una con l'art. 1325 n. 2, per quanto sembri incoraggiare l'interprete verso un'idea di causa come dimensione oggettiva e perciò non soltanto compatibile con l'ordinamento, ma socialmente apprezzabile, viene correntemente intesa nel significato di sufficienza della mera non illiceità, fino a ricomprendervi anche interessi futuri.

Non è questo il luogo per affrontare il punto; nondimeno, anche si volesse condividere l'interpretazione invalsa dell'art. 1322 c.c., la stessa non può valere quanto all'art. 2645 *ter* per la precisa ragione che in tale articolo l'interesse è rivolto in modo qualificato «*a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone*». Più esattamente, si deve rammentare come la norma fu pensata con riguardo alle persone con disabilità, per poi essere imposta l'attuale formulazione che svisciva la *ratio essendi* della regola privando di incidenza il riferimento ai disabili; si arriva anzi al paradosso per cui «i disabili...sono gli unici a dover allegare la propria condizione (disabilità) quale ulteriore requisito rispetto alla meritevolezza degli interessi perseguiti, mentre tutti gli altri possono limitarsi al requisito della meritevolezza»¹²⁶.

Tale deprecabile esito può essere scongiurato solo attraverso una interpretazione della norma che valorizzi il criterio della meritevolezza degli interessi nel senso di escludere il riconoscimento di negozi di destinazione che perseguano una funzione, non

¹²⁶ A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 53.

accostabile per importanza, a quella della tutela della persona con disabilità¹²⁷.

L'esigenza di una interpretazione «forte» del requisito¹²⁸, oltre a permettere all'art. 2645 *ter* di recuperare dignità, è indotta dall'esigenza di tutela dei terzi e in particolar modo dei creditori, tanto più che la disposizione avalla un regime di atipicità delle cause di separazione patrimoniale, essendo solo formale l'ossequio all'art. 2740 onde se si «consentisse la separazione in considerazione di qualunque destinazione lecita, dovrebbe riconoscersi una illegittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina dei casi di separazione già specificatamente previsti dalla legge, in considerazione di destinazioni da quest'ultima direttamente individuate»¹²⁹.

Nella pubblicità della trascrizione tuttavia tale controllo non è realizzabile in modo proficuo; non sembra si possa contare sulla selettività del rogito notarile¹³⁰, mentre il controllo giudiziale è solo eventuale.

Il sistema tavolare disporrebbe invece dello strumento per costruire «un argine»¹³¹ contro gli abusi essendo l'intavolazione subordinata alla verifica della causa da parte del giudice tavolare.

Il tenore dubitativo dell'affermazione riflette il trovarsi della questione ad un bivio cruciale e la strada eletta segnerà in modo determinante lo sviluppo dell'ordinamento dei libri fondiari.

Ora, l'art. 26, co. 2 L. tav. occupandosi dei titoli per l'iscrizione appone una disposizione rilevante in modo specifico per quelli di natura negoziale stabilendo che «*trattandosi dell'acquisto o della modificazione di un diritto tavolare gli atti devono*

¹²⁷ In particolare, dovrebbero essere reputati come meritevoli quegli interessi che si riferiscono a «principi etici di carattere solidaristico» secondo F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 169 s.; cfr. anche G. GABRIELLI, *La nuova pubblicità immobiliare dei vincoli di destinazione con particolare riguardo al sistema dei libri fondiari*, cit., p. 76. Simile idea esce rafforzata dal confronto con l'art. 1379: se per costituire un divieto di alienazione con efficacia meramente obbligatoria è necessario «un apprezzabile interesse», tanto più qualificato dovrà essere l'interesse ove tale vincolo lo si voglia opporre ai terzi, come osservato da A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1000.

¹²⁸ La quale sembra trovare il favore della dottrina maggioritaria. Ampi riferimenti bibliografici in S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, p. 162.

¹²⁹ Così G. GABRIELLI, *La nuova pubblicità immobiliare dei vincoli di destinazione con particolare riguardo al sistema dei libri fondiari*, cit., p. 74; cfr. anche A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 53; M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 68.

¹³⁰ Cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 171 s.

¹³¹ L'espressione è di A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 52.

*contenere una valida causa»*¹³².

L'esatta estensione del potere così attribuito al giudice tavolare è uno dei problemi meno esplorati della materia che su questo punto è proceduta seguendo pochi e dubbi accenni della prima dottrina; in particolare, il requisito veniva compendiato nell'idea per cui dovessero essere respinti i negozi astratti¹³³.

Il successo dell'idea per cui la tipicità sia sicuro indice della liceità della causa, in una colla tendenza della giurisprudenza a ricondurre le fattispecie entro i tipi contrattuali accreditati¹³⁴, rendeva poi di scarso interesse l'esame della norma; e, infatti, fu solo all'imbrunire di questa concezione che viene proposto nel dibattito tavolare di meglio esaminare l'art. 26, co. 2 L. tav.¹³⁵.

L'opinione che venne formulata in quell'occasione se per un verso confermava complessivamente l'assunto tratteggio secondo cui «il giudice tavolare potrà controllare se l'atto negoziale in base al quale viene richiesta l'iscrizione esprima o meno una valida causa che lo sorregge e se questa causa sia o meno *valida* formalmente, senza poter indagare se la causa apparente del negozio sussista effettivamente»¹³⁶, per l'altro presentava interessanti spunti evolutivi.

In particolare, con riguardo all'applicazione dell'art. 1344 c.c., le difficoltà di una verifica della natura fraudolenta del negozio non vennero repute come immediato corollario del carattere formale del controllo, ma ascrivibili al fatto che mentre l'elusione si attua di sovente collegando più atti, nel giudizio tavolare viene valutata soltanto la parte dell'operazione che investe i diritti reali immobiliari sicché può sfuggire la generale

¹³² La disposizione si riferisce espressamente alle intavolazioni (e alle prenotazioni); è nondimeno rilevante anche ove si concluda per la natura obbligatoria del vincolo e conseguentemente per il ricorso alla formalità dell'annotazione in quanto l'art. 52, co. 2 L. tav. nel richiamare l'art. 20 L. tav., pur non stabilendo come indefettibile il rispetto di tutti i requisiti per l'intavolazione, a differenza del co. 1, esige comunque la presenza degli elementi necessari per lo specifico atto (cfr. S. QUARANTOTTO, *L'istituto del libro fondiario ovvero il sistema tavolare di pubblicità vigente nelle nuove provincie d'Italia*, Trieste, 1963, p. 59) e tale è la causa, per di più specialmente qualificata, in ordine all'atto di destinazione. Dal punto di vista sostanziale si dovrebbe inoltre considerare che l'annotazione secondo l'art. 2645 *ter* produce effetti assai più prossimi alle figure descritte all'art. 19 L. tav. risolvendosi in una forte compressione del potere di godimento sul bene e, come notato, tali vincoli sono sottoposti ai medesimi presupposti per l'intavolazione.

¹³³ Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, cit., p. 201.

¹³⁴ Come notava R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 790 ss.

¹³⁵ Si tratta di L. GUGLIELMUCCI - M. BASSI, *Osservazioni sul progetto di riforma del R.d. 28.3.1929*, n. 499, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trento, ottobre 1971), Trento, 1972, p. 115 ss.

¹³⁶ *Ivi*, p. 117 s. Più di recente la medesima posizione è espressa in G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 384; e sembra in M. CUCCARO, *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano, 2010, p. 81.

funzione illecita. Ciò però implica che quando la frode emerga già dagli atti, il giudice possa respingere la domanda siccome fondata su una causa invalida, a dispetto di quella dichiarata, il che però significa accedere all'idea di un controllo nel merito¹³⁷.

Ancor più significativo è il passo successivo riferito ai negozi atipici rispetto ai quali la mancanza di causa è stata precisamente individuata «quando il negozio non è diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela»¹³⁸. «Nell'ipotesi» - si aggiunge - «che venga sottoposto all'esame del giudice tavolare un negozio di questo tipo, sembra esatto affermare che il giudice possa accertare il difetto e rifiutare l'iscrizione, pur mantenendosi sempre nell'ambito del controllo formale a lui riservato»¹³⁹.

Il caso divisato ha prefigurato l'atto di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* che, tipico o atipico, per espressa volontà legislativa è comunque sottoposto proprio al parametro della meritevolezza qualificato dalla proiezione soggettiva a favore in special modo dei disabili di talché ove non si potesse formulare un giudizio di apprezzamento così calibrato l'intavolazione deve essere respinta.

Insomma, una cosa è il concetto di causa che ha quel significato che il diritto comune viene elaborando e non cambia per il diritto tavolare, un'altra è il potere di controllo di tale causa che è invece tipico delle regioni ove sono impiantati i libri fondiari.

Né può essere opposto come risolutivo l'argomento per cui il giudizio tavolare avrebbe natura di volontaria giurisdizione con i limiti che ne derivano: l'idea è stata infatti messa in discussione¹⁴⁰.

Inoltre è soprattutto per altra via che può essere ritenuta la plausibilità del controllo del giudice tavolare sulla meritevolezza degli interessi.

Negando una piena applicazione della verifica di legalità si ferirebbe gravemente il principio di pubblica fede che meglio esprime lo spirito del sistema tavolare. In particolare, se il giudice non potesse verificare - naturalmente *ex actis* - la meritevolezza della causa e gli fosse pure precluso di respingere l'iscrizione in caso di accertamento negativo, verrebbe meno la funzione di questo procedimento che è quella di prevenire turbamenti nella circolazione giuridica.

¹³⁷ Ne è un esempio il decreto emesso in sede di reclamo dal Giudice tavolare di Bolzano n. G.N. 517/09, disponibile sul sito https://cert.provinz.bz.it/gbent/searchn/profilesearchact2.asp?RECENTLYDOCS=1&TIPORIC=SIMPLE_SEARCH&LANG=IT.

¹³⁸ L. GUGLIELMUCCI - M. BASSI, *Osservazioni sul progetto di riforma del R.d. 28.3.1929*, cit., p. 118.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Cfr. P. PAJARDI - M. GALIOTO, *I procedimenti camerali*, Milano, 1992, p. 289; G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 628 ss.

Il problema è stato deprecato nell'ordinamento comune dove si è sottolineata l'estrema criticità della novella a questo riguardo giacché finisce per affidare al notaio un compito che spetta al giudice senza però alcuna garanzia posto che il successivo controllo giudiziale, innescato dal sorgere di una controversia, potrebbe censurare ciò che al notaio parve idoneo¹⁴¹.

Orbene, sarebbe paradossale che il sistema tavolare, avendo gli strumenti per ridurre questi inconvenienti, rinunci ad applicarli e ciò sulla base di assunti sovente ripetuti, tuttavia mai dimostrati; come si è visto, la lettera dell'art. 26 L. tav. non fornisce indicazioni risolutive, mentre controverso è l'argomento che si richiama alla natura del procedimento.

Di contro, assumendo un approccio sistematico la verifica nel merito della causa viene declinata come naturale attuazione del principio di legalità.

Nella giurisprudenza tavolare, per questioni altre dall'art. 2645 *ter*, non sono mancate recentemente decisioni propense a valorizzare il controllo del giudice tavolare e comunque poco e punto compatibili con l'idea che «*valida causa*» significhi semplice enunciazione formale della causa del negozio.

Esempi si ritrovano con riguardo all'adeguatezza del corrispettivo.

Come noto, la giurisprudenza sanziona con la nullità i contratti di compravendita il cui prezzo sia simbolico¹⁴²; in taluni provvedimenti tavolari questo criterio è stato saggiamente messo a partito ora respingendo la domanda di intavolazione ora riformando in sede di reclamo provvedimenti che avevano negato l'intavolazione, ma solo dopo un esaustivo esame nel merito nella causa.

Come espressivo della tendenza può essere citato un decreto del Giudice tavolare di Bolzano¹⁴³.

Si trattava della compravendita di un terreno boschivo posto in alta montagna per un prezzo dichiarato assai inferiore a quello che oggettivamente poteva parere congruo;

¹⁴¹ Tali considerazioni sono formulate nel recente volume di R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*³, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. BESSONE, IX, Torino, 2012, 192 s. Deve inoltre essere tenuto in considerazione il problema della responsabilità disciplinare del notaio; cfr. M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, p. 23.

¹⁴² Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 agosto, 1993, n. 9144 in *DVD Jurisdata*.

¹⁴³ Tribunale di Bolzano, decreto G.N. 1702/05, disponibile sul sito https://cert.provinz.bz.it/gbent/searchn/profilesearchact2.asp?RECENTLYDOCS=1&TIPORIC=SIMPLE_SEARCH&LANG=IT. Meno convincente è il Decreto G.N. 2895/10 del medesimo Tribunale.

venne pertanto rigettata la domanda di intavolazione sul presupposto che simulasse una donazione la quale risultava comunque nulla per difetto di forma.

Il giudice del reclamo pervenne tuttavia ad un diverso esito e poté asseverare la causa espressa nel contratto valorizzando una serie di circostanze che vanno oltre il profilo formale e che consentirono di acclimatare concretamente la causa del negozio rendendo in definitiva plausibile il prezzo e più ampiamente la funzione dichiarata del contratto.

Un esame dunque tutt'altro che nominale della causa; ugualmente al giudice tavolare spetta di verificare la meritevolezza dell'interesse quando si tratti di negozi di destinazione.

Tale potere di controllo tuttavia sembra non essere stato messo a frutto.

Il primo provvedimento che ha preso in considerazione l'art. 2645 *ter* è un decreto del 7 aprile 2006 del giudice tavolare del Tribunale di Trieste¹⁴⁴.

Il ricorso ambiva in realtà ad ottenere l'intavolazione di un diritto di proprietà trasferito in adempimento di un *trust*; non essendo stato prodotto l'atto costitutivo, venne rigettato in quanto il giudice non poteva sottoporre ad esame, neppure in astratto, la causa.

Il Tribunale, pur rilevando l'impossibilità di interpellare l'art. 2645 *ter* in via di interpretazione della domanda, si sofferma sulla norma nuova per dimostrare che non consentirebbe comunque un diverso esito al caso.

Tra le affermazioni della sentenza sul punto, meraviglia la considerazione per cui una delle stranezze riscontrabili nell'art. 2645 *ter* riposa nel fatto che «mentre la costituzione di un *trust* interno merita un giudizio positivo di liceità mercè il semplice rispetto della Convenzione e del disposto dell'art. 16 della L. n. 218 del 1995 (limite dell'ordine pubblico), invece il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c. dovrebbe sperare nell'esito del vago giudizio di meritevolezza dell'interesse».

Ora, se è discutibile l'idea espressa nella sentenza circa il riconoscimento degli effetti del *trust*, ancora meno convincente è la conclusione per cui risulterebbe una discriminazione *in peius* del regime dell'art. 2645 *ter* rispetto a quello del *trust*: la giustapposizione tra le due figure è mistificante in quanto oblitera un dato essenziale, ovvero il derivare il primo da una fonte di diritto sostanziale interno, mentre il secondo

¹⁴⁴ In *Riv. not.*, 2007, p. 367 ss. con nota di E. MATANO.

di diritto internazionale privato. Inoltre al cittadino italiano non è affatto preclusa la costituzione di un *trust*, purché sussistano elementi di collegamento, diversi dalla mera legge, con un ordinamento straniero.

Rispetto poi al controllo di meritevolezza della causa, la *ratio* della previsione, rivelata dal riferimento agli interessi di persone con disabilità, se non ha esattezza matematica, non può nemmeno essere svilito come del tutto inidoneo a scrutinare la meritevolezza delle destinazioni patrimoniali, assicurando di contro una misura di apprezzamento abbastanza circoscritta e oggettivamente apprezzabile¹⁴⁵.

In un successivo decreto del medesimo Tribunale¹⁴⁶ è oggetto di nuovo esame il problema della verifica della causa nel *trust* e rispettivamente nell'atto di destinazione e si perviene ad un *revirement* delle statuizioni sull'anomalia del controllo causale richiesto dall'art. 2645 *ter*: il giudice pare ora propenso ad accreditare la tesi della dottrina che indirizza la soglia di meritevolezza verso l'orizzonte costituzionale.

Ma tale presa di posizione serve soprattutto per concludere *a contrario* che quando si tratta di *trust* sia sufficiente per il vaglio tavolare che non emergano «fini dichiaratamente illeciti». In altre parole, l'idea del Tribunale pare esigere che la causa attinga un interesse costituzionale se si intende conseguire la separazione patrimoniale di cui all'art. 2645 *ter*; rispetto ai *trust* la causa degraderebbe invece di qualità potendo essere rivolta anche ad «interessi esclusivamente egoistici e patrimoniali».

Tale criterio metodologico e in particolare la stigmatizzazione del controllo della funzione del negozio, il quale pare doversi intendere come verifica nominale della causa quando si tratta di *trust*, viene però seriamente messo in discussione nella sua attendibilità dall'esito pratico cui perviene.

¹⁴⁵ Per un tentativo di selezione degli interessi meritevoli a giustificare un atto di destinazione, tra quelli protetti dall'ordinamento, assumendo come misura la tutela delle persone con disabilità cfr. M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., p. 18 ss.

¹⁴⁶ Tribunale di Trieste (decr.), 19 settembre 2007, in *Foro. it.*, 2009, I, c. 1555. Col ricorso era stata domandata l'intavolazione di un diritto di proprietà a favore di una società di persone, in qualità di *trustee*, i cui esclusivi detentori del capitale sociale erano in pari tempo i *settlor*s. Il *trust* era stato costituito per assecondare i bisogni futuri di questi ultimi, una coppia di conviventi *more uxorio*. Tra i beneficiari vengono indicati anche i figli. Il giudice tavolare respinse la domanda come formulata, rilevando in particolare che il *trustee* godeva di incontrollata discrezionalità nell'amministrazione delle entrate del *trust*, a dispetto della legge inglese in materia di *Protective Trust*; il ricorso ebbe nondimeno esito favorevole, ritenendo il Tribunale di riconoscere, una volta espunta la clausola nulla, una forma di *trust* diversa da quella voluta dalle parti, ma comunque lecita e idonea a realizzare gli interessi divisati.

Il ricorso si risolve infatti con un provvedimento di accoglimento che dispone l'intavolazione del diritto a titolo di *trust* conseguendo così lo strano risultato per cui la condizione di convivenza *more uxorio* può contare su un regime di separazione patrimoniale più favorevole di quello che compete dalla famiglia fondata sul matrimonio attraverso il fondo patrimoniale, laddove un accertamento teso a verificare effettivamente, ma pur sempre *ex actis*, la validità non avrebbe tardato a svelare l'esistenza di una frode alla legge¹⁴⁷.

§ 19. *I diritti edificatori. Gli atti costitutivi di vincolo.*

Nel volgere di pochi mesi, ancora una volta con provvedimenti d'urgenza, sono state inoculate due nuove categorie di atti trascrivibili, l'una riferita ai «*diritti edificatori*» e l'altra ai vincoli di destinazione per interesse pubblico.

Con l'art. 5, co. 3 del D.l. 13 maggio 2011, n. 70 convertito nella L. 12 luglio 2011, n. 106, nella compassata sequenza dell'art. 2643, conservatasi immutata dalla promulgazione del libro sesto del codice, si sono intrusi al n. 2-*bis*) i contratti relativi ai «*diritti edificatori*», i quali non trovano alcuna impronta nel diritto civile sostanziale, ma conosciuti nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza.

Ciò a cui si allude, pur con terminologia innovata e profili originali, è essenzialmente il fenomeno dei trasferimenti di cubatura o volumetria attraverso i quali la potenzialità edificatoria spettante ad un fondo, viene a questo sottratta – per l'intero o parzialmente – e assegnata ad altro fondo, usualmente ubicato nello stesso comune, ma, sembra ora, non necessariamente nella stessa area urbanistica¹⁴⁸. In questo modo, il cessionario può soddisfare la dimensione volumetrica minima necessaria per costruire o avvalersi di una cubatura maggiore rispetto a quella che competerebbe al suo fondo, pur nei limiti massimi dell'indice di densità fondiaria.

Tali strumenti rappresentano uno sviluppo dell'idea, impressa alla disciplina edilizia a far data dalla L. 6 agosto 1967, n. 765, che conforma il diritto di costruire secondo

¹⁴⁷ Come la dottrina ha presto segnalato con riguardo all'art. 2645 *ter*; G. GABRIELLI, *La nuova pubblicità immobiliare dei vincoli di destinazione con particolare riguardo al sistema dei libri fondiari*, cit., p. 74 s.; A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., p. 54; M. BASSI, *Compendio di diritto tavolare*, Mariano del Friuli, 2010, p. 96.

¹⁴⁸ Si è parlato a riguardo di «perequazione sconfinata». Cfr. M. DE CARLI, *I diritti edificatori nella normativa e nella gestione urbanistica*, in M. DE CARLI (a cura di), *La libera circolazione dei diritti edificatori nel comune di Milano e altrove. Urbanistica, diritto civile, diritto amministrativo, fiscalità, catasto, servizi al mercato*, Milano, 2012, p. 35 s.

precisi indici edilizi fissati per zona¹⁴⁹.

Si tratta di una fattispecie che nella sua progressione si dipana in più ambiti dell'ordinamento, avendo le radici in un accordo tra privati, ma esigendo per il completamento un atto del potere pubblico; invero, per l'innanzi non era da tutti accreditata la rilevanza della fase privatistica, ritenendo che la vicenda si esaurisse nel solo atto amministrativo di attribuzione della cubatura a cui il cedente manifestava il proprio consenso¹⁵⁰.

Orbene, dalla sede dell'innesto è facile intuire come la novella tocchi il primo momento e precisamente renda possibile il rilievo pubblicitario del negozio di costituzione o cessione, così tacitando il dibattito sul punto della trascrivibilità e ancora prima avallando il ruolo dell'atto negoziale; la pubblicità di diritto privato è dunque parsa il mezzo più congruo per attingere «*certezza nella circolazione dei diritti edificatori*» (così l'art. 5), laddove il rinserrarsi della figura nel diritto pubblico non consentiva di avvertire i terzi circa i limiti alla facoltà di costruire gravanti sul diritto acquistato, salvo nelle poche regioni ove in via surrogatoria si era istituito su base comunale il registro dei crediti edilizi¹⁵¹.

L'emergere dell'atto privatistico di cessione permette in pari tempo di superare il ricorso a strumenti angusti per la vicenda in esame, come la servitù di non edificare, anche se per la verità possono persistere delle ipotesi in cui rimane necessario tale istituto¹⁵².

Per altro verso tuttavia si registra uno scarto tra l'alone di indeterminatezza rimasto su profili essenziali della disciplina e l'importanza del passo legislativo.

L'interprete si è in particolare trovato nella singolare situazione di dover ricostruire dalla dimensione delle fattispecie secondarie la natura del nuovo diritto, mentre tale

¹⁴⁹ Cfr. A. CANDIAN, voce *Trasferimento di volumetria*, in *Digesto civ., Aggiornamento*, I, Torino, 2000, p. 735 s. Sovente si spiega il fenomeno indicato col concetto di perequazione che tuttavia non risulta del tutto congruo, come rileva A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 131.

¹⁵⁰ Così, ad es., affermava Cass. civ., sez. II, 12 settembre 1998, n. 9081 in *DVD Jurisdata*.

¹⁵¹ Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, p. 849.

¹⁵² Ne accenna G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile. Primo semestre 2011*, in http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000515/Novita_%20normative%20secondo%20semestre%202011.pdf, p. 9.

aspetto era predefinito senza incertezze per le altre figure; inoltre per prendere posizione circa il carattere reale o obbligatorio del diritto è in questo caso non solo necessario confrontarsi col principio del numero chiuso dei diritti reali, ma pure, e forse per la prima volta, è stata messa in discussione l'inerenza come attributo necessario. Infatti, la cessione “in volo”, per usare il linguaggio invalso, del diritto edificatorio, se di questo se ne postuli il carattere reale, priva di attualità il rapporto tra titolarità e *res*.

Prima della riforma, per superare il vaglio del principio del numero chiuso dei diritti reali si era teorizzata la riconducibilità della cubatura alla categoria dei beni; l'idea è stata riproposta anche successivamente¹⁵³, benché oramai la sanzione legislativa della figura offra argomenti di rilievo su questo punto ove vi sia la persuasione del carattere reale del diritto.

Altra opinione ha invece dedotto l'esistenza di un nuovo diritto reale; in particolare si è trovato un argomento nel riferimento, introdotto dalla legge di conversione, ai contratti costitutivi di diritti edificatori: si è intesa la norma nel senso che le parti possano separare la facoltà di costruire dal diritto di proprietà rendendola una situazione giuridica autonoma e come tale suscettibile di successivi trasferimenti¹⁵⁴. La plausibilità del modello sarebbe attestata dal confronto con il diritto di superficie il quale altro non è che una facoltà edificatoria staccata dalla proprietà e costituita in autonomo diritto reale. Il vero punto di innovazione, sempre secondo la dottrina in parola, si registra invece rispetto al principio di inerenza che vedrebbe ridefinito il suo ambito di rilevanza in particolare venendone meno la necessità ai fini della circolazione del diritto¹⁵⁵.

È stato peraltro notato che la trascrivibilità dei contratti che costituiscono (o trasferiscono) diritti edificatori se impone senz'altro di abbandonare la prospettiva del contratto con effetti obbligatori a favore di quella del contratto con effetti reali, non è però decisiva in merito alla natura della situazione trasferita. Oggi, come prima della riforma, i diritti edificatori, a dispetto del termine «*costituiscono*», non sono nella disponibilità dei privati, ma attendono per inverarsi un provvedimento amministrativo

¹⁵³ Cfr. G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, cit., 2012, p. 880; A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 135 s. La tesi ha suscitato in letteratura varie riserve; ma ciò che risulta specialmente problematico è la rinuncia per tali «beni immobili virtuali» (*ibidem*) al coordinamento tra descrizione fisica (catasto) e effetti giuridici degli pubblicità, la quale alimenta l'incertezza nella circolazione dei diritti reali immobiliari che la novella vorrebbe invece attenuare.

¹⁵⁴ Così G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*. Atti del Convegno (Bari, 11 giugno 2011), Milano, 2012, p. 46 s., 49 s.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 52.

sicché ciò che rimane ceduto è in definitiva un interesse legittimo¹⁵⁶; inoltre, non potendosi ipotizzare nei rapporti con la pubblica amministrazione conflitti dirimibili secondo la logica a cui è informato l'art. 2644, la trascrizione dell'atto costitutivo risulta in definitiva un elemento avulso in quel contesto¹⁵⁷. Ma anche per gli atti che trasferiscono o modificano i diritti edificatori, la pubblicità e la sottoposizione alla regola circolatoria tipica dei diritti reali non ne giustifica la riconduzione a questi ultimi: «una cosa infatti è l'opponibilità, altra cosa è la realtà»¹⁵⁸.

Anche l'accostamento al diritto di superficie sollecita invero considerazioni che depongono a sfavore dell'idea che il diritto edificatorio abbia natura reale; il diritto di superficie non consiste in un diritto di costruire “ambulatorio”, ma deve essere esercitato sul suolo di titolarità del concedente sicché si configura più come un limite della proprietà sotto il profilo della inerente facoltà di costruire¹⁵⁹. Ciò comporta che per il diritto di superficie sia presente il carattere dell'inerenza certa al bene, circostanza che poté spingere il legislatore del 1942 a nominarlo e a renderlo passibile di ipoteca, pure quando si presenta nella forma di concessione *ad aedificandum*¹⁶⁰. In verità, il codice fu anticipato dalla legge tavolare che, per la prima volta nell'ordinamento civile, all'art. 9 già enumerava tra i diritti intavolabili la superficie che, per le caratteristiche richiamate, incontra perfettamente lo spirito del diritto tavolare.

Di contro, il diritto edificatorio, specialmente quando in volo, rende problematica la sua pubblicità in primo luogo nel sistema della trascrizione: la natura personale dei registri se supera il problema del necessario legame tra iscrizione e bene, deve comunque misurarsi con l'art. 2659¹⁶¹. Bisogna inoltre rilevare come sia ancor più critica la possibilità di procedere a pignoramento e a ipoteca¹⁶².

Si tratta, nell'insieme, di una serie di indici eccentrici rispetto alle ragioni che

¹⁵⁶ Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, in *Giust. civ.*, 2012, 3, II, p. 107 ss.

¹⁵⁷ *Ivi*, p. 118 s..

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 106.

¹⁵⁹ Cfr. G. GIACOBBE, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. CICU - F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2003, p. 60 s., 65 ss. ed *ivi*, p. 187, si ricorda pure come i tentativi compiuti in passato di ricondurre la cessione di cubatura al diritto di superficie non abbiano ottenuto consenso in dottrina. Tale impressione è in continuità con la prima letteratura sul punto; ne è un saggio L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*², Milano, 1944, p. 314.

¹⁶⁰ E proprio l'ipotecabilità rimanda alla natura reale del diritto. Cfr. G. PUGLIESE, *Della superficie*, in F. DE MARTINO - R. RESTA - G. PUGLIESE, *Della proprietà. Art. 810 - 956*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1976, p. 568 s.

¹⁶¹ Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, cit., p. 114.

¹⁶² *Ivi*, p. 9, 13; G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile. Primo semestre 2011*, cit., p. 9.

potrebbero confortare l'interprete nell'idea della realtà del diritto e che pertanto sospingono verso la convinzione che la novella abbia posto nella serie dell'art. 2643 inediti contratti dispositivi di interessi legittimi, la cui trascrizione è necessaria ai fini dell'opponibilità, ovvero per sciogliere un conflitto tra più cessionari e con i creditori del cedente, che altrimenti sarebbero rimessi alla priorità di formazione dell'atto amministrativo.

Rispetto ai diritti reali, la regola dell'art. 2644 potrebbe però essere insufficiente per la tutela del primo cessionario: qualora infatti il concedente medesimo o altro cessionario, anche senza aver trascritto il diritto edificatorio, si avvalsesse della cubatura trasferita, a poco gioverebbe una trascrizione tempestiva non potendo quella volumetria essere due volte concessa dal Comune¹⁶³.

Pure incerta è la questione dell'opponibilità del *quantum* edificatorio trasferito¹⁶⁴.

Venendo ora ai profili tavolaristici, anche in questa circostanza la norma nuova è intercettata dall'art. 12 R.d. 499/1929 e pertanto deve essere controllata l'effettiva conformità con l'ordinamento tavolare.

In merito, ove si reputino assenti i caratteri di diritto reale, si deve *in limine* negare l'accesso al libro fondiario nella forma dell'intavolazione.

L'occasione di raccordo con il diritto comune si trova allora ricorrendo all'annotazione, quale specie di pubblicità deputata a segnalare incisive limitazioni al potere di godimento del diritto tavolare.

Pur potendosi ascrivere alle classificazioni di riferimento, l'annotazione della cessione di cubatura nel foglio degli aggravati lascia peraltro sporgere un tratto inedito: per la prima volta si darebbe pubblicità ad un atto che non costituisce un diritto (nemmeno obbligatorio), ma una mera aspettativa, per volgere in linguaggio civilistico la posizione di interesse legittimo¹⁶⁵, destinata a compiersi solo dopo il rilascio del conforme provvedimento amministrativo. A tale riguardo sembra che l'art. 20 lett. h) non frapponga ostacoli: la disposizione in parola non pone filtri rispetto alle situazioni giuridiche prodotte dagli atti annotati.

¹⁶³ Secondo alcuni il certificato di destinazione urbanistica o l'ancora più recente art. 2645 *quater* potrebbero essere d'aiuto. Così L. RESTAINO, *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, in http://www.e-glossa.it/wiki/natura_giuridica_dei_diritti_edificatori_profili_i_potecari,_catastali_e_fiscali.aspx.

¹⁶⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, cit., p. 115.

¹⁶⁵ *Ivi*, p. 107

Risulta inoltre singolare il fatto che l'annotazione, pur essendo pubblicità di un atto preparatorio, debba permanere anche dopo che è portata a compimento la fattispecie (ovvero al momento della concessione di una cubatura incrementata al concessionario); rimane necessario avvertire i terzi che il corpo tavola nella partita del cedente ha perso potenzialità edificatoria. A questo riguardo potrebbe essere opportuno segnalare nell'annotazione l'avvenuto completamento del procedimento.

Solo nell'ipotesi in cui non si completi fattispecie per scioglimento del contratto di trasferimento del diritto edificatorio o per diniego da parte dell'autorità comunale, si pone la questione della cancellazione dell'annotazione per la quale manca una specifica previsione nel diritto comune, ma che, ove disposta, parrebbe non violare il principio di tassatività.

Bisogna peraltro considerare che l'art. 20 L.t., al pari dell'art. 9 per l'intavolazione, è inderogabile nella previsione per cui l'atto o il fatto oggetto di annotazione deve riferirsi a beni immobili, essendo questo un principio della base reale dei registri.

Tale netta indicazione impone che l'annotazione possa essere concessa solo ove si enunci contestualmente la partita tavola di - sperato - atterraggio. Da tale requisito deriva l'impossibilità di segnalare i diritti in volo. Né, se si assume la natura obbligatoria dei diritti edificatori, si può contare sull'art. 22 L.t.; in realtà anche postulandone la realtà, tale disposizione non può essere utilmente richiamata posto che l'intavolazione immediata del diritto dell'ultimo acquirente presuppone che i diritti tavolari intermedi, la cui pubblicità viene omessa, siano suscettibili di intavolazione, mentre i passaggi del diritto in volo non lo sono proprio per la mancanza di inerenza ad un bene; tali diritti non potrebbero essere iscritti e pertanto la domanda presentata secondo l'art. 22 L.t. deve essere respinta¹⁶⁶.

L'art. 2645 *quater* è stato introdotto dalla L. 26 aprile 2012, n. 44 di conversione del D.l. 2 marzo 2012, n. 16 in materia tributaria.

La disposizione si riferisce ai vincoli pubblici di destinazione, oggetto negli ultimi tempi di una certa attenzione sollecitata anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁶⁷; l'intervento del legislatore era inoltre atteso nella prassi giacché dalle

¹⁶⁶ Cfr. M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Trentino*, cit., p. 193.

¹⁶⁷ Cfr. in particolare Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 318, in *Giur. cost.*, 2009, 6, p. 4792 ss. con nota di L. BRUNETTI; Corte cost., 28 marzo 2003, n. 94, in *Foro. it.*, 2003, I, 2, c. 1308 ss.

amministrazioni interessate promanavano indicazioni confliggenti¹⁶⁸.

La novella, se permette di puntualizzare alcune delle questioni, non ne dipana altre di importanza primaria.

In particolare, dal tenore, non così perspicuo della norma, si traggono come elementi definiti: le fonti normative che legittimano la trascrizione, i titoli idonei, la finalità che debbono essere perseguite, gli enti che ne possono trarre profitto.

Rispetto a tali profili, è stata notata la problematicità della trascrizione imposta da leggi regionali; pur se riferita a materie di competenza dell'ente, interferirebbe con l'ordinamento civile generale, riservato allo Stato, ove, ad esempio, conformasse con caratteri eccentrici rispetto al diritto comune il regime di circolazione dei beni¹⁶⁹.

Ma la questione che richiama l'interesse maggiore è quella della funzione assunta in questa circostanza dalla trascrizione, non essendo espressamente enunciato dall'art. 2645 *quater*.

Invero, più indici cospirano nel senso di far ritenere che la trascrizione abbia in questo caso funzione di pubblicità notizia¹⁷⁰. A tale conclusione inducono in positivo la collocazione dell'articolo oltre la sfera di incidenza dell'art. 2644 e la qualificazione dell'incombenza pubblicitaria in termini di obbligo («*si devono trascrivere*»)¹⁷¹; per altro

¹⁶⁸ Oramai trent'anni fa era inoltre stata segnalata l'asintonia tra l'accrescersi dei vincoli pubblici a carico della proprietà privata e la loro pubblicità, cfr. G. BEVILACQUA, *Conoscenza dei vincoli urbanistici nel traffico giuridico immobiliare loro trascrizione o intavolazione*, in *Riv. giur. ed.*, 1983, II, p. 30 ss.

¹⁶⁹ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. trascrizione* diretto da E. GABRIELLI e F. GAZZONI, I, tomo II, Torino, 2012, p. 228 ss. Sul problema in generale, cfr. R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*³, cit., p. 5 ss., il quale esprime riserve rispetto all'indirizzo assunto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 318/2009. In dottrina il sistema tavolare è stato da taluni assunto come argomento per misurare la possibilità della legge regionale di occuparsi di diritti reali immobiliari (cfr. G. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 754 s.) In realtà, come pure si è notato (F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 227), il confronto non è indicativo in quanto la legge tavolare è di matrice nazionale sicché propriamente non si ha una competizione tra fonti.

¹⁷⁰ Così F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 235; B. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645 quater c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Notariato*, 6, 2012, p. 713 s. Di diverso avviso G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile. Primo semestre 2012*, <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000520/Novita%20normative%20primo%20semestre%202012.pdf>, p. 6, il quale reputa che la trascrizione sia necessaria ai fini dell'opponibilità del vincolo. Il richiamo a Corte Cost. n. 318/2009 non sembra tuttavia calzante; l'idea espressa in quella sentenza per cui la trascrizione del vincolo a parcheggio poteva essere ricondotta al criterio dell'art. 2644 mediante l'art. 2645 non può trovare conferma stante la sede assegnata alla regola nuova.

¹⁷¹ Sul punto, si rinvia a quanto osservato al § 4 nota 95. Pure in questi casi, soprattutto la legislazione regionale, assegna proprio all'ente pubblico l'obbligo di procedere a trascrizione, imponendo però il pagamento delle spese al privato. Un'ampia rassegna normativa si trova in G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e legislazione regionale*, in *Riv. not.*, 2009, p. 754 nota 47.

verso, vale la considerazione che ove il legislatore intenda far uso del criterio dell'opponibilità, è necessario una previsione espressa.

Anche la comparazione con l'ordinamento tavolare sollecita verso questa idea.

In quel sistema il problema della pubblicità dei vincoli pubblici non era affatto estraneo prima dell'introduzione dell'art. 2645 *quater* essendo invece un portato delle maggiori competenze attribuite agli enti locali ove sono impiantati i libri fondiari e la convinzione che è andata maturando accredita per tali iscrizioni una funzione di pubblicità notizia¹⁷².

Non si era inoltre mancato di sottolineare come anche rispetto a questa forma di pubblicità risultasse particolarmente utile il controllo del giudice tavolare in funzione di «selezione dei vincoli trascrivibili»¹⁷³ sotto il profilo di una sufficiente determinatezza.

L'annotazione dei vincoli pubblici quale forma di pubblicità notizia marca poi un profilo di originalità della legge tavolare italiana rispetto al modello consegnato dal diritto austriaco indotto dall'esigenza di assecondare i bisogni dell'economia moderna¹⁷⁴ e ultimamente di rimanere in pari con la legislazione generale¹⁷⁵.

¹⁷² Così G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 354. Riferimenti normativi alla legislazione locale, in particolare della Provincia di Bolzano, e giurisprudenziali in O. MENEGUS, *La legge tavolare. (Commento - Dottrina - Giurisprudenza)*, cit., 133 ss.; G. BEVILACQUA, *Conoscenza dei vincoli urbanistici nel traffico giuridico immobiliare loro trascrizione o intavolazione*, cit., p. 42 ss. Di recente la questione dei limiti della competenza regionale in materia tavolare è pervenuta alla Corte Costituzionale senza tuttavia concludersi con una pronuncia nel merito. Si trattava dell'art. 11, co. 1 e 2, L. Regione Friuli - Venezia Giulia 1 ottobre 2002, n. 25 (*Disciplina dell'Ente Zona Industriale di Trieste*; Art. 11: «1. Gli atti di trasferimento della proprietà e di costituzione di diritti reali, relativi agli immobili esistenti, esclusi quelli ad uso abitativo, nel proprio ambito territoriale sono approvati dall'Ente, a pena di nullità. 2. L'approvazione, che può intervenire anche successivamente agli atti stipulati fra privati, è annotata nel Libro Tavolare»). Il Tribunale di Trieste (ordinanza 14 novembre 2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1369 ss. con nota di D. MALTESE), trovandosi ad applicare la norma, ne sospettò l'illegittimità costituzionale in quanto, per ciò che qui interessa, si sarebbe introdotta una figura del tutto nuova di iscrizione, ma tale competenza spetterebbe solo allo Stato, mentre la Regione sarebbe legittimata a disciplinare gli aspetti amministrativi della tenuta dei libri fondiari. La Corte costituzionale (ordinanza 11 luglio 2003, n. 237 in *DVD Jurisdata*) si limitò tuttavia a disporre la restituzione degli atti, in quanto nel frattempo la Regione, in modo conforme ai suggerimenti della dottrina appena citata, riformò la norma espungendo la previsione dell'annotazione nel libro fondiario. Sul problema si veda tuttavia G. GABRIELLI - F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*², cit., p. 214.

¹⁷³ F. DIMORA MORVAY, *Il problema dell'annotazione nei libri tavolari dei vincoli di diritto pubblico*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubbl. dalla Regione Friuli - Venezia Giulia, s.d., p. 131.

¹⁷⁴ Cfr. A. GARGANO, *Carenze pratiche in tema di diritto di superficie, di convenzioni per l'urbanizzazione di aree, di concessioni su beni demaniali ed altre*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, cit., p. 114.

¹⁷⁵ Essendo mancato pure in questa circostanza un espresso raccordo con la legge tavolare, l'applicazione dell'art. 2645 *quater* può essere giustificata con gli stessi argomenti spesi per gli artt. 2645 *bis* e 2645 *ter*.

BIBLIOGRAFIA

AMADIO G., *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*. Atti del Convegno (Bari, 11 giugno 2011), Milano, 2012, p. 42 ss.

ASCOLI A., *L'ordinamento fondiario per la colonia eritrea*, n *Riv. dir. civ.*, 2 - 3, 1910, (estratto), p. 1 ss.

ASQUINI A., *Prefazione*, in M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina. Commento teorico - pratico al R.d 28 marzo 1929 n. 499*, Padova, 1932

ATTI DELLA COMMISSIONE DELLE ASSEMBLEE LEGISLATIVE CHIAMATA A DARE IL PROPRIO PARERE SUL PROGETTO DI CODICE CIVILE, *Libro delle cose e dei diritti reali (art. 2 della Legge 30 dicembre 1923 - II, n. 2814 e 3 della Legge 24 dicembre 1925 - IV, n. 2260)*, Roma, 1940

v. BAR C. - CLIVE E. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), V, München, 2009

BARALIS G., *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, p. 277 ss.

BARASSI L., *Diritti reali e possesso, I diritti reali*, I, Milano, 1952

BARASSI L., *Diritti reali e possesso, Il possesso*, II, Milano, 1952

BARTOLI S., *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011

BASEVI G., *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*², Milano, 1846

BASSI M., *Compendio di diritto tavolare*, Mariano del Friuli, 2010

BASSI M., *Il controllo del giudice tavolare e il principio di legalità. Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubbl. dalla Regione Friuli - Venezia Giulia, s.d., p. 176 ss.

BECHINI U., *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, p. 241 ss.

BEVILACQUA G., *Conoscenza dei vincoli urbanistici nel traffico giuridico immobiliare loro trascrizione o intavolazione*, in *Riv. giur. ed.*, 1983, II, p. 30 ss.

BIANCA M. - D'ERRICO M. - DE DONATO A. - PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006

BIGIAMI W., *Aggiunta per l'aggiunto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1144 s.

BIGIAMI W., *Postilla*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1952, p. 432 s.

BIGLIAZZI GERI L., *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XIV, Milano, 1984

BOCCHINI F. - QUADRI E., *Diritto privato*⁴, Torino, 2011

BONI C., *Dei libri pubblici*, in *Conferenze in tema di diritto tavolare*, pubbl. da

- Ministero di Grazia e Giustizia, Roma, 1940, p. 1 ss.
- BRESCH M., *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina. Commento teorico - pratico al R.d 28 marzo 1929 n. 499*, Padova, 1932
- BRUNELLI G., *Ancora sui libri fondiari e sulla buona fede*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1952, p. 425 s.
- BRUNELLI G., *I libri fondiari in Italia e la buona fede*, in *Foro it.*, 1951, IV, c. 102 ss.
- BRUNELLI G., *I libri fondiari...in mani inesperte*, in *Foro. It.*, 1951, IV, c. 160 s.
- BRUNELLI G., *L'irrilevanza della frode per i libri fondiari*, in *Giust. civ.*, 1964, IV, p. 94 s.
- BUSSI E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937
- CANDIAN A., voce *Trasferimento di volumetria*, in *Digesto civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, p. 735 ss.
- CANNATA C.A., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 2005
- CARABELLI A., *Il diritto ipotecario vigente nel Regno Lombardo-Veneto trattato in relazione alla universale giurisprudenza*, I, Milano, 1856
- CARLINI G. - TRASATTI C.U., *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in *Riv. not.*, 2005, p. 773 ss.
- CARNELUTTI C., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933
- CARNELUTTI F., *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 450 ss.
- CASTRONOVO C., *Acquisto «a non domino» e pubblica fede in tema di regolarizzazione del titolo di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1136 ss.
- CASTRONOVO C., *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 441 ss.
- CASTRONOVO C., in *Un contratto per l'Europa*, prefazione all'edizione italiana dei *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, Milano, 2001
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006
- CASTRONOVO C., *La responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 212 ss.
- CASTRONOVO C., *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Vita not.*, 2007, 3, p. 994 ss.
- CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 3, p. 1323 ss.
- CHENU P.J., *De la "transcription" a la "publicité foncière"*, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1960
- CHIANALE A., *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, (rist.) 2001, p. 290 ss.
- CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 673 ss.
- CHIANALE A., voce *Pubblicità immobiliare*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 126 ss.
- CHIRONI G.P., *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*², II, Milano Torino Roma, 1918
- CIAN G., *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996 n. 669)*, in

- Studium iuris*, 1997, p. 215 ss.
- CICU A., *Successione legittima e dei legittimari*², Milano, rist. 1947
- COLORNI V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954
- COMPORNI M., *Diritti reali in generale*², n. *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2011
- CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/561.pdf>
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Nuove regole per la proprietà immobiliare tra semplificazioni e garanzie*, 2012, http://www.notariato.it/export/sites/default/it/primo-piano/notizie/archive/pdfnotizie2012/Proposte_Notariato_Volume.pdf
- CORRADO R., *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947
- COVIELLO L., *La riforma della trascrizione secondo il decreto luogotenenziale del 9 novembre 1916 (all. H)*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, p. 740 ss.
- COVIELLO L., *Osservazioni sulla riforma della pubblicità immobiliare secondo il disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 9 febbraio 1905*, in *Temi Siciliana*, 1905, n. 9-10, p. 3 ss.
- COVIELLO L., *Pubblicità immobiliare e mala fede dell'acquirente*, Nota a Cass., sez. III, 3 novembre 1936, in *Giur. it.*, 1938, I, c. 337 ss.
- COVIELLO L., voce *Trascrizione*, in *NDI*, XII, Torino, 1940, p. 278 ss.
- COVIELLO N., *Della trascrizione*², a cura di L. COVIELLO, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. FIORE e continuato da B. BRUNI, parte XIII, voll. I - II, Napoli - Torino, 1924
- CROME C., *Parte generale del diritto privato francese moderno*, trad. it. con note di A. ASCOLI e F. CAMMEO, Milano, 1906
- CUCCARO M., *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano, 2010
- D'AMELIO M., voce *Apparenza nel diritto*, in *NNDI*, Torino, 1957, I, p. 714 ss.
- D'AMELIO M., voce *Pubblicità nei negozi giuridici*, in *NDI*, X, Torino, 1939, p. 969 ss.
- D'AMICO G., *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. not.*, 2011, p. 1271 ss.
- DAPRÀ S., *Il libro fondiario nelle nuove provincie e la sua popolarità nel trentino*, in *Riv. dir. agr.*, 1934, p. 585 ss.
- DE CARLI M., *I diritti edificatori nella normativa e nella gestione urbanistica*, in DE CARLI M. (a cura di), *La libera circolazione dei diritti edificatori nel comune di Milano e altrove. Urbanistica, diritto civile, diritto amministrativo, fiscalità, catasto, servizi al mercato*, Milano, 2012
- DE CUPIS A., voce *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc.dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 997 ss.
- DE FINA S., *Ancora su di un principio frainteso: la pubblica fede nel sistema tavolare*, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, c. 779 s.
- DE FINA S., *Sistema tavolare e buona fede*, in *Foro pad.*, 1961, I, c. 1461 ss.

- DE FINA S., *Un principio frainteso: la pubblica fede nel sistema tavolare*, in *Foro. it.*, 1951, IV, c. 132 ss.
- DI MAJO A., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, 5, p. 514 ss.
- DI SIMONE M.R., *L'introduzione del codice civile austriaco in Italia. Aspetti e momenti*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano 1994, p. 1015 ss. ed ora in *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII - XX)*, Milano, 2006, p. 159 ss.
- DIETER H., *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 691 ss.
- DIMORA MORVAY F., *Il problema dell'annotazione nei libri tavolari dei vincoli di diritto pubblico*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubbl. dalla Regione Friuli - Venezia Giulia, s.d., p. 128 ss.
- DOLMETTA A.A. - LUPACCHINO M.C., *La garanzia ipotecaria nella nuova versione degli art. 561 e 563 c.c.: riflessi sull'accesso al credito bancario*, in *Banca borsa tit. credito*, 2005, p. 742 ss.
- DOLZANI M., *Trust immobiliare in regime tavolare*, nota a Tribunale di Belluno, decr. 25 settembre 2002, in *Riv. not.*, 2002, p. 1559 ss.
- FALZEA A., voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 682 ss.
- FERRANTE E., *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008
- FERRI L., *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, p. 297 ss.
- FERRI L. - ZANELLI P., *Della trascrizione*³, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna - Roma, 1995
- FERRI L., *Dei legittimari*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1995
- FERRI L., *Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1136 ss.
- FUNAIOLI C.A., *La cosiddetta proprietà relativa*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951, p. 379 ss.
- FUNAIOLI C.A., *La tradizione*, Padova, 1942
- GABRIELLI G., *Azione di riduzione delle donazioni e sistema tavolare*, in *Novità normative e riflessi sul sistema tavolare*, Atti del Convegno, (Bolzano, 2006), p. 9 ss.
- GABRIELLI G., *Confronto fra due concezioni della pubblicità immobiliare: in particolare, a proposito di trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 385 ss.
- GABRIELLI G., *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in *Vita not.*, 2005, 2, p. 703 ss.
- GABRIELLI G., *L'azione di riduzione o di restituzione nel sistema tavolare (artt. 61 ss. L.Tav.)*, in *Novità normative e riflessi sul sistema tavolare*, Atti del Convegno, p. 59 ss.
- GABRIELLI G., *La nuova pubblicità immobiliare dei vincoli di destinazione con particolare riguardo al sistema dei libri fondiari*, in *Attualità e prospettive del libro fondiario*, Atti del Convegno (Riva del Garda, 25 novembre 2006), p. 67 ss.
- GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*,

1997, p. 529 ss.

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ. La parte generale del diritto civile*, diretto da R. SACCO, 4, Torino, 2012

GABRIELLI G., *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 455 ss.

GABRIELLI G., *Lineamenti di una comparazione fra il sistema della trascrizione e l'ordinamento tavolare*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario*, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubblicato da Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, s.d., p. 31 ss.

GABRIELLI G., *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 425 ss.

GABRIELLI G., *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 355 ss.

GABRIELLI G., *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio del promissario acquirente*, in *Attualità e prospettive nel sistema del libro fondiario*, Atti del Convegno, (Riva del Garda, 6 novembre 2004), p. 19 ss.

GABRIELLI G., *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1129 ss.

GABRIELLI G. - TOMMASEO T., *Commentario della legge tavolare²*, Milano, 1999

GALLIZIA A., *Problemi d'informatica notarile*, in *Riv. notariato*, 1998, p. 1 ss.

GALOPPINI A., *Catasto e pubblicità immobiliare: un problema irrisolto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 71 ss.

GAMBARO A., *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012

GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 257 ss.

GAMBARO A., *Trust e trascrizione*, in *Trusts e att. fid.*, 2002, p. 346 ss.

GARGANO A., *Carenze pratiche in tema di diritto di superficie, di convenzioni per l'urbanizzazione di aree, di concessioni su beni demaniali ed altre*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubblicato da Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, s.d., p. 111 ss.

GARGANO A., *Orientamento attuale in materia di pubblicità fondiaria e coordinamento del sistema tavolare con la legislazione italiana*, in *Riv. not.*, 1962, p. 311 ss.

GAZZONI F., *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, in *Giust. civ.*, 2012, III, p. 101 ss.

GAZZONI F., *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. Civ.*, 2006, II, p. 3 ss.

GAZZONI F., *Il contratto preliminare³*, Torino, 2010

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, II, Milano, 1993

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare²*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, I, Milano, 1998

- GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165 ss.
- GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 11 ss.
- GAZZONI F., *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 19 ss.
- GAZZONI, F., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. trascrizione* diretto da E. GABRIELLI e F. GAZZONI, I, tomo II, Torino, 2012
- GENTILE F.S., *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959
- GHINASSI S., voce *Catasto*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 241 ss.
- GIACOBBE G., *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. CICU - F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2003
- GIACOBBE G., voce *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XXV, 1991
- GIANTURCO E., *L'ordinamento legislativo della Colonia Eritrea*, 1904, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 308 ss.
- GIANTURCO E., *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, in E. GIANTURCO, *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 124 ss.
- GIULIANI A., *Nuove norme sull'annotazione tavolare dei contratti preliminari (note sugli artt. 60-bis e 60-ter del Nuovo Testo della Legge Generale sui Libri Fondiari)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 577 ss.
- GORLA G., *Se la trascrizione valga presunzione legale di conoscenza*, Padova, 1932
- GROSSI P., *Introduzione*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17-21 aprile 1990), a cura di L. VACCA, I, Milano, 1991, p. 135 ss.
- GUGLIELMUCCI L. - BASSI M., *Osservazioni sul progetto di riforma del R.d. 28.3.1929, n. 499*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trento, ottobre 1971), Trento, 1972, p. 104 ss.
- KNÜTEL R., *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17 - 21 aprile 1990), a cura di VACCA L., I, Milano, 1991, p. 287 ss.
- KUPISCH B., *Causalità e astrattezza*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17 - 21 aprile 1990), a cura di VACCA L., Milano, 1991, II, p. 433 ss.
- LAMBERTINI R., *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010
- LIGUORI G., *Osservazioni su alcuni documenti relativi alla introduzione ed ai primi anni di applicazione del sistema tavolare a Trieste*. Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubblicato da Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, s.d., p. 309 ss.
- LIVA A., *Note sul trasferimento dei diritti reali sugli immobili in Lombardia per bandi e gride. II. Dal decreto del 1420 al Regno Lombardo - Veneto*, in *Riv. st. dir. it.*, 1990, p. 276 ss.
- MAIORCA C., *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Codice civile*.

Libro della Tutela dei Diritti, Commentario diretto da M. D'AMELIO, Firenze, 1943

MALTESE D., *Un problema ancora da risolvere: limiti della tutela, nella legge tavolare, dell'avente causa dal titolare iscritto di un diritto reale già usucapito da terzi*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario*, (Trieste, 18 - 19 ottobre 1974), pubblicato da Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, s.d., p. 77 ss.

MARIANI B., *La pubblicità dei diritti immobiliari nel tempo e nello spazio. Studio storico comparativo*, Osimo, 1939

MARICONDA G., *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, *Tutela dei diritti*², vol. 19, tomo 1, Torino, 1997, p. 71 ss.

MASSART A., *In materia di effetti giuridici del catasto*, in *Riv. dir. agr.*, 1965, I, p. 343 ss.

MASTROPIETRO B., *Il nuovo art. 2645 quater c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Notariato*, 6, 2012, p. 709 ss.

MATTEI J., *I paragrafi del codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde*, II, Venezia, 1853

MAZZAMUTO S., *La trascrizione di atti preparatori del lodo che produce gli effetti del contratto definitivo non concluso*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 471 ss.

MAZZAMUTO S., *Luigi Mengoni e la tutela dei diritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 141 ss.

MAZZIERI A., *Spese condominiali ed accertamento della titolarità dell'immobile, la Suprema Corte pone termine a un dibattito ventennale sull'apparenza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 1901 ss.

MAZZOLENI G., *Il sistema tavolare nella legislazione italiana*, Pavia, 1929

MENEGÙS O., *La legge tavolare. (Commento - Dottrina - Giurisprudenza)*, Milano, 1986

MENGONI L., *Caratteristiche generali del sistema tavolare italiano in raffronto a quello austriaco*, in *Il sistema transfrontaliero del libro fondiario. Convegno sul sistema tavolare*, (Gorizia, 16 - 17 aprile 1999), in *Quaderni di banca* (pubblicazione della Cassa di risparmio di Gorizia), n. 4/1999

MENGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, rist. 1994

MENGONI L., *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949

MENGONI L., *L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 130 ss.

MENGONI L., *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 993 ss.

MENGONI L., *La pubblicità immobiliare*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Atti del Convegno, (Milano, 10 -12 aprile 1986), Milano, 1987, IV, p. 161 e in *Jus*, 1986, p. 3 ss.

MENGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss.

MENGONI L., *Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, (Trento, ottobre 1971), Trento, 1972, p. 19 ss.

MENGONI L., *Relazione al disegno di legge per la modifica della legge tavolare (atti*

- condizionati e trascrizione del preliminare*), in *Riv. not.*, 2001, p. 737 ss.
- MENGONI L., *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 300 ss. ed ora in L. MENGONI, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 475 ss.
- MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*⁴, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, XLIII, t. 2, Milano, 2000
- MENGONI L. - REALMONTE F., voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, II, Milano, 1965
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Della tutela dei diritti. Progetto ministeriale*, Roma, 1940
- MOCCIA L., *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di «usucapione» e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del «diritto privato europeo»*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17 - 21 aprile 1990), a cura di L. VACCA, Milano, 1991, II, p. 675 ss.
- MOREL R., *Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine*, Paris, 1922
- MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la 'realità'. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007
- MUSTO M. - RECCIA G., *Funzione ed efficacia della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1998, p. 379 ss.
- NATOLI U. - FERRUCCI R., *Della tutela dei diritti. Trascrizione - prove*², in *Comm. cod. civ.*, Libro VI (Titoli I - II), tomo primo, Torino, 1971
- NEUHOLD E., *Compendio di diritto tavolare austriaco*, (trad. it.), Zara, 1904
- NICOLÒ R., *La trascrizione*, a cura di D. MESSINETTI, III, Milano, 1973
- NICOLÒ R., *La trascrizione*, a cura di R. MOSCHELLA - M.C. ANDRINI, I, Milano, 1973
- NICOLUSSI A., *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, relazione al Convegno *Territorio + diritto = tavolare*, (Rovereto, 7 novembre 2009), pubb. da Prov. autonoma di Trento, p. 37 ss.
- NICOLUSSI A., *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998
- NICOLUSSI A., *Luigi Mengoni e il diritto privato*, in *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, a cura di L. NOGLER - A. NICOLUSSI, Padova, 2007
- NIVARRA L., *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, 3, p. 1369 ss.
- NUZZO M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 59 ss.
- OFFICE FÉDÉRAL CHARGÉ DU DROIT DU REGISTRE FONCIER ET DU DROIT FONCIER, *Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust*, Berne, 2007, http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/grundbuch___egris/wegl-trust-grundbuch-f.pdf

- PAJARDI P. - GALIOTO M., *I procedimenti camerali*, Milano, 1992
- PANDOLFELLI G. - SCARPELLO G. - STELLA RICHTER M. - DALLARI G., *Codice civile. Libro della tutela dei diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941
- PANDOLFELLI G. - SCARPELLO G. - STELLA RICHTER M. - DALLARI G., *Codice civile. Libro della tutela dei diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*², Milano, 1943
- PELLEGRINI L., *La pubblicità del contratto preliminare nel sistema tavolare*, in *NLCC*, 1998, p. 63 ss.
- PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 161 ss.
- PETRELLI G., *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 3, p. 689 ss.
- PETRELLI G., *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile. Primo semestre 2011*, in http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000515/Novita_%20normative%20secondo%20semestre%202011.pdf
- PETRELLI G., *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile. Primo semestre 2012*, <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000520/Novita%20normative%20primo%20semestre%202012.pdf>
- PETRELLI G., *Trascrizione immobiliare e legislazione regionale*, in *Riv. not.*, 2009, p. 741 ss.
- PETRONIO U., *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17 - 21 aprile 1990), a cura di L. VACCA, Milano, 1991, I, p. 169 ss.
- PICARD M., *Les biens*, in *Traité pratique de droit civil français*², par M. PLANIOL - G. RIPERT, III, Paris, 1952
- PROTO PISANI A., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968
- PUGLIATTI S., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 518 ss. e ora in *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 33 ss.
- PUGLIATTI S., *La pubblicità nel diritto privato*, Messina, 1944
- PUGLIATTI S., *La trascrizione immobiliare*, vol. I - II, Messina, 1945 - 1946
- PUGLIATTI S., *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XIV, t. 1, Milano, 1957
- PUGLIATTI S., *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, a cura di G. GIACOBBE - M.E. LA TORRE, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, tomo 2, Milano, 1989
- PUGLIESE G., *Della superficie*, in F. DE MARTINO - R. RESTA - G. PUGLIESE, *Della proprietà. Art. 810 - 956*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1976
- QUARANTOTTO S., *L'istituto del libro fondiario ovvero il sistema tavolare di pubblicità vigente nelle nuove provincie d'Italia*, Trieste, 1963
- RANIERI F., *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, in *Revue*

d'histoire du droit, 1970, p. 315 ss.

RANIERI F., *Il principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, p. 495 ss.

RAVÀ T., *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, in *Banca borsa tit. credito*, 1953, I, p. 141 ss.

RESTAINO L., *Natura giuridica dei diritti edificatori. Profili ipotecari, catastali e fiscali*, in http://www.e-glossa.it/wiki/natura_giuridica_dei_diritti_edificatori._profili_ipotecari,_catastali_e_fiscali.aspx.

RICCI F., *Corso teorico - pratico di diritto civile. Delle Obbligazioni e dei Contratti in genere*, ed. a cura di F. CAIRE, VI, Torino, 1907

RICCIUTO V., *La formazione progressiva del contratto*, in *Tratt. dei contratti*², diretto da P. RESCIGNO, vol. I, *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, tomo 1, Torino, 1999, p. 177

RISPOLI R., *L'applicazione dell'art. 2645-ter: involuzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 2011, VI, p. 319 ss.

RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1956

SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*³, I, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. SACCO, Torino, 2004

SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 ss.

SACCO R., *Priorità dell'iscrizione tavolare e buona fede. Ignoranza di norma e buona fede*. Nota a Cass. civ., sez. I, 18 luglio 1950, n. 1956, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, p. 292 ss.

SACCO R., voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 4 ss.

SAINT-ALARY HOUIN C., *Le transfert de propriété depuis le Code civil*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17 - 21 aprile 1990), a cura di L. VACCA, I, Milano, 1991, p. 197 ss.

SAMPIETRO S., *Il ripristino dell'annotazione dell'ordine di grado nel sistema tavolare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1975, p. 592 ss.

v. SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, III, Torino, 1891

SCIALOJA A. - ANDRIOLI V., *Una sanzione disciplinare per un «abbaglio» condiviso dalla Cassazione*, in *Foro it.*, 1951, IV, c. 232

SCIALOJA V., *Della Trascrizione (Modificazioni al lib. III, tit. XXII del Codice civile). Disegno di legge presentato al Senato del Regno il 3 marzo 1910 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (V. Scialoja)*, in *Atti parlamentari*, Legislatura XXIII - Sessione 1909-910, stampato n. 174, Roma, 1910

SICCHIERO G., *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1993

SICCHIERO S., *La fede dal diritto austriaco al sistema del libro fondiario*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 419 ss.

SONNENBERGER H.J., *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco con*

attenzione ai problemi internazionalprivatistici nei rapporti commerciali italo-tedeschi, Padova, 1991

SPECIALE R., *Il «Vorvertrag» nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, p. 45 ss.

STEINER A., *I libri fondiari ed i libri di archiviazione nel diritto italiano le ipoteche e gli altri diritti reali la rinnovazione ipotecaria*, Bolzano, 1934

STOLFI G., *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934

STOLFI N., *I diritti reali di garanzia*, in *Diritto civile*, vol. II, parte III, Torino, 1932

STOLFI N., *Il possesso e la proprietà*, in *Diritto civile*, vol. II, parte I, Torino, 1926

STOLFI N., *La trascrizione nell'ordinamento italiano e francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 290 ss.

TAGLIAFERRI V., *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, 2, p. 167 ss.

TARTUFARI L., *Della vendita*, in *Il codice di commercio commentato*³, coordinato da L. BOLAFFIO - C. VIVANTE, Torino, 1909

TONDO S., *Aspetti della pubblicità immobiliare*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa - Viareggio - Lucca, 17 - 21 aprile 1990), a cura di L. VACCA, Milano, 1991, II, p. 567 ss.

TRABUCCHI A., *La pubblicità immobiliare un sistema in evoluzione*, in *Riv. dir. ipotecario*, 1982, p. 106 ss.

TRAPANI G., *I diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2012, p. 775 ss.

TRIOLA R., *Della tutela dei diritti. La trascrizione*³, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. BESSONE, IX, Torino, 2012

TRIOLA R., voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 937 ss.

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE, *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile (agosto 1937 - XV)*, Milano, 1938

VASSALLI F., *Della tutela dei diritti. (Libro VI codice civile). Lezioni del Prof. Filippo Vassalli a cura del Prof. Carlo Alberto Funaioli*, Roma, s.d.

VASSALLI F., *Le riforme del codice civile in relazione alla proprietà fondiaria*, in *ID., Studi giuridici*, II, Milano, 1960, p. 319 ss.

VELICOGNA A., *Catasto ex - austriaco e libro fondiario*, Trieste, 1957

VETTORI G., *Circolazione dei beni e ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 2, p. 285 ss.

VETTORI G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995

VITUCCI G., *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 747 ss.

VITUCCI P., *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 555 ss.

WIELING H., *Il sistema dei diritti reali nel codice civile tedesco*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*. Atti del Convegno

di Ferrara, (26-28 settembre 1996), Padova, 2002, p. 483 ss.

WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, trad. it. di C. FADDA e P.E. BENSA, I, Torino, 1925

WINIWARTER G., *Il diritto civile austriaco sistematicamente esposto ed illustrato. Delle disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose*, V, trad. it., Venezia, 1839

ZACCARIA A. - TROIANO S., *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005

ZWEIGERT K. - KÖTZ H., *An introduction to comparative law*, Amsterdam - New York - Oxford, I, 1977