



Fondazione
Italiana
del Notariato

Il contributo della prassi notarile
alla evoluzione della disciplina
delle situazioni reali

*Atti del Convegno
Firenze, 8 maggio 2015*



Il contributo della prassi
notarile alla evoluzione
della disciplina delle
situazioni reali



Direttore responsabile

Ennio Bulgarelli

Comitato Scientifico

Giulia Clarizio
Giuseppe Conte
Andrea Fusaro
Piergaetano Marchetti
Giampiero Monteleone
Mario Notari
Pietro Sirena
Irene Stolzi

Comitato editoriale

Lorenza Bullo
Fulvia Paola De Sanctis
Luca Giovine
Emanuela Paolucci

Progetto grafico

Mind adv

GRUPPO **24** ORE

Proprietario ed editore

Il Sole 24 Ore S.p.A.

Presidente

Benito Benedini

Amministratore delegato

Donatella Treu

Sede legale e Amministrazione

Via Monte Rosa, 91
20149 Milano

Redazione

Via Monte Rosa, 9
20149 Milano

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/ fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, Società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali, Via Monte Rosa, n. 91 - 20149 Milano. Informazioni: www.clearedi.org.

Periodico trimestrale registrato presso il Tribunale di Milano, n. 598 del 23.09.1998.

Servizi clienti periodici: via Tiburtina Valeria (s.s. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (Aq) Telefono 02.30.300.600; fax 02 - 06.3022.5400.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato. Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della rivista. Questo numero è stato chiuso in redazione il 24 novembre 2015.

INTRODUZIONE

Con viva soddisfazione pubblichiamo gli atti del convegno di studi “Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali”, promosso dalla Fondazione italiana del Notariato in collaborazione con la Fondazione Cesifin Alberto Predieri ed il Consiglio notarile di Firenze. Le ragioni del Convegno e della odierna pubblicazione dei relativi atti sono ben sintetizzate nella presentazione a suo tempo stampata nella locandina: «tra le finalità del convegno vi è l'intento di avviare una riflessione sull'influenza esercitata dalla prassi notarile sul diritto vivente in materia di proprietà e diritti reali, per verificare se essa abbia semplicemente accompagnato le correnti della vita attraverso un ordinato empirismo o abbia contribuito ad una evoluzione della disciplina di alcuni modelli negoziali, fornendo adeguata veste giuridica alle esigenze di elasticità e concretezza emerse nella complessa realtà economico-sociale del nostro tempo».

Oggi l'ordine giuridico ricomincia ad essere pensato in una misura più complessa rispetto a qualche decennio addietro. Siamo stati troppo abituati alle virtù taumaturgiche del legislatore; siamo stati troppo abituati ad affidargli il monopolio della produzione giuridica.

Non si tratta di negare il grosso e prevalente ruolo che la legge ha e non potrà non avere in una società intricata e complessa quale la nostra attuale; si tratta invece di recuperare quel pluralismo giuridico che a quasi Settanta anni dalla promulgazione della Costituzione è rimasto per troppi aspetti vitali un disegno sepolto nel testo costituzionale, affermato soltanto nelle pagine coraggiose di alcuni giuristi (autorevoli, ma certamente non molti).

Oggi dobbiamo operare parecchi recuperi rispetto a quella visione anchilosante e il primo passo può essere proprio rappresentato dall'immersione della legge nel più ampio crogiolo dell'esperienza contemporanea, dove emergono forze, come la prassi negoziale notarile, che indirizzano il corso del diritto vivente e vi incidono a fondo. Un primo passo che deve portare al risultato di una visione critica di quel “letto di Procuste” che è oggi per la società e per l'azione all'interno di essa del diritto il decrepito dogma della c.d. gerarchia delle fonti.

Il volume rispecchia con fedeltà gli atti della giornata di studi così come effettivamente si svolse a Firenze il giorno 8 maggio 2015*, nella prestigiosa sede di Palazzo Incontri in via de' Pucci, con l'aggiunta di due notevoli contributi che arricchiscono il materiale del convegno e si inseriscono a pieno titolo nella riflessione attuale sul ruolo della prassi notarile nel diritto contemporaneo. Il primo redatto dal dott. Giuseppe Musolino dedicato alla “Dialettica fra tipicità e tensione all'evoluzione nella disciplina delle situazioni reali. Le servitù prediali”. Il secondo frutto delle indagini del dott. Guglielmo Bevivino in tema di “*Soft law* e orientamenti interpretativi dei Consigli notarili: sul ruolo delle massime notarili nel quadro delle fonti del diritto” che rappresenta un primo risultato di un assegno di ricerca co-finanziato dalla Fondazione Italiana del Notariato e dalla Università degli Studi di Firenze.

Massimo Palazzo

Notaio in Pontassieve

Presidente della Fondazione italiana del Notariato

Consigliere nazionale del Notariato

*Si segnala che gli Autori, ove ritenuto di interesse, hanno integrato il proprio contributo scritto tenendo conto di novità normative sopravvenute (ndr).

PREFAZIONE

Innanzitutto, un ringraziamento e un compiacimento.

Il ringraziamento, sincero, vivissimo, va al dottor Massimo Palazzo, Presidente della 'Fondazione italiana del Notariato', per l'invito a presiedere questo Convegno e che altamente mi onora.

Il compiacimento è duplice.

In primo luogo, per quel che questa riunione di studio significa ai miei occhi sotto il profilo culturale. Io la interpreto, infatti, come una assunzione di responsabilità da parte di quel pratico ben innervato nel viluppo dell'esperienza giuridica, che è oggi il notaio. Nel momento che stiamo vivendo e che consiste in una transizione rapidissima e in mutazioni profonde nell'ordine giuridico; nel momento attuale, caratterizzato da una fattualità intensa, con i fatti - sociali, economici, tecnici - che si evolvono veloci senza che le norme ufficiali, per impotenza o sordità del legislatore, riescano a ordinarli, il notaio, che è al cuore della applicazione del diritto, non può ridursi a ripetitore di formulette tralaziate eludendo il suo compito di interprete.

Essendo collocato, al pari del giudice (e dello scienziato quando questi sia consapevole della indefettibile carnalità del diritto), nella estrema trincea dove i cittadini chiedono soluzioni immediate per i loro problemi, egli non potrà sottrarsi al dovere elementare di corrispondervi; e vi corrisponderà unicamente se, accanto all'esegesi delle norme, egli si farà concretamente interprete, cioè mediatore tra fatti sopravvenuti e diritto ufficiale, o addirittura *inventore*.

Poiché questa impegnativa qualifica potrà sorprendere e preoccupare, tengo a precisare che dico *inventore*, pensando al significato del latino *inventire*, trovare; trovare, cioè, la soluzione tecnica adeguata a ordinare la fattispecie che ha di fronte, percorrendo due strade: o trasfigurare vecchi arnesi del laboratorio giuridico dando loro un vigore nuovo e anche diverso, o, di fronte alla carica intrinsecamente normativa di taluni fatti, conferir loro un conio tecnico scovando appoggi e coperture formali all'interno dell'universo giuridico ufficiale. Prima o poi, presto o tardi, bene o male, come è stato per il *trust* di cui si parlerà tra breve, interverrà il legislatore.

In questi casi, il notaio, senza che lui lo voglia, forte solo della propria perizia tecnica e della propria disponibilità all'ascolto della storia (che è storia minuta, umile, non rumorosa, ma che è la nostra storia quotidiana), fa un autentico salto di piano: l'applicatore diventa facitore di diritto; di più, facitore di pensiero giuridico. Non pensate che lo affermi pubblicamente oggi, perché ho di fronte una platea di illustri notai. Chi vi parla, che ha insegnato per tanti decenni la storia del diritto nella Facoltà giuridica fiorentina, ricorda con piacere quando, invitato nel lontano 1988 a redigere la 'voce' *Pensée juridique* per un *Dictionnaire encyclopédique de théorie du droit*, non esitai a scrivere che il pensiero giuridico, ossia il più elevato livello di teorizzazione scientifica, non è monopolio di istituti universitari o, comunque, accademici, ma che, al contrario, officine assai fertili sono stati e possono tuttora essere gli uffici di organi giudiziari o gli studi professionali di avvocati e notai; ed erano proprio le vicende della scienza giuridica dallo *ius commune* ai giorni nostri a darmene piena conferma.

Vorrei aggiungere - e solo per testimoniare la mia ferma convinzione - che è - questa - una elementare verità da me ripetuta nel 2002, quando, invitato, insieme al compianto amico Giuliano Vassalli, da Francesco Palazzo, allora Presidente, a tenere la prolusione per l'anno accademico della fiorentina 'Scuola di specializzazione nelle professioni legali', io identificai il tempo storico tra la fine del secondo millennio e i primi anni del terzo, come il trionfo della prassi; mi sembrava cioè che fosse l'officina della prassi a salvare il diritto nella crisi profonda derivante dallo scollamento fra ufficialità - sempre più, o assente, o sterile - e il magma ribollente - ribollente di vita - dell'esperienza quotidiana.

Ho detto, però, più sopra che il compiacimento è duplice; ce n'è, infatti, un secondo, ed è per la avvedutissima scelta del tema della odierna giornata, consistente in una opportuna messa a fuoco sulle trasformazioni (o, per meglio dire, sulle sostanziose alterazioni) di un modello sette/ottocentesco di

proprietà privata individuale collocato da illuministi e giacobini in una sorta di sacrario e lì conservato gelosamente con il contributo determinante dello zelo di parecchi giuristi. Un modello che, in quanto collegato strettamente alla libertà dell'individuo (espressione e salvaguardia di quella) non poteva non serbarsi immutabile nelle sue definizioni originarie contenute nelle *Déclarations* rivoluzionarie e negli articoli del Codice napoleonico, immutabile per la sua pregnanza essenzialmente etica.

Due qualificazioni apparivano, fino a ieri, ripugnanti alla concezione che chiamerò - per intenderci - paleo/borghese: 'comune/collettiva' e 'funzionale'. Metterei da parte la prima, che non ci interessa in questo nostro Convegno, anche se non si è mai parlato tanto come oggi di proprietà comune e di proprietà collettiva (*quam mutatum ab illo!* Se penso che il mio non dimenticato Maestro di 'diritto civile', Salvatore Romano, non esitava ad affermare che, ove si parlasse di proprietà collettiva, il sostantivo sarebbe male usato trattandosi di figura giuridica sicuramente non/proprietaria).

Ci preme, invece, e non poco, l'altra qualificazione: 'funzionale', respingibile - e drasticamente respinta - da chi pretendeva di lasciare la proprietà nel suo sacrario di purezza civilistica, giacché 'funzionale' era aggettivo che riconduceva l'esercizio del potere non solo nell'interesse del titolare, ma anche di altri, o interamente di altri, o della sfera pubblica, inquinando pubblicisticamente la natura di quel potere.

Durante il Novecento, secolo pos-moderno, c'erano state voci coraggiose che erano suonate disarmoniche rispetto alla grande maggioranza e che avevano ricevuto la condanna dell'esilio. Il mio caro Maestro Enrico Finzi, in una memorabile Relazione al Primo Congresso nazionale di Diritto agrario del 1935, si era messo sulla strada di una deliberata dissacrazione, analizzando l'istituto non più dall'alto del soggetto titolare ma dal basso della cosa e cercando, altrettanto deliberatamente, di dargli una dimensione squisitamente pubblicistica trapiantando, per caratterizzare i poteri proprietari, categorie elaborate dalla scienza pubblicistica come quella di 'potere discrezionale' e quella di 'interesse legittimo'. E ci fu chi, nel 1939, in seno a un volume collettaneo sulla concezione fascista della proprietà privata, valorizzando le diverse qualità delle diverse cose, parlò di conseguenti diversi 5 statuti proprietari, come Filippo Vassalli, anticipando una conclusione pluralistica che Salvatore Pugliatti avrebbe consolidato negli anni Cinquanta. E ci fu anche chi, come Francesco Ferrara senior, parlò esplicitamente - nella stessa sede - di 'proprietà/funzione'.

Il modello, grazie anche ad abili supporti mitologici, appariva allora troppo duro per essere scalfito. Oggi, sono i notai, dalla loro trincea fronteggiante i nuovi fatti economici e tecnici, a farsi carico di una riflessione, che, messe da parte le alate astrattezze di un tempo, constata (e lo segnalano apertamente i titoli di alcune odierne Relazioni) nella effettività della esperienza attuale 'proprietà destinate' e 'proprietà funzionalizzate', ma altresì - e qui è il titolo dell'intero Convegno a segnalarlo - una evoluzione nella concezione e sistemazione dei diritti reali, nella quale un non minimo contributo si è avuto proprio in grazia di una incisiva prassi notarile.

Questa odierna riflessione corale, nella quale sono impegnati docenti universitari e notai, mi sembra la dimostrazione della precisa volontà della comunità notarile di corrispondere ancora una volta al ruolo attivo e determinante che la società civile italiana le attribuisce.

Paolo Grossi

Emerito, Università di Firenze
Giudice della Corte Costituzionale

Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali

MASSIMO PALAZZO

La prassi notarile singolare e <i>post moderna</i> forma di normatività	10
---	----

GIUSEPPE MORBIDELLI

La proprietà culturale	15
Premessa sull'oggetto dell'indagine	15
Il bene culturale come proprietà "divisa"	17
Categorie di beni culturali	18
Beni di enti pubblici o di enti morali trasferibili	26
Procedure di evidenza pubblica propedeutiche alla vendita	28
L'autorizzazione alla vendita dei beni pubblici	29
Le modifiche al contratto "prelazonato"	29
Prelazione e vincolo su particolari architettonici del bene	30
Procedura di prelazione	30
Pluralità di enti titolari del diritto di prelazione	31
Motivazione e copertura finanziaria del provvedimento di esercizio della prelazione	31

ANTONIO GAMBARO

L'incidenza della disciplina pubblicistica sulla conformazione del diritto di proprietà. Obbligazioni <i>propter rem</i> e vincoli pubblicistici nascenti da convenzioni urbanistiche e dagli atti di obbligo	33
---	----

MICHELE GRAZIADEI

Il <i>trust</i> : una pagina nella storia della proprietà funzionalizzata	44
Introduzione	44
Il <i>trust</i> , la teoria della proprietà, e la storia delle fiducie	45
Verso la proprietà funzionalizzata	46
La funzionalizzazione della proprietà, e il diritto dei privati	47
La prassi notarile, il <i>trust</i> , la destinazione di beni	48
La razionalità e la leggibilità della prassi	51

CHIARA TENELLA SILLANI

Il diritto di superficie e la proprietà superficaria	52
Introduzione	52
Diritto di superficie, proprietà superficaria, proprietà separata	52
Sottosuolo e spazio aereo	53
(Segue)	57
Breve miscellanea	58
La trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà	59
Diritto di superficie ed impianti fotovoltaici	60
Conclusioni	63

IRENE STOLZI

Notariato e scienza del diritto: riflessioni in tema di proprietà nel secondo Novecento	64
Dopo il 1945: tra codice e costituzione	64
Privato o pubblico: <i>tertium non datur</i>	67
Verso nuove frontiere della privatezza	69

ANDREA FUSARO

Le modificazioni convenzionali al contenuto della proprietà e dei diritti reali di godimento e garanzia	73
Premessa	73
Il vincolo convenzionale tra autonomia privata e controlli	73
La qualificazione, gli effetti	75
Gli interessi protetti	78
Piani di lottizzazione e limitazioni reciproche tra i fondi	80
Una casistica risalente	83
Una svolta negli anni cinquanta?	90
L'elaborazione giurisprudenziale successiva	94

GAETANO PETRELLI

Proprietà destinata, fiducia e situazioni giuridiche condizionate	99
Vincoli di destinazione e proprietà fiduciaria nell'interesse altrui. Paralleli in diritto comparato	99
Il contenuto e la disciplina della proprietà fiduciaria	103
Segue: pienezza ed esclusività del diritto dominicale, e proprietà fiduciaria	110
Segue: proprietà fiduciaria, limiti ed obblighi	113
La proprietà condizionata (risolubile) quale ulteriore situazione giuridica «funzionalizzata»	115
Profili di disciplina comuni alle diverse ipotesi di titolarità nell'interesse altrui	119
La tutela dei creditori del disponente: vincolo di destinazione autodichiarato o alienazione sospensivamente condizionata	124
Inefficacia o inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dal titolare del diritto in violazione del vincolo di destinazione o dell'aspettativa condizionale	129
Pubblicità immobiliare del vincolo di destinazione, delle situazioni giuridiche condizionate e delle relative vicende	132
Ulteriori interazioni tra proprietà fiduciaria e situazioni giuridiche condizionate	135

GIUSEPPE TRAPANI

I negozi aventi ad oggetto diritti edificatori e la loro trascrivibilità	138
Gli interessi in gioco	138
La pluralità di specie di diritti edificatori e l'esigenza di una loro tipizzazione	145
Il volo e l'atterraggio dei diritti edificatori	148
Diritti edificatori e diritti parziari	153
L'efficacia della trascrizione nei registri immobiliari degli atti aventi ad oggetto i diritti edificatori	155
La soluzione dei conflitti ed il principio di continuità	160
Tecniche di emersione pubblicitaria: la compilazione della nota	166

ENRICO MARMOCCHI

Condominio e Notariato: un percorso comune **171**

PIETRO BOERO

Diritto di usufrutto congiuntivo e successivo, usufrutto di partecipazioni e relative tecniche redazionali **177**

PAOLO GROSSI

Conclusioni **182**

Appendice

GIUSEPPE MUSOLINO

Le servitù prediali **185**

Dialettica fra tipicità e tensione all'evoluzione nella disciplina delle situazioni reali.

Le servitù prediali **185**

Principi romanistici ed evoluzione della disciplina delle servitù: le servitù reciproche nel regolamento di condominio e negli atti di lottizzazione **187**

Tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale. Servitù prediali e servitù personali **188**

La regola dell'atipicità delle servitù prediali. La servitù che realizza la cessione di cubatura e la servitù per gli impianti eolici **190**

Vincoli reali e obbligatori sugli immobili e prassi negoziale **191**

Servitù prediali, servitù irregolari e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. **193**

L'utilitas e la questione della servitù di parcheggio **194**

L'utilitas nelle servitù e i valori costituzionali **195**

GUGLIELMO BEVIVINO

Soft law e orientamenti interpretativi dei Consigli notarili: sul ruolo delle massime notarili nel quadro delle fonti del diritto **198**

Premessa **198**

La nozione di *soft law* e la sua rilevanza nel sistema delle fonti **201**

Il crescente ruolo delle prassi e le categorie degli operatori del diritto **203**

L'articolo 32 della legge n. 340 del 2000 e il rinnovato articolo 2436 del codice civile **204**

Giudice e Notaio quali operatori del diritto: identità di controlli e diversità di ruoli **206**

Natura e funzione degli orientamenti interpretativi dei Consigli notarili nel mutato quadro delle fonti giuridiche **207**

Osservazioni conclusive **209**

Il contributo della prassi notarile
alla evoluzione della disciplina
delle situazioni reali

La prassi notarile singolare e *post* moderna forma di normatività

di Massimo Palazzo

Notaio in Pontassieve, Presidente Fondazione italiana del Notariato

Una contemplazione attenta ed oggettiva degli itinerari della scienza giuridica non solo italiana durante il Novecento rende persuasi che il ventesimo secolo è stato un torno di tempo in cui tutto è stato rimesso in discussione¹.

Per limitarsi all'essenziale, la rivoluzione copernicana del Novecento, o meglio del secondo Novecento, ha seguito un duplice percorso. La strada pragmatica del passaggio, nel sistema delle fonti del diritto, dalla legge quale unica fonte del diritto capace di esprimere la volontà generale (sistema giuridico chiuso), al policentrismo normativo (sistemi giuridici aperti) con il ripensamento dell'immagine della piramide kelseniana, sostituita da quella della "rete delle fonti"². La strada teorica del radicale cambiamento della concezione dell'interpretazione giuridica, abbandonando il metodo esegetico, poi quello dogmatico della dottrina pandettistica tedesca - che adottano una concezione rigidamente cognitiva dell'interpretare, secondo i canoni propri del positivismo giuridico³ - e, infine, prendendo atto, grazie alla rivoluzione ermeneutica, che il punto di partenza non è il testo ma il fatto della vita in funzione del quale il testo viene interrogato dall'interprete, con una grossa rivalutazione del momento interpretativo/applicativo. È sufficiente qui evocare su tutti i nomi di Gadamer e Mengoni.

Secondo Gadamer la conoscenza del senso di un testo normativo e la sua applicazione al caso giuridico non sono due atti separati, ma un unico processo. Gadamer rende esplicita dunque la inseparabilità del momento di produzione della norma dal momento dell'interpretazione/applicazione. Conseguentemente l'interpretazione non si esaurisce nella spiegazione di un testo concluso e indisponibile, ma è, piuttosto, intermediazione necessaria e vitale tra le proposizioni astratte della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte. Per esprimerci con il lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, Egli ritiene che il passaggio dalla ontologia della comprensione alla epistemologia dell'interpretazione generi la consapevolezza di dare in tal modo una risposta soddisfacente all'eterno problema che ha sempre tormentato i giuristi e cioè «la tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso», quelle situazioni di cui solo percettore è il soggetto interpretante. In tal modo il perno del processo produttivo della norma non è più un testo immobile nella sua cartaceità, ma un soggetto chiamato a vivere il proprio tempo e ad immettersi in quel testo⁴.

Luigi Mengoni ha il grande merito, parlando da giurista ai giuristi, ma dopo essersi nutrito dei

10

¹ Cfr. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012. Agli occhi di chi lo guarda storicamente il Novecento appare come un tempo di transizione verso nuovi approdi, con mutazioni che arrivano a trasformare il volto del diritto come lo aveva disegnato la modernità illuminista. Come ha notato L. MENGONI, *Prefazione a Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. VII: «il Novecento è un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione».

² B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014. Come nota questo autorevole studioso «il diritto positivo appare come un'impresa solidale di soggetti istituzionali e non istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la

normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che si combinano e interagiscono», cfr. B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli A. Pugiotto P. Veronesi, Napoli, 2009, p. 266.

³ Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, 1966.

⁴ HANS-GEORG GADAMER, (1900 - 2002), considerato uno dei maggiori studiosi dell'ermeneutica, afferma, muovendo dall'esistenzialismo di Martin Heidegger, che la comprensione non rappresenta una forma di conoscenza, ma un modo di essere dell'Esserci, per cui l'essere sviluppa la capacità del

necessari approfondimenti filosofici e della rilevante lezione tecnico giuridica di Esser, di far proprio l'argomentare demolitivo/costruttivo dell'ermeneutica e di renderlo patrimonio della civilistica italiana⁵. Secondo Mengoni «punto di partenza dell'interpretazione non è il testo bensì il caso ossia il problema o il complesso di problemi per la cui soluzione il testo deve essere compreso. La legge è opaca sino a quando non si sappia rischiararla illuminandone il quadro dei riferimenti problematici, nel quale soltanto si può cogliere l'intero significato del programma condizionale in essa dettato»⁶.

Mengoni, nell'ambito della stessa linea di progetto culturale, rende proprie talune proposte della filosofia del diritto tedesca degli anni Cinquanta, consistenti nel ricorso alla "topica" quale tecnica del pensare problematico, cogliendo in esso non la dissoluzione del pensare sistematico, della dottrina pandettistica tedesca, bensì un prezioso strumento di controllo, validissimo ad evitare il rischio di assolutizzazione e di pericolose derive assiomatico-deduttive.

Il pensiero problematico (orientato a porre esigenze o problemi) consente al pensiero sistematico (orientato a ragionare sulla base ed all'interno del sistema in forma deduttiva) di evolversi in ragione delle esigenze sociali, poiché l'ermeneutica giuridica muove dal problema, dal caso concreto dalle nuove esigenze. Un controllo che Mengoni, contemplatore assai critico della dottrina sull'uso alternativo del diritto, volentieri estendeva anche in senso opposto, e cioè a pesantezze ideologiche o ad eccessive politicizzazioni.

Queste riflessioni, ben note ai teorici generali del diritto⁷, sorprendentemente non sono penetrate a pieno nell'aria che respirano i giuristi. Molti di noi continuano a vedere il diritto come un insieme di enunciati posti, cioè una forma che si impone alla società, piuttosto che una sostanza radicata nella società stessa e prodotta dalle forze sociali.

Il ruolo "creativo" dell'interpretazione giudiziaria, per la quale è stata coniata l'espressione "diritto vivente" è stato sin qui ben messo in evidenza dalla riflessione scientifica⁸. La stessa Cassazione in taluni casi definisce le proprie decisioni con l'incisiva formula "giurisprudenza normativa". La nostra epoca è stata da più parti definita "l'età della giudizialità" ed i giudici individuati come i signori⁹ o imperatori del diritto¹⁰, per designare una nuova forma di normatività che vede il giudice procedere alla produzione del diritto attraverso modelli di decisione consolidati e, al contempo, controllarne

11

poter essere, del poter conoscere, del poter affrontare determinate situazioni. «La comprensione è il carattere ontologico originario della vita umana stessa». Cfr. H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, (1965), trad. it., Milano, 1975, p. 307.⁵ Si vedano i saggi raccolti in *Diritto e valori*, Bologna, 1985 ed *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1986, con le due eloquentissime prefazioni che esprimono motivi e orientamenti dell'itinerario intellettuale di Mengoni.

⁶ Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, cit., p. 37. Sulla figura di Mengoni (1922 - 2001), cfr. P. GROSSI, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, vol. 2, Milano, 2014, p. 155.

⁷ Sul diritto come fenomeno interpretativo cfr. S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, III, *L'attività giuridica*, II ed., Milano, 1935, p. 233 e ss.; T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 e 154; P. PERLINGIERI, «Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa», in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ora in ID., *Il diritto del contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003,

p. 10; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 71; J. ESSER, *Vorstandis und methoden - wahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it. a cura di G. Zaccaria e S. Patti, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983; H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, (trad. it di G. Vattimo), Milano, 2000, p. 639; L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, (1983), in *Diritto e valori*, cit.; R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, Cambridge MA, 2011.

⁸ Sul diritto vivente come problema di ermeneutica giuridica afferente ai rapporti tra giudice e legge cfr. L. MENGONI, Voce "diritto vivente", in *Dig. disc. priv., dir. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 445 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 288. Sul rapporto fra legge e interpretazione - applicazione cfr. il non recente volume di P. BORGNA - M. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, 1997.

⁹ Per usare la suggestiva immagine di R. VANCAENEGEM, *I signori del diritto*, Milano, 1991.

¹⁰ Cfr. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1994.

l'applicazione, con un possibile *deficit* di democraticità e un probabile *vulnus* alla divisione dei poteri¹¹. Se il ruolo del giudice come artefice del diritto è stato indagato, meno studiato è certamente il contributo della prassi notarile alla creazione del diritto vivente. Eppure, se spostiamo la nostra attenzione dai testi di legge alla prassi negoziale, contenuta negli atti notarili, scorgiamo un ricco serbatoio di formule di figure giuridiche extra legislative, di schemi tecnici, di istituti muniti di tipicità sociale, talora di nuovo conio, talora generati dalla trasformazione di figure giuridiche divenute desuete (p.es. la permuta di cosa presente con cosa futura) in nuovi schemi negoziali per rispondere a nuove esigenze della pratica degli affari (tipicamente per consentire al proprietario del terreno di acquistare un appartamento o una villetta che verrà edificata sul medesimo dal costruttore).

In una fase di rapidissime trasformazioni, quale quella che stiamo vivendo, è del tutto impensabile una interpretazione notarile meramente dichiarativa della volontà del legislatore, sino a poco tempo fa quasi divinizzato.

Quotidianamente abbiamo la conferma nella realtà effettuale che il monopolio legislativo e la dichiaratività dell'interpretazione hanno ceduto il passo alla complessità e al pluralismo delle fonti, affidando al notaio - giurista il gravoso compito della interpretazione - applicazione¹². Il notaio contemporaneo, dismessi i panni del pratico che compila l'atto con chiarezza e precisione, è diventato una sorta di "apprendista stregone", chiamato quotidianamente a ricomporre il divario tra realtà legislativa e realtà sociale nel testo dell'atto pubblico notarile, utilizzando per nuove funzioni un diritto scritto per una realtà spesso superata dalle trasformazioni sociali, adattando a nuovi compiti antichi istituti, per consentire la soddisfazione di nuove esigenze attraverso un costante adattamento degli schemi tramandati dai formulari.

Come ben si può comprendere facendo riferimento a figure come le c.d. servitù reciproche o i diritti di uso esclusivo in ambito condominiale, alle diverse forme di proprietà funzionalizzata, ai diritti di usufrutto congiuntivo o successivo o di partecipazioni societarie o infine ai diritti edificatori, siamo di fronte a prassi negoziali sorte negli studi notarili in relazione a singoli casi concreti, che successivamente danno luogo a processi di provvisoria consolidazione in termini di modelli negoziali aventi portata generale, i quali spesso, dopo il vaglio giurisprudenziale vengono recepiti anche dal legislatore.

12

Per assolvere a questa complessa funzione il notaio è chiamato a calarsi nella storia, ad assumere la diretta responsabilità di scelte interpretative complesse, che spesso lo costringono ad uscire fuori dai comodi ripari del testo legislativo, talvolta esponendolo a conseguenze non irrilevanti anche sul piano della responsabilità civile e disciplinare, come ci ricorda una severa giurisprudenza in materia di doveri di consulenza, informazione e chiarimento da parte del notaio¹³.

¹¹ Cfr. P. COSTA, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, (Università degli studi Suor Orsola Benincasa, lezioni magistrali, 11), 2006, p. 65 «se allora il giudice non è organo di un'adiafora ragione tecnica ma è il protagonista di *policias* sempre più estese e incisive, la sua sottrazione alla logica della partecipazione del consenso, per un verso rende problematica la sua legittimazione e per un altro verso, diminuisce l'area di incidenza di ciò che resta della democrazia» con ampie citazioni sul rapporto tra democrazia e potere giudiziario; C. SALVI, «Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 27; L'«espansionismo giurisprudenziale» è messo in evidenza dal penalista,

attento osservatore dei mutamenti in atto nell'ordinamento positivo italiano, F. PALAZZO, «La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)», in *Riv. it. sc. giur.*, nuova serie, 4, 2013, p. 145.

¹² Cfr. F.D. BUSNELLI, «*Ars notaria* e diritto vivente», in *Riv. not.*, 1991, p. 2 e ss. Eventualmente M. PALAZZO, «Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto», in *Notariato*, 2014, p. 584 e ss.

¹³ Cfr. M. COCCA, «Gli obblighi di informazione del notaio», in *Riv. not.*, 2013, p. 1339, in giurisprudenza, Trib. Milano, 29 aprile 2014, n. 5667, in *I contratti*, 2014, 12, p. 1098; Cass. civ., 21 ottobre 2014, n. 26369, in *ilcaso.it*.

Quali sono i tratti salienti della prassi notarile? Vorrei segnalarne almeno due.

In primo luogo la corralità. La prassi notarile non scaturisce dalla creazione estemporanea o isolata del singolo notaio. Essa non rappresenta una creazione in termini assoluti e originali, tutta imputabile ai notai, ma neppure una creazione del tutto marginale. La prassi notarile si sostanzia in un'opera incessante, talvolta ardita, altre volte modesta di "rimodellamento del diritto" dando luogo a una tecnica di evoluzione graduale dell'ordinamento giuridico che avviene soavemente, di atto in atto, senza ribaltamenti o svolte dirimpenti, garantendo la continuità del sistema, ma anche la sua evoluzione e il passaggio dal vecchio al nuovo senza traumi. Si tratta dunque del prodotto di uno sforzo collettivo di un'intera categoria professionale¹⁴, in sinergia con l'accademia e il pensiero giurisprudenziale, dando luogo ad una contemporanea *communis opinio*.

Un fenomeno molto interessante, che testimonia la concretezza e la effettività del diritto notarile, è rappresentato dalle massime o orientamenti sul diritto societario elaborati dal Notariato¹⁵.

Questa *soft law* di fonte notarile acquista inoltre spesso una normatività generalizzata attraverso l'opponibilità ai terzi che l'atto pubblico notarile assicura mediante il meccanismo della pubblicità legale (registri immobiliari, registri delle imprese, registri della proprietà industriale).

Un secondo carattere della prassi notarile è la socialità. Si tratta, infatti, di un diritto che nasce in basso e dal basso. È questo un pregio ulteriore della prassi notarile, che merita di essere evidenziato in una fase storica in cui la riflessione dei giuristi acquista sempre maggiore consapevolezza di un radicale mutamento di prospettiva nell'apprezzamento del fenomeno giuridico: non più un diritto che nasce dall'alto, nella rarefatta atmosfera di palazzi dove si fa sintesi di conflitti sociali, un'aula parlamentare, una camera di consiglio (peraltro nell'ottica valutativa di chi gestisce precariamente il potere) ma semmai in basso e dal basso dei luoghi in cui questi conflitti si consumano e trovano composizione in difficili mediazioni socio-economiche. Per dirla con Lipari, siamo passati da un diritto fondato sugli atti di posizione a un diritto fondato sugli atti di riconoscimento¹⁶.

La prassi notarile ha dunque questa ulteriore valenza positiva: è un diritto creato, attraverso la mediazione del notaio, dai destinatari stessi delle regole, i contraenti, che dunque saranno più facilmente portati ad osservarlo spontaneamente.

In conclusione non pare inutile segnalare che per comprendere a pieno questa singolare e moderna forma di normatività è sufficiente recuperare il messaggio di Tullio Ascarelli il quale, con sguardo clamorosamente anticipatorio, nei primi anni Trenta, chiudendo il suo saggio sul negozio indiretto, prendeva atto della complessità dell'esperienza giuridica, riconoscendo nel diritto il prodotto di un'ampia pluralità di fonti "statuali" ed "extrastatali"¹⁷. In particolare Ascarelli riconduceva

13

¹⁴ Sulla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene l'interprete come fattore di controllo della condizione esistenziale in cui lo stesso opera cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 39 «nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedente,

cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il significato in ordine alla regolamentazione dei conflitti di interesse da decidere».

¹⁵ Per una riflessione sulla genesi e la funzione delle massime cfr. P. MARCHETTI, «Il ruolo del notaio nella costituzione della SpA: la questione dell'omologa (1875 - 2003)», in *La modernità degli studi storici: principi e valori del notariato*, in questa rivista, 2014, 3, p. 60.

¹⁶ Cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 32.

¹⁷ Cfr. T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto* (1931), in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 77.

la “dinamica giuridica”, cioè il diritto “socialmente vigorante”, proprio alla interpretazione giurisprudenziale e alla prassi contrattuale¹⁸.

¹⁸ L'impostazione di Ascarelli (1903 - 1959) può esser compresa nella sua pienezza ove si consideri la natura attribuita dal Maestro al fenomeno interpretativo. Per Ascarelli «l'attività dell'interprete è creativa e cioè concorre nello sviluppo del diritto; non è mai (neanche nell'interprete più legato alla lettera della legge), mera riproduzione fotografica del dato ma importa sempre l'intervento di valutazioni dell'interprete». «L'interprete non costituisce un elemento esterno, ma un elemento interno al diritto che, anche per questa via torna a riportarsi all'opera collettiva dei consociati. È per ciò che, col volgere del tempo, l'interpretazione muta, non già

perché si arrivi ad intendere meglio, col decorso del tempo, il testo interpretato, ma perché col decorso del tempo e il mutamento dei problemi, si è tratti ad un naturale affinamento di schemi, ad altre costruzioni e ricostruzioni, e così ad una continua adeguazione del *corpus juris* dato ad una mutevole realtà», cfr. T. ASCARELLI, «Contrasto di soluzioni e divario di metodologie», in *Banca borsa e tit. di cred.*, 1953,1, p. 478.

Sulla figura di Tullio Ascarelli cfr. P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 445.

La proprietà culturale

di Giuseppe Morbidelli

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma "La Sapienza"
Presidente Fondazione Cesifin Alberto Predieri

Premessa sull'oggetto dell'indagine

Una preliminare e triplice regolazione di confini.

Prima: con il sintagma proprietà culturale intendo riferirmi ai beni culturali così come definiti e individuati negli artt. 10 e 11 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) e disciplinati dalla parte II (appunto dedicata ai "beni culturali") di tale Codice. La precisazione si impone perché sempre il D.lgs. 42/2004 ha introdotto la nozione di patrimonio culturale, che comprende sia i beni culturali come sopra ricordati sia i beni paesaggistici. Questi ultimi hanno come noto una disciplina "conformativa" propria e peculiare (del resto filiazione della legge sulle bellezze naturali L. 29 giugno 1939, n. 1497 e della c.d. legge "Galasso" 8 agosto 1985, n. 431, così come la disciplina dei beni culturali deriva dalla L. 1 giugno 1939, n. 1089 sulla tutela delle cose di interesse artistico e storico). Tanto che si inverte o meglio può inverarsi attraverso ulteriori misure, di natura normativa ma anche provvedimentale, come i piani paesistici, e si dispiega anche attraverso tratti di legislazione speciale come quella sui parchi nazionali (che, tra l'altro, contempla anche ipotesi di prelazione legale, v. art. 15, L. 6 dicembre 1991, n. 394). Fatto sta che nella nostra tradizione dottrinale la quale, sulla scia dell'insegnamento di Pugliatti, ha messo in luce la presenza di una nozione pluralista di proprietà, si è sempre avuto cura di distinguere, accanto alle varie tipologie (es. proprietà edilizia, agraria, forestale), la proprietà culturale (o storico-artistica, come un tempo si diceva) dalla proprietà paesistica.

15

La proprietà culturale ha anzitutto una nota caratteristica data dal fatto che il suo regime di fondo è tracciato dalla legge dello Stato. Non mancano però interconnessioni con altre fonti, internazionali (v. ad es. la convenzione di Parigi del 16 novembre 1972 avente ad oggetto "*la protezione sul piano mondiale del patrimonio culturale e naturale*"), europee e regionali. Tutto questo pone non pochi problemi sia di individuazione delle fonti sia di interpretazione, dovendosi coordinare testi di provenienza rispondenti a culture e ordinamenti giuridici diversi. Il fatto è che non siamo più di fronte ad una visione monistica o piramidale dell'ordine giuridico, ma ad una visione pluriordinamentale, in cui concorrono oltre allo Stato e alle Regioni e agli enti locali, comunità sovranazionali di varia origine e composizione, nonché comunità private produttrici di regole, che nel loro complesso danno luogo ad un arcipelago o sistema a rete. Incombe infatti non tanto una gerarchia delle fonti tipica del resto di un sistema monistico, quanto un gioco di rapporti fra ordinamenti che, convivendo e co-vigendo, si comprimono nella relatività della vita giuridica. Queste sono invero le considerazioni con cui Paolo Grossi chiude il suo "*Ordine giuridico medievale*" (opera costellata di insegnamenti non solo per gli storici del diritto). Con la doverosa precisazione che la gerarchia non è del tutto assente, tali conclusioni possono tuttavia sempre essere applicate al fluido rapporto tra diritto globale, diritto statale e diritto "particolare", che dà luogo ad un sistema policentrico in corso di continuo svelamento e rivisitazione (come si ricava anche dalla mera lettura della sentenza del Tar Lazio relativa alla sdemanializzazione della Venere di Cirene onde trasferirla in un museo libico, sentenza ricca di richiami a convenzioni e a sentenze internazionali)¹.
Seconda precisazione è che l'ottica di indagine è quella notarile, sicché si farà riferimento precipuo ai

¹ V. Tar Lazio, sez. II-*quater*, 20 aprile 2007, n. 3518, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2007, n. 3154.

beni culturali immobili, in ordine alla circolazione dei quali rileva il ministero del notaio. Pertanto non si esaminano le pur complesse tematiche della circolazione dei beni mobili (disciplinati tra l'altro da varie fonti internazionali e comunitarie), né tantomeno il tema dei c.d. beni culturali immateriali (precisati da convenzioni internazionali quali le convenzioni Unesco adottate a Parigi il 3 novembre 2003 e il 20 ottobre 2005, ratificate con L. 27 settembre 2007, n. 167, aventi ad oggetto la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e con esso ogni forma di espressione culturale), tantopiù che per essi, a prescindere dal fatto che sono oggetto di una disciplina non conformativa, bensì di una disciplina di censimento, di sovvenzioni e di promozione, non è allo stato identificabile un soggetto cui assegnarne la titolarità².

La *terza* precisazione è nel senso che l'attenzione è dedicata prioritariamente ai profili pubblicistici ovvero a quelli che coinvolgono l'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, e non la regolazione dei rapporti privatistici (anche se vi sono evidenti e continui rapporti eziologici). Questo sia per ragioni di disciplina che professio (anche se invero il diritto è un fenomeno unitario, e la divisione in comparti stagni è anzi pericolosa), sia perché si tratta di un tema in cui vi sono miriadi di studi e di saggi, tra cui primeggiano i contributi dei notai³, a dimostrazione tra l'altro che qui, come in tutta la c.d. speculazione giuridica, la ragion pratica è l'*humus* necessario di ogni ricostruzione o categorizzazione.

16 Pertanto non mi addentrerò sulla *querelle* della natura del contratto non correttamente prelatonato (nullità, nullità relativa, nullità speciale, nullità di protezione, inefficacia, inopponibilità, etc.), anche se, come del resto si ricava anche dal Codice del processo amministrativo a proposito della nullità del provvedimento amministrativo (che è apparentato con il contratto, anzi ne costituisce una discendenza), la nullità non è più o meglio non è più solo quella il cui regime così "assolutistico" è tracciato dagli artt. 1421, 1422, 1423 c.c. La legislazione difatti conosce svariate ipotesi di nullità c.d. minori, per cui la dizione così *tranchant* dell'art. 164 c.b.c. non è superabile facendo leva su distonie con la nozione "tipo" di nullità, dato che questo "tipo" non v'è più. Come pure non mi addentro nella individuazione delle categorie contrattuali o in genere delle operazioni di dismissione che sono soggette al regime della prelazione, salvo taluni accenni, basati per lo più sulla interpretazione della nozione di alienazione a titolo oneroso da parte dei giudici amministrativi chiamati a decidere ricorsi avverso i provvedimenti di esercizio della prelazione. Come noto nell'area applicativa della prelazione debbono ritenersi inclusi non solo la compravendita ed ogni altro contratto la cui funzione economico-sociale sia riconducibile allo schema dell'alienazione di un diritto dietro corrispettivo, ossia la vendita, la permuta, la costituzione di rendita mediante cessione di un bene diverso dal danaro ma anche quei negozi, nei quali, pur non essendovi corrispettività, v'è un effetto traslativo a titolo oneroso⁴. Naturalmente i casi dubbi sono tanti (tra cui comunque non più il conferimento, la cui soggezione al regime della prelazione ha ora una base legislativa: art. 60 Codice beni culturali⁵). Si può comunque

² Si rinvia a G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, a cura di A. Bartolini-D. Brunelli - G. Caforio, Napoli, 2014, p. 172 e ss. A tal fine, basti ricordare che a seguito delle menzionate Convenzioni Unesco, nella lista rappresentativa di beni immateriali culturali dell'umanità sono stati inseriti, per quanto riguarda il nostro Paese, il canto a tenore dei pastori del centro della Barbagia, il teatro delle marionette siciliane Opera dei Pupi, la dieta mediterranea.

³ V. in particolare G. CELESTE, «Beni culturali: prelazione e circolazione», in *Riv. not.*, 2000, p. 107-111, A. PISCHETOLA, *Circolazione dei beni culturali e attività*

notarile, Milano, 2006 e A. FUSARO, «La circolazione giuridica dei beni immobili culturali», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 12 e ss.

⁴ Il principio è ben evidenziato da Tar Lazio, sez. II, 29 luglio 1983, n. 747: «il diritto di prelazione su beni di rilevante interesse storico-artistico ai sensi della L. 1 giugno 1939, n. 1089 può essere esercitato dallo Stato anche nei confronti di negozi atipici o misti che, pur diversi da una pura compravendita, abbiano comunque effetti traslativi della proprietà».

⁵ Salvo il fatto che sarà onere per la società conferitaria, laddove sia a conoscenza della soggezione del bene conferito alla prelazione artistica, pretendere in

dire che la dottrina e la giurisprudenza sono pressoché concordi nel ritenere soggetta a prelazione la rinuncia avvenuta dietro corrispettivo (rinuncia traslativa) in quanto l'atto di rinuncia è finalizzato ad ottenere gli effetti di un'alienazione onerosa. Come pure sono prelazionabili il *negotium mixtum cum donazione* (salvo che non si ravvisi attraverso una indagine caso per caso che lo spirito di liberalità incide in modo determinante sulla funzione concreta perseguita dal contraenti); il *leasing*, con l'avvertenza che il regime opera sia riguardo alla vendita dal fornitore al concedente, sia riguardo all'esercizio dell'opzione d'acquisto da parte dell'utilizzatore⁶. Quanto alla transazione si applica il regime della prelazione se la transazione ha ad oggetto il trasferimento del bene conteso da chi ne è titolare a favore dell'altra parte, in cambio cioè di un *aliquid datum o retentum*, che viene a configurarsi come corrispettivo⁷.

Tra le tipologie negoziali escluse dal regime prelazio sono invece da annoverare: a) i preliminari (essendo privi di effetti reali, anche se la prelazione potrà essere esercitata ove le parti domandino l'esecuzione forzata del contratto, ai sensi dell'art. 2392 c.c.); b) gli atti di divisione (perché dotati di efficacia meramente dichiarativa); c) gli atti di affrancazione del bene da parte dell'enfiteuta in quanto investono il diritto del concedente e non la piena proprietà; d) la clausola dell'accordo di separazione che operi il trasferimento a favore di un coniuge, al fine di assicurarne il mantenimento, della proprietà di beni mobili o immobili; e) il contratto di cessione dei beni ai creditori, sembrando da condividere le opinioni che ne negano ogni assimilabilità causale con la transazione o con la *datio in solutum*: difatti nella cessione dei beni non si verifica un trasferimento dei beni a favore dei creditori, ma solo un conferimento di poteri in forza di un mandato a liquidare *in rem propriam*; f) la cessione del capitale di una società proprietaria di un bene culturale, in quanto il bene appartiene alla società e non costituisce oggetto di trasferimento, ancorché l'unico cespite della società sia il bene culturale (v. il noto caso degli isolotti "Li Galli"⁸); g) la fusione, perché non v'è identità tra il soggetto che perde la titolarità del bene e chi riceve la partecipazione sociale.

Il bene culturale come proprietà "divisa"

La nervatura pubblicistica è particolarmente intensa al punto che secondo una autorevolissima interpretazione dottrinale⁹ il bene culturale costituisce una proprietà divisa, tra privato e pubblico potere, cui corrispondono appunto due diversi diritti dominicali¹⁰. Sempre la stessa dottrina ha successivamente precisato che «il bene culturale è pubblico, non in quanto di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione»¹¹. Difatti - si osserva - «il bene culturale sembra non avere un "proprietario" in senso proprio», «poiché il godimento lo ha l'universo dei fruitori del medesimo, cioè un gruppo disaggregato e informale di persone fisiche, indeterminate ed indeterminabili come universo,

sede di conferimento l'adozione di misure idonee a garantire l'acquisizione al patrimonio sociale del valore economico del conferimento anche in caso di esercizio della prelazione legale da parte dello Stato, onde dar comunque attuazione al principio dell'integrale liberazione immediata.

⁶ V. Corte Cost., 21 giugno 2007, n. 221; nonché Tar Lazio, sez. II-*quater*, 3 aprile 2008, n. 2843.

⁷ Diverso è il caso se la transazione si tramuta nella rinuncia di una parte a far valere le proprie pretese sul bene conteso dietro corrispettivo pagato dall'altra parte: in tal caso difatti non si verifica alcun effetto traslativo.

⁸ Tar Lazio, sez. IV, 6 agosto 2005, n. 6084, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2008, n. 1205.

⁹ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 92-93.

¹⁰ Come è stato ricordato attraverso una elegante reminiscenza letteraria da G. SEVERINI, in *Codice commentato di edilizia e urbanistica*, a cura di S. Battini - L. Casini - G. Vesperi - C. Vitale, Torino, 2013, sub art. 9 Cost., tale disciplina "binaria" di appartenenza in un certo senso era stata colta e prefigurata da Victor Hugo quando ebbe a scrivere che «*Il y a deux choses dans un édifice: son usage et sa beauté. Son usage appartient au propriétaire, sa beauté à tout le monde*»: V. HUGO, *Sur la destruction des monuments en France* (1825), riprodotto in ID., *Guerre aux démolisseurs!*, Montpellier, 2002.

¹¹ M.S. GIANNINI «I beni culturali», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 31.

ma individuabili in concreto nel tempo presente in elementi o gruppi aggregati particolari che si costituiscono nell'universo, mentre incerte nell'individuazione ma certe quanto all'esistenza nel tempo futuro¹². Né questa tesi è contestabile attraverso il rilievo per cui la fruizione pubblica di beni culturali di proprietà privata riguarderebbe solo i beni di particolare importanza¹³ e quelli di cui il proprietario ha beneficiato dei contributi ministeriali¹⁴, in quanto in tale obiezione si trascura la lettura necessariamente estensiva della nozione di fruizione. Che è data dalla stessa presenza del bene pur senza possibilità di accedervi all'interno, presenza che esprime di per sé e anzi esalta l'identità e con essa il percorso storico-architettonico del contesto e nel contempo dà modo a tutti di percepirne, oltre il valore materiale, tutti i valori immateriali che hanno fatto da "formante" del bene storico-culturale¹⁵. A prescindere poi dalla fruizione tramite le tecniche mediatiche e della riproduzione e il fatto dirimente che la stessa conservazione è funzionale a consentire la fruizione per le generazioni future.

Categorie di beni culturali

La tematica pubblicistica riguarda *in primis* la stessa identificazione del bene culturale. Nel sistema del Codice vi è una diversificazione per categorie: vi sono infatti beni culturali *ope legis*; beni culturali *ope legis* in via transitoria, salvo conferma in via amministrativa; ed infine, beni culturali a seguito di dichiarazione amministrativa.

I beni culturali ope legis

- 18 Sono beni culturali *ope legis* tutti quelli che rispondono ad un duplice criterio, soggettivo e oggettivo. Il criterio soggettivo è dato dalla proprietà dello Stato o di altri enti pubblici (art. 10, comma 2). Il criterio oggettivo si traduce nella elencazione di tipologie di beni: le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie ed altri luoghi espositivi (lett. a); archivi e singoli documenti (lett. b); raccolte librerie (lett. c). Si tratta cioè di *universitates rerum* (anche se va ricordato che sono compresi tra i beni culturali e questo già nella legislazione previgente, non solo gli archivi, ma anche i singoli documenti degli enti pubblici:

¹² M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

¹³ L'art. 104 del D.lgs. n. 42 del 2004 rubricato "Fruizione di beni culturali di proprietà privata" così dispone: «1. Possono essere assoggettati a visita da parte del pubblico per scopi culturali: a) i beni culturali immobili indicati all'articolo 10, comma 3, lettere a) e d), che rivestono interesse eccezionale; b) le collezioni dichiarate ai sensi dell'articolo 13. 2. L'interesse eccezionale degli immobili indicati al comma 1, lettera a), è dichiarato con atto del Ministero, sentito il proprietario. 3. Le modalità di visita sono concordate tra il proprietario e il soprintendente, che ne dà comunicazione al comune e alla città metropolitana nel cui territorio si trovano i beni. 4. Sono fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 38».

¹⁴ L'art. 38 del D.lgs. n. 42 del 2004 rubricato "Accessibilità del pubblico dei beni culturali" così dispone: «1. I beni culturali restaurati o sottoposti ad altri interventi conservativi con il concorso totale o parziale dello Stato

nella spesa, o per i quali siano stati concessi contributi in conto interessi, sono resi accessibili al pubblico secondo modalità fissate, caso per caso, da appositi accordi o convenzioni da stipularsi fra il Ministero ed i singoli proprietari all'atto della assunzione dell'onere della spesa ai sensi dell'articolo 34 o della concessione del contributo ai sensi degli articoli 35 e 37. 2. Gli accordi e le convenzioni stabiliscono i limiti temporali dell'obbligo di apertura al pubblico, tenendo conto della tipologia degli interventi, del valore artistico e storico degli immobili e dei beni in essi esistenti. Accordi e convenzioni sono trasmessi, a cura del soprintendente, al comune e alla città metropolitana nel cui territorio si trovano gli immobili».

¹⁵ Sugli effetti attrattivi e induttivi dei beni di interesse storico-artistico, con particolare riguardo alle dimore storiche, si rinvia a G. MORBIDELLI, *La tutela delle "dimore storiche": indicazioni comparatistiche*, in *Studi in onore di Giuseppe De Vergotini*, Padova, 2015.

la tutela è in vista della loro riferibilità ad una universalità “in senso storico”, cioè del complesso dell’attività degli enti pubblici, di cui si intende conservare e tramandare la storia, che in primo luogo si fonda sui documenti)¹⁶.

I beni culturali ope legis salvo conferma in via amministrativa

Sono altresì beni culturali *ope legis*, ma in attesa di eventuale consolidamento (ovvero sotto condizione) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico e etnoantropologico che appartengono allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico o a persone giuridiche private senza fine di lucro (art. 10, comma 1), con la precisazione che deve trattarsi (v. art. 10, comma 5) né di opere di autore vivente né di opere la cui esecuzione, se bene immobile, risalga a meno di settanta anni e, se bene mobile, a meno di cinquanta anni¹⁷. Ove non ricorrano tali presupposti di esenzione, e ricorrano i soli requisiti soggettivi sopra ricordati, si ha la qualità di bene culturale senza necessità di un previo accertamento amministrativo. Ciò si ricava di tutta evidenza dall’art. 12, comma 1 del Codice. In sostanza, la legge introduce una vera e propria “presunzione di culturalità” di tutte le cose di proprietà di soggetti pubblici o di enti non lucrativi che non ricadono nelle fasce di esenzione di cui all’art. 10, comma 5. Tale qualità non è però definitivamente acquisita, dato che la legge prevede un’espressa procedura di conferma. Per chiarire meglio, valga ricordare che nel regime previgente era previsto che i rappresentanti degli enti pubblici (e assimilati) predisponessero un elenco descrittivo dei beni culturali di loro proprietà, elenco da aggiornare via via. Tuttavia, stante la previsione dell’art. 4, comma 3, L. 1089/1939 (e anche dall’art. 5, D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, T.U. Beni culturali ed ambientali, anch’esso abrogato dal Codice) l’inserimento negli elenchi non aveva valore costitutivo ma meramente dichiarativo: in tal senso la giurisprudenza era consolidata. Il Codice invece prevede, sia per evitare situazioni di incertezza che in passato erano diffuse, sia per ragioni di esaustività di catalogazione, che la sottoposizione a tutela di tutti i beni individuati attraverso il combinato disposto dai commi 1 e 5 dell’art. 10 abbia carattere provvisorio, e ciò in attesa di una verifica *ad hoc* da svolgersi da parte della Amministrazione dei beni culturali: v. in tal senso art. 12, comma 1. Di rimando la natura di bene culturale si consolida definitivamente, per i beni di proprietà di taluni enti, a seguito della verifica ex art.12, comma 2, che opera da condizione risolutiva (se negativa) o da conferma (se positiva). Cosicché l’assoggettamento a tutela delle cose di proprietà pubblica, in base ad una presunzione *juris tantum* della qualità culturale, non opera a tempo indeterminato, ma assume la funzione di misura cautelare a carattere provvisorio, ancorata a requisiti oggettivi e destinata a venir meno con la conclusione del procedimento di verifica. Ad esito del quale i beni culturali *ope legis* (per via di presunzione) diventano beni culturali per dichiarazione amministrativa (espressa appunto tramite la verifica di “culturalità”).

19

¹⁶ V. più ampiamente su questo punto G. MORBIDELLI, *Commento all’art. 10*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, p. 123 e ss.

¹⁷ Tale stato di anzianità è verificabile attraverso sicuri elementi probatori quali il rilascio della licenza edilizia, il certificato di abitabilità, l’accatastamento, l’allacciamento a pubblici servizi, o anche contratti aventi ad oggetto l’edificio

o parte di esso, accertamenti tributari o amministrativi, provvedimenti amministrativi di vario genere riguardanti l’edificio (o attività ivi svolte), documenti dell’ente proprietario (quali relazioni, bilanci, delibere). Inoltre in caso di assenza di tali documenti, si potrà ricorrere a perizie che potranno agevolmente, accertare sulla base di indagini sui materiali, l’età dell’edificio.

Il regime transitorio (in attesa della verifica)

Il regime transitorio in attesa della verifica pone problemi¹⁸. Come già detto, la normativa in oggetto si distingue dal regime della L. 1089/1939 e del T.U., che si basava sul sistema degli elenchi. La misura di salvaguardia ora introdotta risponde ad una evidente ragione di garanzia e di certezza dei rapporti: poiché gli elenchi spesso non erano completi, e del resto andavano aggiornati di continuo per lo stesso decorso del tempo, e poiché d'altra parte l'inserimento negli elenchi non aveva valore costitutivo ma meramente dichiarativo, potevano aversi situazioni di non consapevolezza della natura di bene culturale, e di riflesso (soprattutto nell'ipotesi di conferimenti di interi compendi aziendali) alienazioni da ritenersi nulle con tutte le conseguenze del caso. La nuova disciplina ha di contro anche uno scopo "propulsore": indurre gli enti pubblici e le persone morali ad una pronta e attenta introspezione di tutto il proprio patrimonio (la verifica infatti si svolge anche su richiesta dei proprietari delle cose "corredate dei relativi dati conoscitivi": v. art. 12, comma 1, D.lgs. 42/2004), onde appunto porre fine alla pregressa situazione di non completa conoscenza circa il valore culturale dei beni.

Da parte di taluni è stata data una interpretazione restrittiva dei beni da assoggettare ad inalienabilità provvisoria. Sulla base del rilievo che altrimenti il campo di applicazione sarebbe eccessivamente dilatato, riguardando la quasi totalità dei beni di tali enti, si è appunto sostenuto che i beni da "cautelare" dovrebbero essere solo quelli che, in modo presuntivo, presentino qualche caratteristica di culturalità¹⁹. La tesi è suffragata da elementi di ragionevolezza, perché in tal maniera si eviterebbero le conseguenze invero eccessive della salvaguardia generalizzata (si pensi solo a tutti i beni mobili di autori non viventi e risalenti ad oltre 50 anni!): senonché in tal maniera si apre il problema di come si debba individuare la presunzione di culturalità. Una soluzione potrebbe essere quella di escludere dalla tutela i beni nei quali l'assenza di culturalità è *ictu oculi* incontestabile, tanto più ove rafforzata dall'assenza di inclusione nei vecchi elenchi. Si dovrebbe cioè non svolgere un giudizio positivo, onde
20 ravisare la presenza di un *quid* di culturalità, o meglio il *fumus* della stessa, ma un giudizio negativo, ovvero di assoluta assenza di culturalità al fine di escludere il bene dalla salvaguardia. Indicazioni in tal direzione provengono dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha fatto precipuo riferimento alla esigenza di un espresso atto di riconoscimento culturale quando il bene, pur avendo la vetustà di legge, non è assistito da alcuna presunzione di interesse culturale: ha cioè richiesto - nel vigore del sistema degli elenchi - una valutazione in negativo circa l'assenza di elementi idonei a ravisare il minimo valore culturale del bene. Il fatto che ci si trovi di fronte ad una misura cautelare e transitoria induce comunque a ritenere che tale assenza deve risultare "palese" (per riprendere lo stesso aggettivo che, ad altri fini, è adottato dall'art. 21-*octies*, comma 2, L. 241/1990) onde rimarcare l'assoluta inconfutabilità, evidenza e semplicità dell'accertamento. In un noto caso (acquisto di un edificio realizzato all'inizio del '900 di proprietà di Banca d'Italia in Grosseto da parte di un Istituto di credito privato), il Consiglio di Stato ha difatti ritenuto che il bene fosse stato legittimamente alienato in quanto era da escludere che l'interesse storico-artistico dell'immobile emergesse con chiarezza ed evidenza; e che doveva altresì escludersi che vi fosse una situazione di dubbio tale da far insorgere l'onere, per la Banca d'Italia, di rivolgersi alla Soprintendenza per far accertare se il bene fosse o meno di interesse storico-artistico e andasse perciò o meno nel relativo elenco²⁰. Inutile dire che tutto questo è frutto di una valutazione *ex post*: è evidente infatti che ragioni di cautela impongono comunque, per gli edifici ultra settantenni di proprietà dei soggetti sovraindicati, di attivare la procedura di verifica. Ciò anche se hanno mutato la

¹⁸ V. sul punto l'approfondito saggio di N. AICARDI, «L'individuazione dei beni culturali di appartenenza pubblica e di enti privati non lucrativi», in *Foro amm.*, 2005, II, p. 2219 e ss.

¹⁹ V. in proposito le considerazioni di A. SERRA, *Commento*

all'art. 54, in *Il codice dei beni culturali*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, p. 252-261.

²⁰ V. Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 923 (che ha annullato la sentenza del Tar Toscana, sez. I, 27 maggio 1997, n. 154).

loro natura giuridica, come è avvenuto recentemente in tanti casi a seguito delle c.d. privatizzazioni; si pensi solo ad Eni, Enel, Poste o anche alle Casse di previdenza e alle Fondazioni bancarie. In tal senso del resto v'è una espressa disposizione dettata dall'art. 12, comma 9.

I beni culturali di proprietà privata

La terza categoria riguarda i beni di proprietà di privati (escluse - s'intende - le persone giuridiche senza scopo di lucro): beni che per acquisire la *qualitas* culturale hanno necessità di espressa dichiarazione in via amministrativa secondo la procedura di cui agli artt. 13 e ss. (v. in particolare art. 10, comma 3), c.d. beni culturali per "dichiarazione amministrativa". In tal caso i beni devono avere un interesse storico-artistico *particolarmente* importante o di *eccezionale* interesse (aggettivazioni e avverbi che non ricorrono per i beni di proprietà di enti pubblici o di persone morali). La legge stabilisce i vari presupposti perché si possa giungere a tale dichiarazione (tra l'altro è possibile il vincolo anche su beni non dotati di valore artistico-storico *ex se*, ma indirettamente, ad es. perché sede di eventi storici: c.d. beni culturali per testimonianza identitaria), il relativo procedimento, il supporto motivazionale etc. A dimostrazione dell'esigenza di una tutela anticipata che caratterizza la materia, anche per la sua copertura a livello di principi costituzionali fondamentali, già la comunicazione di avviso del procedimento determina l'applicazione in via cautelare sull'immobile vincolato di tutta una serie di disposizioni di tutela.

Non è il caso di ripercorrere la tematica dei presupposti e delle procedure per la approvazione del vincolo, del resto ricostruita e disegnata da una copiosa giurisprudenza²¹. Sono peraltro opportune talune precisazioni rispettivamente sui soggetti destinatari della notificazione, sul *dies a quo* dell'efficacia del vincolo, sulla natura della trascrizione.

21

1. Destinatari della notificazione e dies a quo di efficacia del vincolo

Ci si deve chiedere se la notificazione vada effettuata a tutti e tre i soggetti indicati nella legge («proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo della cosa»), o se sia sufficiente effettuarla nei confronti di uno solo di essi.

La giurisprudenza è concorde nell'affermare che la notificazione possa essere eseguita alternativamente, e non cumulativamente, a uno di questi soggetti. Tale indirizzo assume che la legge ha stabilito il principio della notifica unica, operante nei confronti del soggetto che, al tempo di detta notificazione, appare avere un potere anche di fatto sulla cosa, senza che occorra indagare se sussista un rapporto diverso o peggio nei confronti di altri e questo al fine precipuo di salvaguardare la conservazione, l'integrità e la sicurezza del bene²². Al punto che è considerata valida ed efficace anche la notificazione effettuata a chi avesse dismesso la proprietà, con atto trascritto nei registri immobiliari, qualora catastalmente risulti ancora proprietario.

Invero il problema del destinatario della notifica si salda con quello dell'efficacia del vincolo, nel senso che è decisivo stabilire quand'è che il vincolo spiega i propri effetti. L'art. 21-*bis*, L. 7 agosto 1990, n. 241, rubricato "Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati", stabilisce che

²¹ Ricostruita con completezza in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, *cit.*

²² Diversamente in dottrina: F. SAIITA, *Commento all'art. 15*, in *Commentario Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. Trotta - G. Caia - N. Aicardi, *MLC*, 2005, p. 1161,

osservava appunto che «tutti e tre gli anzidetti soggetti - cioè, sia il proprietario che il possessore o detentore a qualsiasi titolo - debbano, sempreché siano individuabili, ricevere la notifica del provvedimento impositivo del vincolo, non essendo sufficiente la notifica ad uno solo di essi».

«il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile». Come sottolineato dalla dottrina, la portata innovativa di tale norma consiste nell'aver qualificato i provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato come atti recettizi, la cui efficacia è cioè subordinata alla comunicazione all'interessato. E poiché la L. 241/1990 si applica anche nelle materie disciplinate da norme di settore, integrando le relative discipline (salvo espresse eccezioni, che qui non vi sono), ne consegue, almeno ad una prima lettura, che il provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale, così come previsto e disciplinato nel Codice dei beni culturali, rientra nel campo di applicazione dell'art. 21-*bis* della L. 241/1990, in quanto dotato del carattere «limitativo della sfera giuridica dei privati». Di talché il provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata. Le conseguenze in punto di regime giuridico sono evidenti: la notificazione diviene elemento costitutivo dell'effetto tipico del provvedimento, e ciò in relazione sia al proprietario che al possessore che al detentore della cosa; ai fini dell'efficacia dell'atto non sono ammesse equipollenze alla notificazione; gli effetti del provvedimento non retroagiscono al tempo dell'adozione, ma operano solo dal momento in cui si perfeziona la notificazione.

Senonché la giurisprudenza nega la natura costitutiva della notificazione del provvedimento di dichiarazione, sottolineando come tale dichiarazione «investe obiettivamente l'immobile - per la relazione, cioè, in cui esso si trova con le esigenze artistiche e storiche, dalla citata legge giudicate meritevoli di particolare tutela - ed è effettuata sulla base di considerazioni che attengono al bene in sé, e non anche all'identità dei privati che ne siano proprietari, possessori o detentori»²³. Anzi, come già ricordato, «il ministro della pubblica istruzione [...] non ha alcun interesse a compiere indagini sui rapporti tra determinati soggetti ed i beni in questione; pertanto, una volta correttamente identificato nel provvedimento di imposizione del vincolo storico e artistico il bene da vincolare, è del tutto
22 irrilevante che in esso sia indicato quale attuale proprietario dello stesso un soggetto che ne abbia, viceversa, ormai dismessa la proprietà»²⁴, quindi «il decreto di imposizione del vincolo deve ritenersi legittimamente notificato alla persona che secondo il catasto risulta proprietario dell'immobile»²⁵.

La tesi della giurisprudenza conduce però ad una dissociazione tra regime del bene, che nasce indipendentemente dalla notificazione, e obblighi dei privati proprietari o detentori o possessori, considerato che, sulla base di fondamentali principi in punto di imputazione di responsabilità, colui che non ha ricevuto la notifica o che comunque senza colpa non è a conoscenza del vincolo non può essere onerato di alcunché. Con la conseguenza che nei suoi confronti non operano gli obblighi di conservazione, in tal maniera contraddicendo gli scopi di tutela che la giurisprudenza intende perseguire facendo riferimento precipuo alla *res* (che però è amministrata da persone). Difatti a seguire questa tesi il bene è sì vincolato, ma il relativo regime non può trovare applicazione, o comunque trova solo applicazione limitata, ad es. consentendo l'imposizione del vincolo indiretto. Ecco perché sembra più corretta la tesi, del resto in linea con la natura di provvedimento recettizio²⁶, secondo cui la notifica al proprietario effettivo costituisce elemento costitutivo della fattispecie²⁷. Il proprietario a sua volta sarà onerato di informarne possessore e detentore. Nel contempo la notifica al possessore e al detentore, ove individuabile, risponde ad una esigenza di buona amministrazione e di tutela del bene, a salvaguardia dell'eventuale inerzia del proprietario nel comunicare a costoro l'acquisito *status* del bene.

²³ Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 1967, n. 632.

²⁴ Cons. Stato, sez. IV, 28 settembre 1967, n. 430.

²⁵ Tar Campania, Napoli, sez. I, 7 dicembre 2001, n. 5325.

²⁶ Natura su cui concorda la giurisprudenza della Cassazione: v. S.U., 15 aprile 2003, n. 5993.

²⁷ V. su tutta questa tematica il saggio di J. BERCELLI, «Notificazione e trascrizione del provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale tra esigenze di tutela dei beni culturali e principio di certezza dei rapporti sociali», in <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2006/3/bercelli.htm>.

A tal proposito è opportuno ricordare che l'art. 14, comma 1 del Codice, prevede che anche la comunicazione di avvio del procedimento debba essere comunicata «al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo della cosa che ne forma oggetto». Sicché tutti e tre i soggetti indicati vengono ad essere configurati dalla disciplina di tutela dei beni culturali come «soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti», ai sensi dell'art. 7 della L. 241/1990. Ciò d'altra parte anche in considerazione del fatto che molti degli obblighi, vincoli e limitazioni che derivano dalla qualificazione di un bene come bene culturale, si applicano in via immediata e diretta sia al proprietario, sia al possessore, sia al detentore del bene. Basti considerare sotto questo profilo l'art. 30, comma 3 del Codice, ai sensi del quale «I privati proprietari, possessori o detentori di beni culturali sono tenuti a garantirne la conservazione», ovvero l'art. 31, comma 1 («Il restauro e gli altri interventi conservativi su beni culturali ad iniziativa del proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo sono autorizzati ai sensi dell'art. 21»), ovvero ancora l'art. 32 («Il ministero può imporre al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo gli interventi necessari per assicurare la conservazione dei beni culturali, ovvero provvedervi direttamente»). Il che conferma la natura costitutiva della notifica al proprietario effettivo (determinando altresì in quest'ultimo l'obbligo di darne notizia al possessore e detentore).

2. Trascrizione

L'art. 15 del Codice prevede che, ove si tratti di cose soggette a pubblicità immobiliare o mobiliare, «il provvedimento debba essere altresì trascritto, su richiesta del soprintendente, nei relativi registri ed abbia efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo». Nel vigore della L. 1089/1939 la dottrina era largamente orientata ad escludere che la trascrizione avesse funzione costitutiva e si discuteva se avesse funzione di mera pubblicità notizia, oppure di c.d. pubblicità rafforzativa, ossia quella particolare specie di pubblicità informativa che vale a determinare ad ogni effetto una presunzione assoluta di conoscenza da parte dei terzi²⁸. Il Codice non ha affrontato espressamente la questione. Va tuttavia osservato che il richiamo all'art. 15 del Codice all'istituto civilistico della trascrizione nei registri non esclude che tale istituto debba essere invece letto nell'ottica della disciplina dei beni culturali, ovvero sia si tenga conto degli scopi precipui di questa. E difatti il giudice amministrativo dopo aver ricordato che gli schemi codicistici sulla trascrizione «sono preordinati alla risoluzione di controversie in sede di circolazione dei diritti immobiliari e in particolare a dirimere conflitti tra più acquirenti dello stesso bene o diritto», ha nel contempo sottolineato come la *ratio* dell'obbligo di trascrizione vada identificata nell'esigenza di garantire al massimo la conservazione del bene protetto compatibilmente con la tutela dei diritti dei terzi²⁹.

Sicché, se da un lato nella *ratio* dell'art. 15, comma 2, rientra anche la tutela dei diritti dei terzi, dall'altro non deve essere trascurata l'esigenza primaria di garantire la conservazione del bene protetto. Appare pertanto più coerente con l'impianto sistematico del Codice e con il principio costituzionale posto dall'art. 9³⁰ ritenere che la mancata o errata trascrizione di un provvedimento di dichiarazione di interesse culturale non determina l'inopponibilità del vincolo al terzo acquirente. Ne consegue che la prelazione può essere esercitata dalla pubblica amministrazione anche in caso di mancata o errata trascrizione. In tale evenienza comunque il privato acquirente, nel caso in cui sia in buona fede, avrà titolo al risarcimento danni subiti per effetto della mancata o erronea trascrizione del vincolo

²⁸ Indicazioni sul punto in J. BERCELLI, *op. cit.*

²⁹ V. sul punto ancora J. BERCELLI, *op. cit.*, e la giurisprudenza richiamata.

³⁰ Che ha il fine di salvaguardare beni cui sono connessi interessi primari per la vita culturale del paese: Corte Cost., 20 giugno 1995, n. 269.

nei confronti della pubblica amministrazione non diligente all'obbligo di provvedere alla pubblicità stessa³¹.

3. Dei vincoli di "destinazione d'uso"

Sempre a proposito di beni vincolati per dichiarazione amministrativa, è d'obbligo precisare un punto rilevante anche ai fini dello stesso obbligo di corretta informazione che grava sul notaio, e cioè il fatto che il vincolo può assumere consistenza e caratteri diversificati, per cui non è sufficiente limitarsi a dar conto del fatto che l'immobile è "vincolato". Il vincolo difatti può essere, come si dice in gergo, "nudo", cioè limitarsi, sulla base di una motivazione che ne pone in risalto il pregio artistico-storico etc., alla dichiarazione del valore culturale, da cui *ex lege* consegue il regime tracciato dal Codice (interventi vietati, interventi soggetti ad autorizzazione, prelazione etc.), ma può essere anche "vestito", nel senso che delinea già quali sono gli interventi e gli usi ammessi e quelli vietati.

In tal caso il vincolo ha dunque una funzione "conformativa" ulteriore e di solito pregnante, di cui l'acquirente non può non essere edotto. Il problema si pone in particolare per i locali c.d. storici, su cui v'è una ricca casistica giurisprudenziale, che ha riguardato ad es. la Fiaschetta Beltrame di via della Croce a Roma, la antica farmacia di Piazza del Campo a Siena, la bottega di arredamento Canetoli in Bologna, l'antico negozio Pietro Romanengo fu Stefano in Genova, la Chincaglieria e la Coroncina di Bologna, l'antico ristorante Bagutta di Milano, l'Antico Caffè Genovese di Cagliari, etc. In tutti questi casi la giurisprudenza ha messo in luce, da un lato, che il vincolo nasce da una sorta di "compenetrazione" del valore storico-artistico con il bene che ne costituisce il supporto materiale e dall'altro che questo non si risolve nell'obbligo di gestire una determinata attività (libreria, trattoria, cioccolateria, etc.).

24 Tuttavia, dovendosi tutelare il "negozio" in considerazione precipua del valore culturale dell'attività ivi svolta, si rende necessario apporre il vincolo sul "contenuto", e non soltanto sul "contenitore": con la conseguenza in via di fatto che le limitazioni di uso imposte e le conseguenti prescrizioni rendono praticabili solo determinati usi, o comunque si tratta sempre di usi innervati da una congerie di condizioni.

D'altro canto la giurisprudenza ha più volte sottolineato che «risponde alle finalità di legge l'imposizione di un vincolo che riverberi i propri effetti sulla utilizzazione del bene vincolato, allorché risulti chiaro che detta utilizzazione non assume rilievo autonomo, separato e distinto del bene, ma si *compenetra* nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale, essendo il valore culturale dei beni rappresentato dal collegamento con accadimenti della storia, della civiltà o del costume progressivi»³². È vero che il Consiglio di Stato ha di solito cura di precisare che «il vincolo non riguarda l'attività imprenditoriale in sé»: ma questa è una clausola di stile o meglio un espediente retorico, perché nel concreto l'attività imprenditoriale è limitata in funzione degli usi ammissibili se non ad uso imposto, nel senso che non vi sono alternative. E anche se si afferma che «il vincolo deve limitarsi a indicare le destinazioni locative non compatibili, ma non può spingersi fino ad imporre una determinata destinazione locativa, corrispondente a quella in atto»³³, è evidente che ci si trovi sempre di fronte a vincoli di uso, rappresentati dalla "residualità" «rispetto a tutte le destinazioni non ritenute compatibili». Tra l'altro tali vincoli che impingono sull'uso sono in espansione, in coerenza con una domanda dell'opinione pubblica volta a tutelare gli esercizi tradizionali, onde non snaturare i centri storici. Tanto più che l'art. 2-*bis* del D.l. 8 agosto 2013, n. 91 (recante "Disposizioni urgenti per la tutela e la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo"), convertito con modificazioni della L. 7

³¹ Così J. BERCELLI, *op. cit.*

Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 1983, n. 723.

³² Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5434, ma v. già

³³ Così Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 1994, n. 1266.

ottobre 2013, n. 112, rubricato “Modifiche all’art. 52 del Codice dei beni culturali e del paesaggio” (che ha modificato anche la rubrica del predetto art. 52, aggiungendo alla locuzione «esercizio del commercio in aree di valore culturale» la congiunzione «e nei locali storici tradizionali»), ha inserito un comma 1-*bis* all’art. 52 del seguente tenore: «Fermo restando quanto previsto dall’art. 7-*bis*, i comuni, sentito il soprintendente, individuano altresì i locali, a chiunque appartenenti, nei quali si svolgono attività e altre attività commerciali tradizionali, riconosciute quali espressione dell’identità culturale collettiva ai sensi delle convenzioni Unesco di cui al medesimo articolo 7-*bis*, al fine di assicurarne apposite forme di promozione e salvaguardia, nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all’articolo 41 della Costituzione». È agevole dedurre che tale legge costituisce un consolidamento della giurisprudenza in quanto investe espressamente oltre alle cose, anche le attività culturali, ad esse legate in un tutt’uno inscindibile.

Del resto proprio recentemente il Ministro per i beni e le attività culturali ha adottato due direttive (rispettivamente 26 agosto 2014 e 29 settembre 2014) volte a dar luogo ad un censimento e delle sale cinematografiche di interesse storico esistenti sul territorio e delle librerie di interesse storico, il che è propedeutico all’applicazione dei vincoli conformativi e “vestiti” nel senso dianzi precisato e dunque funzionali al mantenimento di tali forme d’uso con riferimento a tali categorie di beni³⁴.

Beni culturali “parziari” o minori

Completezza impone di ricordare che v’è una ulteriore categoria di beni culturali. L’art. 11 difatti elenca tutta una serie di beni mobili ed immobili, di vario genere (si va dai tabernacoli ai mezzi di trasporto d’epoca, dalle opere di particolare valore artistico di autori viventi alle fortificazioni della prima guerra mondiale), che potremmo definire beni culturali “parziari” o “minori” o beni a rilevanza culturale³⁵. Nel senso che, a meno che non rientrino nella categoria di beni culturali *tout court* («fatta salva l’applicazione dell’art. 10»), sono culturali solo ai fini e nei limiti delle prescrizioni di cui alle disposizioni volta per volta richiamate. Sicché la relativa disciplina è demandata alle specifiche disposizioni del Codice cui lo stesso art. 11 rinvia e che a loro volta costituiscono la razionalizzazione di disposizioni sparse nella legislazione (ad es. la lett. i, riprende l’art. 1 della L. 7 marzo 2001, n. 78 di “Tutela del patrimonio storico della Prima guerra mondiale”). Da aggiungere tuttavia che, se tali beni hanno anche natura culturale “ordinaria”, saranno sottoposti ad entrambe le discipline, quella generale e quella speciale.

Quanto alla identificazione di tali beni, essa è rimessa alla specifica disciplina: talvolta sono identificabili direttamente dalla legge (così ad es. gli affreschi, i tabernacoli, i graffiti, etc. di cui all’art. 50 o gli studi d’artista con tipologie a lucernario: art. 51, comma 2), talvolta invece occorre un atto amministrativo di individuazione (ad es. art. 37, comma 4, per le opere dell’architettura contemporanea, di cui si chiede un riconoscimento da parte del Sovrintendente e art. 52, relativo alle aree pubbliche ove vietare o sottoporre a condizioni particolari l’esercizio del commercio).

³⁴ V. sul punto diffusamente P. CARPENTIERI, «Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica», relazione al Seminario di Formazione Specialistica - Confronto tra giuristi ed urbanisti sul tema “Il territorio

tra tutela e trasformazione”, svoltosi il 24-25 novembre 2014 a Roma.

³⁵ Per questa terminologia S. FOA, «La legittimità costituzionale della L.r. Lazio sulla tutela e valorizzazione dei centri storici», in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 907.

1. Gli affreschi

Gli affreschi sono da considerare beni immobili sino a quando incorporati al muro sul quale sono stati dipinti, ma *quid iuris* nel caso in cui vengano separati da tale muro? La Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla natura mobile o immobile di alcuni affreschi di Tiepolo, separati dalle pareti di un palazzo sottoposto a vincolo culturale (palazzo Barbarigo di Venezia)³⁶. Ed ha affermato che mentre per i normali affreschi è possibile la separazione e l'autonoma circolazione, nel caso in cui, come nella fattispecie, gli affreschi siano stati dipinti in un palazzo soggetto a vincolo, essi divengono beni immobili per destinazione e non possono essere validamente separati dal muro e dunque circolare in modo autonomo in quanto il vincolo si estende implicitamente anche agli affreschi costituenti un *unicum* con il palazzo, di cui costituiscono pertinenze ai sensi dell'art. 817 c.c. Senonché, in virtù del vincolo culturale sono giuridicamente inseparabili dall'immobile principale per effetto di atti di autonomia privata in eccezione al disposto dell'art. 818 c.c. Ne consegue la nullità della vendita separata degli affreschi rispetto a quella dell'immobile, senza che assuma alcuna rilevanza in contrario la circostanza della materiale separazione degli affreschi stessi dall'immobile (dovuta, nella specie, ad esigenze di restauro) al tempo dell'alienazione di questo. Di rimando l'alienazione dell'immobile determina a favore dell'acquirente anche l'acquisto automatico della proprietà degli affreschi, come pertinenze dell'immobile³⁷. Di qui anche la inapplicabilità delle regole dell'accessione o della incorporazione, e quindi la esclusione della configurabilità di un diritto dell'alienante al pagamento in suo favore, a seguito della ricollocazione degli affreschi nel sito originario, del valore degli stessi o del maggior valore conseguito dall'immobile alienato³⁸.

Beni di enti pubblici o di enti morali trasferibili

26

Un punto di rilievo è dato dal fatto che taluni beni culturali sia degli enti territoriali, sia degli altri enti pubblici, sia degli enti morali, sono alienabili. Sono esclusi quelli indicati dall'art. 54, commi 1, e 2 (che invece possono essere oggetto di trasferimento tra Stato, Regioni e anche enti territoriali, art. 54, comma 3). Si tratta però di una alienazione "controllata", cioè sottoposta a previa autorizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali. La autorizzazione preventiva - chiarisce la relazione illustrativa al Codice - è una regola generale per la alienazione dei beni culturali pubblici (e degli enti morali). Stante anche le caratteristiche della autorizzazione, che non solo ha una funzione di controllo, ma anche di programmazione, è da escludere che possa intervenire successivamente, come se si trattasse di una *condicio iuris*. Non è decisivo in senso contrario il fatto che, a differenza dell'art. 26 L. 1089/1939, la legge non parla di "previa" autorizzazione: del resto l'art. 55-bis, comma 1, precisa che le prescrizioni e le condizioni contenute nella autorizzazione sono riportate nell'atto di alienazione, trascritte nei registri immobiliari e costituiscono clausole risolutive espresse. Non solo: con riguardo ai beni demaniali è l'autorizzazione ad alienare che determina la sdemanializzazione del bene (v. art. 55, comma 3-*quinquies*). Sicché prima dell'autorizzazione il bene è inalienabile ex art.

³⁶ Cass., S.U., 9 dicembre 1985, n. 6180.

³⁷ V. sul punto, nello stesso senso, A. PISCHETOLA, «Profili di criticità nella circolazione dei beni culturali», in *Imm. & propr.*, 2006, 7, p. 418 con numerose indicazioni.

³⁸ V. in tal senso Cass., sez. II, 12 marzo 2001, n. 3610, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 1384 con nota di C. VILLANI, «Integrazione dell'oggetto del contratto ed integrazione del corrispettivo», il quale così osserva: Caio che aveva

inconsapevolmente acquistato un "appartamento senza gli affreschi" - e non è irragionevole presumere che tale circostanza abbia avuto una qualche influenza sul comportamento delle parti, se non sulla stessa volontà di alienare del venditore, quanto meno in ordine alla determinazione del corrispettivo - si ritrova, oltretutto senza svolgere alcuna attività giuridica, proprietario di un "appartamento con gli affreschi" il cui valore è certamente almeno doppio rispetto al prezzo pagato.

823, comma 1, c.c. Ne consegue che l'autorizzazione è un *prius*: essa costituisce un requisito essenziale di validità dell'alienazione, come conferma l'art. 164 del Codice³⁹.

La disciplina in esame va raccordata con la L. 23 novembre 2001, n. 410, sulla privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico (attraverso la cartolarizzazione), la quale stabilisce che i beni pubblici che abbiano valore storico-artistico, sono trasferibili alle c.d. società veicolo con decreto del Ministro dell'economia di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali (v. art. 1-*bis*)⁴⁰. È da ritenere anzitutto che tale trasferimento non possa mai riguardare i beni inalienabili: le previsioni dell'art. 54 D.lgs. 42/2004, che è *lex posterior*, hanno effetto integrativo dell'art. 1, comma 1, L. 410/2001 che ha stabilito la sottoposizione al riordino e alla valorizzazione e quindi anche alla cessione (v. art. 3, che richiama l'art. 1) di tutti i beni immobili dello Stato, anche demaniali, senza alcuna distinzione. In tal senso comunque conduce il comma 451 dell'art. 1, L. 30 dicembre 2004, n. 311 recante: "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)", ai sensi del quale «è fatta salva l'applicazione delle disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42». Si ha così che il concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali è equiparabile alla autorizzazione alla vendita di competenza di detto Ministro, fermo restando che in tale sede questa autorità potrà e dovrà dettare le condizioni previste dall'art. 55 (o al limite riservare al Ministro per i beni e le attività culturali la successiva determinazione di tali condizioni). Diverso è il discorso con riguardo ai beni dello Stato trasferiti alla Patrimonio dello Stato SpA (v. art. 7, comma 10, L. 15 giugno 2002, n. 112), perché tale società, a differenza delle società di cartolarizzazione, è configurabile come un gestore di beni trasferiti con il compito di valorizzarli, anche attraverso una utilizzazione economica compatibile con le esigenze sia della tutela che della fruizione. Sicché a Patrimonio dello Stato SpA potrebbero essere trasferiti anche beni culturali non alienabili in alcun modo, e dunque esclusi dalle cartolarizzazioni, con il solo fine di gestirli e valorizzarli senza considerare che, essendo Patrimonio dello Stato una società il cui capitale è per intero di proprietà dello Stato, e che svolge funzioni strumentali dello Stato, può essere equiparata *in toto* ad un ente pubblico in quanto mera variante organizzativa dello Stato. Sicché l'alienazione a tale società può essere ricondotta a quelle dell'art. 54, comma 3, vale a dire ai trasferimenti tra enti territoriali; si tratta cioè di un trasferimento che potremmo definire "infragrappo". Resta fermo però che successivamente, in caso di alienazione da parte di Patrimonio dello Stato SpA, occorreranno le autorizzazioni di cui al codice (infatti il comma 10 dell'art. 7, L. 112/02, stabilisce che restano fermi i vincoli gravanti sui beni trasferiti).

27

Il trasferimento dei beni immobili ancora da "verificare" ex art. 12 del Codice

Si è posto il problema se i beni immobili, in attesa della verifica, debbano essere ritenuti del tutto inalienabili, oppure se essi, pur essendo commerciabili, debbano essere soltanto assoggettati all'identica disciplina prevista per i beni dichiarati espressamente culturali (autorizzazione, denuncia, prelazione etc.).

Per taluni sussiste contrarietà tra l'art. 54, secondo comma e l'art. 12, primo comma. Il primo dispone

³⁹ Ai sensi del quale «le alienazioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del titolo I della parte seconda, o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte, sono nulli».

⁴⁰ Va rilevato che con l'art. 43-*bis*, L. 27 febbraio 2009, n. 14, "Conversione in legge con modificazioni, del D.l. 30 dicembre 2008, n. 207, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie

urgenti", intitolato "Interventi nelle operazioni di cartolarizzazione di immobili pubblici", le società veicolo sono state poste in liquidazione, e i beni delle stesse trasferiti in proprietà ai soggetti pubblici originariamente proprietari; le vendite effettuate da quest'ultimi ove riguardino beni culturali restano comunque soggette alle autorizzazioni del Ministro per i beni e le attività culturali.

testualmente: «sono inalienabili [...] le cose immobili fino a quando non sia intervenuta, ove necessario, la sdemanializzazione a seguito del procedimento di verifica previsto dall'art. 12». Il secondo articolo dispone testualmente: «le cose immobili [...] sono sottoposte alle disposizioni della presente legge fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2». In realtà il problema è più di forma che di sostanza. L'art. 54 rinvia alla procedura di verifica, la quale, se positiva, può condurre nel contempo alla autorizzazione alla vendita, mentre se negativa, *nulla quaestio*. In altre parole i beni sono comunque commerciabili previa autorizzazione che, nel contempo, costringe la pubblica amministrazione a valutare in contestualità se il bene è culturale o meno (cioè alla verifica).

Procedure di evidenza pubblica propedeutiche alla vendita

L'alienazione (e invero anche la concessione e la locazione) di beni da parte di enti pubblici è sottoposta alle norme di contabilità pubblica, di talché la regola è l'evidenza pubblica, mentre la trattativa privata è ammessa solo nei casi eccezionali di cui all'art. 38 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato"⁴¹. Restano altresì salve le previsioni di leggi speciali sulle dismissioni del patrimonio immobiliare pubblico (cfr. le procedure di valorizzazione e dismissione previste dai commi 15 e 17 dell'art. 3 del D.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito con modificazioni dalla L. 23 novembre 2001, n. 410, nonché dai commi dal 3 al 5 dell'art. 80 della L. 27 dicembre 2002, n. 289; cfr. le procedure di cui al comma 112 dell'art. 3 della L. 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, ed al comma 1 dell'art. 44 della L. 23 dicembre 1998, n. 448). La regola generale è comunque quella della procedura di evidenza pubblica, come ribadito dalla giurisprudenza e come del resto è espressamente previsto anche nella legislazione speciale in tema di concessione e di locazione di beni culturali pubblici.

- 28 L'inosservanza di tale procedura e comunque la illegittimità della stessa determinano conseguenze sui contratti a monte, conseguenze invero su cui non v'è univocità di vedute. Premesso che la inefficacia di cui agli artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) riguarda solo i contratti di appalti di lavori, servizi e forniture, le posizioni, sia della giurisprudenza amministrativa sia di quella ordinaria, sulla sorte dei contratti non rientranti in tali categorie (come appunto le alienazioni) in seguito all'annullamento del provvedimento che ne costituisce il presupposto sono oltremodo variegate: e spaziano dalla declaratoria di nullità assoluta⁴² alla mera annullabilità invocabile soltanto dall'amministrazione committente ex artt. 1441 e 1442 c.c.⁴³ e comprendono le tesi intermedie che sostengono la caducazione automatica (per il venir meno, con efficacia *ex tunc*, del requisito della legittimazione a contrarre o di uno dei presupposti di efficacia del negozio⁴⁴, oppure la inefficacia (- sopravvenuta - del contratto)⁴⁵. Il fatto comunque che parte della giurisprudenza (anche della Cassazione) ravvisi il vizio di nullità come conseguenza di vizi del procedimento amministrativo propedeutico al contratto impone ai notai una attenta verifica in ordine alla correttezza di tale procedimento o quantomeno l'obbligo di accertarsi se il provvedimento finale sia divenuto inoppugnabile per decorso dei termini utili per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo (la nullità nasce infatti dall'annullamento del provvedimento amministrativo e non è pertanto eccezionale direttamente davanti al giudice civile).

⁴¹ A tale disciplina rinvia la normativa riguardante gli altri enti pubblici: v. in particolare per Comuni e Province l'art. 192, comma 2, T.U. 18 agosto 2000, n. 267.

⁴² Cfr. Cons. Stato, V, 5 marzo 2003, n. 1218; Id., 13 novembre 2002, n. 6281; Cass., sez. II, 9 gennaio 2002, n. 193.

⁴³ Cass., sez. I, 30 luglio 2002, n. 11247; Id., sez. I, 28

marzo 1996, n. 2842.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2007, n. 41; Id., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666; Id., sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295; Id., sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759; Id., sez. V, 28 maggio 2004, n. 3463; Id., Cass., sez. lav., 1 aprile 2004, n. 6450.

L'autorizzazione alla vendita dei beni pubblici

Ci si chiede se è possibile richiedere una autorizzazione in astratto, a prescindere cioè da una specifica alienazione divisata o programmata. In dottrina si è affermato - traendo spunto dall'art. 45 del R.D. 30 gennaio 1913, n. 363, ai sensi del quale alla domanda di alienazione va sempre allegata, un compromesso da cui risulti da parte del soggetto acquirente la volontà di acquistare e le condizioni a cui l'acquisto avviene (v. comma 2, lett. b) - che la richiesta di autorizzazione a vendere è propedeutica ad una effettiva, prossima vendita, per cui l'autorizzazione non può essere generica, ma è disposta a favore di un determinato acquirente che il venditore deve nominativamente indicare. La tesi è sicuramente esatta con riguardo al regolamento del 1913. Non è però in linea con le politiche di dismissione dei beni pubblici tracciate a più riprese dal legislatore e soprattutto con il *favor* verso procedure trasparenti e di evidenza pubblica. Sicché, fermo restando che sarà possibile, ove sussistano le tassative condizioni necessarie per procedere a trattativa privata, richiedere una autorizzazione *ad hoc* collegata ad una negoziazione già avviata, negli altri casi è da ritenere che l'amministrazione interessata possa richiedere una autorizzazione "in astratto", definendo nel contempo un programma di attività, gli obiettivi, la base d'asta, etc., e indi dar corso, una volta ottenuta l'autorizzazione, alla procedura pubblica di vendita.

Le modifiche al contratto "prelazonato"

Le tematiche pubblicistiche più ricorrenti attengono all'esercizio della prelazione (per il vero sono frequenti anche le tematiche in punto di giurisdizione nei confronti dei provvedimenti di esercizio del diritto di prelazione, su cui in questa sede non è possibile addentrarsi). Già in precedenza abbiamo passato in rassegna sicuramente non esaustiva le ipotesi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'istituto della prelazione. Non mi addentro sulle problematiche civilistiche connesse allo stato di condizione sospensiva in attesa dell'avverarsi o no della prelazione, salvo ricordare il divieto di consegnare beni in pendenza del contratto condizionato e la non vincolatività per l'Amministrazione delle clausole del contratto di alienazione di cui all'art. 61, comma 5. Con riguardo a quest'ultimo punto, ragioni di ordine costituzionale discendenti dalla tutela della iniziativa economica privata, tra cui si ricomprende l'autonomia negoziale, inducono ad una interpretazione di tale previsione normativa nel senso che essa riguarda solamente le clausole relative all'esecuzione del contratto (ad es. clausola compromissoria, clausola di risoluzione o di consegna differita, ecc.). La giurisprudenza invece non circoscrive tale disposizione a tale categoria di clausole, ma la riferisce ad ogni pattuizione tra le parti che investa l'oggetto del contratto. Il che non è in linea con le stesse finalità della prelazione artistica che - come ha avuto modo di rilevare la Corte Costituzionale - è sempre da rinvenire in un autonomo atto di iniziativa privata, mediante il quale il proprietario di un bene culturale manifesta liberamente la volontà di cederlo dietro un prezzo che può (eventualmente) essere corrisposto dallo Stato.

Prelazione e vincolo su particolari architettonici del bene

Laddove il vincolo culturale sia stato apposto solo alla facciata dello stabile di cui è parte la porzione alienanda o comunque ad un solo particolare “architettonico” e non a tutto l’immobile (ad es. androne, scale, portale, decorazioni, stemmi, ecc.) è da escludere la sussistenza della prelazione: è evidente che non risulterebbe concepibile un diritto di prelazione afferente la sola parte architettonica diversa dal tutto cui essa afferisce. Argomentare in senso contrario si porrebbe in contrasto con un razionale principio di conservazione del bene (non potendo quella facciata o quel particolare essere separato), e d’altra parte non avrebbe senso che lo Stato (o altro ente pubblico territoriale) soggiacesse all’onere di acquistare l’intero immobile o l’intera porzione non “culturale” (cui non è interessato compresa nel fabbricato con una gran parte vincolata).

Procedura di prelazione

30 Sotto il profilo procedimentale la prelazione deve essere esercitata nel termine perentorio di 60 giorni dalla data di recezione della c.d. *denunciatio*. Entro tale termine - stabilisce la legge - il provvedimento va notificato all’alienato e all’acquirente. Sul punto il Consiglio di Stato ha richiamato «il principio secondo il quale il momento in cui la notifica si deve considerare perfezionata per il notificante deve distinguersi da quello in cui essa si perfeziona per il destinatario, sicché le norme in tema di notificazioni di atti processuali vanno ora interpretate nel senso che la notificazione si perfeziona nei confronti del notificante al momento della consegna dell’atto all’ufficiale giudiziario (ovvero, come nel caso di specie, al messo comunale)»⁴⁶. Accedere ad una soluzione diversa (in particolare all’opzione interpretativa secondo cui l’effetto della notificazione intervenuto nella sfera del notificato dopo il sessantesimo giorno risulterebbe inidoneo a produrre le conseguenze legali di cui all’art. 61) comporterebbe l’inammissibile conseguenza di vanificare per la sola pubblica amministrazione il principio secondo cui non possano gravare sul notificante se non le attività direttamente discendenti dalla sua sfera di disponibilità operativa.

La denuncia deve contenere, tassativamente, le indicazioni previste dall’art. 59, comma 4, ed infatti la legge stabilisce che si considera come non avvenuta la denuncia priva di indicazioni previste dal comma 4 o con indicazioni non complete ed imprecise (art. 59, comma 5). Quando appunto la denuncia è incompleta e tardiva o è mancante del tutto il Ministero ha 180 giorni per esercitare la prelazione dal momento in cui ha ricevuto la denuncia tardiva ovvero abbia comunque acquisito (nell’ipotesi di denuncia omessa o incompleta) tutti gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell’art. 59, comma 4 (quest’ultima disposizione nasce dalla nota decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo avente ad oggetto il dipinto *Le jardinier* di Van Gogh che era stato prelazionato dopo molti anni stante l’incompletezza della denuncia e quindi era stato acquisito ad un prezzo di gran lunga inferiore a quello di mercato)⁴⁷.

Da notare che la denuncia ex art. 59 va presentata al Sovrintendente del luogo dove si trovano i beni, mentre l’esercizio della prelazione, ha come *dies a quo* la conoscenza da parte del Ministero. Poiché la legge distingue tra organi periferici ed organi centrali, è da ritenere che il *dies a quo* decorra dal giorno in cui la denuncia è pervenuta alla Sovrintendenza, ufficio periferico del Ministero e destinatario per legge della denuncia.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4569, che conferma Tar Puglia, Lecce, sez. I, 2008, n. 46 e che si rifa al principio affermato da Corte Cost., 26 novembre 2002, n. 477 e Corte Cost. 28 aprile 2004, n. 132.

⁴⁷ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 8/2000, p. 719 e ss. con nota di A. BULTRINI, «Le vicissitudini del quadro “Il giardiniere” di Vincent Van Gogh».

Pluralità di enti titolari del diritto di prelazione

Il procedimento preordinato all'esercizio della prelazione (che per la prevalente giurisprudenza non richiede l'avviso di procedimento ex art. 7, L. 241/1990, in quanto è la stessa parte che lo attiva)⁴⁸ contempla il sub-procedimento volto ad acquisire l'eventuale intenzione di Regione, Provincia e Comune ad esercitare la prelazione. La legge prevede (art. 62) che il Sovrintendente ricevuta la denuncia deve darne immediata comunicazione alla Regione e agli altri enti territoriali nel cui ambito si trova il bene.

Nei successivi 20 giorni il Ministero può rinunciare all'esercizio della prelazione trasferendo tale facoltà all'ente interessato all'acquisizione (art. 62, comma 3); ciò si coordina con l'art. 62, comma 2, ai sensi del quale «la regione e gli altri enti pubblici territoriali, nel termine di venti giorni dalla denuncia, formulano al Ministero una proposta di prelazione, corredata dalla deliberazione dell'organo competente che predisponga, a valere sul bilancio dell'ente, la necessaria copertura finanziaria della spesa indicando le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene». Nel caso di denuncia omessa o tardiva i termini anche per l'interpello dell'ente locale, i termini per la rinuncia del Ministero e per le deliberazioni degli enti locali sono ovviamente più estesi (rispettivamente 90 e 120 giorni) di quanto stabilito dal comma 4.

Tale disciplina "concorsuale" solleva numerosi problemi sia per la tempistica ridotta che incombe sugli enti locali sia perché in caso di plurime manifestazioni nel senso della prelazione la legge non pone alcun criterio di selezione. Peraltro considerato che l'art. 62, comma 2, prevede espressamente che Regioni, ed altri enti pubblici territoriali devono indicare le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene, è possibile dedurne che il Ministero indicherà l'ente il quale ha programmato le valorizzazioni più efficaci.

31

Motivazione e copertura finanziaria del provvedimento di esercizio della prelazione

Il provvedimento di esercizio della prelazione deve comunque essere motivato non essendo sufficiente una motivazione di stile. Sul punto vi è invero la giurisprudenza è solita ritenere non necessaria una specifica motivazione in quanto la prelazione costituirebbe una sorta di sviluppo naturale del provvedimento di vincolo, sicché basterebbe il richiamo alla motivazione del vincolo. Ma a prescindere dalla previsione dell'art. 3, comma 1, L. 241/1990, v'è anche da tener presente la disposizione che impone a Regioni ed enti locali la indicazione delle finalità di valorizzazione (art. 62, comma 2 del Codice), la quale non può non avere carattere generale, nel senso di indicare anche le finalità precipe cui deve sempre tendere la prelazione, tantopiù che anche nella legislazione speciale la prelazione viene configurata come strumento preordinato al perseguimento della valorizzazione e promozione culturale del patrimonio⁴⁹. L'esercizio del diritto di prelazione deve essere accompagnato da una copertura finanziaria della spesa; ciò è previsto espressamente per la prelazione da parte di Regioni ed Enti locali, ma si tratta di un principio generale a protezione del buon andamento (e degli alienanti). Si ritiene comunque che l'assunzione di un impegno di spesa in un esercizio finanziario diverso da quello in cui la prelazione è avvenuta non infici sul piano della legittimità l'atto amministrativo laddove l'impegno venga assunto in termini tali da garantire la sfera patrimoniale dell'alienante⁵⁰.

⁴⁸ V. però, in senso diverso, Tar Emilia Romagna, Bologna, I, 25 ottobre 2004, n. 3690; per l'assenza di tale obbligo v. invece per tutti Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 976.

⁴⁹ V. in tal senso le indicazioni di M.R. COZZUTO

QUADRI, «La prelazione artistica: principi costituzionali e valorizzazione del patrimonio culturale», in *Riv. giur. ed.*, 1996, I, p. 19.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 5705; CGA

Tuttavia il pagamento del prezzo da parte dell'Amministrazione non è un elemento costitutivo del provvedimento di prelazione, né una condizione di efficacia di tale provvedimento, essendo la prelazione una forma di acquisto della proprietà che si attua non attraverso un rapporto negoziale, ma per effetto di una manifestazione di un potere pubblicistico, mentre il pagamento del prezzo è invece l'oggetto del rapporto obbligatorio che sorge tra il soggetto pubblico e l'alienante per effetto dell'esercizio della prelazione. Esso si pone come fatto successivo e comunque autonomo rispetto all'esercizio della prelazione. La mancanza contestuale del prezzo e il ritardo nella sua effettuazione non pregiudicano quindi l'esercizio della prelazione, ma generano solo responsabilità risarcitorie a carico dell'Amministrazione⁵¹. Salvo tali responsabilità, non risulta neanche indispensabile che il provvedimento di prelazione indichi il termine di pagamento. L'art. 61, comma 3, del Codice espressamente stabilisce che «la proprietà passa allo Stato dalla data dell'ultima notifica» del provvedimento con cui è esercitata la prelazione, senza porre alcuna connessione tra pagamento del prezzo e passaggio del bene in mano pubblica. Tanto più considerato che quando «il bene sia alienato con altri per un unico corrispettivo o sia ceduto senza previsione di un corrispettivo in denaro ovvero sia dato in permuta, il valore economico è determinato d'ufficio dal soggetto che procede alla prelazione a cui eventualmente in caso di contestazione segue un procedimento di arbitraggio a dimostrazione appunto della non necessaria contestualità tra prelazione e, corresponsione del prezzo tra l'altro il debito per il pagamento del corrispettivo (dovuto dal soggetto prelazionario) è e resta nel tempo debito di valuta e non di valore, in analogia a quanto la giurisprudenza della Cassazione ha avuto modo di affermare in relazione alla prelazione agraria»⁵².

2 marzo 1990, n. 22; Cons. Stato, sez. II, parere 12 dicembre 1984, n. 1759.

⁵¹ Tar Lazio, sez. III, 25 maggio 1979, n. 448.

⁵² V. in proposito le ampie riflessioni di A. PISCHETOLA, «Profili di criticità nella circolazione dei beni culturali», *cit.*

L'incidenza della disciplina pubblicistica sulla conformazione del diritto di proprietà. Obbligazioni *propter rem* e vincoli pubblicistici nascenti da convenzioni urbanistiche e dagli atti di obbligo

di Antonio Gambaro

Professore ordinario di Diritto civile, Università Statale di Milano

È asserzione comunemente accettata quella per cui la pianificazione urbanistica incidendo sullo statuto dei singoli fondi svolge una funzione conformativa della proprietà interessate dai diversi livelli di programmi pianificatori.

È anche piuttosto ovvio che nel contesto del tema la parola proprietà vale: posizioni di appartenenza perché ciò che viene conformato al fine di assicurare l'uso ottimale del territorio sono le modalità di esercizio di tutti i diritti che legittimano allo svolgimento di attività che incidono sull'assetto dei singoli fondi e per tale tramite sull'assetto del territorio stesso. Ma precisato che si tratta di una *sineddoche* si può seguire la consuetudine linguistica e continuare a parlare di conformazione della proprietà, con l'ulteriore precisazione che il discorso si colloca nel campo della c.d. proprietà edilizia.

Del pari, andrebbe precisato che, in riferimento agli effetti conformativi della proprietà, pianificazione urbanistica è espressione riassuntiva di tutte le varie forme di pianificazione pubblica degli usi del territorio, essendo irrilevanti, in tale direzione, sia gli specifici fini pubblicistici perseguiti, che possono essere di carattere strettamente urbanistico, oppure rivolti alla tutela del paesaggio o dell'ambiente, sia il procedimento della loro adozione, non essendo mai comunque in discussione la loro natura pubblicistica e con ciò la loro pertinenza alla materia amministrativa con i necessari corollari per cui il sistema di riferimento è il sistema del diritto amministrativo e la giurisdizione di riferimento è il sistema della giustizia amministrativa¹.

Giova invece sottolineare come al livello in cui massimamente svolge funzioni conformative delle proprietà interessate, vale a dire a livello di pianificazione attuativa, gli strumenti giuridici di cui si avvale la pianificazione pubblica comprendono necessariamente anche accordi modellati su paradigmi contrattualistici². Il carattere ibrido della fonte di conformazione delle proprietà interessate ha creato problemi che si riflettono sia nelle indicazioni discordanti che emergono dalla giurisprudenza sia amministrativa ed anche da quella ordinaria sia nella formulazione degli atti in cui si formalizzano tali accordi che una nomenclatura ormai comunemente accettata designa con l'espressione: "convenzioni urbanistiche". I due profili problematici sono ovviamente strettamente connessi tra loro, ma in questa sede conviene porre l'accento sugli aspetti attinenti la forma linguistica degli atti, che sono quelli di più immediato interesse notarile.

In ogni caso, posto che qualche problema sussiste, appare opportuno riprendere le mosse dalle ragioni che hanno imposto il ricorso a forme negoziali all'interno dei procedimenti di pianificazione pubblica del territorio.

Giova quindi sottolineare che gli strumenti performativi che hanno la loro fonte diretta nei piani attuativi si riducono agli acquisti coattivi ed alla imposizione di limiti e vincoli, mentre l'imposizione,

¹ Rilevato assume invece, ai fini della chiarezza del discorso il fatto che i piani c.d. territoriali non abbiano attitudine immediatamente conformativa della proprietà, ma abbiano efficacia sul piano della procedimentalizzazione dell'esercizio del potere

pianificatorio, ma tale rilievo si riduce a sottolineare che non tutti i piani abbiano effetti conformativi della proprietà, e perciò qui di seguito ci si riferirà solo a quelli che ne sono dotati.

² Cfr. P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000.

sempre coattiva, di obblighi di dare, sperimentata attraverso i contributi di miglioria e poi con i contributi concessori, si è rivelata una tecnica di difficile attuazione, utile a fini perequativi, ma poco efficace a fini concretamente e direttamente realizzatori. Realisticamente si deve anche aggiungere che il ricorso alla espropriazione ed al susseguente svolgimento di attività proprietarie sui fondi ablati è divenuto più oneroso da quando il diritto italiano si è adeguato al canone occidentale che richiede un indennizzo pieno, e poiché ciò è accaduto in coincidenza con la riduzione delle risorse finanziarie degli enti locali, l'esito pratico è stato quello per cui operativamente gli strumenti classici della pianificazione urbanistica si riducono alla imposizione di vincoli, ovvero di obblighi di non fare, che però nei casi più incisivi possono avere una efficacia limitata nel tempo. Per procurare condotte attive, corrispondenti alla esecuzione di obblighi di fare o di dare, lo strumento giuridico previsto dal sottosistema della pianificazione urbanistica è costituito dalla convenzione, o dall'atto unilaterale d'obbligo³. Si tratta in realtà di strumenti equivalenti. Anche se la seconda forma è intesa a sottolineare l'assenza di un sinallagma contrattuale in senso proprio, si deve osservare che in entrambi i casi si da origine ad un rapporto da cui nascono aspettative tutelate la cui presenza incide sull'esercizio dei provvedimenti autoritativi⁴. A parte la sinallagmaticità che sotto non pochi profili rimane piuttosto problematica, è da sottolineare che si tratta di atti volontari⁵ idonei a costituire la fonte di obblighi

³ In tema Cfr. T. GALLETTO, *Convenzioni urbanistiche*, in *Digesto civ.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 359 e in *Nuova giur. civ.*, 1989, II, p. 117; A. CANDIAN e A. GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992; *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di M. Costantino, Milano, 1995; V. MAZZARELLI, voce *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir.*, aggiornamento-V, Milano, 2001, p. 294; N. CENTOFANTI, in P. CENTOFANTI e M. FAVAGROSSA, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, IV ed., Milano, 2012.

⁴ Cfr. C. Stato, sez. V, 13 agosto 1996, n. 898, «Non è revocabile la concessione edilizia gratuita, rilasciata dal comune ai sensi dell'art. 9, lett. a), L. 28 gennaio 1977, n. 10 - a seguito di atto unilaterale d'obbligo del concessionario, dei suoi eredi e dei suoi aventi causa a qualunque titolo per la destinazione dell'azienda e del fondo agricoli al fabbricato autorizzato - qualora l'acquirente d'una porzione del fondo accetti senza eccezioni o riserve il vincolo esistente e trascritto a favore della p.a. stessa, in quanto il predetto asservimento è rimasto inalterato in capo all'avente causa del concessionario primo obbligato». «D'altro lato è stato chiarito che l'esistenza di una convenzione urbanistica, stipulata in vista del rilascio di licenze edilizie con l'impegno del privato ad eseguire opere di urbanizzazione, non priva l'amministrazione del potere di liberarsi dal vincolo contrattuale ove sopraggiungano esigenze di interesse pubblico, ma non toglie che l'amministrazione debba osservare un comportamento ispirato a correttezza nel considerare le aspettative suscitate nel contraente privato e pertanto l'atto di esercizio del potere di conformazione del territorio può essere valutato come illegittimo per eccesso di potere dal Giudice amministrativo e come costituente inadempimento da parte del giudice ordinario non perché (come avviene in un qualsiasi contratto di diritto privato) abbia negato alla parte adempiente l'utilità

che si attendeva dall'esecuzione della convenzione, ma soltanto perché, in luogo di quell'utilità, non ha dato soddisfazione all'aspettativa del privato ad una corretta azione amministrativa». Cfr. Cass., S.U., 05 marzo 1993, n. 2669; Cass., sez. I, 10 gennaio 2014, n. 364.

⁵ Da ciò discende che non essendo la sproporzione delle prestazioni causa di nullità degli atti negoziali, «non è affetta da nullità la clausola della convenzione di lottizzazione che impone al soggetto attuatore la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria sproporzionate rispetto all'entità degli oneri di urbanizzazione dovuti», C. Stato, sez. IV, 22-01-2013, n. 351; dal carattere contrattuale discende ancora che «Le convenzioni urbanistiche stipulate ai sensi della L. 6 agosto 1967, n. 765, che consentono l'esercizio in forma contrattata dei poteri autoritativi di controllo dell'attività edilizia, anche sotto forma d'impegno ad un futuro atto di esercizio del potere di pianificazione urbanistica, conservano il loro carattere contrattuale, con la conseguenza che, in caso di risoluzione per inadempimento della p.a., il privato ha diritto al risarcimento dei danni che, sebbene non commisurabili alle utilità che egli si poteva aspettare da una puntuale esecuzione della convenzione, comprendono il costo delle opere di urbanizzazione inutilmente eseguite in forza della convenzione inadempita, in quanto funzionalmente collegate alla programmata edificabilità dell'area, come effetto ripristinatorio della situazione antecedente alla conclusione del contratto, stante la regola della retroattività della risoluzione» Così Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2014, n. 364. Anche la giurisprudenza penale considera che l'inadempimento della convenzione di lottizzazione può integrare un reato e non costituisce violazione di un mero obbligo civilistico, poiché le convenzioni di lottizzazione si presentano quale momento indefettibile del complesso procedimento di pianificazione urbanistica che si

di dare e di fare che non si potrebbero imporre mediante provvedimenti autoritativi e proprio da questa idoneità ha tratto origine un amplissimo filone legislativo che dall'area dell'urbanistica si è estesa a molti altri settori dell'attività amministrativa⁶. Pertanto, a partire dal modello matriciale della convenzione di lottizzazione si è assistito, specie ad opera della legislazione regionale, ad una ampia fioritura di tipologie convenzionali che tuttavia appartengono ad un *genus* comune. Ciò che qui rileva sottolineare è che le convenzioni urbanistiche, hanno altresì natura, di «accordi sostitutivi» del provvedimento, e pertanto determinano l'assetto della parte del territorio considerata e sono destinate ad inserire le opere che sono il frutto dell'attività edificatoria in un contesto compiutamente integrato, sicché le relative prescrizioni regolano - in via definitiva, con efficacia conformativa della situazione di appartenenza inserita nel territorio - il complessivo assetto urbanistico ed edilizio della porzione di territorio comunale interessata dall'intervento; pertanto, l'attività edilizia svolta dai proprietari dei suoli nell'ambito di tali convenzioni non può essere procedimentalmente e funzionalmente disgiunta dall'adempimento degli obblighi convenzionalmente assunti, che normalmente si concretizzano nella realizzazione delle relative opere di urbanizzazione previste a tal fine⁷.

In termini più generali l'osservazione appena svolta si potrebbe sintetizzare nei seguenti passaggi. Occorre riconoscere che la "disciplina urbanistica" tende a conformare le proprietà private differenziandone le destinazioni anche quando nessuna differenziazione preesiste a livello di modo di essere dei fondi su cui insiste il diritto dominicale, e quindi si pone in posizione di contrasto dialettico con il carattere generale ed astratto delle altre discipline pubblicistiche che possono conformare le situazioni di appartenenza, o lo svolgimento di attività, in riferimento ad un predefinito insieme di beni o di attività identificati per astrazione in base ad alcune loro caratteristiche oggettive. La ragione di ciò sta nel fatto che la disciplina urbanistica, come indica l'etimologia della parola, è pensata in funzione della disciplina degli usi di territori ad elevata densità antropica - quelli urbani - in cui si manifesta una edilizia di prossimità che esalta la possibilità che l'esercizio del *jus aedificandi* generi esternalità negative non governabili mediante accordi spontanei tra proprietari⁸. Da ciò la necessità, di cui la disciplina urbanistica è filiazione diretta, che al fallimento del mercato subentri un "ordine di piano" capace di armonizzare tra loro le destinazioni differenziate dei singoli fondi trasponendole ad un livello di razionalità complessiva in cui gli interessi individuali si coordinano con i molteplici interessi pubblici coinvolti nell'uso del territorio⁹. In quanto strumentali alla realizzazione dell' "ordine di piano", le convenzioni urbanistiche si pongono quindi come strumentali alla realizzazione di un tipo di armonizzazione degli usi e della attività territoriali che trascende senza annichilire¹⁰ gli interessi dei singoli privati coinvolti e li sintetizza in un insieme ordinato di proporzionata corrispondenza tra interessi pubblici di vario calibro ed interessi individuali che debbono rimanere sufficientemente tutelati per costituire un incentivo all'azione.

35

conclude con l'approvazione del piano di lottizzazione, sicché le stesse configurano un modulo organizzativo attraverso il quale si imprime un determinato statuto ai beni che ne formano oggetto (così già Cass., sez. 3, 9 febbraio 1998, Svara ed altri, ribadita in Cass. pen., sez. III, 25 gennaio 2011, n. 17834). In tema cfr. M. DE DONNO, «Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche», in *Riv. giur. edil.*, 2010, II, p. 279.

⁶ Cfr. *ex multis* V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il Contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009.

⁷ Così: C. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2012, n. 5450.

⁸ In altri termini ancora, si può dire che in base all'esperienza storica nei territori densamente edificati o edificandi, si generano *market failures* che come tali

fuoriescono dallo schema coasiano, anche a cagione del fatto che l'armonizzazione richiede di contemplare rapporti multilaterali in cui si annidano le condotte strategiche.

⁹ In questa sede trascurò il fatto che essendo la cura di tali interessi pubblici differenziati (economici, culturali, militari, demaniali, ecc.) assegnati a diverse amministrazioni pubbliche, è risultato molto difficoltoso procedere razionalmente come era nei voti degli urbanisti di professione.

¹⁰ In effetti a lungo una dottrina scarsamente attenta all'assetto dell'ordinamento positivo ha impostato il problema dell'armonizzazione degli interessi plurali che esso riconosce e tutela in termini meccanicistici da cui discendeva che in contemplazione di un conflitto tra

Ne discende che la connotazione delle attività programmate nelle convenzioni urbanistiche rimane nel campo pubblicistico. Si ricorderà infatti che la Corte di Giustizia¹¹ ha chiarito come la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione secondo le condizioni e le modalità previste dalla normativa italiana in materia urbanistica costituisce un "appalto pubblico di lavori" soggetto alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici¹². Naturalmente però la connotazione pubblicistica orienta la conformazione della disciplina relativa alle convenzioni urbanistiche, ma non muta la fonte della loro disciplina che rimane quella contrattuale la quale procede dalle regole del codice civile, esigendo solo gli adattamenti necessari al perseguimento del superiore interesse pubblico così come riconosciuto dalla legge.

Da quanto appena ricordato discende l'indicazione per cui è impossibile condurre una seria analisi giuridica degli effetti delle convenzioni urbanistiche sulla base della dicotomia tra sfera del diritto pubblico in cui si tutelano interessi generali e sfera del diritto privato in cui rilevano interessi individuali¹³. Se si assume che lo strumento convenzionale è inserito in una più ampia struttura di pianificazione degli usi del territorio e concorre con gli strumenti di piano a conformare le proprietà ivi presenti, si deve concludere che le convenzioni sono strumento di conformazione della proprietà, e la proprietà conformata, come è stato indicato da Pugliatti¹⁴ è nient'altro che un diritto conformato da una fonte che obbedisce ad esigenze d'indole generale. Nel caso della proprietà edilizia dunque, lo specifico strumento conformativo rappresentato dalla convenzione non può che avere natura ibrida ed il suo contenuto ed i suoi effetti debbono essere pensati in relazione a tale natura. Di ciò occorre tenere conto quando si considerino, in particolare, gli effetti obbligatori a carico del privato.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur senza teorizzare attorno alla figura, è costante nell'asserire che le convenzioni urbanistiche sono fonti di *obligationes proper rem*¹⁵. In prima approssimazione ciò significa riconoscere che con la convenzione (o con l'atto unilaterale d'obbligo) l'ente territoriale mira a vincolare il contrante privato non come persona, ma come proprietario, ossia come soggetto legittimato ad eseguire le opere edilizie localizzate e sagomate secondo il programma edificatorio ritenuto conforme all'interesse generale ed anche, secondo la prassi ormai più diffusa, le opere di urbanizzazione primaria e secondaria programmate nella convenzione stessa. Pertanto la circolazione dei titoli di proprietà sui fondi interessati è giuridicamente irrilevante, e conseguentemente si è deciso che «È illegittimo il provvedimento di revoca di concessione edilizia motivata dal fatto che i titolari abbiano alienato a terzi parte del fondo interessato con conseguente violazione degli impegni assunti attraverso la sottoscrizione di un atto unilaterale d'obbligo qualora l'assunzione di detti impegni da parte degli acquirenti sia puntualmente prevista nell'atto di compravendita; infatti, trattandosi (nella specie) di vincolo *propter rem*, gravante sui fondi unitariamente considerati, per la sua validità resta completamente indifferente che i fondi stessi appartengano a proprietari diversi oppure pervengano ad acquirenti diversi, anche per successione a titolo particolare; in sostanza, qualora la concessione

l'interesse individuale, o privato, da un lato e l'interesse pubblico e generale dall'altro lato, il secondo prevaleva sempre annichilendo il primo. Conclusione illogica, sia perché il potere di piano è funzionale alla armonizzazione degli interessi e non alla loro soppressione, cui si può provvedere mediante l'esercizio del potere ablativo, sia perché assume come presupposto occulto che il diritto di proprietà individuale anziché essere un conformabile fascio di diritti, pretese, facoltà e privilegi, sia la pienezza del diritto sulla cosa che può estrinsecarsi in ogni direzione oppure deve essere soppresso.

¹¹ Cfr. Corte di Giustizia, 12 luglio 2011, C-399/98.

¹² In tema cfr. M.A. QUAGLIA, *Convenzioni urbanistiche e*

lavori pubblici, Torino, 2009.

¹³ Cfr. le osservazioni di A. TRAVI, «Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti», in *Foro it.*, 2002, parte V, c. 274.

¹⁴ Cfr. S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954 (rist. 1964), p. 3.

¹⁵ Cfr. *ex multis*, C. Stato, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 4026/10; C. Stato, sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016; C. Stato, sez. V, 13 agosto 1996, n. 898; in senso conforme Cfr. anche Tar Campania, sez. Salerno, sez. I, 24 settembre 2012, n. 1674; Tar Friuli-Venezia Giulia, 27 aprile 1998, n. 675.

non sia violata o alterata, resta nella facoltà dei proprietari interessati alienare in tutto o in parte il terreno asservito purché il vincolo permanga in capo agli aventi causa a qualsiasi titolo del primo obbligato»¹⁶.

Il tratto caratterizzante delle *obligationes propter rem* che qui viene valorizzato in conformità con l'interesse pubblico perseguito è quindi in prima battuta quello dell'ambulatorietà; si parla di obbligazione *propter rem* perché si vuole che il soggetto vincolato sia quello che è titolare della posizione di appartenenza al momento rilevante della esecuzione della prestazione promessa e non già (solo) quello che ha sottoscritto la convenzione¹⁷.

Se l'ambulatorietà, intesa nel senso che uno dei soggetti del rapporto è automaticamente modificabile in conseguenza delle variazioni della titolarità su un bene, è la ragione di fondo che ha imposto di qualificare come *propter rem* le obbligazioni assunte dal privato mediante la convenzione, o l'atto unilaterale d'obbligo, si debbono tuttavia introdurre alcune ulteriori considerazioni circa il nesso che si crea tra titolarità del diritto di proprietà su fondo ed individuazione del soggetto passivo del rapporto obbligatorio.

È ben noto infatti che l'esercizio del *jus aedificandi* da parte del proprietario è subordinato alla presenza delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria idonee a garantire che allo sviluppo edilizio corrisponda la presenza di dotazioni minime di infrastrutture pubbliche essenziali al fine di assicurare la normale qualità del vivere in un territorio edificato. Da ciò discende che ove tale dotazione minima non esiste occorre realizzarla prima di, o sincronicamente con il procedere alla esecuzione dell'attività edificatoria, ove consentita. È parimenti noto che una decente considerazione verso i canoni della giustizia distributiva impone che tale realizzazione non possa essere economicamente a carico dell'ente territoriale, ma debba essere a carico di chi richiede il titolo abilitativo edilizio. È questa la finalità essenziale delle convenzioni urbanistiche le quali pertanto prevedono l'assunzione di obbligazioni sia di dare che di fare, a carico del privato edificante. Tuttavia il programma obbligatorio che trova la sua fonte nella convenzione si inserisce ed è parte di una programmazione più ampia che ha ad oggetto l'assetto del territorio e più precisamente la qualità del vivere su quel territorio. Per conseguenza, l'interesse generale sotteso al programma obbligatorio nato dalla convenzione urbanistica si concentra sul momento realizzatorio, ossia sul momento della esecuzione, mentre tollera male di essere tutelato per equivalente monetario, ed infatti i rimedi risarcitori risultano scarsamente soddisfattivi posto che sono incongruenti con l'ordine del programma, che è anche ordine in senso cronologico e non solo spaziale. Da ciò la necessità di vincolare alla esecuzione delle opere programmate, tutti coloro che succedono nella posizione di appartenenza al soggetto stipulante, così come la necessità di sottrarre l'adempimento degli obblighi assunti alla paralisi della prescrizione¹⁸.

37

¹⁶ Cfr. C. Stato, sez. V, 13 agosto 1996, n. 898, *cit.*

¹⁷ Ciò è chiaro in Cass., sez. II, 28 giugno 2013, n. 16401: «L'assunzione, da parte del proprietario del fondo, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota degli oneri delle opere di urbanizzazione secondaria (cui è subordinata l'autorizzazione per la lottizzazione) costituisce un'obbligazione *propter rem*, dovendo dette opere essere eseguite da coloro che sono proprietari al momento del rilascio della concessione edilizia, i quali ben possono essere soggetti diversi da quelli che stipularono la convenzione, per avere da questi acquistato una parte del suolo su cui far sorgere singoli (o gruppi di) lotti».

¹⁸ Cfr. in quest'ultimo senso: C. Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2768, ove si è deciso che le previsioni della

convenzione contenente un piano di lottizzazione rilevano a tempo indeterminato, anche dopo la sua scadenza, come dimostrato dalla circostanza che sono soggette a trascrizione, proprio al fine di regolare in via definitiva e con efficacia *erga omnes* l'assetto urbanistico ed edilizio nella porzione di territorio comunale interessata dall'intervento e che pertanto non può efficacemente eludersi la prescrizione decennale degli obblighi assunti con la convenzione di lottizzazione, qualora, mediante l'assunzione di un impegno irrevocabile alla cessione gratuita ed alla realizzazione di opere di urbanizzazione da parte dei proprietari, sia consentito al comune di riservarsi di accettare le opere di urbanizzazione realizzate soltanto a seguito dell'esito favorevole del collaudo.

Le ragioni che hanno indotto a configurare come obbligazioni *propter rem* quelle assunte mediante una convenzione urbanistica non attengono quindi unicamente al carattere ambulatorio che inevitabilmente viene in rilievo in prima approssimazione. La inserzione di elementi realtà nella struttura del rapporto obbligatorio che di per sé avrebbe carattere eminentemente personale attiene anche al problema del tempo della esecuzione. Più dettagliatamente si può osservare che le convenzioni urbanistiche si pongono ed hanno la loro causa all'interno del sistema della pianificazione pubblica degli usi del territorio che intendono modellare secondo finalità che discendono da scelte pubbliche, perciò le condotte che vengono programmate attraverso lo strumento convenzionale sono condotte che attengono alle cose permanenti presenti sul territorio stesso ed è proprio da questa finalità fondamentale che si trae la conclusione della capacità conformativa delle proprietà comunemente riconosciuta alla azione pianificatoria degli enti locali¹⁹. Convien perciò considerare i contenuti delle convenzioni urbanistiche in riferimento al tempo di adempimento degli obblighi ivi assunti, evidenziando con ciò la tendenza, ben percepibile nell'evoluzione della disciplina e delle prassi amministrative, a rendere la convenzione fonte di obblighi di durata ed anche di lunga durata. Se infatti agli albori della prassi in esame, la legge 867 del 1964 e la legge 865 del 1971, pur disponendo realisticamente un termine decennale per la esecuzione della convenzione, in realtà ponevano ancora l'accento su obblighi che sotto il profilo civilistico sono ad esecuzione istantanea come la cessione gratuita di aree ed il versamento di somme di denaro, successivamente la legislazione, specie, regionale, non solo ha ampliato il contenuto delle convenzioni, ma ha spostato l'accento sull'assunzione di obblighi di svolgimento di attività di durata che comprendono la realizzazione diretta di opere di urbanizzazione e la manutenzione delle stesse nonché la prestazione di servizi. Parallelamente si è sviluppata sotto la spinta di una evoluzione dei bisogni abitativi la prassi degli interventi integrati di iniziativa privata caratterizzati da standard edilizi ed urbanistici ben più elevati di quelli minimi, ove predomina la componente dei servizi collettivi, cui si collegano tempi non istantanei di realizzazione e tempi indeterminati di gestione.

38 In queste circostanze l'esigenza primaria di preservare l'efficacia del programma edilizio-urbanistico nel tempo impone di ricorrere a strumenti giuridici che sottraggano l'esecuzione dello stesso alla mutevolezza della componente soggettiva che inevitabilmente si verifica nel corso del tempo, ma che evitino l'assurda alternativa costituita dalla imposizione di divieti di alienazione per tutto il periodo dello svolgimento del programma, che sarebbe manifestamente irrazionale perché inciderebbe sul mercato dei diritti immobiliari con effetti discorsivi non giustificati.

Il ricorso alla figura delle *obligationes propter rem* è parsa consona a soddisfare le esigenze connesse alla dilatazione temporale della fase di esecuzione degli obblighi convenzionali rafforzando la convinzione che si è subito formata nella giurisprudenza amministrativa.

Anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione appare orientata nello stesso modo e le sue decisioni contribuiscono a delineare meglio i contorni della figura.

Infatti se si assume che il carattere ambulatorio delle obbligazioni assunte è funzionale ad assicurare l'adempimento delle stesse anche a fronte di fenomeni di circolazione della proprietà dei fondi interessati, diviene ovvio che quando una particolare obbligazione sia già stata imputata ad un soggetto e ne sia in corso l'esecuzione viene meno la necessità di conferirle carattere ambulatorio. Così, è stato deciso che l'assunzione, da parte del proprietario del fondo, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota degli oneri delle opere di urbanizzazione secondaria (cui è subordinata l'autorizzazione per la lottizzazione) costituisce un'obbligazione *propter rem*, dovendo dette opere essere eseguite da coloro che sono proprietari al momento del rilascio della concessione edilizia, i quali ben possono essere soggetti diversi da quelli che stipularono la convenzione, per avere

¹⁹ Cfr. da ultimo G. PAGLIARI, *Il sistema pianificatorio urbanistico: quadro sintetico dei profili funzionali*, in S. BELLONIA, G. PAGLIARI e M.A. SANDULLI,

Proprietà e pianificazione del territorio, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro e Morello, vol. IV. Milano, 2012, p. 38.

da questi acquistato una parte del suolo su cui far sorgere singoli (o gruppi di) lotti; tuttavia qualora il soggetto titolare del provvedimento concessorio, avendo eseguito le opere di urbanizzazione, intenda rivalersi della spesa già sostenuta presso i diversi soggetti successivamente divenuti proprietari della medesima area fabbricabile, tale prestazione è ottenibile soltanto in virtù di un'espressa pattuizione negoziale, nella quale non rileva più il carattere reale dell'obbligazione²⁰. Il che equivale a dire che il carattere "reale" dell'obbligo assunto dipende dallo scopo, lato sensu pubblicistico, strumentalmente perseguito e quindi si esaurisce quando detto scopo è raggiunto, mentre permane quando lo stesso non è ancora esaurito.

Se tutto ciò che si è sottolineato è piuttosto chiaro ed anche banale, si deve però osservare come una volta qualificate come *propter rem* le obbligazioni assunte con le convenzioni, una parte della dottrina ed anche della giurisprudenza è caduta nelle trappole del metodo dell'inversione. Anziché considerare che si tratta di rapporti obbligatori appositamente conformati per le finalità pubbliche anzidette e denominati obbligazioni *propter rem* in richiamo della figura più affine che si poteva rinvenire nel vocabolario giuridico, ci è posti sulla via di dedurre le modalità capillari di esecuzione delle obbligazioni assunte mediante convenzioni urbanistiche non dalla analisi delle norme che le riguardano e nemmeno dalla contemplazione degli interessi in gioco, ma dalle caratteristiche formali della figura astratta delle obbligazioni *propter rem*. Scelta piuttosto sfortunata non solo per l'inversione metodologica che così si consuma, ma anche a cagione del fatto che come unanimemente testimoniato dalla dottrina che si è occupata specificatamente del tema, le obbligazioni *propter rem* sono una figura che, in mancanza di una puntuale disciplina legislativa, risulta di incerto inquadramento e di incerti contenuti²¹.

Ne sono sgorgate discussioni non troppo ragionevoli in punto di numero chiuso delle obbligazioni *propter rem*, e, poi problemi più seri in punto di trascrivibilità e di effetti della trascrizione.

Seguendo un percorso più lineare si potrebbe dire che le obbligazioni che nascono dalle convenzioni urbanistiche sono dette *propter rem* perché si tratta di obblighi che concorrono alla conformazione delle proprietà interessate ad uno specifico programma urbanistico e quindi ineriscono alle proprietà conformate attraverso gli strumenti di regolazione degli usi del territorio. Posto che non può essere seriamente posto in dubbio che la pianificazione urbanistica, in senso lato, ha l'attitudine di conformare le proprietà immobiliari presenti nel territorio pianificato, e posto che non ha troppo senso interrogarsi se le proprietà conformate siano un numero chiuso, nemmeno ha troppo senso ragionare attorno al numero chiuso o aperto delle obbligazioni *propter rem*. In ogni caso giova ricordare che, nel contesto dell'esame degli effetti delle convenzioni urbanistiche, si tratta di obbligazioni previste da norme di legge rispetto alle quali l'interprete deve porsi solo il problema di completarne la disciplina per quanto non è disposto dal testo legislativo, ma con il vincolo ermeneutico di rispettare il disegno di politica del diritto che il legislatore ha manifestato in modo fin troppo evidente da parecchi decenni. Argomentare dalla tesi del numero chiuso delle obbligazioni *propter rem* per rifiutarsi di colmare le inevitabili lacune del testo legale è piuttosto contraddittorio, visto che il peraltro inafferrabile principio del numero chiuso non può significare altro che riserva al legislatore della possibilità di individuare una data posizione giuridica di carattere reale.

Più serio è il problema della trascrizione, rispetto al quale occorre svolgere considerazioni più estese.

²⁰ Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 giugno 2013, n. 16401; Cass., 29 novembre 2013, n. 26895.

²¹ Limitandosi alle opere più recenti cfr. L. MANNA, *Le obbligazioni ambulatorie*, in *Trattato delle obbligazioni, La struttura e l'adempimento*, tomo II, *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, diretto da L. Garofalo, Padova, 2014, p. 83 e ss.; M. RINALDO, *Obbligazione propter rem ed onere*

reale, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, aggiornamento 2013, p. 409; C. ROMEO, *Obbligazioni propter rem*, in GAMBARO e MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, p. 387 e ss.; G. GANDOLFI, voce *Obbligazione (obbligazione propter rem)*, 2006. in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXI.

È noto che ai sensi dell'art. 28 L.U. la convenzione che correda un piano di lottizzazione deve essere trascritta. Il testo legislativo è molto succinto prevedendosi solo che la convenzione sia «da trascriversi a cura del proprietario», ma la previsione relativa alla trascrizione senza ulteriori chiarimenti è divenuta clausola standard in tutta la legislazione, specie regionale²², successiva²³. Parte della dottrina ha ravvisato nella trascrizione lo strumento tecnico mediante il quale si realizza l'opponibilità ai successivi acquirenti degli obblighi assunti dalla parte privata con la convenzione²⁴. Tuttavia questa conclusione è fortemente contrastata da coloro che ritengono che gli effetti della prevista trascrizione non possano essere altri all'infuori di quelli della pubblicità notizia e che pertanto deducono il carattere *erga omnes* delle prescrizioni contenute nella convenzione dal fatto che essa si presenta come atto sostitutivo di provvedimento²⁵.

Le due tesi hanno per così dire viaggiato in parallelo, con poco sviluppo del dialogo, o del confronto critico.

Senonché il Consiglio di Stato²⁶ si è orientato, ancor prima della introduzione nel codice civile dell'art. 2645-*quater*, a riconoscere anzitutto che alle convenzioni urbanistiche, si applichi in via analogica, la citata norma di cui al comma 5 dell'art. 28 L.U., ed in secondo luogo che gli obblighi ivi sanciti, restano assoggettati alle regole sulla opponibilità dei negozi giuridici di diritto privato, e pertanto sono opponibili agli acquirenti dei singoli fondi solo se la convenzione è stata a sua volta trascritta con grado peggiore²⁷.

Circa il primo assunto è da osservare che il Consiglio si è sul punto conformato alla *communis opinio* per cui le convenzioni di lottizzazione sono la matrice di tutte le svariate forme di convenzioni urbanistiche le quali non fanno altro che riprodurre con le variazioni di dettaglio lo schema concettuale, e tutt'al più contrasta con la tesi per cui le ipotesi di trascrizione sono rigidamente previste dalla legge ed insuscettibili di applicazione analogica, tesi peraltro dottrinale ed è normale che una tesi dottrinale possa non essere accolta in giurisprudenza.

- 40 Circa il secondo assunto si deve considerare che esso introduce surrettiziamente e senza alcuna motivazione una ipotesi di pubblicità costitutiva che non è affatto deducibile né dalla norma, né dal sistema²⁸. Infatti le obbligazioni *propter*, dette anche *ob*, *rem*, o sono opponibili agli aventi causa di colui che le ha stipulate, oppure sono normali rapporti obbligatori a carattere esclusivamente personale. Far dipendere l'esistenza di obbligazioni *propter rem* dalla intervenuta trascrizione della convenzione antecedentemente alla trascrizione dell'atto di acquisto da parte dell'avente causa dallo stipulante è del tutto equivalente ad attribuire alla trascrizione una efficacia costitutiva del vincolo obbligatorio *ob rem*. Ciò però appare difficilmente giustificabile non solo perché è inammissibile introdurre nell'ordinamento

²² Il che fa sorgere problemi di costituzionalità essendo la pubblicità immobiliare materia di competenza statale, cfr. G. PETRELLI, «Trascrizione immobiliare e legislazione regionale», in *Riv. not.*, 2009, p. 741.

²³ Cfr. BRIENZA, «La tassatività delle ipotesi di trascrizione: superamento o conferma del principio?», in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 571.

²⁴ Cfr. V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009, p. 57; T. GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. IV, p. 371.

²⁵ fr. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in E. Gabrielli e F. Gazzoni, *Trattato della trascrizione*, Torino, 2012, tomo II, p. 223 e ss.

²⁶ Cfr. C. Stato, sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016, sentenza che ha assunto il ruolo di *leading case* e che pertanto è spesso citata in dottrina, ma che rimane di difficile lettura e non manifesta consapevolezza del

problema affrontato.

²⁷ Cfr. C. Stato sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016, *cit.*

²⁸ Sembra seguire la stessa impostazione la massima di C. Stato, sez. IV, 08 luglio 2013, n. 3597: «La convenzione di lottizzazione è inquadrabile negli accordi sostitutivi di provvedimento di cui all'art. 11, L. 7 agosto 1990, n. 241 che, inserendosi nell'alveo dell'esercizio di un potere, ne mutano le caratteristiche e la natura, salva l'applicazione dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti per aspetti non incompatibili con la generale disciplina pubblicistica; di conseguenza la lottizzazione costituisce esercizio consensuale di un potere pianificatorio che sfocia in un progetto ed in una serie di disposizioni urbanistiche generanti obbligazioni od oneri, rese pubbliche attraverso la trascrizione, che s'impongono anche agli aventi causa dal lottizzante in forza della loro provenienza e funzione sostitutiva».

una ipotesi di pubblicità costitutiva in base all'applicazione analogica di una norma che prevede una forma di pubblicità notizia, ma anche perché prevedere che in assenza di trascrizione la convenzione esaurisca i suoi effetti in capo al primo stipulante è in contraddizione con la *ratio* del sistema convenzionale così come ricostruita dalla costante giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato. Si deve infatti sottolineare che gli obblighi che la convenzione pone a carico dei privati edificanti trovano la loro fonte formale nella convenzione e non in altro segmento del procedimento pianificatorio, sicché privare di efficacia *erga omnes* la convenzione quando difetti la trascrizione significa privare di efficacia reale l'intero procedimento pianificatorio, quando è chiaro che, all'opposto, il senso basilare della introduzione del regime di cui all'art. 28 L.U. e di tutti gli schemi derivati è stato quello di prevedere che la proprietà, quando si estrinseca nell'esercizio del *jus aedificandi*, obbliga e la convenzione è lo strumento atto a stabilire i tempi e a misura degli obblighi che gravano sul titolare di una proprietà conformata, la quale è e rimane un diritto reale anche quando non è trascritta, salvo il profilo dei conflitti tra titoli che qui non rileva.

A parte che il problema dell'analogia è superato, le stesse considerazioni valgono anche in riferimento al novello articolo 2645-*quater* c.c.

Anche se indubbiamente l'introduzione di tale norma nel codice civile segna una tappa importante nel percorso verso la costruzione di un sistema pubblicitario da cui sia possibile ricavare informazioni complete circa lo statuto di ciascun bene immobile, vale la stessa *ratio* di fondo che si è appena evidenziata.

Già che la proprietà edilizia è ontologicamente conformata mediante una disciplina, *lato sensu*, urbanistica e tale conformazione implica che nel momento in cui si esercita quello specifico attributo della proprietà immobiliare che è lo *jus aedificandi*, sul diritto di proprietà si innestano, anche obbligazioni *propter rem*. Rispetto a tale effetto la trascrizione svolge l'importante funzione di rendere trasparente lo statuto del bene al fine di facilitarne la circolazione, rendendo più sicuri i potenziali acquirenti, ma non essendovi alcun conflitto tra titoli da regolare non è logicamente possibile attribuire alla trascrizione efficacia dichiarativa²⁹, sicché l'alternativa si riduce alla pubblicità notizia ed alla pubblicità costitutiva. Tuttavia mentre l'attribuire alle convenzioni effetti di pubblicità notizia non contraddice l'effetto conformativo delle proprietà che si deve riconoscere come direttamente prodotto dai programmi urbanistici attuativi e d'altro lato tutela, mediante rimedi risarcitori, gli acquirenti eventualmente ingannati; l'attribuire effetti costitutivi alla trascrizione significherebbe attribuire alla stessa gli effetti conformativi della proprietà, che invece discendono direttamente dalla disciplina conformativa della proprietà edilizia³⁰.

41

Le conclusioni raggiunte consentono di fare chiarezza anche rispetto ad ipotesi in cui l'art. 2645-*quater* è inapplicabile a ragione del fatto che il soggetto creditore della prestazione non è un ente pubblico territoriale né ente erogatore di servizi pubblici³¹.

Nella giurisprudenza pratica le questioni più dibattute emergono infatti in relazione ai consorzi di urbanizzazione.

In tema la *ratio* di fondo rimane la medesima ed al riguardo basta ripercorrere i diversi passaggi già evidenziati.

²⁹ F. GAZZONI, *op cit.*, p. 234.

³⁰ Problema collaterale è quello relativo alla validità del procedimento amministrativo di adozione del piano di lottizzazione quando medio tempore sia mutato il soggetto proprietario delle aree in esso comprese e la convenzione che correda il piano non sia stata trascritta. Che è il problema affrontato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza 3016 del 2002. Anche sotto questo

profilo è però da osservare che la soluzione invalidante non convince perché sembra ignorare che le obbligazioni assunte con la convenzione sono state conformate come *ob rem* proprio al fine di evitare che esse subiscano conseguenze in caso di successiva circolazione.

³¹ Cfr. C. ULESSI, «Convenzioni urbanistiche e trascrizione: il nuovo art. 2645-*quater* c.c.», in *Nuove leggi civ.*, 2012, p. 1145.

Si è già osservato come lo strumento convenzionale si ponga in relazione all'esercizio del *jus aedificandi* essendo destinato ad inserire gli edifici realizzandi in un contesto compiutamente integrato e ciò spiega perché le relative prescrizioni regolano - in via definitiva, con efficacia *erga omnes* e a tempo indeterminato - il complessivo assetto urbanistico ed edilizio della porzione di territorio comunale interessata dall'intervento.

Come logica conseguenza di ciò quando i proprietari interessati siano più di uno la stipulazione con l'ente territoriale di una convenzione di lottizzazione implica che i proprietari dei terreni interessati alla urbanizzazione pongano in essere un negozio (interno) di costituzione di un consorzio urbanistico volontario - con assunzione delle obbligazioni a fini organizzativi e con costituzione degli effetti reali necessari per conferire al territorio l'assetto conforme al progetto approvato dall'amministrazione³². Come chiarito in giurisprudenza i consorzi di urbanizzazione - consistenti in aggregazioni di persone fisiche o giuridiche, preordinate alla sistemazione o al miglior godimento di uno specifico comprensorio mediante la realizzazione e la fornitura di opere e servizi - sono figure atipiche, nelle quali i connotati delle associazioni non riconosciute si coniugano con un forte profilo di realtà³³.

Più specificatamente si deve dire che il carattere reale si manifesta in primo luogo nel carattere ambulatorio degli obblighi gravanti sui partecipanti i quali si collegano in via immediata e diretta alla proprietà dei singoli fondi e di quelli eventualmente comuni, con riferimento non solo alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, ma anche alla gestione delle cose e dei servizi consortili assumendo perciò i caratteri della stabilità nel tempo³⁴.

In quest'ottica sembrerebbe abbastanza chiaro che non può essere esclusa la possibilità di qualificare come obbligazioni *propter rem* quelle assunte dai singoli partecipanti, compresa quella avente ad oggetto le quote dovute dagli associati al Consorzio.

Senonché in passato non sono mancate pronunzie difformi anche da parte della Corte di legittimità³⁵ ed in ciò si manifesta la confusione di cui si è fatto cenno agli inizi, che è il frutto del metodo

42

dell'inversione oppure della scarsa dimestichezza con le tecniche di conformazione delle proprietà. È allora da osservare che invano si sollevano dubbi circa la possibilità di configurare una adesione obbligatoria ad una associazione non riconosciuta in violazione del precetto costituzionale circa la libertà di associazione; né vale il rilievo per cui il principio di relatività degli effetti del contratto impedisce di ritenere che il contratto di acquisto di un fondo sito nel territorio consortile possa imporre all'acquirente obblighi a favore di un terzo estraneo quale è il soggetto consortile. Infatti la questione va inquadrata nell'ambito della disciplina delle situazioni di appartenenza, o, volendo, riferita alla indicazione costituzionale circa la funzione sociale della proprietà, rispetto alla quale sia i meccanismi associativi che quelli relativi ai rapporti obbligatori svolgono una funzione ancillare. Nella sostanza quindi mi pare che abbia ben visto la Cassazione³⁶ nell'osservare che i consorzi di urbanizzazione essendo preordinati alla sistemazione ed al miglior godimento di uno specifico comprensorio attraverso la realizzazione e la fornitura di opere o servizi assai complessi ed onerosi, si caratterizzano per un forte profilo di realtà - in quanto il singolo associato, inserendosi, al momento dell'acquisto dell'immobile, nel sodalizio, onde beneficiare dei vantaggi offertigli, assume di converso una serie di obblighi ricollegati in via immediata e diretta alla proprietà dei singoli cespiti e di quelli eventualmente comuni, legittimamente qualificabili in termini di *obligationes propter rem*. Da cui consegue che nel caso di consorzi di urbanizzazione finalizzati alla costruzione, manutenzione e ripristino di opere stradali, nonché di quelle per la distribuzione dell'acqua e dell'energia elettrica e di altre attività comunque utili al comprensorio, va esclusa ogni possibilità di recesso degli associati - se non per effetto di trasmissione a terzi del diritto di proprietà immobiliare - atteso che, non appare possibile sottrarsi ai propri doveri

³² Così Cass. civ., sez. I, 26 aprile 2010, n. 9941.

³³ Così Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2012, n. 7427.

³⁴ Cfr. Cass., sez. I, 28 aprile 2010, n. 10220; Cass. 22

dicembre 2005, n. 28492.

³⁵ Cfr. Cass., sez. II, 04 dicembre 2007, n. 25289.

³⁶ Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2003, n. 4125.

verso il consorzio pur restando proprietari degli immobili di loro pertinenza.

La logica così espressa infatti è la stessa che ha presieduto alla introduzione per via legislativa delle convenzioni urbanistiche e che si può riassumere nel motto: *cuius commoda, eius et incommoda*. Irragionevole sarebbe la soluzione alternativa che consiste nel consentire al singolo proprietario di beneficiare dei vantaggi derivanti dalle attività consortili, senza partecipare, ovvero lasciando agli altri proprietari, gli oneri.

A ben vedere non si è lontani dal riconoscere che l'inserimento di un fondo in una struttura consortile organizzata al fine di mantenere impianti e servizi destinati a migliorare la qualità della vita di coloro che abitano nel comprensorio, attribuisce al fondo una *qualitas* che perdura sino a quando perdura l'organizzazione che mantiene tali impianti e servizi. L'elemento reale prevale quindi sull'elemento personale e ciò si coglie considerando che il valore di mercato della singola proprietà dipende anche dalla rete di impianti e servi cui è connessa. Il beneficio che si riflette su tale incremento di valore è del tutto indipendente dalla attualità delle fruizione personale. Se, ad esempio, vi sono impianti sportivi a disposizione degli abitanti un dato comprensorio il fatto che un singolo proprietario non pratici alcuno sport, non toglie che il valore del suo immobile tragga beneficio da tale presenza, infatti il valore di mercato di un immobile non deriva dall'uso presente, ma dall'uso potenziale che ne possono fare i soggetti acquirenti.

Piuttosto, si può osservare che, nell'ottica della giustizia distributiva, alcuni costi di gestione debbano essere allocati su coloro che effettivamente fruiscono delle relative strutture e servizi, sicché la logica che presiede a simile allocazione è la medesima che si riscontra in materia condominiale distinguendo le spese per la conservazione delle parti comuni, da quelle relative all'esercizio del godimento su di esse³⁷. Ma la modulazione delle contribuzioni in funzione del loro scopo è soluzione ben diversa dall'ammettere la possibilità di recesso dal consorzio conservando la proprietà dell'immobile inserito nel comprensorio consortile.

43

Se le conclusioni appena raggiunte sono convincenti, da esse discende che nella redazione degli atti di convenzioni urbanistiche, o atti unilaterali d'obbligo oppure, ancora di consorzi di urbanizzazione, la qualificazione di una specifica obbligazione come obbligazione *propter rem* dipende interamente dal contesto disciplinante in cui tale previsione si inserisce. Nella maggior parte dei casi ed in considerazione della sostanziale tipicità di tali tipi di negozi, il contesto può essere sufficiente a sostenere gli effetti voluti dalle parti. Tuttavia, poiché è certo che indipendentemente dal contesto il mero *nomen juris* utilizzato non è sufficiente a denotare con i caratteri della realtà l'obbligazione posta in capo ad una o più delle parti del negozio, appare più congruo procedere ad una individuazione degli effetti che si vogliono, del tutto legittimamente, ottenere mediante quello strumento conformativo della proprietà che va sotto il nome di obbligazione *propter rem*. Tale individuazione ha il senso di rendere esplicito il fatto che il programma negoziale anche quando assume forma di contratto di diritto privato è finalizzato al perseguimento di scopi pubblicistici tramite la opportuna conformazione individualizzata delle singole proprietà che è tratto caratteristico della pianificazione urbanistica in generale.

³⁷ Cfr. M. BASILE, *I diritti ed i doveri dei condomini, in Condominio negli edifici e comunione*, a cura di M. Basile, in

Trattato dei diritti reali, diretto da Gambaro e Morello, *op. cit.*, Milano, 2012, p. 254.

Il *trust*: una pagina nella storia della proprietà funzionalizzata

di Michele Graziadei

Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università di Torino

Introduzione

Per rispondere alle sfide del futuro, come operatori giuridici, dobbiamo poter svolgere due indispensabili attività: programmare e sperimentare. Purtroppo, in Italia, nel campo della legislazione, non è quasi mai possibile programmare, e ancor più difficile è realizzare quanto fu programmato con una certa fatica. Sperimentare a sua volta richiede metodo e vaglio di dati empirici. Pertanto la sperimentazione - al pari della programmazione - nel nostro Paese cede talvolta il passo all'improvvisazione, che è cosa del tutto diversa, pur essendo talvolta feconda, soprattutto quando è baciata dalla fortuna.

A questi rilievi iniziali si potrebbe opporre che nel mondo diritto è inappropriato parlare di sperimentazione, perché l'indagine sperimentale attiene alle scienze naturali, che hanno la possibilità di effettuare misurazioni quantitative di fenomeni naturali, ed è invece estranea al campo delle scienze umane, in cui prevalgono metodi e approcci qualitativi. In realtà, chi rivolge sistematicamente l'attenzione ai fatti sociali oggi ammette - entro certi limiti - la possibilità di indagare i fenomeni sociali, di cui il diritto fa parte, attraverso misurazioni riguardanti dati empirici quantificabili. Le norme giuridiche producono effetti, e tali effetti, in quanto pretendono di orientare comportamenti umani, possono essere oggetto di misurazioni quantitative entro determinati limiti e a determinate condizioni. Ammessa questa possibilità, è quindi concepibile l'esperimento anche nel campo del diritto. La

44 verifica empirica di ipotesi e di assunti teorici fa ormai parte della ricerca in campo giuridico, sebbene in relazione al diritto può essere difficile raccogliere prove sperimentali, o riprodurre le condizioni di lavoro che in un laboratorio scientifico garantiscono l'esito dell'esperimento¹.

Se si guarda al tema da questa angolazione, non v'è dubbio che la vicenda del *trust* in Italia sia tale da richiamare alla mente la possibilità di sperimentare nel campo del diritto. La sperimentazione è in effetti in corso ormai da più di vent'anni.

Il discorso si apre in termini concreti nel 1992, con l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1985 sulla legge applicabile ai *trust* e al loro riconoscimento². Il *trust* all'epoca risultava praticamente sconosciuto non solo alla gran parte dei nostri professionisti, ma anche a buona parte del mondo accademico italiano. Nel diritto internazionale privato italiano (e più in generale dell'Europa romanistica) il *trust* veniva infatti presentato come un istituto ignoto alla *lex fori*. Per questa ragione, la Convenzione dell'Aja mirava ad impedire lo snaturamento dell'istituto, che avveniva attraverso qualificazioni improprie, operate nell'ambito dei sistemi romanisti, imponendone per la prima volta il riconoscimento come tale, vale a dire come *trust*. Più in generale, la Convenzione predisponeva in modo opportuno un quadro di regole internazionalprivatistiche apposite per il *trust* perché negli stessi Paesi di *common law* il diritto non era ben assestato in questa materia³.

¹ In proposito si veda: A. GAMBARO, *Misurare il diritto, in Le nuove frontiere della comparazione*, a cura di L. Antonioli, G. Benacchio, R. Toniatti, *Atti del I Congresso Nazionale Sird*, Milano 5-6-7 Maggio 2011, Trento, 2012, p. 3 e ss., e i vari contributi raccolti nell'*Annuario di diritto comparato*,

2012, Napoli, 2013, che hanno ripreso il tema nelle sue diverse sfaccettature.

² A cui Antonio Gambaro ha fornito il suo importante contributo in sede di lavori preparatori.

³ M. LUPOI, *Trusts*, 2° ed., Milano, 2001, p. 495-497.

Il trust, la teoria della proprietà, e la storia delle fiducie

Non è troppo difficile scoprire perché prima dell'entrata in vigore della Convenzione il trust fosse considerato un istituto sconosciuto alla *lex fori* in numerosi Paesi dell'area romanistica. A partire dall'età della codificazione, le dottrine del diritto civile sono state dominate dall'ansia di ricostruire una monolitica nozione di proprietà, che era andata persa nell'età del diritto comune. Nella transizione dalle società di antico regime a quelle dell'epoca contemporanea molto si è quindi perso di vista, sia nella legislazione, che nell'interpretazione del diritto vigente. Nell'epoca del positivismo e dell'assolutismo giuridico, l'adesione a schemi giusnaturalistici e poi pandettistici conduceva a sconfessare e a misconoscere sul piano teorico il ricco lascito del passato, come ha mostrato nei suoi contributi Paolo Grossi, proprio perché tali schemi generali erano animati da una volontà di semplificazione e di semplicità che non si misurava con la ricchezza e la complessità della nostra tradizione giuridica⁴.

L'istituto del trust, in effetti, può dirsi sconosciuto nella nostra esperienza giuridica, solo in forza di un'analisi superficiale della nostra storia. La storia giuridica del nostro Paese, infatti, conosce una prassi plurisecolare in materia di fiducie e di confidenze, che si svolge a partire dalla rinascita degli studi giuridici nel medioevo, fino alle codificazioni del diciannovesimo secolo. Questa storia - densa e ricca - è stata messa da parte nel momento in cui si è elaborata una dottrina della fiducia e del negozio fiduciario, sull'onda della lezione dei pandettisti e dei germanisti tedeschi che viene ricevuta in Italia tra la fine del XIX secolo e le prime decadi del XX secolo. Parte della dottrina, tuttavia, in tempi recenti ha sentito l'esigenza di svolgere un lavoro di ricostruzione dell'esperienza medievale e moderna in materia di fiducie. È così emersa alla luce una gran quantità di materiale, tanto di carattere teorico, quanto legato alla prassi, che risulta essere perfettamente in linea con elementi importanti dell'esperienza inglese in materia di trust⁵. D'altra parte, gli stessi giuristi di *common law* lasciano spazio al dubbio quanto all'origine dell'istituto, riconoscendo che esso si è nutrito di spunti tratti dall'esperienza del diritto comune⁶.

Sarà ormai tardi per denunciare i vizi del concettualismo, tuttavia è vero che la dogmatica e la neosistemica hanno preteso di inquadrare il discorso in materia di proprietà secondo modelli in larga misura privi di radicamento storico. Ambedue le correnti hanno finito per oscurare il senso dell'esperienza storica matura in tema di proprietà, anche sul versante della proprietà fiduciaria. Non si tratta di nutrire nostalgie per il passato, ma di comprendere quali cambiamenti sono intervenuti nel corso del tempo in questa materia, anche per evitare di apprendere con sorpresa (attraverso la comparazione) che altri itinerari giuridici erano pensabili e potevano essere praticabili.

⁴ Vedi soprattutto: P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992.

⁵ Per alcune indicazioni: M. GRAZIADEI, *The Development of fiducia in Italian and French Law from the 14th century to the End of the Ancien Régime*, in *Itinera fiduciae – Trust and Treuhand in Historical Perspective*, a cura di R. Helmholz, R. Zimmermann, Berlin, 1998, p. 327 e ss.; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Eseggesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. I. Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002 (di questa opera fondamentale è atteso il seguito); M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2004; M. LUPOI, *Fides, fiducia e trust nella*

cornice delle situazioni affidanti, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino, 2006, p. 1-13; M. GRAZIADEI, *La fiducia nella tarda età moderna. Le "confidenze" tra vincolo di coscienza e disciplina politica dei soggetti e dei beni*, in *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, a cura di P. Prodi, Bologna, 2008, p. 235 e ss.; M. GRAZIADEI, *Trust, confidenza, fiducia*, in *Relations between the ius commune and English law*, R.H. Helmholz, V. Piergiovanni (ed.), Roma, 2009, p. 223-237; M. LUPOI, «Trust and Confidence», *Law Quarterly Review*, (2009), 125, p. 253.

⁶ Vedi, ad esempio, P. GLENN, *Le Trust et le ius commune*, in *Common Law d'un siècle à l'autre*, a cura di P. Legrand, Montréal, 1993, p. 87 e ss.

Verso la proprietà funzionalizzata

Del resto, lo stesso codice civile del 1942, pur teso a rivedere in chiave critica il modello francese, quando è esaminato da quest'ultimo punto di vista segna il passo. Al di là dei proclami del regime, la proprietà di cui discorre il codice civile del 1942 appare infatti regolata avendo in mente più le classiche prerogative del proprietario, che le funzioni concretamente attribuite alla proprietà nella società contemporanea. In tema di disposizioni fiduciarie, il codice civile del 1942 contiene un'unica norma, l'art. 627 c.c., che ammette la *soluti retentio* di quanto fiduciario ha prestato in adempimento del vincolo di coscienza, salva la ripetizione del pagamento all'incapace di ricevere (462, 595 c.c.). Per il resto, leggendo il codice civile, è ancora possibile dire, come in passato, che la proprietà, intesa come diritto che rappresenta una sintesi di poteri e di facoltà, offre un "certo spazio di libertà" a colui che ne beneficia. Si tratta di uno spazio che ora è circondato da limiti e obblighi, talvolta imposti da norme speciali, ma il disegno classico non è cancellato: la proprietà è anzitutto una sfera di libertà assegnata al singolo, e quindi parlare di proprietà smembrata o dissociata in tale contesto equivale a formulare concetti ignoti al codice⁷.

Pochi anni dopo l'entrata in vigore del codice civile, con l'avvento della Costituzione repubblicana, il discorso in materia di beni e di proprietà si trasforma e muta in profondità, aprendosi a una prospettiva schiettamente funzionale. Il giudizio è formulato senza avere di necessità sott'occhio la clausola costituzionale che impone limiti alla proprietà privata al fine di assicurarne la funzione sociale (art. 42, c. 2 Cost.), su cui si sono versati i proverbiali fiumi di inchiostro⁸. La Costituzione è infatti apertamente ancorata ad una tassonomia dei beni tutta declinata in chiave funzionale: la casa di abitazione, il risparmio, le pensioni, i mezzi di produzione, e via scorrendo. Ogni bene patrimoniale nella Costituzione è concepito e regolato da una prospettiva teleologica, coltivata con coerenza e intensità molto maggiore di quella che si ritrova all'opera nel codice civile, il quale è ormai lontano dal modello francese per diversi aspetti, ma appare al tempo stesso dominato da un'ansia produttivistica piuttosto ingenua, propria di un regime che proclamava di essere autarchico.

46

È noto che il linguaggio della costituzione non è quello della codificazione civile, perché il primo documento tende ad esprimere scelte istituzionali e in senso lato politiche, mentre il secondo articola il tessuto delle norme in cui si calano regole a più elevato contenuto tecnico⁹. Tuttavia questi corpi normativi riflettono filosofie politiche e sociali in origine - e in parte tuttora - non allineate, al di là del diverso registro linguistico adoperato e della loro diversa funzione. Nella Costituzione democratica si esprime il riconoscimento di un inedito tasso di pluralismo, sconosciuto al codice civile, che in sede costituzionale è garantito anche dall'insieme delle norme sui beni, i quali sono considerati in prospettiva personalistica, oltre che in chiave meramente economica.

I civilisti che si misuravano con il tema della funzionalizzazione della proprietà prima dell'avvento della Costituzione repubblicana guardavano in modo esclusivo al quadro offerto dal diritto pubblico, e il peso che aveva il diritto pubblico nel definire lo statuto della proprietà privata sembrava loro immenso e decisivo. Prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, il pensiero sociale europeo aveva già elaborato l'idea di funzione sociale della proprietà, declinato in opere celebri, di autori tanto diversi come, ad esempio, Auguste Comte, Leon Duguit, e i socialisti della cattedra. Questi autori,

⁷ Per una visione realistica delle cose si veda però: R. SACCO, *Modificazione (soggettiva) della proprietà e dissociazione del diritto*, in *Studi in onore di Gioachino Scaduto*, Padova, 1970, III, p. 118.

⁸ Tanto da stimolare qualche reazione tesa a ricondurre il discorso sul terreno del senso comune: Antonio Gambaro, in un passo del suo magnifico volume sulla proprietà dice (ironicamente o no?) che, in fondo, la funzione sociale della

proprietà «è proprio quella di garantire un certo spazio di libertà al soggetto», di fatto rovesciando una formula nel suo opposto: A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu-Messineo, Mengoni, Milano, 1995.

⁹ Il quale dunque pone problemi diversi da quelli noti al testo costituzionale: A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, e continuato da Schlesinger, Milano, 2012.

pur molto diversi tra loro, quando pensavano alla proprietà, pensavano ai doveri del proprietario, in una visione delle cose che metteva al centro del discorso lo Stato, e dopo la crisi del liberalismo economico, l'apparato produttivo posto sotto l'egida dello Stato¹⁰. Con la Costituzione repubblicana, il discorso sulla funzione sociale della proprietà si alimentava del riferimento testuale offerto nell'art. 42, comma 2, nonché di tutte le suggestioni provenienti da una costituzione pluralista, orientata verso lo sviluppo di un'economia mista, con larga presenza della mano pubblica, favorevole a politiche redistributive. La nostra civilistica più impegnata - da Rescigno a Rodotà - che si è espressa in materia di proprietà ha fatto tesoro della lezione costituzionale. Ancora una volta, il riferimento offerto dal diritto pubblico sembrava non solo imprescindibile, ma anche assorbente, pur essendo chiaro che il pluralismo inverte nella Costituzione repubblicana apriva nuovi orizzonti.

La funzionalizzazione della proprietà, e il diritto dei privati

Il punto che è talvolta rimasto in ombra in questo rinnovato contesto è legato alla possibilità di riprendere il discorso sulla funzionalizzazione della proprietà da una diversa angolazione, vale a dire in ambito più strettamente privatistico, in relazione al modo in cui i singoli utilizzano i beni per soddisfare le esigenze cui devono far fronte, realizzare le aspirazioni che coltivano, dare corpo ai propri progetti, e così via¹¹.

È possibile svolgere un'analisi funzionale della proprietà senza mettere al centro del discorso il diritto pubblico e in particolare il diritto dello Stato, e del suo apparato amministrativo? Per dare risposta positiva all'interrogativo, è sufficiente esaminare lo statuto normativo della casa di abitazione. La Costituzione individua la casa di abitazione come un bene particolare, ma la scelta del costituente si indirizza in tal senso perché il bene è già così individuato nel tessuto delle relazioni private. Nella vita di tutti noi la casa di abitazione è un bene diverso dagli altri: il diritto pubblico può aiutare a riconoscere questo fatto, può promuovere alcune politiche nella specifica materia, può quindi favorire l'accesso ad essa, ma rimane vero che il bene ha natura diversa da altri immobili, perché *nelle relazioni dei privati* riveste un posto del tutto particolare, grazie alla sua funzione esistenziale, che fa capo a scelte individuali, compiute interamente dai privati nel corso della propria vita.

Seguendo il filo di tale discorso, vale a dire riflettendo sulla struttura delle relazioni private, e sulle funzioni che i privati perseguono attraverso l'impiego dei beni, si arriva ad incontrare il *trust*, uno strumento di pianificazione privata di assetti di beni, attuata con la destinazione di beni al perseguimento di finalità che si collocano immediatamente nella sfera delle relazioni intessute dai privati.

Naturalmente, sarebbe sciocco negare che il *trust* può essere messo al servizio di finalità in senso lato pubbliche. Il volto 'pubblico' dell'istituto risalta quando si considera, ad esempio, il suo impiego per perseguire finalità sociali benefiche (è il caso dei *charitable trusts*). E sarebbe altrettanto sciocco pensare che le regole in materia di *trusts* eretti dai privati, per perseguire finalità a loro volta 'private', non abbiano ricadute sul terreno dell'interesse generale. Le hanno senz'altro, basti pensare all'incidenza del rapporto rispetto ai creditori del disponente, del *trustee* e dei beneficiari. Ma non di meno è certo che la proprietà può essere funzionalizzata in vista di finalità che i privati articolano e perseguono - per così dire - in proprio, avendo in mente specifici problemi esistenziali, rispetto a cui il *trust* si pone

¹⁰ In epoca corporativa, si avverte ancora l'eco di queste dottrine, ad esempio nell'opera di Enrico Finzi, Sul punto si consulta utilmente: U. MATTEI, *La proprietà*, 2^o ed., in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 109 e ss.

¹¹ È però da valorizzare in questa chiave la riflessione

sul vincolo destinazione, che ha una propria storia, precedente all'intervento normativo che ha introdotto nel codice civile l'art. 2645-ter (su cui v. oltre). In proposito: A. FUSARO, *Destinazione (vincolo di)*, in *Digesto*, IV, *disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1989, p. 321 e ss.

come mezzo idoneo allo scopo. Beninteso, il *trust* non è necessariamente l'unico mezzo che serva allo scopo, ma è certamente l'unico *mezzo di carattere generale* idoneo allo scopo, e per questo presenta un decisivo vantaggio comparativo rispetto a molti altri istituti che servono finalità analoghe, noti al diritto italiano, o a altri diritti dell'area romanistica.

È illuminante in proposito il raffronto tra il fondo patrimoniale della famiglia e il *trust*. Con il fondo patrimoniale della famiglia, il legislatore ha introdotto un regime particolare che, nella sostanza, produce alcuni degli effetti propri del *trust*, in termini di intangibilità dei beni costituiti in fondo da parte di alcune categorie di creditori (art. 167 ss. c.c.). Tuttavia la disciplina così disegnata, proprio perché si sostanzia in un regime ancorato allo statuto della famiglia, si dimostra fragile e priva di utilità proprio nel frangente cruciale: vale a dire quando il legame familiare viene meno (morte del coniuge, annullamento del matrimonio, divorzio), o si attenua (separazione dei coniugi). Ed è un peccato, perché il fondo viene dunque a cessare proprio quando sarebbe utile mantenerne il regime protettivo, per affrontare le conseguenze economiche avverse normalmente collegate alle evenienze ricordate ora, ed in particolare per provvedere alle necessità di figli minori. Il *trust* non incontra viceversa limiti analoghi, poiché esprime un regime generale, che è in grado di indirizzare la proprietà, o un altro diritto patrimoniale, al perseguimento del fine lecito individuato dai privati, attraverso la divisione di compiti e di ruoli che esso realizza in un arco di tempo determinato¹².

La prassi notarile, il *trust*, la destinazione di beni

Questa dimensione dell'autonomia privata viene sperimentata in Italia in relazione al *trust* soprattutto nella prassi notarile. Come è noto, il Notariato ha giocato un ruolo di primo piano nell'acclimatare l'istituto nel nostro Paese. Il Notariato ha infatti dato concretamente vita alla sperimentazione
48 - condotta in larga misura con successo, nonostante i rischi legati alle possibilità di abuso - delle soluzioni rivolte a rendere praticabile l'istituto in Italia, attraverso il richiamo della legge straniera, pur in presenza di fattispecie localizzate interamente nel foro¹³.

Il Notariato è il principale custode di quella visione funzionale, teleologica, dei rapporti intersoggettivi che emerge quando i privati si rivolgono al professionista per realizzare i propri scopi, manifestando intenti che il notaio sostiene attraverso la propria capacità di organizzazione dei rapporti giuridici, adeguatrice della volontà privata, destinata a trasformare la volontà espressa dai privati in esiti garantiti dal diritto. Nell'operare in tal senso, il notaio si misura con il necessario rispetto delle regole di ordine pubblico e di applicazione necessaria, che valgono in questa materia, nonché con i limiti imposti all'utilizzo dell'istituto in base all'art. 15 della Convenzione dell'Aja. Il rispetto di questi obblighi e di questi limiti - è sufficiente richiamare qui la legislazione in materia di trasparenza delle operazioni finanziarie - salvaguarda l'operazione che il privato vuole realizzare con l'ausilio del ministero notarile, evitando che essa venga a cadere perché contraria a norme inderogabili, o fraudolenta.

La mediazione del Notariato ha dunque avuto un'importanza capitale nel dare certezza circa la possibilità di fruire dell'istituto nel nostro ambiente, in forza dell'autonomia del disponente in sede di scelta della legge applicabile al rapporto. Il *trust* si è così radicato in Italia, ed è divenuto uno strumento

¹² In questo senso è corretto considerare il *trust* come forma di organizzazione complessa: A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010.

¹³ Si tratta delle tesi avanzate in dottrina dapprima da M. LUPOI, *Introduzione ai trusts: Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Milano, 1992; e poi in modo più articolato in ID., *Trusts*, 2° ed., Milano, 2001, e in vari

altri scritti, cui hanno aderito numerosi autori, e che è ora accolta tanto da varie decisioni di legittimità, quanto da numerose decisioni di merito. Per il punto sulla giurisprudenza: A. TONELLI, «Certezze e incertezze del diritto -Nota a Cass. n. 10105 del 9 maggio 2014 e Trib. Belluno 16 gennaio 2014», *Il Caso*, 5 novembre 2014, p. 1 e ss.

di largo utilizzo per conseguire vari scopi, di cui si tratterà quindi di accertare la bontà, alla luce della causa concreta dell'operazione¹⁴. Nella prassi, il *trust* viene infatti utilizzato per realizzare liberalità, per prevedere assetti mirati di beni in sede di separazione e di divorzio, per proteggere soggetti deboli, per gestire il passaggio generazionale di un'azienda, per far fronte alla crisi d'impresa, per garantire finanziamenti erogati da istituti di credito, per gestire patti di sindacato azionario, depositi fiduciari, e così via.

Naturalmente, pur guardando con un certo favore all'impiego in Italia dell'istituto straniero, il Notariato fin dal principio ha sostenuto che la sperimentazione affidata alla prassi in questo campo non fosse pienamente adeguata né sufficiente a offrire al nostro Paese i mezzi necessari per soddisfare le esigenze incanalate attraverso il *trust*.

Si tratta di una presa di posizione del tutto comprensibile, per una ragione intuitiva. Il ricorso alla legge straniera per regolare rapporti che si radicano esclusivamente nel foro implica che il professionista conosca bene la fonte a cui attinge. Questa conoscenza non è però acquisibile in modo agevole, perché richiede una notevole familiarità con elementi di diritto estranei al sistema delle fonti del diritto italiano, per di più accessibili solo in lingua straniera, con la cospicua eccezione del diritto sammarinese. Certamente oggi l'operatore italiano è più aperto all'idea secondo cui il diritto italiano è inserito in un contesto più ampio, entro il quale è possibile reperire elementi di conoscenza che possono servire ad elaborare soluzioni da praticare in Italia. Tuttavia, questa maggiore disponibilità a esaminare dati relativi ad esperienze giuridiche straniere non sopprime l'esigenza di disporre di mezzi propri per realizzare quanto attualmente invece viene fatto soprattutto grazie al ricorso alla legge straniera. Tanto è vero che oggi è portata all'attenzione della dottrina e della prassi italiana la proposta di operare attraverso un contratto di affidamento fiduciario, che avrebbe il merito di dare nuovo impulso all'applicazione del diritto italiano¹⁵. Per ragioni analoghe non pochi Paesi si sono dotati di leggi che mirano a replicare in tutto o in parte l'istituto del *trust*, ovvero sia la possibilità di conseguire effetti congruenti rispetto a quelli che il *trust* produce. Il panorama di queste leggi si è venuto ampliando anche in Europa, con l'opera di riforma dei codici civili di vari Paesi, dalla Francia, al Lussemburgo, alla Romania, alla Repubblica Ceca. Lo stesso *draft common frame of reference*, che negli intenti dei suoi redattori - ovvero di alcuni dei suoi redattori - avrebbe dovuto costituire la base per una codificazione del diritto patrimoniale in Europa contiene un libro decimo in cui sono raccolte le norme che sarebbero destinate in ipotetico futuro a introdurre su scala europea il *trust*¹⁶. L'interesse manifestato verso il successo del *trust* non può dunque essere ritenuto né sporadico, né episodico. Anche il legislatore Italiano, per la verità, ha introdotto regimi che si collocano sotto il segno di scelte di fondo ben note ai cultori dei *trusts*. Se si passa al vaglio la legislazione dedicata al mercato mobiliare si nota lo sforzo rivolto a predisporre schemi destinati a realizzare le medesime finalità che nel mondo di *common law* sono realizzate attraverso lo strumento del *trust*. Mi riferisco in particolare alla disciplina sui fondi comuni di investimento e sui fondi pensione, e alle norme sulle cartolarizzazioni. Nel campo del diritto societario, si è inoltre fatta strada la possibilità di costituire patrimoni destinati ad uno specifico affare. Disponiamo così ormai di numerose discipline di settore che svelano l'apertura del diritto italiano verso le regole che integrano lo statuto proprio del *trust*.

49

¹⁴ Cassazione civile, sez. I, 9 maggio 2014, n. 10105 - Pres. Vitrone - Est. Nazzicone: «Quale strumento negoziale astratto, il *trust* può essere piegato invero al raggiungimento dei più vari scopi pratici; occorre perciò esaminare, al fine di valutarne la liceità, le circostanze del caso di specie, da cui desumere la causa concreta dell'operazione: particolarmente rilevante in uno strumento estraneo alla nostra tradizione di diritto civile e che si affianca, in modo particolarmente efficace, ad

altri esempi di intestazione fiduciaria volti all'elusione di norme imperative».

¹⁵ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

¹⁶ A. BRAUN, «Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" For Europe? », (2011) 70 *Cambridge Law Journal*, p. 327; e vedi della stessa autrice: *The Framing of a European Law of Trusts*, in *The Worlds of the Trust*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2013.

Il frutto più recente di queste iniziative sul terreno del diritto civile è l'art. 2645-ter c.c., intitolato alla trascrizione degli atti di destinazione. Possiamo dire che la figura del linguaggio che è stata adoperata in questa norma - 'atto di destinazione' - evoca prepotentemente l'idea di una proprietà finalizzata, funzionalizzata al perseguimento di 'interessi meritevoli di tutela', di cui la norma offre qualche esemplificazione. Anche qui, alle spalle della scelta legislativa troviamo riferimenti significativi. Si tratta di riferimenti che dovrebbero garantire l'interprete sotto il profilo dell'adesione alla tradizione civilistica, di indubbio peso nel valutare la qualità della sostanza giuridica trasfusa in norme di legge. Mi riferisco alla teoria delle destinazioni patrimoniali che si affaccia in Italia nell'opera di Francesco Ferrara sr. intitolata alle persone giuridiche, sulla scia delle dottrine tedesche in materia di patrimoni destinati al perseguimento di uno scopo¹⁷, e che rappresenta un lascito duraturo al pensiero civilistico del nostro Paese, come di altri Paesi dell'Europa romanistica¹⁸.

Non compete a me stabilire se l'introduzione di questa norma in Italia abbia realizzato le speranze di coloro che avevano certamente in mente una proposta più articolata e complessa¹⁹. Però è possibile domandare se la volontà di dare rilievo alla funzione che innerva l'atto, secondo gli schemi contemplati dall'art. 2645-ter c.c., si sia espressa in modo pienamente soddisfacente attraverso quest'ultima disciplina. Bisogna in proposito notare che, quando si esamina il *trust* come ipotesi di proprietà funzionalizzata, il centro di gravità del rapporto non è in realtà il singolo bene destinato alle finalità individuate dal disponente, ma è piuttosto il valore rappresentato da quel bene. Raramente il vincolo istituito dal disponente tende infatti a conservare la destinazione specifica del singolo bene affidato al *trustee*. Nella realtà, il bene assoggettato al *trust* rimane - deve rimanere - liberamente negoziabile. Per questa ragione il *trust* è da concepire normalmente come un rapporto che grava su un *fund*, il cui valore è rappresentato pro tempore da determinati beni, così come in relazione ad un fondo comune di investimento il dato saliente non è il complesso di beni che costituiscono il fondo comune in ogni istante bensì, in realtà, il controvalore che essi rappresentano in ogni istante. Il vincolo creato dal *trust* è pertanto un vincolo dinamico, che per via di questa caratteristica normalmente non tende ad abbattere l'alienabilità dei beni soggetti al rapporto²⁰. Se fosse diversamente, il *trust* inciderebbe negativamente sul valore dei beni rispetto a cui è costituito il rapporto, perché ogni fattore che incide sull'alienabilità di un bene ne diminuisce immediatamente il valore capitale, che è per l'appunto il valore realizzabile tramite la sua alienazione sul mercato, come fanno tutti coloro che si sono interrogati intorno al senso più profondo del principio del numero chiuso dei diritti reali alla luce delle dinamiche di mercato²¹. Quanto si è appena detto ha un'implicazione evidente. Tanto il *trust*, quanto l'atto di destinazione, sono mezzi idonei a dare vita ad ipotesi di proprietà funzionalizzata, vale a dire rivolta al perseguimento di particolari interessi - leciti, e per ipotesi, meritevoli di tutela -. Tuttavia il modo con cui l'operazione prende corpo nei due casi è normalmente ben diverso. Per effetto dell'istituzione di *trust*, la funzionalizzazione della proprietà ha - normalmente - carattere dinamico.

Il *trust* preserva il valore capitale dei beni rispetto a cui è costituito il rapporto, poiché il *trustee* o i *trustees* normalmente dispongono del potere di alienarli a valore di mercato, salvo il (ri)costituirsi del vincolo sui proventi dell'alienazione, riscossi presso il terzo acquirente dal *trustee* o dai *trustees*.

Viceversa il vincolo di destinazione è certamente pensato in chiave statica, per assicurare il godimento di un determinato bene in specie, più che per preservare che il valore rappresentato dal bene in vista

¹⁷ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, Torino, 1915, p. 558 e ss.

¹⁸ Per l'approfondimento, nell'abbondante letteratura: M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenza*, Napoli, 2015, p. 96 e ss., e in prospettiva comparata: F. BENATTI, *Le forme*

della proprietà. Studio di diritto comparato, Milano, 2010.

¹⁹ AA. VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Atti della Giornata di studio (Roma, 19 giugno 2003), Milano, 2003.

²⁰ M. GRAZIADEI, B. RUDDEN, «Il diritto inglese dei beni e il *trust*: dalle *res* al *fund*», in *Quadrimestre*, 1992, p. 458.

²¹ Vedi ora F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 31 e ss.

del perseguimento di specifiche finalità. Pertanto, il vincolo di destinazione creato per effetto dell'atto previsto nell'art. 2645-ter c.c. di regola incide negativamente sul valore del bene, fino a quando il vincolo si estingue. Clausole di surrogazione reale inserite nell'atto con cui il vincolo è costituito potrebbero renderlo efficace rispetto ad ogni specie di bene, come accade *ex lege* per il trust, in modo da garantire un assetto patrimoniale che possa far fronte al meglio ad eventuali sopravvenienze imprevedute nel corso del tempo. Tuttavia l'ammissibilità di tali clausole è avvolta dal dubbio, perché l'atto di destinazione sembra essere idoneo a produrre effetti solo in relazione a beni mobili o immobili registrati in pubblici registri²². I due istituti, pur senz'altro diversi, sono ora accomunati - verosimilmente - nella disciplina, per quanto riguarda la possibilità da parte del creditore precedente di pignorare il bene soggetto a alienazione gratuita, o a vincolo di indisponibilità, ai sensi del nuovo articolo 2929-bis del codice civile²³.

La razionalità e la leggibilità della prassi

Infine, una parola di cautela: la prassi, se è fondata razionalmente, non può essere leggibile solo da parte dell'operatore nazionale.

Si pensi per un momento al diritto medioevale dei mercanti: non sarebbe semplicemente esistito se fosse stato leggibile nella sola città di Firenze, o nella sola Toscana, o nella sola Italia. In Italia è nato ed è cresciuto il diritto del commercio internazionale dell'Europa medioevale perché quelle prassi dell'epoca, sviluppate dai nostri mercanti, erano perfettamente leggibili da parte di operatori stranieri, con cui gli italiani entravano in contatto nelle diverse piazze europee. Tanto è vero, che quelle norme, elaborate dapprima in sede locale, furono tradotte immediatamente in prassi che si radicavano in altri luoghi, grazie alla mediazione dei nostri avventurosi e sagaci mercanti.

È difficile difendere l'esperienza giuridica italiana nel nome del suo ancoraggio nazionale, quando essa risulta scarsamente leggibile dall'estero. Essere leggibili, cioè comprensibili, quando si parla di diritto, è frutto della capacità di costruire soluzioni equilibrate e efficienti. La prassi è perfettamente in grado di edificare soluzioni di questo genere, come il Notariato ha ripetutamente dimostrato nel corso della sua lunga storia. Spetta al legislatore non tradire le aspettative sorte dalla prassi, nel momento in cui comincia a produrre i primi, importanti, nuovi risultati, con interventi non agevolmente leggibili, vuoi dalla nostra prassi, vuoi dagli operatori stranieri, che entrano in contatto con il nostro diritto.

51

²² Si vedano le conclusioni di S. BARTOLI, D.MURITANO, «Le clausole di surrogabilità dei beni», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, in questa rivista, 2013, 2, p. 191 e ss., e a p. 197.

²³ L'art. 12 del D.l. 27 giugno 2015, n. 83 (in G.U. n. 147 del 27 giugno 2015), in vigore dal 27 giugno 2015, convertito con legge 6 agosto 2015, n. 132 ha introdotto nel codice civile l'art. 2929-bis. La norma consente di pignorare, entro un anno dalla trascrizione dell'atto

di alienazione a titolo gratuito, o dell'atto costitutivo del vincolo di indisponibilità, o di destinazione, i beni immobili e mobili registrati che ne sono oggetto, sul presupposto del pregiudizio arrecato ai creditori anteriori del disponente. Questa norma ha senz'altro l'effetto di abbattere ulteriormente il valore di mercato di beni alienati gratuitamente, soggetti a vincoli di indisponibilità o di destinazione, per lo meno per tutto il decorso del termine in questione.

Il diritto di superficie e la proprietà superficiaria

di Chiara Tenella Sillani

Professore ordinario di Diritto civile, Università Statale di Milano

Introduzione

Il mio ringraziamento alla Fondazione italiana del Notariato ed al Consiglio notarile di Firenze e, in particolare, ai rispettivi Presidenti, il Notaio Massimo Palazzo ed il Notaio Vincenzo Vettori, è duplice: in primo luogo, per l'invito a partecipare a questo importante Convegno di studi; e poi per la scelta del tema, che consente di ripercorre aspetti nuovi o comunque significativi delle "situazioni reali" alla luce degli apporti di una componente essenziale della nostra esperienza giuridica: la prassi notarile. Una prassi il cui fondamentale ruolo, nello scorrere mutevole dei secoli e di realtà diverse, è stato chiaramente tratteggiato da Paolo Grossi.

Diversamente dalle altre relazioni, il mio intervento ha un titolo generico, somigliante a quello del paragrafo di un tradizionale manuale di Diritto privato o di un volume inserito in un Trattato di diritto civile. Non parlerò tuttavia - è ovvio - del "diritto di superficie" e della "proprietà superficiaria" ripercorrendone intera la sia pur scarna disciplina codicistica e dando altresì conto di tutte le sue possibili applicazioni, previste in leggi speciali oppure esibite nella prassi, dove il suo utilizzo, in campi noti o viceversa inusuali rispetto alla sua storia, ne confermano comunque la costante vitalità. L'intenzionale vaghezza del titolo ha, invece, uno scopo assai meno ambizioso: consentire la trattazione di alcuni profili problematici di temi diversi, aspetti con riguardo ai quali rilevante può apparire l'apporto del Notariato.

52

Diritto di superficie, proprietà superficiaria, proprietà separata

Talune questioni sono per così dire classiche e pertanto ben note ai teorici ed ai pratici. Un cenno meritano, ad esempio, le diverse ricostruzioni offerte dagli interpreti delle due fattispecie contemplate dall'art. 952 c.c., in base al quale il diritto di superficie può concretizzarsi o nel diritto di costruire e mantenere la proprietà di una costruzione sul suolo altrui, oppure nel diritto di proprietà su una costruzione già esistente, acquistata separatamente dalla proprietà del suolo cui accede. Delle due ipotesi, per l'aspetto che ci interessa porre in luce, maggiori interrogativi si pongono con riguardo alla disciplina applicabile alla seconda variante, riferita alla alienazione di un fabbricato già realizzato. In proposito vi sono, infatti, due contrapposte tesi che diversamente configurano le prerogative attribuite a colui che acquista a titolo derivativo la proprietà di una costruzione preesistente.

Per una parte della dottrina¹ e della giurisprudenza² si tratterebbe di una "proprietà superficiaria"

¹ Per questa ricostruzione, G. PUGLIESE, *Della superficie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 566 e ss.; nello stesso senso, G. PASETTI BOMBARDELLA, voce *Superficie, dir. priv.*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1472; P. GALLO - A. NATUCCI, *Beni. Proprietà e diritti reali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, VII, 2, Torino, 2001, p. 7; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano 2001, p. 107. Per una articolata ed esaustiva esposizione della questione, cfr. A.

GUARNERI, *La superficie. Artt. 952-956*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007, p. 34 e ss.; dello stesso si veda anche la voce *Superficie*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1999, p. 212 e ss.

² Cass., 7 dicembre 1994, n. 10498; Cass., S.U., 2 giugno 1984, in *Riv. not.*, 1984, II, p. 1265; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7269; Cass., 30 dicembre 1977, n. 5754; Cass. 24 novembre 1970, n. 2476, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1592. Si

avente la stessa natura e gli stessi caratteri di quella acquistata a titolo originario in conseguenza all'esercizio dello *ius aedificandi*, ossia una proprietà piena, seppure limitata alla costruzione, e come tale non soggetta a prescrizione per non uso ventennale (del resto, l'ultimo comma dell'art. 954 c.c. circoscrive questo effetto al "diritto di fare" senza coinvolgere quello "di mantenere"). In tale prospettiva, anche il superficario acquirente di un edificio già esistente sarebbe da considerarsi titolare del diritto "di fare e mantenere" la costruzione, con la conseguenza che se questa dovesse distruggersi il suo diritto non verrebbe ad estinguersi, ma gli sarebbe consentito ricostruire l'immobile ai sensi dell'art. 954, comma 3 c.c. (salvo che l'atto costitutivo non disponga diversamente o che comunque il *dominus soli* abbia limitato nel tempo la concessione del diritto di superficie, previsioni entrambe molto spesso ricorrenti laddove il concedente sia un soggetto pubblico).

Altra dottrina³, seguita da alcune significative pronunce della Cassazione⁴, definisce invece "proprietà separata" il diritto acquistato - a titolo derivativo - dal superficario su di una preesistente costruzione, distinguendolo dalla "proprietà superficaria", esito dell'esercizio della concessione a edificare sul suolo altrui e sorta quindi in modo originario. Questa c.d. "proprietà separata" riguarderebbe la sola costruzione cui le parti si sono riferite nel titolo e sarebbe quindi di per sé priva dello *ius ad aedificandum* e cioè del diritto di superficie in senso stretto, insito invece nella proprietà superficaria: in tal caso, quindi, l'acquirente non potrebbe né modificare la costruzione né tanto meno ricostruirla ove questa andasse in rovina o venisse distrutta; alla "proprietà separata", non sarebbe applicabile, in definitiva, l'art. 954, comma 3, c.c.

Per evitare le incertezze determinate dai segnalati contrasti interpretativi - rispetto ai quali si evita qui di prendere posizione - sarebbe necessario chiarire in modo inequivoco le prerogative attribuite al cessionario e quindi esplicitare, nella convenzione attributiva del diritto, che la "*proprietà superficaria*" trasferita al terzo, ovvero quella che la giurisprudenza e parte della dottrina definiscono "*proprietà separata*", è corredata o non corredata anche del diritto di ricostruire l'immobile; occorrerebbe, quindi, precisare se alla alienazione si accompagni il trasferimento del diritto di superficie (da esercitarsi ovviamente nel limite di prescrizione ventennale).

Lascio ai notai presenti decidere se questa accortezza risponda ad un'esigenza di "ordinato empirismo", per riprendere le parole che accompagnano la locandina di questo convegno, o rappresenti invece una espressa adesione ad uno dei due orientamenti in campo: l'esito è comunque la formulazione di un modello negoziale che va oltre e supera la mera attuazione della disciplina codicistica⁵.

53

Sottosuolo e spazio aereo

Un analogo interrogativo in ordine al ruolo svolto dalla prassi notarile nel ricostruire il diritto vivente si può porre con riguardo alla costituzione di un diritto di superficie da esercitarsi nel sottosuolo ai

veda altresì, Cass., 14 aprile 2004, n. 7051, in *Riv. not.*, 2005, II, p. 299 e in *Vita not.*, 2004, p. 974.

³ Cfr. L. SALIS, *La proprietà superficaria*, Padova, 1935, p. 296 e ss.; ID., *La superficie*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1958, p. 8-9 e p. 37-41 e ss.; ID., voce *Superficie (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 946-947; ID., «Proprietà superficaria e proprietà separata», in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, p. 1026 e ss., cui si deve l'originaria formulazione della tesi della "proprietà separata"; seguono tale opinione, tra gli altri, F. ALCARO, «L'ipotesi di perimento della costruzione nella disciplina del diritto di superficie», in *Riv. dir. comm.*, I, 1976, I, p. 156; A. RICCIO, «Il diritto di superficie, la proprietà superficaria e la proprietà

separata», in *Contr. impr.*, 1998, p. 428 e ss.; G. GIACOBBE, *La superficie*, in *Tratt. A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2003, p. 75-76; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 4, I, Padova, 2004, p. 518 e ss.

⁴ Cass., 4 febbraio 2004, n. 2100, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 156 e ss.; Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, I, p. 1023 e ss., con nota di L. SALIS, «Proprietà superficaria e proprietà separata», e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 852, con nota di A. CHIANALE, «Il diritto di superficie: epitomi giudiziarie ed occasioni perdute».

⁵ Cfr. A. FUSARO, «Il contributo della prassi al numero chiuso dei diritti reali», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 519 e ss.

sensi dell'art. 955 c.c. Il fenomeno è diffuso, soprattutto con riguardo alla costruzione di parcheggi posti al di sotto di aree private o pubbliche, ovvero di realizzazione di posti auto la cui disciplina, contenuta nella c.d. "Legge Tognoli", è stata novellata, come è noto, dalla legge n. 35/2012⁶.

Non è inusuale nei rogiti notarili prefigurare l'intervento programmato e cioè indicare il tipo di costruzione che il superficiario potrà porre in essere al di sotto del suolo altrui, area catastalmente individuata con annessa planimetria; non è infrequente cioè, per rimanere alle ipotesi più diffuse, fare riferimento ai futuri parcheggi pertinenziali/residenziali, al numero degli stessi, talora indicando altresì la superficie lorda di "parcamento" ed il volume massimo da realizzare. Ovviamente, in corrispondenza alle caratteristiche del suolo e del sottosuolo e agli interessi avuti di mira dalle parti, la costituzione del diritto di superficie può risultare, al contrario, anche generica, priva cioè dell'indicazione della tipologia, consistenza e intensità dell'intervento edificatorio⁷.

Tali modi di redigere gli atti prescindono comunque, a ben vedere, dalla pressoché granitica convinzione, secondo la quale il proprietario del suolo è per ciò stesso proprietario del sottosuolo che si estende in verticale al di sotto del suo terreno. Sulla scia di tale impostazione, la Cassazione sostiene, ad esempio, che «A norma dell'art. 840 c.c. la proprietà del sottosuolo spetta al proprietario del suolo sovrastante, salvo che in senso contrario disponga il titolo d'acquisto di questo, oppure che detta proprietà risulti spettare ad altri in base ad un titolo opponibile al proprietario del suolo, ossia per un negozio antecedentemente trascritto o per un fatto di acquisto originario»⁸. Affermano, altresì, i Supremi Giudici che «Per il combinato disposto degli artt. 840 e 1117 c.c. lo spazio sottostante al suolo su cui sorge un edificio in condominio, in mancanza di titolo che ne attribuisce la proprietà esclusiva ad uno dei condomini, deve considerarsi di proprietà comune, indipendentemente dalla sua destinazione: ne deriva che il condomino non può, senza il consenso degli altri, procedere ad escavazioni in profondità nel sottosuolo, per ricavarne nuovi locali ed ingrandire quelli preesistenti, comportando tale attività l'assoggettamento di un bene comune a vantaggio del singolo»⁹.

54 È evidente che pensare in modo diverso da ciò che è opinione più che diffusa farebbe sembrare la proprietà dei terreni come sospesa nel nulla, mentre è di grande conforto saperla sorretta dalla solidità seppure oscura del sottosuolo. A volte però le leggi della fisica mal si conciliano con le esigenze del diritto, o meglio non sempre è opportuno che i caratteri assegnati dalla natura alle entità materiali si traducano in precetti giuridici: e lo dimostra proprio la costituzione del diritto di superficie, nella redazione accorta offerta dai notai.

Se infatti valesse la regola sopra ricordata, il diritto di superficie da esercitarsi al di sotto del suolo altrui non potrebbe che confliggere con la preesistente proprietà del sottosuolo che si assume spettare al *dominus soli*, ossia con la proprietà di quello spazio all'interno del quale al superficiario viene concesso di realizzare una costruzione di cui diventerà proprietario. In dottrina, non manca invero chi, con esasperata coerenza, sostiene che al concessionario spetti prima il diritto di proprietà sul sottosuolo che sarà interessato all'edificazione e poi, a costruzione avvenuta, il diritto di proprietà su quest'ultima¹⁰. Che la tesi sia quantomeno stravagante è palese, anche perché essa finisce per dover configurare o come imprescrittibile il diritto di costruire e cioè il diritto di superficie in quanto preceduto dall'acquisto della proprietà di una porzione di sottosuolo, oppure come prescrivibile il diritto di proprietà su

⁶ Tra gli altri si veda, di recente, A. TORRONI, «Posti auto legge ponte e posti auto legge Tognoli: doppio tentativo di liberalizzazione», in *Riv. not.*, 2014, p. 1044 e ss.

⁷ Cfr. A. FUSARO, *op. cit.*, p. 519.

⁸ Cass., 20 marzo 2001, n. 3989.

⁹ Cass., 9 marzo 2006, n. 5085, in www.altalex.com, con nota di G. MOMMO, «Condominio: il sottosuolo dell'edificio è di proprietà comune».

¹⁰ In tal senso, F. MESSINEO, *Manuale dir. civ. e comm.*, I, Milano, 1957, p. 500; si veda inoltre S. PUGLIATTI, voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 44. Analoga impostazione, relativamente allo spazio aereo, è seguita da N. COVIELLO, «Della superficie», in *Arch. giur.*, XLVIII, 1982, p. 101 e ss., per il quale la costituzione di un diritto di superficie implica il trasferimento della proprietà dello "spazio vuoto" necessario alla costruzione dell'edificio.

tale parte laddove dopo vent'anni non risulti ancora esercitato lo *jus aedificandi*: soluzioni entrambe in contrasto con i caratteri dell'uno e dell'altro diritto.

La giurisprudenza, seguita dalla maggioranza della dottrina, esclude peraltro che il sottosuolo in sé possa costituire oggetto di atti di disposizione separato dal suolo, potendo essere cedute soltanto cose individuate nel sottosuolo oppure attività da svolgersi entro quello spazio (come, appunto, lo *jus aedificandi*). «Il diritto di superficie ...», si legge così in una vecchia massima della Cassazione, «non importa il trasferimento di proprietà del sottosuolo, perché proprietario di questo rimane il concedente, come avviene analogamente nella concessione di costruire sul suolo. Onde è lecito argomentare che solo le costruzioni compiute (o da compiere) nel sottosuolo divengano oggetto di proprietà separata da quella del suolo...»¹¹.

Siffatta affermazione, già di per sé ambigua, non dissolve però i dubbi. È infatti noto che la condizione giuridica riconosciuta allo spazio sovrastante il suolo non è la stessa che viene assegnata a quello posto al di sotto. «A differenza del sottosuolo», ci dice ancora la Cassazione in una pronuncia del 2004, «lo spazio sovrastante il suolo o una costruzione non costituisce un bene giuridico ... ma configura la mera proiezione verso l'alto delle suddette entità immobiliari e, formalmente, la possibilità di svolgimento delle facoltà inerenti il diritto dominicale sulle medesime. Pertanto, il diritto reale su tale spazio, separato dalla proprietà dell'immobile sottostante, non è qualificabile come proprietà, ma come diritto di superficie ex art. 952 c.c., suscettibile di estinzione per effetto del non uso protratto per il tempo stabilito dalla legge»¹².

Lo spazio aereo è, dunque, «un concetto di relazione e non una cosa» ed in questa ottica va configurata la c.d. «proprietà della colonna d'aria», di cui si leggeva, fino a tempi recenti, nelle pagine della dottrina o nelle decisioni della giurisprudenza, secondo la quale sarebbe stata la proprietà condominiale della colonna d'aria a giustificare l'indennità che il titolare dell'ultimo piano deve agli altri condomini nel caso eserciti il diritto di sopraelevare, riconosciutogli dall'art. 1127 c.c.¹³. La «proprietà della colonna d'aria» non è da intendersi, infatti, come proprietà in senso proprio, dal momento che, precisa ancora la Suprema Corte, «la colonna d'aria... non forma oggetto di diritto, ma raffigura il mezzo (lo spazio), in cui si esercita il diritto di proprietà e specificamente il diritto di sopraelevazione»¹⁴. Seguendosi tale prospettiva, si è pertanto concluso che «la donazione, che trasferisca la proprietà, o la nuda proprietà, con riserva di usufrutto, della colonna d'aria sovrastante il fondo del donante, è nulla (e può quindi implicare la responsabilità disciplinare del notaio rogante a norma dell'art. 28 n. 1 della L. 16 febbraio 1913, n. 89) posto che detto spazio non può essere oggetto di autonomo diritto di proprietà» (ma altresì per il fatto «che la riserva di usufrutto non è configurabile in relazione alla costituzione di un

55

¹¹ Cass., 9 ottobre 1956, n. 3414, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 2010; si veda inoltre, Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, 1023; Cass., 6 aprile 1987, n. 3318; Cass., 16 settembre 1981, in *Foro it.*, 1982, I, 108; Cass., 7 gennaio 1980, n. 100, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 571; Cass., 24 novembre 1970, n. 2476, cit. In tal senso, altresì G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 623 e ss.

¹² Cass., 14 aprile 2004, n. 7051, in *Riv. not.*, 2005, p. 299 e in *Giust. civ.*, 2005, 11, I, p. 2755, che ha confermato la sentenza impugnata la quale aveva inquadrato come diritto di superficie - come tale soggetto a prescrizione per non uso - e non di proprietà il diritto acquistato dagli attori sull'area sovrastante un fabbricato condominiale. Cfr. altresì Cass., 24 novembre 2009, n. 24701; Cass., 19 dicembre 1975, n. 4192. Sul problema, si veda la ricostruzione offerta da G. MUSOLINO, «Lo spazio

aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie», in *Riv. not.*, 2, 2005, p. 239 e ss.

¹³ Cass., 14 ottobre 1988, n. 5556; cfr. inoltre Cass., 20 giugno 1983, n. 4220, in *Vita not.*, 1983, I, p. 1056; Cass., 27 luglio 1964, n. 2073; Cass., 24 luglio 1964, n. 1994; Cass., 13 giugno 1962, n. 1463, in *Riv. giur. ed.*, 1962, I, p. 911; v. altresì Cass., 1° marzo 1994, n. 2027. Sugli orientamenti in ordine al significato della regola di cui all'art. 1127 c.c., G. MUSOLINO, «Il diritto di sopraelevazione: le fattispecie comprese e l'obbligo indennitario», in *Riv. not.*, 3, 2012, p. 638 e ss.; cfr. altresì C. TRINCHILLO, «Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.», *ivi*, 2002, 5, p. 1129 e ss.

¹⁴ Cass., 22 novembre 2004, n. 22032, in *Guida al dir.*, 2004, p. 39.

diritto di superficie»¹⁵. Si è, per altro verso, affermato, con minore severità, che l'eventuale titolo che attribuisca al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare la «proprietà della colonna d'aria» sovrastante l'edificio non renda nullo l'accordo, ma vada inteso, in applicazione dell'art. 1424 c.c. sulla «conversione del contratto nullo», nel senso di rinuncia da parte degli altri condomini alla futura ed eventuale indennità di sopraelevazione, rinuncia che, per la sua efficacia meramente obbligatoria, non impegna gli aventi causa a titolo particolare degli stipulanti originari¹⁶.

Ma è proprio vero che spazio aereo e sottosuolo hanno una diversa condizione giuridica? Se il soprassuolo e la connessa colonna d'aria non sono beni, ma “meri spazi”, “concetti di relazione”, perché la stessa impostazione non potrebbe valere per il sottosuolo? Per lungo tempo del resto - basti pensare alla formula della “proprietà della colonna d'aria” appena evocata - anche lo spazio aereo era dalla maggioranza degli interpreti considerato, quantomeno nelle declamazioni teoriche, oggetto di proprietà del *dominus soli* e, come tale, cedibile (lo credeva evidentemente anche quel notaio che si è visto dichiarare nullo l'atto di vendita della “colonna d'aria” con contestuale costituzione di usufrutto, nella fattispecie più sopra ricordata). L'art. 440 del codice del 1865, d'altra parte, espressamente disponeva che la proprietà del suolo comprende anche quella dello spazio sovrastante e di tutto ciò che si trova sopra o sotto la superficie. In ordine alla condizione giuridica del soprassuolo vi è stato, in definitiva, un cambiamento di indirizzo, maturatosi nell'arco di più di un secolo, un cambiamento che invero non ha scandalizzato nessuno.

Per quale ragione ci si dovrebbe opporre ad un'analogia soluzione con riguardo al sottosuolo? Forse perché è costituito di materia, è cioè di una “*res quae tangi possunt*” della quale qualcuno deve essere per forza proprietario, mentre lo spazio è “evanescente”? O perché sarebbe assurdo ipotizzare una proprietà fondiaria priva di una base di sostegno, benché dai mobili confini sotterranei, insuscettibili per ciò stesso di una precisa delimitazione anche catastalmente documentabile? Tali argomenti sono evidentemente fragili, ma anche l'usuale riferimento al disposto dell'art. 840 c.c. non prova, posto che
56 la norma, la quale ha una genesi storica tutta particolare¹⁷, non dispone espressamente che il *dominus soli* sia per ciò stesso proprietario del sottosuolo, affermando solo ambigualmente che la proprietà del suolo si “estende” al sottosuolo. Il che può anche significare, in prospettiva non statica bensì dinamica, che al solo proprietario del suolo è consentito esercitare in via esclusiva - fin dove ne abbia interesse, ossia la reale possibilità - le facoltà dominicali “nel” sottosuolo, inteso come spazio e non come bene, salvo le numerose eccezioni stabilite dalla legge nell'interesse generale, e salvo che non abbia concesso ad altri tali facoltà e, in particolare, lo *jus aedificandi*¹⁸.

Ma se passiamo dalle teorie e dalle affermazioni astratte della giurisprudenza alla realtà concreta, proprio la prassi applicativa coltivata dai notai, e soprattutto quella che risulta in materia di costituzione del diritto di superficie ai sensi dell'art. 955 c.c., azzera il divario di disciplina che si afferma intercorrere tra spazio aereo e sottosuolo, in quanto nessun riferimento viene fatto ad una presunta proprietà di quest'ultimo (come, del resto, nessun cenno risulta nelle deliberazioni comunali o negli schemi di

¹⁵ Cass., S.U., 4 maggio 1989, n. 2084, in *Rass. dir. civ.*, 1990, I, p. 202 e ss., con nota di G. PASETTI BOMBARDELLA, «Preconcetti dogmatici e interpretazione contrattuale: a proposito di un usufrutto sulla superficie»; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1536; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 878; e in *Riv. not.*, 1989, II, p. 887. In prospettiva generale, si veda, per tutti, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, aggiornato da A. Liserre e G. Florida, Torino, 2001, p. 473, per il quale «la proprietà del suolo attribuisce anche il pieno ed esclusivo agere licere, cioè la piena libertà di disporre non tanto 'dello' spazio quanto 'nello' spazio sovrastante».

¹⁶ Cass., 16 giugno 2005, n. 12880, in *Vita not.*, 2005,

p. 960, e in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 569 con nota di N. IZZO, «Il lastrico solare condominiale e la c.d. colonna d'aria tra diritti reali e personali». Cfr. altresì, Cass. 22 novembre 2004, n. 22032, in *Giur. it.*, 2005, c. 1600, con nota di R. FERORELLI, «Proprietà della colonna d'aria sovrastante e diritto di sopraelevazione».

¹⁷ In proposito, sia consentito il rinvio a C. TENELLA SILLANI, *I “limiti verticali” della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, p. 92 e ss. e p. 226 e ss.

¹⁸ È la soluzione cui giungo nel lavoro monografico citato alla precedente nota; si veda altresì la voce *Sottosuolo*, da me redatta, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 643 e ss.

convenzioni-tipo da allegare ai bandi di gara o agli stessi rogiti, con i quali si dispone o si prevede la «costituzione del diritto di superficie nel sottosuolo di aree pubbliche per la realizzazione di parcheggi sotterranei pertinenziali/residenziali».

“Ordinato empirismo”? (per riprendere ancora la formula usata dagli organizzatori del convegno). Forse. Ma anche saggezza antica nel valutare e costruire il rapporto tra gli uomini e le cose, intriso di quella “fattualità” così cara a Paolo Grossi.

(Segue)

Per proseguire l'indagine in ordine ad alcuni problemi connessi alla costituzione del diritto di superficie, con riguardo ai quali importante può essere l'apporto del Notariato, va ricordata la non inusuale prassi, più sopra segnalata, di circoscrivere la concessione dello *jus ad aedificandum* nel sottosuolo, espressamente individuando tipologia, consistenza e intensità dell'intervento edificatorio: così, in particolare, nelle convenzioni per la costruzione di parcheggi sotterranei multipiano, laddove il concedente sia un soggetto pubblico.

Sotto il profilo civilistico, può rilevarsi come tale soluzione abbia il vantaggio di evitare l'insorgere di eventuali controversie tra *dominus soli* e superficciario in ordine allo sfruttamento di future ed ulteriori possibilità edificatorie nel sottosuolo¹⁹.

Si pensi, ad esempio, ad una negoziazione per la costruzione di parcheggi interrati multipiano: il proprietario del suolo può scegliere di vendere il terreno al costruttore oppure di costituire a favore dello stesso un diritto di superficie nel sottosuolo, indicando genericamente le opere che potranno essere realizzate, o, al contrario, limitandole ai livelli ed al numero di box autorizzati dal Comune. A parte la prima ipotesi (rispetto alla quale si potrebbe aggiungere la variante della vendita del terreno con permuta della proprietà superficciaria di un certo numero di garages, intesi quali beni futuri), le altre due fattispecie conducono ad esiti differenti nell'ipotesi in cui il Comune, in seguito ad una variante, consenta l'edificazione di ulteriori livelli di parcheggio. Se nell'atto è stata identificata oltre alla tipologia anche la consistenza ed intensità dell'intervento edificatorio, in collegamento con il progetto all'epoca consentito, sarà il proprietario del suolo a poter sfruttare tale possibilità (magari da nuovamente cedere, dietro corrispettivo, allo stesso costruttore, come può risultare da apposita clausola inserita nell'originario contratto costitutivo del diritto di superficie). Se, viceversa, vi è stata un'indicazione generica delle opere da realizzare, sarà il titolare del diritto di superficie che, previa autorizzazione comunale, potrà realizzare ulteriori box²⁰.

Problemi simili si possono porre con riguardo alla costituzione di un diritto di superficie al di sopra dell'altrui proprietà, sia questa costituita da un mero terreno o da un'altra costruzione già esistente: ancora la prassi notarile conosce sia la possibilità di circoscrivere i poteri edificatori concessi al terzo, sia la costituzione del diritto senza limiti (da esercitarsi ovviamente nel rispetto della disciplina urbanistica e, quindi, degli standards planovolumetrici).

La stessa Cassazione ha avuto cura di precisare che «Il diritto di superficie, salvo che il titolo non ponga limiti di altezza al diritto di sopraelevazione, non si esaurisce con l'erezione della costruzione sul lastrico, né il nuovo lastrico si trasforma in bene condominiale, poiché il titolare della superficie, allorché eleva una nuova costruzione, anche se entra automaticamente nel condominio per le parti comuni ad esso, ha un solo obbligo nei confronti dello stesso, cioè quello di dare un tetto all'edificio, ma resta

¹⁹ Cfr. G. IACCARINO, «Strumenti negoziali di edilizia privata: l'esperienza del Notariato tra tradizione e nuove soluzioni. Trasferimento di beni presenti verso beni futuri: la singolare ipotesi dei parcheggi pertinenziali», in [http://](http://elibrary.fondazione-notariato.it)

elibrary.fondazione-notariato.it.

²⁰ Circa la necessità che la proprietà superficciaria sia oggetto di una specifica manifestazione negoziale, Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2015, in www.iusexplorer.it.

sempre titolare del diritto di sopralzo che è indipendente dalla proprietà della costruzione. E, dunque, il titolare della superficie non subisce alcuna limitazione all'esercizio del diritto di sopraelevazione»²¹.

Breve miscellanea

A scorrere la giurisprudenza, sempre per rimanere nell'ambito di questioni per così dire "classiche", si scoprono anche casi di concorrenza tra il diritto di superficie ed altro diritto reale. Esempiare, per la sua stranezza, la contemporanea costituzione, a carico dello stesso immobile e tra le medesime parti, sia di un diritto di superficie da esercitarsi nello spazio aereo soprastante l'immobile, sia di una servitù *altius non tollendi*²². Secondo una ormai datata decisione della Suprema Corte²³ si realizzerebbe in tal caso una situazione in cui sono contemporaneamente tutelati due interessi contrapposti: quello a edificare e quello a che non si costruisca su uno stesso fondo, facoltà che si escludono a vicenda, con la conseguenza che l'accordo sarebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto. Diverso avviso manifesta, invece, in un'altra più recente pronuncia²⁴: nel cassare la sentenza di merito, coerente all'impostazione sopra ricordata, la Corte afferma infatti essere invece consentita siffatta possibilità, espressione di autonomia negoziale, «spettando al giudice di merito, nell'indagine sulla comune intenzione dei contraenti, accertare se la volontà delle parti sia stata quella di assicurare, con tale assetto negoziale, una posizione di privilegio ad una parte rispetto all'altra, concretantesi nella facoltà di scegliere tra l'edificazione ed il mantenimento della visuale anche dopo che il diritto di superficie sia estinto per non uso»²⁵.

58 È stato altresì ritenuto possibile - ma il caso è assai più lineare - attribuire «ad una parte il diritto di sopraelevare una porzione dell'edificio comune ed ad un'altra il diritto di acquistare la proprietà del lastrico di copertura risultante da tale costruzione, trattandosi di diritti che possono coesistere nella loro pienezza, in quanto non si limitano reciprocamente in alcun modo, sicché non occorre dirimere, in base al criterio della priorità, alcun contrasto tra atti che abbiano dato luogo a situazioni giuridiche tra loro incompatibili»²⁶.

Questione diversa riguarda la qualificazione del rapporto di interdipendenza tra la proprietà del suolo e quella superficaria, realizzata al di sopra o al di sotto dello stesso: in tal caso, sul rilievo che «il fondo sottostante è tenuto a sopportare il peso dell'edificio sovrastante», si configura la relazione come «*servitus oneris ferendi*», con conseguente applicazione delle norme in materia di servitù²⁷.

²¹ Cass., 31 ottobre 2012, n. 18822, in *Riv. not.*, 2013, 1, p. 85; in senso conforme, Cass., 23 febbraio 1987, n. 1916.

²² Cfr. A. FUSARO, *op. cit.*, p. 520.

²³ Cass., 24 febbraio 1978, n. 948.

²⁴ Cass., 24 novembre 2009, n. 24701, in *Vita not.*, 2010, 1, p. 257; in *Riv. not.*, 2010, 4, p. 1090, con nota di G. MUSOLINO, «La servitù *altius non tollendi*»; e in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 427.

²⁵ Cass., 24 novembre 2009, n. 24701, *cit.*: «In base al principio dell'autonomia negoziale, deve ritenersi consentita la possibilità della contemporanea costituzione, a carico dello stesso immobile e tra le stesse parti, sia di un diritto di superficie avente ad oggetto lo spazio aereo soprastante l'immobile, sia di un diritto di servitù *altius non tollendi*, spettando al giudice di merito, nell'indagine sulla comune intenzione dei contraenti, accertare se la volontà delle parti sia stata quella di assicurare, con tale assetto negoziale, una posizione di privilegio ad

una parte rispetto all'altra, concretantesi nella facoltà di scegliere tra l'edificazione ed il mantenimento della visuale anche dopo che il diritto di superficie sia estinto per non uso. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, nel decidere in controversia vertente su un contratto di "vendita d'aria" stipulato sotto il vigore del codice civile previgente - il quale non prevedeva tra i diritti reali *in re aliena* il diritto di superficie - muoveva dalla premessa di principio per cui non fosse possibile operare contemporaneamente, sullo stesso immobile, la costituzione di una servitù *altius non tollendi* e la cessione del relativo spazio sovrastante, così da pregiudicare "in radice" la corretta indagine ermeneutica sul complessivo accordo intercorso tra le medesime parti).

²⁶ Cass., 15 settembre 2014, n. 19405, in tema di trascrizione, ai fini dell'opponibilità di un atto a terzi.

²⁷ Cass., 21 aprile 2004, n. 7655, in *Riv. not.*, 2005, p. 1381 e ss., con nota di A. GILETTA, «Questioni a margine

La trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà

Spostando l'indagine, ancora circoscritta alla prospettiva civilistica, sui problemi sollevati dall'applicazione di leggi speciali, un cenno merita la nota questione della c.d. "trasformazione della proprietà superficciaria in proprietà piena", di cui all'art. 31, commi 45, 47 e 48 della L. 448 del 1998 (è la legge finanziaria del 1999). Tale norma ha previsto la possibilità per i Comuni di cedere in proprietà le aree già concesse in diritto di superficie che siano ricomprese nei Peep. L'asserita "trasformazione" avviene a seguito di proposta del Comune e di accettazione da parte dei singoli proprietari degli alloggi per la quota millesimale corrispondente, dietro pagamento di un corrispettivo determinato dall'Ufficio tecnico del Comune, sulla base di dati parametri, parametri invero assai vantaggiosi per gli acquirenti.

La vaghezza della disposizione legislativa, formulata secondo un lessico approssimativo, è evidente (ma è, questa, purtroppo una caratteristica sempre più ricorrente del nostro legislatore): l'espressione "trasformazione del diritto di superficie in diritto di piena proprietà sulle aree", oltre ad avere una valenza atecnica e meramente descrittiva, sembrerebbe ipotizzare un esito giuridicamente irrealizzabile. In base alle regole generali, infatti, all'acquisto di una quota di comproprietà del suolo non dovrebbe seguire il conseguimento della piena proprietà dei singoli alloggi, tramite consolidazione parziale, trattandosi di due posizioni soggettive non omogenee, che continuerebbero a coesistere senza potersi fondere.

Per il superamento di tale "impasse" e la concreta realizzazione della complessa operazione economica, fondamentale è stato il contributo del notariato, anche per le soluzioni proposte negli studi promossi dal CNN²⁸, da singoli Consigli notarili²⁹, o autonomamente svolti da autorevole dottrina notarile³⁰. È stata, infatti, sostenuta la tesi, assai convincente, della "consolidazione parziale legale", rilevandosi come l'art. 31 della citata legge del 1998 costituisca una norma che, «nel configurare la convenzione di trasformazione e nel tipizzarne gli effetti, rappresenta e fonda la necessaria deroga ai principi generali»³¹. «L'acquisto della piena e definitiva proprietà degli alloggi (già in regime di proprietà superficciaria temporanea) è "da ritenersi, in altre parole" soltanto un effetto riflesso *ex lege* dell'acquisto della comproprietà del terreno»³².

59

della costruzioni di immobili nel sottosuolo»; e in *Vita not.*, 2004, p. 972 e ss.; Cass., 16 settembre 1981, n. 5130, in *Foro it.*, 1982, I, c. 108 (la questione riguardava l'usucapione della proprietà di una grotta, distinta dalla proprietà del suolo sovrastante). Un accostamento tra superficie e servitù si trova, del resto, nei lavori preparatori del codice civile, nei quali, a proposito del testo originario dell'art. 94 del Progetto del Libro terzo elaborato dalla Commissione Reale, trasfuso nel codice all'art. 952, si afferma che la norma è formulata «in modo da far comprendere che si tratta della costituzione di una vera e propria servitù, in virtù della quale il terzo può gravare il fondo altrui di un'opera a lui appartenente che egli costruirà (e allora la servitù nascerà col formarsi dell'opera); oppure con un'opera preesistente di cui il proprietario del fondo servente gli ha trasmesso la proprietà».

²⁸ Cfr. di G. RIZZI, «La disciplina sull'edilizia residenziale convenzionata dopo il decreto sullo sviluppo 2011», studio n. 521-2011/C, approvato dalla Commissione studi civilistici del 20 ottobre 2011; di G. CASU, «Strumenti negoziali di edilizia privata: l'esperienza del notariato tra

tradizione e nuove soluzioni. In tema di trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà nei piani di zona», studio n. 2666, in *Studi e materiali*, 6,2, 1998-2002, p. 806 e ss.; si veda inoltre di D. BOGGIALI - C. LOMONACO, «Codice dei beni culturali ed edifici di edilizia residenziale pubblica», studio n. 5625/C, *ivi*, 1, 2005, p. 250 e ss.; più in generale, v. di G. CASU, «L'edilizia residenziale pubblica: problematiche notarili», studio n. 171-2008/C, approvato dalla Commissione studi civilistici del 28 marzo 2008.

²⁹ Consiglio Notarile dei Distretti riuniti di Torino e Pinerolo, «"Trasformazione" di proprietà superficciaria in proprietà piena», luglio 2008, in www.consiglionotariletorino.it.

³⁰ G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, I, Milano, 2001, p. 232.

³¹ Consiglio notarile dei Distretti riuniti di Torino e Pinerolo, *cit.*

³² G. PETRELLI, *op. loc. cit.*; aderisce a tale impostazione A. FERRARI, «"Trasformazione" di proprietà superficciaria in piena proprietà: ma è sempre veramente piena proprietà?», in *Vita not.*, 2012, 1, p. 556-557.

Si è inoltre posto in luce come «l'atto di trasformazione abbia natura di concessione-contratto, in quanto si configura da un lato come provvedimento amministrativo volto a consentire il trasferimento ai titolari delle singole unità immobiliari del diritto reale di nuda proprietà e dall'altro come negozio giuridico traslativo della medesima nuda proprietà»³³.

Sono stati poi individuati gli strumenti negoziali per realizzare detta trasformazione, ricorrendo o alla rinuncia traslativa oppure ad un negozio traslativo oneroso della nuda proprietà, atti entrambi soggetti a trascrizione, ai sensi dell'art. 2643 c.c., trattandosi di trasferimento di un diritto reale da un soggetto all'altro³⁴.

In ordine alle situazioni superficiali per le quali non si sia provveduto alla trasformazione in piena proprietà, si è considerata l'esigenza di evitare che, all'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine, l'acquisto della proprietà piena degli alloggi vada a favore dell'Ente e degli altri Condomini, comproprietari dell'area. Allo scopo, si è suggerito di formulare da parte degli assegnatari - negli atti di trasformazione - una rinuncia anticipata all'effetto di cui all'art. 953 c.c. in tema di consolidazione, stante il carattere derogabile della norma, precisandosi che «l'acquisto degli alloggi per i quali non sia stata effettuata la trasformazione avverrà in favore del solo Comune»³⁵.

Diritto di superficie ed impianti fotovoltaici

Un altro settore rispetto al quale prezioso è stato l'apporto del notariato, sia nella pratica negoziale, sia per gli studi promossi dal CNN³⁶, o autonomamente svolti dalla dottrina notarile³⁷, riguarda la realizzazione su siti altrui di impianti di produzione di energie rinnovabili, in particolare impianti fotovoltaici. Tale fenomeno è stato favorito, come è noto, dalla prospettiva di incrementi finanziari rappresentati e dalla vendita dell'energia e dal contributo statale concesso ai produttori di energie alternative.

60

Nell'individuazione di strumenti contrattuali adeguati, si è dato ulteriore impulso al ricorso al diritto di superficie, i cui caratteri sono apparsi per taluni profili più adatti rispetto alla costituzione di diritti di natura meramente obbligatori, quali quelli derivanti dalla stipulazione di un contratto di locazione, peraltro ugualmente assai diffuso nell'esercizio di tale attività economica, stante anche i suoi minori costi (si pensi, tra l'altro, alla maggiore facilità di sciogliere il contratto, con oneri ridotti, nel caso in cui l'autorità competente non conceda gli incentivi finanziari previsti).

Si può rilevare, del resto, come nella prassi continui a sussistere «una certa contiguità tra locazione e superficie, che rende talvolta ardua la qualificazione della fattispecie in un senso o nell'altro»³⁸; una contiguità nel tempo antico rappresentata da un vero e proprio legame genetico - di causa ed effetto - tra locazione del suolo e diritto di superficie, il quale nel diritto romano classico aveva invero, almeno in origine, natura meramente obbligatoria³⁹.

³³ Consiglio notarile dei Distretti riuniti di Torino e Pinerolo, *cit.*

³⁴ G. CASU, «Strumenti negoziali di edilizia privata ...», *cit.*, p. 813 e ss., cui si rinvia anche con riguardo alla questione delle formalità della trascrizione, laddove più condomini stipulino contemporaneamente con il Comune un unico atto di trasformazione.

³⁵ G. CASU, *op. ult. cit.*, p. 813-814. Accenna alla questione anche il Consiglio notarile dei Distretti riuniti di Torino e Pinerolo, *cit.*

³⁶ Si veda, ad es., di M.L. MATTIA: «Alcune questioni civilistiche connesse alla realizzazione di un impianto fotovoltaico: prime note», Studio n. 221-2011/C,

approvato dalla Commissione studi civilistici il 14 luglio 2011; e di S. GHINASSI, M.P. NASTRI, G. PETTERUTI: «Profili fiscali degli atti relativi agli impianti fotovoltaici», Studio n. 35-2011/T, approvato dalla Commissione studi tributari il 15 luglio 2011.

³⁷ A. BUSANI, «Impianto fotovoltaico costruito su fondo condotto in locazione e principio di accessione», in *Notariato*, 3, 2012, p. 315 e ss.; ID., «Ma ... la Tour Eiffel è un bene mobile? (Riflessioni sulla natura immobiliare dell'impianto fotovoltaico)», *ivi*, 2001, 3, p. 305 e ss.

³⁸ A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 95.

³⁹ Cfr., tra gli altri, F. SITZIA, voce *Superficie, dir. rom.*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1459-1463; ID., *Studi*

Il ricorso alla costituzione di un diritto di superficie presuppone che si tratti, in ogni caso, di “costruzioni” ovvero di manufatti aventi natura “immobiliare”. In proposito, era sorto un dibattito, sotto il profilo sia civilistico sia fiscale, cui ha contribuito anche una certa difformità di vedute manifestate dalla pubblica amministrazione. L’Agenzia del territorio - nella risoluzione n. 3/T del 6 novembre 2008 - ha affermato la natura immobiliare dei pannelli fotovoltaici, con la sola esclusione degli «impianti aventi modesta potenza e destinati prevalentemente a consumi domestici»; di diverso avviso era stata inizialmente l’Agenzia delle entrate - circolare n. 46/E del 19 luglio 2007 -, per la quale tali pannelli, suscettibili di agevole rimozione e trasferimento altrove, non potevano dirsi infissi al suolo; tale impostazione, già contraddetta dalla stessa Agenzia relativamente al trattamento tributario dei contratti di leasing - circolare n. 12 dell’11 marzo 2011 -, è stata peraltro abbandonata in forza della circolare 36/E del 19 dicembre 2013 che, nel ridefinire il trattamento riservato agli impianti fotovoltaici a fini fiscali e catastali, ha affermato trattarsi di “beni immobili”.

Oggi si può, in ogni caso, ritenere pacifico, anche in considerazione delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza (civile, amministrativa e tributaria) in ipotesi similari, che gli impianti fotovoltaici rappresentino delle costruzioni, rispetto alle quali può pertanto costituirsi un diritto di superficie, idoneo a derogare all’ “accessione” di cui all’art. 934 c.c.

In realtà, è opinione della maggioranza della dottrina⁴⁰ e della unanime giurisprudenza⁴¹ che anche la “locazione” configuri un titolo idoneo ad evitare l’accessione, posto che l’art. 934 c.c. parla genericamente di “titolo” atto ad impedirli, senza richiedere necessariamente un titolo ad effetti reali; il proprietario del fondo e l’impresa sviluppatrice, d’altra parte, valendosi dell’autonomia contrattuale consentita alle parti dall’art. 1322 c.c., possono accordarsi in ordine alla non operatività di siffatto principio. Da ciò consegue che, come la costituzione di un diritto di superficie consente di costruire e mantenere la proprietà dell’impianto distinta da quella del suolo, analogamente anche la stipulazione di un contratto di locazione, nella forma di un accordo scritto in cui si autorizza il conduttore del fondo ad installarvi un impianto ed a gestirlo per un certo numero di anni, può sortire lo stesso effetto, effetto che talora le parti esplicitano in una clausola *ad hoc* (clausola che può assumere il seguente tenore «Le parti danno atto che l’Impianto ed ogni altra costruzione o manufatto a questo relativi o comunque connessi saranno di esclusiva proprietà della Concessionaria-conduttrice»)⁴².

61

Nell’uno e nell’altro caso, altresì, l’impedimento all’accessione è correlato alla durata, rispettivamente, del diritto di superficie o della locazione, per cui alla scadenza l’impianto, in proprietà superficaria o in proprietà per così dire “obbligatoria”, sarà acquisito dal proprietario del suolo/locatore. Peraltro, non avendo in genere il proprietario del terreno interesse all’esercizio di tale attività economica (la durata del contratto è del resto correlata alla naturale durata del pannello fotovoltaico, tendenzialmente ventennale), viene spesso disciplinato lo smontaggio e la rimozione delle strutture, facendone carico all’impresa, cui viene addossato l’obbligo del ripristino dello stato dei luoghi (obbligo di cui all’art. 12, comma 4 del D.lgs. 387/2003 e successive modificazioni, decreto emanato in attuazione della direttiva 2001/77/Ce, «relativa alla promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili

sulla superficie in epoca giustiniana, Milano, 1979, *passim*; F. PASTORI, *La superficie nel diritto romano*, Milano, 1962, *passim*.

⁴⁰ Si veda, tra gli altri, G. PASETTI BOMBARDELLA, voce *cit.*, p. 1471; A. PALERMO, *La superficie*, in *Tratt. di dir. priv. it.*, diretto da P. Rescigno, 8, 1982, p. 1982, p. 3; G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 585; cfr. altresì, A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 95 e ss. *Contra*, M. PARADISO, *L’accessione al suolo*, Artt. 934-938, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 79-80; F. DE MARTINO, *Della proprietà (artt. 810-956)*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di

A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 436.

⁴¹ A titolo esemplificativo, v. Cass., 21 febbraio 2005, n. 3440, in *Guida al dir.*, 2005, 14, p. 87 e in *Imm. e propr.*, 2005, 5, p. 284; Cass., 29 maggio 2001, n. 7300, in *Giur. it.*, 2002, I, c. 48; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1392, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 878.

⁴² Nella sopradescritta clausola si può altresì aggiungere che viene esclusa «ogni indennità ulteriore rispetto a quanto qui previsto in favore del Concedente, il quale espressamente vi rinuncia sin d’ora dichiarando che di ciò si è tenuto conto nella determinazione del corrispettivo».

nel mercato interno dell'elettricità»). Laddove l'accordo abbia assunto la forma della locazione, tale pattuizione evoca, evidentemente, il disposto dell'art. 1593 c.c., in tema di addizioni eseguite dal conduttore sulla cosa locata⁴³.

Se per questi profili, la scelta dell'una o dell'altra tipologia negoziale (contratto costitutivo di un diritto di superficie; locazione dell'area interessata alla costruzione) sembra presentare non rilevanti differenze (anche se non tutta la dottrina è sul punto d'accordo), altri aspetti suggeriscono di privilegiare, sotto il profilo civilistico, il rapporto reale rispetto a quello meramente obbligatorio.

Si rileva, in particolare, come la mera locazione renda la posizione del conduttore giuridicamente ed economicamente più "fragile". Non gli sarà, ad esempio, facile trovare un terzo (ad es. una società di *leasing*) disposto ad acquistare il suo peculiare diritto di proprietà, dipendendo questo dal carattere meramente obbligatorio del contratto; così come non gli sarà facile ottenere finanziamenti dagli istituti di credito.

Con riguardo al primo aspetto - la vendita a terzi dell'impianto -, non è affatto certo, in primo luogo, che anche agli acquirenti possa estendersi l'impedimento all'operare dell'accessione conseguente alla stipulazione di un contratto - quello di locazione - intervenuto tra parti diverse e che, per ciò stesso, dovrebbe produrre effetto solo tra queste⁴⁴.

Se anche si ammettesse un esito siffatto, è comunque evidente che un'eventuale nullità, annullamento, risoluzione o rescissione dell'accordo negoziale, facendo rivivere l'accessione a favore del *dominus soli*, finirebbe per travolgere l'acquisto dell'avente causa dal conduttore. Un effetto questo che si ritiene potersi verificare anche laddove, trattandosi - come il più delle volte avviene - di un contratto di durata ultranovennale, esso sia stato trascritto (ai sensi degli artt. 1350, n. 8 e 2643, n. 8 c.c.). La trascrizione della locazione ha invero lo scopo di renderla opponibile ai terzi e cioè agli aventi causa del locatore, proprietario del fondo; è invece assai improbabile che abbia anche l'effetto di rendere a questi opponibile la vendita che il conduttore abbia fatto a terzi dei beni infissi al suolo.

62 Sotto questo profilo, conseguenze diverse si hanno nel caso in cui ad essere travolto per le stesse ragioni (e cioè, per nullità, annullamento, rescissione, risoluzione) sia un contratto costitutivo di un diritto di superficie. L'eventuale vendita della proprietà superficaria, in quanto proprietà fondata su un titolo avente efficacia reale, beneficia infatti delle regole disposte per la circolazione dei diritti i cui trasferimenti sono soggetti a pubblicità immobiliare. Da ciò consegue che se il terzo acquista l'impianto in base ad un atto trascritto anteriormente alla domanda di risoluzione o di rescissione del contratto costitutivo del diritto di superficie, il suo diritto non è pregiudicato da un eventuale accoglimento della stessa (ai sensi dell'art. 2652, n. 1, c.c.); analogamente, sia pure nel ricorrere di più complessi ed articolati presupposti, in caso di accoglimento delle domande dirette a far dichiarare la nullità o a far pronunciare l'annullamento dell'originario contratto (art. 2652, n. 6, c.c.).

I caratteri "fragili" di una proprietà che trova fondamento su di un titolo avente natura meramente obbligatoria, si riverberano altresì sulla scarsa utilizzabilità a garanzia di finanziamenti da parte delle banche, a favore sia del costruttore degli impianti, sia di un improbabile terzo acquirente. Ammesso, in astratto, che si ritenga possibile costituire - cosa di cui tutti fortemente dubitano - un'ipoteca avente ad oggetto tali beni, l'assenza di un contratto dai sicuri effetti reali rende improbabile che in concreto una banca sia indotta ad erogare un mutuo⁴⁵.

Anche con riguardo a questo secondo aspetto, non vi è invece dubbio alcuno che sia più vantaggiosa la costituzione di un diritto di superficie, che è ipotecabile, ai sensi dell'art. 2810, n. 3, c.c. L'ipoteca può

⁴³ Tale obbligo per l'esercente di rimessa in pristino dello stato dei luoghi, a seguito della dismissione dell'impianto, deve essere espressamente contenuto nell'autorizzazione unica alla realizzazione e all'esercizio degli stessi, rilasciata dalla Regione o dalle Province delegate.

⁴⁴ A. BUSANI, *op. cit.*, p. 322 e nota 28; cfr. inoltre A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁵ A. PISCHETOLA, «Impianti di produzione di energie rinnovabili: forme negoziali idonee e regime autorizzativo», in *Riv. not.*, 2, 2011, p. 1071 e ss.

essere costituita anche prima che sia stata realizzata la costruzione, per estendersi poi automaticamente alla proprietà superficaria, il che potrà consentire al concessionario di ottenere un finanziamento per realizzare gli impianti. Tale garanzia reale può, d'altra parte, riferirsi alla proprietà separata ceduta ad un terzo, il che potrà permettere all'acquirente degli impianti di ricevere un finanziamento per l'acquisto.

Altri sarebbero gli aspetti da porre in luce - declinandoli a seconda che l'operazione economica riguardi i terreni o i lastrici solari -, aspetti di carattere ancora strettamente civilistico, oppure più propriamente correlati alle regole urbanistiche ed ai titoli edilizi che consentono la realizzazione degli impianti. Tutti profili dei quali viene comunque dato conto nei rogiti notarili e nelle diverse clausole in cui si articolano i contenuti degli atti, attraverso i quali viene attribuita forma giuridica a rapporti destinati ad offrire, sia pure nel perseguimento di prevalenti interessi economici, un piccolo contributo alla tutela della salubrità dell'ambiente, mediante l'uso di risorse energetiche non inquinanti.

Conclusioni

Tanti altri ancora sarebbero, del resto, gli aspetti interessanti che involgono l'operare del diritto di superficie, riguardato nella prospettiva della prassi notarile. Ma è ora di concludere.

Questo convegno ha, tra le sue finalità, quella di verificare l'incidenza della prassi notarile nella formazione del diritto vivente ossia di un diritto caratterizzato da una pluralità di fonti, nell'alternativa tra un'accurata opera di sistemazione delle esigenze di volta in volta espresse nella complessa realtà contemporanea ed una più decisa attività creatrice di regole nuove o diverse. Spero, con riguardo all'argomento che mi è stato assegnato, di essere stata in grado di mostrare l'una e l'altra cosa; di porre in luce cioè il tuttora vitale apporto del notariato, nonostante il nostro tempo, fuggevole, superficiale e senza memoria, non sembra esserne più pienamente consapevole.

Notariato e scienza del diritto: riflessioni in tema di proprietà nel secondo Novecento¹

di Irene Stolzi

Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Firenze

Dopo il 1945: tra codice e costituzione

Più che all'esame di specifici versanti rispetto ai quali si è potuta apprezzare la peculiarità dell'apporto notarile nel determinare fisionomia ed evoluzioni di singoli istituti e fattispecie, le pagine che seguono vorrebbero assumere il punto di vista - più congeniale alla formazione storico-giuridica di chi scrive - del dialogo tra Notariato e scienza del diritto. Per verificare se possa registrarsi uno sviluppo sincrono, parallelo, tra le riflessioni del Notariato e quelle della scienza giuridica in tema di trasformazioni del diritto di proprietà e, allo stesso tempo, per vedere se e come simili riflessioni si siano combinate con corrispondenti processi di ripensamento del proprio ruolo e della propria identità professionale. Si tratta, come è facile immaginare, di un primo sondaggio, che non ha alcuna pretesa di esaustività ma che mira, più modestamente, a offrire qualche osservazione in ordine sparso all'interno di un territorio teorico di estrema complessità.

64 Sotto un simile profilo, la scelta del secondo dopoguerra come *dies a quo* deriva da ragioni intuitive alle quali è sufficiente fare un rapido cenno: sulle macerie del regime e della tragedia bellica, ad aprirsi è infatti una stagione che sollecita (anche) gli operatori del giure - quale che fosse la loro vocazione preminente, pratica o teorica - a riflettere congiuntamente sulle coordinate complessive dell'ordine giuridico, non meno che sulla propria funzione. In particolare, allo sguardo dell'osservatore si offre un panorama che rende sempre più difficile raffigurare, al modo tradizionale, la dialettica tra privato e pubblico, tra società e Stato, tra diritto, politica ed economia, quale esito di un'interazione armonica tra universi autonomi e tendenzialmente non interferenti. Del resto, i diffusi riferimenti alla crisi (delle fonti, del diritto privato, del diritto pubblico, del diritto *tout court*) testimoniano in modo eloquente la percezione del cambiamento, se è vero che parlare di crisi è sempre il modo per stilare un bilancio, per interrogarsi sulla perdurante attitudine delle risorse ermeneutiche note a contenere e fronteggiare le sfide regolative poste da una realtà in vertiginosa evoluzione. Non si tratta, beninteso, di un riferimento nuovo; crisi è infatti un termine che inizia a circolare insistentemente nel lessico giuridico dagli inizi del Novecento e che tuttora - si perdoni il bisticcio - non sembra conoscere crisi. Di sicuro, però, all'indomani della Liberazione esso tende a diventare l'*incipit* quasi obbligato di ogni riflessione che abbia a oggetto il diritto; e questo probabilmente avviene perché a farsi strada fu la convinzione che i fenomeni di crisi censiti non fossero destinati a dissolversi in tempi brevi. Diventava, cioè, sempre meno pervio asserire l'eccezionalità di quei processi di osmosi tra privato e pubblico, tra giuridico, politico ed economico, che la Costituzione elevava a caratteristica fondativa della nuova convivenza repubblicana e che trovavano significativi precipitati nello stesso tessuto normativo.

La proprietà non sfugge - o almeno: non può sfuggire a lungo - agli stimoli offerti dalla nuova temperie storica. Istituto cruciale ben oltre il territorio del diritto civile, la proprietà gioca, come noto, un ruolo di spicco nella costruzione del moderno giuridico: collocata in una dimensione ultrapatrimoniale (è forse l'unico diritto a esser definito sacro da alcune carte dei diritti settecentesche)², considerata,

¹ Poiché il contributo che si licenzia costituisce la trascrizione di una relazione congressuale, si è evitato di appesantire il testo con eccessive indicazioni bibliografiche

limitandosi a riportare quelle strettamente necessarie alla lettura del testo stesso.

² V., ad es., l'art. 17 della Dichiarazione dei diritti

come ugualmente noto, il sinonimo più calzante della libertà individuale, di una libertà che trovava proprio nella declinazione volontaristico-potestativa attribuita al dominio il suo principale terreno di esplicazione, la proprietà ha rappresentato una decisiva cerniera tra libertà (e virtù) civili e politiche. Emblema dell'ottimo padre di famiglia, di quell'operosità lungimirante tipica di chi sa pensare al futuro dei propri figli, il proprietario è considerato il soggetto socialmente affidabile per eccellenza, il baluardo più sicuro dell'ordine, e, per tali ragioni e per molto tempo, praticamente l'unico a essere ammesso all'esercizio del voto.

Chiaramente, questa visione della proprietà, consacrata dai codici ottocenteschi, aveva già subito importanti cedimenti nella prima metà del XX secolo: il complesso normativo nato negli anni del primo conflitto mondiale, la Costituzione di Weimar (art. 153, terzo comma: «La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune»), le aspirazioni palingenetiche ostentate, almeno sulla carta, dal regime fascista, pur rappresentando, come è evidente, vicende storiche non assimilabili, costrinsero in ogni caso i giuristi a misurarsi con la prospettiva della c.d. funzionalizzazione dei diritti soggettivi, con la possibilità che l'esercizio dei diritti individuali potesse essere convertito in strumento tenuto a (e capace di) realizzare (anche) interessi ultraindividuali. Tuttavia, se si escludono alcune rilevanti eccezioni - due nomi su tutti, per limitare lo sguardo all'Italia: Enrico Finzi e Lorenzo Mossa - a risultare prevalente nella scienza giuridica italiana infrabellica fu il tentativo di riportare, sovente al prezzo di complesse acrobazie argomentative, le novità registrate nel solco delle immagini tradizionali, tradizionalmente volontaristiche, della privatezza e del diritto di proprietà in specie³.

L'incontro col nuovo tempo storico non poteva però essere rinviato *sine die*; ad esprimere una decisa inversione di rotta fu innanzi tutto il testo della Costituzione, sebbene la distinzione, inaugurata dalla giurisprudenza e recepita da buona parte della dottrina, tra norme precettive e norme programmatiche, tra norme costituzionali, cioè, ritenute suscettibili di immediata applicazione e norme viceversa ritenute bisognose di specifica traduzione legislativa, abbia inizialmente contribuito a misconoscere l'intima unità del progetto tracciato dal costituente. Sarà soprattutto dalla fine degli anni Cinquanta che la Carta costituzionale inizierà a diventare un testo rilevante per lo stesso immaginario del privatista, uno dei varchi incaricati di riscrivere il perimetro tradizionale del diritto civile e, insieme a esso, di ripensare ruolo e funzione del giurista. Da un simile punto di vista, la Carta repubblicana rilevava non solo e non tanto per quelle disposizioni che espressamente richiamavano la funzione sociale della proprietà (art. 42), o che collegavano l'esercizio di proprietà e iniziativa privata alla realizzazione di finalità socialmente apprezzabili (artt. 41, 43, 44, 45). A rilevare era piuttosto l'impianto complessivo di un testo che ambiva a disegnare un progetto di convivenza lontano dalle astrattezze ottocentesche e nutrito dalla relazione costante, necessaria, tra società e Stato, tra attori privati e pubblici, era l'impianto di una norma che aspirava a cogliere e collocare tutte le presenze giuridicamente rilevanti (lo Stato, le società intermedie, gli individui) in una tela complessa di interazioni e aspettative, di diritti e doveri, reputati tutti ugualmente necessari a disegnare la trama pluralistica delle democrazie contemporanee e i valori che ne avrebbero dovuto ispirare la vita.

Ma anche il più risalente codice civile del 1942 non appariva un testo privo di rilievo, incapace, come tale, di segnare alcune importanti discontinuità rispetto al precedente codice del 1865. Per varie ragioni. Perché l'art. 832, nel definire i poteri del proprietario, conteneva un espresso riferimento agli obblighi dello stesso; perché il nuovo codice si nutriva di un rapporto non episodico con la legislazione speciale: sia che rinviasse massicciamente a essa, sia che ne includesse interi tronconi nelle proprie maglie (per es. in materia di bonifica e di vincoli idrogeologici), in entrambe le ipotesi si trattava di

dell'uomo e del cittadino del 26 agosto del 1789.

³ Per un esame complessivo di questi aspetti, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *L'ordine corporativo - poteri organizzati*

e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista, Milano, 2007.

norme che spesso tendevano a legare l'esercizio del diritto di proprietà alla realizzazione di interessi sociali o pubblici; perché le esigenze della produzione si affacciavano quale criterio atto a temperare le «ragioni della proprietà» in materia di immissioni (art. 844) o addirittura quale riferimento capace di determinare l'espropriazione del diritto in capo al proprietario neghittoso (art. 838) o comunque di condizionare complessivamente l'assetto del dominio (si pensi alla minima unità colturale, ai consorzi di ricomposizione fondiaria, ai trasferimenti coattivi); ma soprattutto perché si era di fronte a un testo che anche attraverso il richiamo al lavoro e all'impresa, alle sue differenti forme di organizzazione, mostrava di prendere le distanze da un'idea di diritto civile ridotto alla mera «contemplazione di rapporti atomistici tra *patresfamilias*»⁴.

Mi hanno sempre colpito, al riguardo, alcune osservazioni di Filippo Vassalli, che del codice fu il principale artefice; in un ampio saggio, l'autore, nell'intento di illustrare (e di difendere) il 'proprio' codice affiancava due motivi (apparentemente) molto lontani.

«Certo - sosteneva - il codice parla ancora di proprietà come d'un diritto della persona. Ma qui conviene, una volta per tutte, render chiaro che se si rinuncia a codesto diritto si può anche fare a meno del codice civile, tutt'intero ... Il diritto civile è ... la disciplina della vita dell'uomo nei rapporti determinati dalla procreazione, dalla società coniugale e dall'attività economica. Questa disciplina nei nostri ordinamenti sociali, poggia tutta, immediatamente o mediatamente, sul riconoscimento della proprietà individuale. Il diritto di proprietà è il mezzo più efficace e più diffuso per convogliare il lavoro umano verso le cose e, quindi, per assicurare la produttività delle medesime: fuori d'un tal regime lo sfruttamento dei beni non potrebbe essere altrimenti assicurato che mediante una divisione degli uomini in condannati al lavoro, da una parte, e organizzatori e controllori del lavoro altrui, dall'altra»⁵.

66 Poi, a poche righe di distanza osservava: il codice «mira a dare della vita stessa una disciplina integrale, nella quale i diritti subiettivi s'inseriscono come un elemento nel quadro più complesso e assumono quella figura che meglio ne rivela la riduzione a funzione. Con che siamo a veder configurata nella legge fondamentale del vivere civile una concezione del diritto soggettivo che si distacca nettamente da quella che caratterizza i codici dell'ottocento»⁶ e che è ispirata dalla «preoccupazione costante di stabilire un raccordo tra i due momenti, privatistico e pubblicistico, mirando ad assicurare il coordinamento delle attività private, nella residua sfera ad esse eventualmente consentita, con le attività dei complessi politici o con le finalità dei medesimi»⁷.

È vero, come da più parti è stato acutamente notato, che il codice civile è una norma che può vivere più di una vita, che presenta cioè alcune parti più legate alla tradizione e altre più in sintonia col nuovo spirito novecentesco; come è vero che esso è stato promulgato in un momento di transizione, ovvero in un momento nel quale le idee tradizionali iniziavano ad apparire obsolete, senza che tuttavia si potesse contare su un corredo sufficientemente chiaro di idee nuove⁸. Ma è probabilmente anche vero (o almeno: si tratta di una interpretazione che sembra resa possibile dalla lettura congiunta di codice e costituzione) che tale coesistenza di motivi, più che segnalare una tensione irrisolta o addirittura un'antinomia interna al tessuto codicistico, possa servire a segnare i contorni di una scommessa regolativa che (tuttora) impone di cercare le vie per realizzare un equilibrio, tanto difficile quanto necessario, tra dimensione privata, sociale e pubblica.

⁴ F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), ora in ID., *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, 1960, p. 620; assai preoccupato, sia in riferimento alle previsioni della costituzione che a quelle del codice, previsioni che sembravano «feri[re] le caratteristiche fondamentali di pienezza e di esclusività» del dominio, G. B. CURTI PASINI, «Lineamenti sommari sulla funzione sociale della proprietà privata nel diritto odierno italiano»,

in *Riv. not.*, III, 1949, p. 409-411 (la frase citata è a p. 411).

⁵ F. VASSALLI, *op. cit.*, p. 614.

⁶ *Ivi*, p. 621.

⁷ *Ivi*, p. 622.

⁸ Per una lettura a più voci delle caratteristiche del codice civile, v. *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. Sesta, Milano, 1994; v. anche R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1960, p. 245-246.

Privato o pubblico: *tertium non datur*

Il Notariato, dal canto suo, sembra che registri puntualmente il cambio di passo, quanto meno sotto due aspetti, distinti ma strettamente legati. Il primo: non vi è praticamente articolo o saggio che non si apra col riferimento al mutato timbro delle relazioni giuridiche private e che non leghi tale mutato timbro a una nuova e più consistente presenza della regolazione pubblicistica in ambito privato. Il secondo aspetto è invece più strettamente legato alla questione proprietaria: i contributi di dottrina notarile vengono infatti organizzati e distribuiti sulla base delle diverse diramazioni intorno alle quali si stava ridisegnando lo stesso statuto proprietario: il transito dal singolare («la proprietà») al plurale («le proprietà»), transito talora argomentato con espresso richiamo alla coeva visione pugliattiana⁹, trovava dunque un riscontro importante nella organizzazione delle stesse riflessioni notarili. Del resto, se si scorrono gli indici per argomento delle due Riviste (la *Rivista del notariato* e *Vita notarile*) che nascono nell'immediato secondo dopoguerra, si ricava un'indicazione abbastanza univoca in tal senso. Raramente infatti, la casella 'proprietà' figura senza ulteriori specificazioni (proprietà edilizia, immobiliare ecc.); allo stesso tempo, approfondimenti rilevanti per ricavare il senso delle trasformazioni del diritto dominicale possono leggersi sotto le altre voci intorno alle quali è organizzato l'indice (obbligazioni, donazioni, successioni, società ecc.) e che sono tutte, direttamente o indirettamente, legate all'acquisto e alla circolazione della proprietà.

Vi sono nondimeno alcune letture che prendono in considerazione nel suo complesso il problema delle evoluzioni del diritto di proprietà; se, ad esempio, si aprono le prime annate della *Rivista del notariato*, fondata e diretta, nel 1947, dal pugnace Andrea Giuliani, vi si trova più di un contributo che va in questa direzione. A sollecitare l'attenzione del Notariato italiano furono soprattutto i temi scelti dai colleghi francesi per l'organizzazione dei loro convegni annuali. Tre paiono particolarmente significativi, gravitanti, come sono, intorno a un identico nucleo tematico: così nel 1948, i notai d'oltralpe dedicano il loro simposio a *Il declino delle nozioni di proprietà e di contratto*; nel 1949 a *La funzione sociale della proprietà* e nel 1952 a *L'ingerenza dello Stato nella vita privata: i conflitti tra lo Stato e l'individuo, il dirigismo economico*. In particolare, nel 1949, la *Rivista del notariato* pubblica sia la relazione del Notaio francese Henry Maigret, intitolata *La fonction sociale de la propriété privée*¹⁰, sia le relazioni, presentate al medesimo convegno da due notai italiani: quella, dallo stesso titolo, di Vincenzo Baratta¹¹ e quella firmata da Giovanni Battista Curti Pasini (*Lineamenti sommari sulla funzione sociale della proprietà privata nel diritto odierno italiano*)¹².

Dall'esame di questi saggi sembrano emergere alcuni motivi costanti; per un verso, infatti, i toni appaiono seriamente preoccupati, a tratti caratterizzati da venature apocalittiche: si parla di «necrosi del diritto di proprietà»¹³, o si fa riferimento a una disciplina, tanto codicistica quanto costituzionale, che sembrava essere penetrata «nel vivo delle carni della proprietà privata, mutilandone l'esercizio per una finalità essenzialmente sociale»¹⁴. Non manca neppure qualche *laudatio temporis acti*, qualche denuncia che, con toni un po' naïf, tende a legare le insidie della contemporaneità al dilagare della proprietà mobiliare e su beni incorporali, forme di dominio accusate di aver interrotto quel rapporto diretto tra soggetto e cosa che fino ad allora si era potuto esprimere nella amorevole e quotidiana cura delle *res* oggetto di proprietà¹⁵.

Un altro aspetto che emerge con una certa chiarezza e che vale, con ogni probabilità, a spiegare simili

⁹ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà* (1952), in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 147-310.

¹⁰ In *Rivista del notariato*, III, 1949, p. 291-305.

¹¹ *Ivi*, p. 306-310.

¹² *Ivi*, p. 408-414.

¹³ H. MAIGRET, «Il notariato di fronte al declino delle nozioni di proprietà e di contratto», in *Riv. not.*, II, 1948,

p. 284.

¹⁴ G.B. CURTI PASINI, *op. cit.*, p. 412.

¹⁵ v. a es. H. MAIGRET, «Il Notariato di fronte al declino...», *cit.*, p. 286 e «Decadenza della proprietà privata»: è questo un articolo, non firmato, tratto da *Il tempo* di Roma del 10 gennaio 1950 e ripubblicato in *Rivista del notariato*, IV, 1950, p. 27.

toni, è la tendenza ad aderire all'idea di una divisione nitida, quasi manichea, tra privato e pubblico, tra il privato-individuale e il pubblico-statale. Il campo giuridico viene cioè tematizzato come lo spazio in cui si realizza questa *summa divisio*, senza la possibilità di mediazioni o alternative. In tale prospettiva, dunque, ogni ipotesi di apertura 'sociale' del diritto privato finiva per essere identificata con la pubblicizzazione delle sue corde, con la 'cessione' al pubblico di aree e fattispecie fino a poco prima saldamente ancorate al terreno dell'autonomia privata. Finiva, insomma, per coincidere col mero «trasferimento nel campo pubblicistico di rapporti che tradizionalmente sorgevano, avevano vita e si esaurivano esclusivamente in un limitato ambito di interessi privati»¹⁶. Non sorprende pertanto che simile «tendenza a trasferire nell'ambito del diritto pubblico il regolamento della proprietà privata»¹⁷ venisse considerata, più «come conseguenza di orientamenti politici ed economici imposti, che come naturale e fatale portato della evoluzione della coscienza giuridica»¹⁸; né sorprende che si consigliasse la massima «cautela» al legislatore onde evitare che la proprietà diventasse un «diritto affievolito» o un «interesse legittimo»¹⁹.

Ma neppure sorprende il fatto che simili letture delle trasformazioni del diritto di proprietà venissero legate a una questione diversa e ulteriore coinvolgente il ruolo e il futuro della funzione notarile. Dinanzi a un ceto che, nelle sue espressioni più qualificate, era da tempo impegnato a valorizzare il proprio compito di mediazione tra particolare e generale, e, con esso, il senso e il valore di una professionalità non relegabile a «una forma deteriore di tecnicismo giuridico, una sorta di artigianato rispetto all'arte del giure»²⁰, le rinnovate sembianze della proprietà, e più in generale del diritto privato, facevano temere un regresso del magistero notarile a meri compiti di certificazione della cogente volontà pubblica, di una volontà che sembrava ormai invadere ogni rivolo della privatezza.

68 Più che «formatore delle leggi dei rapporti privati», più che «redattore originale delle convenzioni delle parti» il notaio sembrava essere chiamato semplicemente ad «adattare la convenzione particolare ad una formula-tipo, elaborata talvolta da lui, ma spesso imposta alla legge, dall'Amministrazione, da determinati organismi e collettività». Così, fatalmente, il notaio «assiste[va] al declino di quelle nozioni nelle quali aveva creduto, con la tristezza e il dispetto che assale chiunque si trovi nella necessità di bruciare ciò che adorava»²¹.

Per questo la risposta sembrava essere una sola, e molto radicale: «ci sembra sia dovere ... del Notariato non farsi travolgere, sino all'assorbimento, da questa assurda tendenza al dissolvimento dell'iniziativa privata»²²: il notaio «deve tendere, finché non incontri il blocco granitico della legge, nell'opera e nelle aspirazioni sue, a mantenere integro il concetto del diritto perfetto di proprietà, di fronte a limitazioni o a vincoli che siano troppo facilmente manovrabili dalla pubblica amministrazione ... se è persuaso (come tutti i Notai credo lo siano) che la proprietà individuale è la vera proiezione e prosecuzione dell'individuo, ove se ne reprimano gli egotismi e gli abusi, che sono proprio il germe patogeno dell'antisocialità nel possesso dei beni. La proprietà può, deve, anche, in climi sociali determinati e in tempo opportuno, venire compressa, mai soppressa; castigata, non sfigurata, perché inseparabile e caratterizzante nota, umana e sociale ... *Il Notaio ha sempre servito e servirà ognora il bene pubblico tra privati*»²³.

¹⁶ A. GIULIANI, «Discorso inaugurale tenuto presso la Scuola di notariato Anselmo Anselmi», in *Riv. not.*, III, 1949, p. 188-189.

¹⁷ A. GIULIANI, *Introduzione* a H. MAIGRET, «Il notariato di fronte al declino ...», *cit.*, p. 278.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ G.B. CURTI PASINI, *op. cit.*, rispettivamente p. 410 e p. 412.

²⁰ A. GIULIANI, «Discorso inaugurale ...», *cit.*, p. 185; per una lettura di sintesi dei vari fronti che hanno impegnato il notariato in direzione del riconoscimento

della qualità del proprio lavoro, v. M. SANTORO, *Il notariato nell'Italia contemporanea*, Milano, 2004; ID., *Notai - storia sociale di una professione in Italia (1861 - 1940)*, Bologna, 1998 e I. STOLZI, «Università e notai a colloquio - un profilo storico», in *Riv. not.*, LXIII, 2009, p. 520-555.

²¹ H. MAIGRET, «Il notariato di fronte al declino ...», *cit.*, p. 308.

²² A. GIULIANI, *Introduzione* a H. MAIGRET, «Il notariato di fronte al declino ...», *cit.*, p. 278.

²³ G.B. CURTI PASINI, *op. cit.*, p. 413.

Verso nuove frontiere della privatezza

Se, muovendo da questi presupposti allarmati - «Anche laddove non ha subito la condanna capitale per cedere il posto ai regimi comunisti, essa malamente sopravvive in un ambiente ostile, tra vessazioni e persecuzioni di ogni genere»²⁴ - si volesse rintracciare una traiettoria evolutiva, coinvolgente tanto la riflessione dei notai quanto la riflessione scientifica sul diritto, essa potrebbe essere, con qualche semplificazione, così compendiate: la percezione di una drastica alternativa tra privato e pubblico, alternativa che imponeva anche al notaio di scegliere 'da che parte stare' contribuendo ad allargare il fossato tra il suo volto di libero professionista e quello di pubblico ufficiale, viene progressivamente soppiantata da un'immagine più composita e articolata dell'ordine giuridico, di un ordine che inizia ad apparire strutturato per cerchi concentrici, che dalle posizioni privato-individuali transitava per la dimensione collettiva per arrivare al pubblico-statuale. A essere messa progressivamente a fuoco fu dunque una dimensione non (necessariamente) individualistico-potestativa della privatezza, dimensione cui non si chiedeva soltanto di svolgere un ruolo di intercapedine atto a scongiurare il contatto diretto tra il privato-individuale e il pubblico-statuale, ma che veniva investita di una più importante funzione (pro)positiva. Ad essere riconosciuta, in particolar modo, fu l'attitudine della privatezza a realizzare e promuovere assetti regolativi socialmente apprezzabili, rilevanti, cioè, oltre la sfera giuridica del singolo privato e, come tali, capaci di contribuire alla identificazione e alla realizzazione d'interessi qualificabili come generali.

Significativo, nel segnalare questo importante assetto di prospettiva, il tenore della relazione presentata dalla delegazione italiana al III Congresso internazionale del Notariato latino nel 1954; un paragrafo di tale relazione, sintomaticamente intitolato «la funzione sociale del notaio», precisa infatti con grande chiarezza il senso attribuito a tale formula, troppo spesso utilizzata in maniera impropria o ritenuta genericamente espressione della crescente importanza della regolazione pubblicistica in materia privata. Parlando di funzione sociale del notaio - si legge nel testo dell'intervento congressuale - non si intendeva tanto «indicare il notaio quale soggetto di diritto pubblico»; piuttosto, attraverso un simile richiamo, ci si «preoccupava[va] di definir[n]e la attività nel campo del diritto privato e sotto il profilo dei *diversi interessi collettivi che in questo settore trovano tutela*»²⁵.

E poi una chiosa, decisiva per precisare il senso di quanto appena detto: viene infatti chiarito - e la precisazione è, appunto, fondamentale - come i richiami alla funzione sociale del notaio non potessero essere confusi col riferimento alla funzione sociale dei diritti soggettivi, e della proprietà in specie, ove attraverso tale riferimento si intendesse dare risalto a dati meta- o pregiudiziali²⁶. La funzione sociale, insomma, non era, non doveva essere, l'espressione di un legame, magari aperto a interpretazioni diverse, tra ciò che stava fuori e ciò che stava dentro il diritto, ma doveva al contrario incarnare una frontiera squisitamente giuridica, chiamata a restituire i connotati della giuridicità in un determinato momento storico. E simile chiosa era decisiva proprio perché - contrariamente alle apparenze - non mirava a comprimere lo spazio riservato alla funzione sociale dei diritti e degli operatori chiamati a metterla a fuoco, ma ad accreditarli entrambi quali requisiti imprescindibili dell'ordinamento e di una giuridicità non semplicemente 'temperata' o 'addolcita' da istanze *esterne*, variamente denominabili 'sociali', ma nutrita, in tutte le proprie corde, da imprescindibili esigenze di contenimento tra interessi privati, collettivi e pubblici. Col notaio che, nella sua veste di «ago sensibilissimo di una bilancia» (e non mero «compilatore meccanico di documenti») ²⁷, era tenuto a farsi carico dell'onere di questo necessario e salutare bilanciamento, contribuendo quotidianamente a costruire il volto di un sistema chiamato a ricondurre a equilibrio istanze diverse e talora contraddittorie. A essere posta

²⁴ *Decadenza della proprietà*, cit., p. 26.

²⁶ *Ibidem*.

²⁵ «La funzione sociale del notaio», in *Riv. not.*, VIII, 1954, p. 175.

²⁷ *Ivi*, p. 180.

sul tappeto non era quindi la questione di un'attività *praeter* o addirittura *contra legem* dell'interprete e del notaio in specie (il notaio ha «sempre operato all'interno del diritto positivo ... non c'è mai stato ... un uso alternativo del diritto»)²⁸; a essere sostenuta (e richiesta con forza allo stesso legislatore) era l'idea di un sistema capace di esprimere, muovendo dal livello legislativo, un tessuto sufficientemente chiaro di regole e principi a partire dai quali valorizzare il ruolo delle presenze chiamate a trasferire, sul piano dei singoli rapporti giuridici, quella scommessa di equilibrio che appariva ormai ineludibile per gli ordinamenti.

Le riviste notarili, anche sotto tale profilo, costituiscono un osservatorio rilevante: dalla metà degli anni Cinquanta, con un crescendo che arriva fino ai giorni nostri, sono molti gli indici che segnalano questa nuova consapevolezza, la consapevolezza di una funzione che non solo doveva stare al centro di processi di mediazione tra Stato e società, ma doveva saper modulare i propri interventi in direzioni capaci di corroborare (anche) il volto socialmente sensibile del diritto privato. Tutela del contraente debole, doveri di informazione, valutazione critica di certe clausole di esonero della responsabilità, rivendicazione del valore eminentemente sostanziale (necessario cioè a garantire la sicurezza del traffico giuridico) della forma di certi atti, rivitalizzazione di istituti, come la permuta, che sembravano destinati a fine certa e che invece si mostravano capaci di collocare sul piano, più robusto, dei diritti reali la posizione del privato²⁹, rappresentano - o almeno così mi pare - altrettanti sintomi di tale rinnovata consapevolezza del ceto notarile, di un ceto che poteva e doveva assumersi «precise responsabilità» onde evitare che il suo compito si riducesse a intervenire «quando i giochi sono già fatti»³⁰.

Un ultimo esempio, dei molti possibili: nel 1986 vengono pubblicati, in quattro corposi volumi, gli esiti di un riuscito esperimento di dialogo tra giuristi teorici e Notariato sul tema de *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*³¹. Tra i vari contributi presenti, mi limito a menzionare quello di Pier Gaetano Marchetti che, nell'esaminare volto e funzione delle società immobiliari, rilevava puntualmente come simili figure, se mendate dai loro aspetti speculativi, potessero concorrere a innescare un circuito virtuoso, capace di farsi carico della realizzazione e della soddisfazione di rilevanti interessi sociali (stimolare la costruzione di nuovi immobili, identificare nuovi ceppi patrimoniali per i fondi pensionistici ecc.) «non più affidandosi solo all'iniziativa pubblica, ma riscoprendo l'impresa: un'impresa tuttavia a proprietà diffusa in cui la speculazione a breve dovrebbe rappresentare un obiettivo che cede di fronte alla prospettiva a medio-lungo periodo della stabilità dell'investimento di chi all'impresa stessa fornisce capitale di rischio»³².

Non è probabilmente casuale - e così riprendo il tema iniziale di queste pagine - che la stessa riflessione teorica, a partire dalla fine degli anni Cinquanta, avvii un processo di ripensamento di alcune nozioni,

²⁸ E. MARMOCCHI, *Prassi contrattuale e tutela degli interessi*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive - quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, IV, Atti del convegno, Milano, 1986, p. 196.

²⁹ *Ivi*, p. 202-207, con riferimento appunto allo schema - che sembrava caduto in desuetudine - della permuta, schema utilizzato con riferimento alle transazioni aventi a oggetto immobili da costruire; nello stesso senso M. COMPORI, *Il condominio precostituito e i negozi di precostituzione condominiale* (*ivi*, vol. I, p. 427-429); interessanti osservazioni possono leggersi anche in riferimento a un altro istituto - la comunione tacita familiare - che ugualmente sembrava «un residuo di vecchi ordinamenti feudali» e che invece poteva concorrere a inquadrare molte ipotesi di impresa familiare di carattere non solo agricolo in V. ANTONELLI, «La comunione tacita familiare agricola (nozioni e osservazioni)», in *Riv. not.*, XVI, 1962, p. 102 e ss.

³⁰ P. BOERO, *La tutela dell'acquirente*, in *La casa di abitazione*

..., *cit.*, vol. IV, p. 141-142.

³¹ L'opera consta di tre volumi, contenenti contributi dottrinali relativi ai vari ambiti indagati in riferimento al problema della casa di abitazione (aspetti costituzionali e amministrativi, civilistici ed economico-finanziari); il quarto volume raccoglie invece gli atti del Convegno svoltosi a Milano nell'aprile del 1986, destinato a discutere congiuntamente i diversi aspetti esaminati nei volumi precedenti. Nella Presentazione dell'opera, firmata da Luigi Mengoni e Lodovico Barassi, si legge: «il mondo universitario, spettatore qualificato della crisi degli schemi contrattuali, ei notai, spettatori quotidiani della stessa crisi» si sono fatti «promotori di una ricerca sui quarant'anni di casa dalla fine della guerra ad oggi per uno studio preliminare che consentisse di avanzare meditate e razionali proposte» (vol. I, p. VII).

³² P. MARCHETTI, *Le società immobiliari*, in *La casa di abitazione* ..., *cit.*, vol. IV, p. 224.

come quella di funzione, che pur essendo state variamente interpretate e tematizzate, tendevano tuttavia a essere identificate con ipotesi di commistione di elementi giuridici con elementi (sociali, etici, economici) estranei al mondo del diritto. Né appare casuale che, sulla scorta di tali assestamenti di rotta, una figura diabolica, come quella di abuso del diritto, venisse riammessa nel perimetro di lavoro del giurista su presupposti sensibilmente diversi rispetto ai passati. A sostenere queste rilevanti evoluzioni interpretative, pur facenti capo ad autori diversissimi, sembra tuttavia che stesse l'identico tentativo di vedere nel concetto di funzione una nozione coesistente alla stessa definizione del diritto, e non l'esito di un ponte gettato tra giuridico e non-giuridico. Stava insomma l'idea che fosse possibile (e doveroso) rintracciare una funzione tipica degli istituti giuridici, di tutti gli istituti, anche di quelli sorti nel grande terreno della atipicità, se era vero che il diritto poteva realizzare appieno la sua vocazione ordinativa solo accettando di esprimere e comporre il plesso multiforme di interessi e istanze che concorrevano a disegnare il volto delle società contemporanee. Che era poi il modo che permetteva di riammettere nel perimetro del lavoro giuridico la questione, lungamente schivata, del (necessario) rapporto tra diritto e valori e di rendere la stessa Costituzione, la tavola dei valori della nuova convivenza democratica, un testo centrale anche per l'ideario del privatista³³.

Con alcune conseguenze rilevanti cui conviene dedicare qualche osservazione conclusiva; in primo luogo, una simile concezione del diritto conduceva a rivalutare la funzione dell'interprete, quale che fosse la sua vocazione preminente, pratica o teorica: non più visto soltanto come forza evolutiva, come soggetto tenuto a garantire che il tessuto normativo si adeguasse allo spirito dei tempi, né visto soltanto come il soggetto chiamato a fare ordine all'interno di una selva crescentemente inestricabile di precetti, l'interprete viene considerato come una delle presenze indispensabili, fisiologicamente indispensabili, per contribuire a definire il volto di un sistema giuridico e dei molteplici equilibri chiamati a tracciarne la fisionomia. Che sovente a finire sul banco degli imputati fosse il legislatore non sorprende più che tanto: a essere diffusamente criticate, dai giuristi teorici come dai pratici, erano infatti le fattezze di un tessuto legislativo ipertrofico, pulviscolare, caratterizzato da frequenti sciatte e improprietà terminologiche; non basta: a destare preoccupazione erano, ben più consistentemente, i tratti di un complesso normativo che spesso appariva ispirato a principi contraddittori, non facilmente riconducibili a un'ispirazione unitaria e pertanto incapaci di segnare il perimetro di lavoro dello stesso interprete, del soggetto chiamato a nutrire dall'interno, incessantemente, le fibre del sistema giuridico. In questo quadro ricostruttivo, la stessa funzione notarile inizia ad essere raffigurata attraverso riferimenti concettuali nuovi: dal contributo di Satta del 1955 alle riflessioni di Salvatore Romano e di Emilio Betti del 1960, fino alle pagine scritte, a partire dai tardi anni '70, da Nicolò Lipari, Mario Nigro e Francesco Busnelli³⁴, a emergere sono, come è chiaro, orientamenti diversi, ma tutti concordi nell'avvicinare la funzione del notaio a quella propria del giudice. Il carnellutiano «tanto più notaio quanto meno giudice», la concezione, insomma, che il notaio rappresentasse soprattutto un'alternativa al giudice³⁵, alle liti tra privati, tendeva infatti a essere soppiantata dall'idea di una funzione assimilabile a quella giurisdizionale, dall'idea che il notaio, al pari del giudice, svolgesse un fondamentale ruolo di composizione tra interessi diversi e di diversa ampiezza: composizione tra gli

71

³³ Per una lettura d'insieme di tali vicende e per ricavare più estese indicazioni bibliografiche su tale nuova generazione di civilisti (da Gino Gorla a Ugo Natoli, da Nicolò a Rescigno, da Rodotà a Mengoni, da Trimarchi a Perlingieri fino alle voci eterodosse dei sostenitori dell'uso alternativo del diritto), v. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano - un profilo storico*, Milano, 2002.

³⁴ Si tratta, rispettivamente, di S. SATTA, «Poesia e verità nella vita del notaio», in *Riv. not.*, IX, 1955, p. II e ss.; SALVATORE ROMANO, «La distinzione tra diritto pubblico e privato» che costituisce il testo della

prolusione al primo corso della scuola di notariato Cino da Pistoia, prolusione letta a Firenze il 3 febbraio del 1962, in *Riv. not.*, XVII, 1962, p. 5. e ss.; E. BETTI, «Interpretazione dell'atto notarile», in *Riv. not.*, XIV, 1960, p. 1 e ss.; N. LIPARI, «La funzione notarile oggi: schema di riflessione», in *Riv. not.*, XXXI, 1977, p. 935 e ss.; M. NIGRO, «Il notaio nel diritto pubblico», in *Riv. not.*, XXXIII, 1979, pp. 1170 e ss. e F. BUSNELLI, «*Ars notaria* e diritto vivente», in *Riv. not.*, XLV, 1991, p. 3 e ss.

³⁵ V. F. CARNELUTTI, «La figura giuridica del Notaro», discorso pronunciato nel Maggio del 1950 a Madrid

interessi privati coinvolti dall'atto notarile e contemporanea ricerca di un equilibrio tra questi ultimi e interessi sociali e pubblici³⁶. Ed era proprio a partire da tali acquisizioni che la *vexata questio* relativa alla caratterizzazione prevalente del lavoro del notaio (libero professionista o pubblico ufficiale?) iniziava ad essere declinata in termini inediti: non più tenuti a descrivere il carattere ancipite di una professione sospesa tra identità difficilmente conciliabili, i riferimenti ai due lati dell'opera notarile sembravano descrivere le facce necessariamente complementari della stessa medaglia. Verrebbe voglia di dire: pubblico ufficiale, il notaio, perché libero professionista, perché privato che lavora tra i privati e che, attraverso il requisito essenziale della terzietà della sua prestazione, mira a realizzare e tenere in equilibrio particolare e generale, interessi privati e interessi pubblici, libertà e responsabilità, agilità e sicurezza del traffico giuridico, offrendo, così, il risultato di un'attività di consulenza e mediazione funzionale all'equilibrio dell'intero sistema giuridico e perciò munita di indubbia rilevanza pubblicistica («Magistratura a presidio della legge; libera professione, a tutela della libertà individuale»)³⁷.

Si tratta, come è agevole intuire, di problemi in gran parte aperti e attuali che rendono difficile individuare il *dies ad quem* di questo intervento; e se è chiaro che i modelli scelti per tenere insieme i molteplici aspetti da cui risultano le singole esperienze storiche possono (e devono) adeguarsi al mutare dei tempi, pare altrettanto evidente che ritenere superata la sfida dell'equilibrio (tra pubblico e privato, tra particolare e generale ecc.) rappresenterebbe una resa amara per gli ordinamenti. Per questo mi piace concludere ricorrendo all'immagine utilizzata da uno straordinario filosofo del diritto novecentesco e che già altre volte mi è capitato di citare. Il riferimento è a Giuseppe Capograssi e alla sua idea di giurista: convinto che solo il giurista potesse contare sul privilegio dell'abbraccio complessivo perché interessato a trovare e inventare strumenti ordinanti, capaci, come tali, di stringere in un unico abbraccio i tanti e contraddittori lati di una determinata esperienza storica, Capograssi riteneva che solo il recupero di una forte dimensione progettual-programmatica del discorso giuridico sarebbe riuscito a scongiurare l'incontrastato predominio di quelle dimensioni - come la politica e l'economia - che, troppo spesso appiattite sulle (e dominate dalle) urgenze del presente sembrano scontare una crescente incapacità di immaginare il futuro³⁸.

72

presso la sede del "Collegio de los escribanos" e poi pubblicato sia sulla *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* del 1950, sia sulla *Riv. not.*, V, 1951, p. 1 e ss. e ID., «Diritto o arte notarile?», in *Vita not.*, V, 1954, p. 209 e ss. (in questo caso si tratta della relazione letta al III congresso internazionale del notariato latino tenutosi a Parigi nel 1954).

³⁶ Sul fronte del notariato, chiarissimo, in tale direzione,

A. GIULIANI, «Considerazione su alcuni motivi per la riforma della legge notarile», in *Riv. not.*, IV, 1950, p. 31.

³⁷ *Ivi*, p. 33.

³⁸ Il riferimento va a G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano, 1962 (ristampa inalterata) e alla interpretazione che del pensiero capogrossiano dà P. PIOVANI nella *Introduzione* al volume testè citato.

Le modificazioni convenzionali al contenuto della proprietà e dei diritti reali di godimento e garanzia

di Andrea Fusaro

Professore ordinario di Sistemi giuridici comparati, Università di Genova

Premessa

In Italia il vincolo alla destinazione d'uso dei beni immobili è raramente esaminato sotto il profilo contrattuale. La ricomprensione del patto nel dispiegamento dell'autonomia privata - per un verso - ne certificherebbe l'impegnatività per l'autore della promessa, ma - per altro verso -, secondo l'impostazione tradizionale e dominante, impedirebbe di valicare l'efficacia meramente obbligatoria, rendendolo inidoneo a soddisfare l'aspirazione pianificatoria stante l'inopponibilità nei confronti della catena degli aventi causa.

Una trattazione più diffusa è reperibile, invece, a margine di regolamenti di condominio e piani di lottizzazione, dove si constata la riconduzione giurisprudenziale alle servitù, qualificazione garante dell'attributo della predialità, che vale ad onerare dei divieti i successivi titolari del fondo gravato ed a individuare i soggetti legittimati ad azionare la corrispondente pretesa.

L'analisi circa la natura reale o piuttosto obbligatoria è dunque impostata sul piano concettuale, e mantenuta a ridosso dell'ambulatorietà, ossia della sopravvivenza del vincolo in capo agli aventi causa del fondo gravato; scarso rilievo è invece attribuito al profilo dei rimedi, e nessuno spazio all'esigenza di contrastare la sopravvivenza di vincoli obsoleti.

La vocazione pianificatoria di questi vincoli ne chiama in causa la valenza urbanistica, nella duplice prospettiva della resistenza all'intervento pubblico - da un lato -, e della concepibilità di un loro impiego non nell'ambito di soggetti privati, bensì tra i proprietari dei fondi e gli enti titolari della potestà pianificatoria - dall'altro -. Sono, certamente, congiunture assai divaricate: in ottica strettamente civilistica sono accorpabili soltanto sotto il profilo della rilevanza del patto nei confronti dell'esercizio del potere pubblico; ma in più ampia prospettiva si rivelano punti privilegiati di osservazione del contenuto e dei confini della pianificazione realizzata ad opera dei privati, isolatamente, o nell'ambito di quella contrattata con l'ente istituzionalmente pianificatore.

Risalta, intanto, il ruolo della predialità, in passato ritenuta tale da precludere alle convenzioni private alcuna efficacia in assenza di una - pluralità, o quantomeno - duplicità di fondi; soprattutto spicca l'inevitabile subordinazione degli impegni privati alle scelte pubbliche.

Il vincolo convenzionale tra autonomia privata e controlli

È ormai acquisita alla cultura civilistica la scansione tra i vincoli di destinazione rivolti a personificare un patrimonio, od almeno ad assegnare ad alcuni beni una condizione peculiare rispetto alle globali risorse del titolare, e quelli diretti ad imporre un certo statuto quanto alle modalità di utilizzo, operando una selezione all'interno di quelle fruibili. Al centro di questi secondi si colloca non già lo scopo cui si vuole profitti l'utilità ritraibile dal bene, bensì il bene medesimo, del quale si intende predeterminare il modo di godimento.

Questa partizione tra vincoli di destinazione di “scopo” e di “modo”, risalente ad un fortunato contributo francese¹, è effettivamente preziosa per delimitare il campo dell'indagine e - per via di una sorta di riduzionismo logico - catturare l'essenza delle questioni coinvolte. Essa funge, quindi, da premessa dello svolgimento della ricerca: rispetto al suo prosieguo non può, tuttavia, che rimanere sullo sfondo.

Il vincolo rivolto a prefigurare le modalità di utilizzo allorché assume ad oggetto beni immobili ostenta innegabili addentellati con l'interesse pubblico. È, invero, istintivo per il giurista italiano pensarlo con riferimento alle figure la cui matrice è, direttamente od indirettamente, legislativa, quali le determinazioni che astringono il godimento delle bellezze storiche e artistiche, naturali e paesaggistiche. Varcando le frontiere di questo nucleo - dalla superficie, invero, assai estesa - si apre il vasto comprensorio dell'urbanistica, terreno di elezione della fenomenologia dei vincoli di destinazione: il civilista non ne può prescindere, nella consapevolezza di come al privato sia consentito intervenire sulle utilità non appannaggio della regolamentazione pubblicistica².

Dei tre “elementi” che si riconoscono operare in ogni sistema, l'ambito in esame è assai poco riguardato sia dal formante legislativo - almeno sul piano civilistico -, sia da quello dottrinale che sembra accettare il traino della giurisprudenza piuttosto che tentarne il governo.

Tema specioso, disposto lungo la segmentata linea di demarcazione tra diritto privato e pubblico, il vincolo convenzionale di destinazione d'uso dei beni immobili non è stato oggetto di lavori monografici, ancorché siano numerosissimi i contributi che lo illuminano di scorcio. Il censimento delle regole e dei tecnicismi che compongono il suo corredo complessivo è quindi inedito.

L'aspirazione a pianificare l'utilizzo della proprietà che si cede, od il cui godimento si condivide con altri, prende forme assegnate alternativamente al novero dei diritti reali, o piuttosto di credito: ma si tratta di una schematizzazione pericolosa, la quale accredita una logica binaria non idonea a giustificare le disposizioni di dettaglio. Una tale bipartizione è invero poco espressiva ed inganna, 74 cosicché pare cosa buona scomporla - almeno - nei due termini del raffronto: il profilo rimediabile, da un lato, e l'opponibilità ai terzi, dall'altro.

Il modello di trattazione consolidato si arresta - di consueto - al rilievo dell'efficacia obbligatoria del vincolo esorbitante dalle coordinate della predialità, ossia di quello non ricostruibile nei termini del rapporto tra fondi. Una più attenta riflessione critica suggerisce peraltro di correggere questa secca conclusione, in ragione dell'intima coerenza di tali pattuizioni con l'essenza economica del bene. Non ci si sofferma, però, a considerare le conseguenze operative di quell'inquadramento, come se l'opposizione reale/personale fosse in grado di veicolare due blocchi compatti e contrapposti di regole, la qual cosa non è affatto così.

Sul versante rimediabile occorre considerare che, pur assegnando al patto effetti obbligatori, il suo inadempimento potrebbe fondare la condanna a risarcire il deprezzamento del bene, sovvenendo quindi una tutela in qualche modo accostabile a quella congeniata per il diritto reale. È necessario, d'altra parte, misurare la propensione delle corti ad accordare il risarcimento in forma specifica e l'inibitoria³.

¹ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Parigi, 1976, il cui contenuto si trova illustrato nel mio saggio “*Affectation*”, “*destination*” e *vincoli di destinazione*”, per gli *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 453 e ss.

² Come a suo tempo ha evidenziato A. GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, *passim*.

³ La tutela reale potrebbe accompagnarsi all'attribuzione di efficacia relativa al vincolo qualora si ammetta l'esperibilità del rimedio inibitorio - attraverso l'art. 700

c.p.c. - nei confronti dell'autore della lesione del credito, quale cooperatore all'inadempimento: nella specie l'avente causa dal promittente la destinazione convenuta. Si tratta di una prospettiva non irrealistica, atteso che non è più preclusa la tutela d'urgenza dei diritti di credito, come illustra C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 3, Torino, 2015, p. 404 e ss.; ed in giurisprudenza, Trib. Milano, ord., 2 ottobre 1997, e Trib. Milano, ord., 14 agosto 1997, entrambe in *Foro it.*, 1998, I, c. 241, nonché Trib. Roma, 6 luglio 1995, *ivi*, 1996, I, c. 708, con nota di F. MACARIO; ma in senso contrario Trib. Nola, 7 maggio 2012, in *Arch.*

Quanto al secondo profilo non si considera che, al di là della meccanica alternativa tra efficacia *inter partes*, in un caso, ed *erga omnes*, nell'altro, la tutela reale del diritto di credito - ormai acquisita allo strumentario giuridico - può importare l'opponibilità al terzo del contratto da lui conosciuto⁴. Inoltre, la possibilità di dedurre la trasgressione del patto in condizione risolutiva consentirebbe di travolgere la posizione dell'avente causa⁵. Occorre ricordare, infine, il rilievo che riveste la pubblicità fondiaria, nonché l'attitudine della conoscenza del vincolo ad avviare alla sua mancata trascrizione.

Si vede bene, quindi, come sia incompleto il quadro che non tenga conto di tali variabili, e di altre ancora.

L'attenzione alle regole operative deve proseguire anche con riferimento alle condizioni ed ai termini in presenza dei quali è riscontrata la predialità, indagandosi in ordine alla volontà delle parti ed ad una sua eventuale sostituzione attraverso l'operare di presunzioni; al grado di fedeltà alla consueta fisionomia della servitù ed alla condiscendenza verso una sua applicazione deformata; al ruolo della trascrizione. Sono, ancora, cruciali il nesso tra destinazione del bene ed attività esercitata per suo tramite; e quello tra pattuizione privata e pianificazione urbanistica.

Questo inventario di problemi può certo disarticolarsi nelle tre matrici corrispondenti ai vincoli obbligatori, a quelli reali, ed infine a quelli urbanistici colti nella loro rifrazione rispetto al dispiegarsi dell'autonomia privata. L'incalzare dei blocchi tematici seguirà, invero, tale scansione, ma con l'avvertenza di non trascurare mai l'intimo loro intreccio, che solo ad esito della ricerca potrà essere portato allo scoperto in tutta la sua estensione.

La qualificazione, gli effetti

Vincoli "di modo" sono quelli che predeterminano l'utilizzo cui un cespite può essere adibito: ad esempio, come civile abitazione e non come ufficio; quale scuola o comunque luogo per ospitare attività di interesse collettivo; come magazzino o deposito, ma non sede di esercizio commerciale implicante contatti con il pubblico; previsioni queste che abbondano nei regolamenti condominiali, nelle convenzioni di lottizzazione, nei contratti di locazione⁶.

75

loc., 2012, 5, p. 549 e Trib. Trani, 19 luglio 2000, in *Giur. mer.*, 2001, p. 676, sulla scorta dell'esistenza di strumenti appositi di tutela, in particolare il sequestro.

⁴ È orientamento ormai costante quello che sancisce l'opponibilità al terzo delle servitù conosciute - in quanto richiamate nel titolo di acquisto - ancorché non trascritte nei Registri immobiliari: così Cass., 21 febbraio 1996, n. 1329; Cass., 26 luglio 1983 n. 5129; Cass., 20 ottobre 1975, n. 3428. Cfr. anche Cass., 20 aprile 1976, n. 1378, la quale però statuisce che l'opponibilità ai terzi decorre dalla trascrizione del secondo atto che recepisce la clausola del primo, costitutivo della servitù. Cfr. altresì Cass., 15 agosto 1982, n. 4399, in *Arch. civ.*, 1983, p. 461; Cass. 11 gennaio 1975, n. 25; Cass., 21 febbraio 1974, n.484, secondo cui le limitazioni nelle vendite di aree fabbricabili (anche circa lo *ius aedificandi*) sono opponibili quando trascritte ovvero richiamate nei successivi atti di vendita; più recentemente, Trib. Roma, sez. VI, 18 novembre 2005, in *Giur. mer.*, 2006, 6, p. 1447; Cass., 13 giugno 2013, n. 14898, in *Giust. civ. Mass.*, 2013. In argomento, si veda inoltre Cass., 22 aprile 1994, n. 3838; Cass., 13 aprile 1985, n. 2465. L'attribuzione al patto costitutivo del vincolo di efficacia

obbligatoria gli sottrae opponibilità nei confronti dei terzi ancorché consapevoli della sua esistenza: per una recente applicazione si veda App. Ancona, 19 giugno 1999, in *Vita not.*, 2001, p. 148, con nota di G. VIOTTI, «Vincoli di destinazione convenzionale e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici». Rimane soltanto da esplorare la possibilità di agire nei confronti del terzo in quanto autore della lesione del credito - attraverso la cooperazione prestata all'inadempimento - domandando nei suoi confronti un'azione inibitoria, possibilmente facendo capo all'art. 700 c.p.c. (su cui si veda la nota che precede). Si tratta di una prospettiva intrigante, ma laterale rispetto all'economia del presente lavoro.

⁵ Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Riv. not.*, 2000, 369, in *Contratti*, 2000, I, p. 456, con nota di F. VALENZA, in *Notariato*, 2000, p. 413, con nota di P. CALABRITTO, ha ritenuto la nullità della clausola che imponeva l'obbligo della destinazione perpetua, pena la risoluzione della donazione.

⁶ È a questi che risulta dedicata la trattazione di M. CONFORTINI, *Vincolo di destinazione*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di N. IRTI, *Diritto civile*, Milano, 1980.

La sorte di questo novero di vincoli è abbastanza nota. Allorché siano semplicemente frutto di una convenzione bilaterale essi vengono attratti nell'orbita dell'art. 1379 c.c.: ne discende l'efficacia obbligatoria, e la validità è subordinata alla previsione di un congruo termine di durata⁷; in margine ai divieti di alienazione, d'altra parte, l'apprezzabilità dell'interesse è perlopiù presupposta⁸.

A ben vedere dietro la motivazione di un tale collegamento serpeggiano pregiudizi più profondi ed antichi: in primo luogo l'idea circa la temporaneità dei vincoli obbligatori⁹, da cui viene inferita la invalidità di un rapporto che disintegri in perpetuo il diritto di proprietà dal suo contenuto economico¹⁰; così come la convinzione che nell'art. 1467 c.c. si configuri un principio generale dell'ordinamento - racchiuso nella formula *rebus sic stantibus* - secondo cui nessun rapporto giuridico può essere mantenuto in vita quando siano venute meno le condizioni di equilibrio nelle quali lo stesso è sorto (di esso fu fatta applicazione in margine al vincolo a portierato imposto ad un alloggio condominiale da parte dell'originario costruttore, a fronte di un corrispettivo divenuto inadeguato attraverso il tempo)¹¹.

⁷ Cass., 12 novembre 1973, n. 2981, in *Rass. Avv. Stato*, 1974, I, p. 409; Cass., 12 gennaio 1990, n. 3082, in *Riv. dir. comm.*, 1992 secondo cui «la previsione dell'art. 1379 c.c. è espressione di un principio di portata generale che deve trovare applicazione anche in relazione a pattuizioni che, pur non corrispondendo interamente al modello del divieto di alienazione, tuttavia comportino limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà ed abbiano quindi il medesimo risultato dal punto di vista generale». L'orientamento è stato ribadito da Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, *cit.* Lo sfavore si concretizza spesso nell'adozione di percorsi argomentativi in fatto, chiaramente orientati dalla preoccupazione di privare di efficacia il vincolo di destinazione: è esemplare App. Ancona, 19 giugno 1999, *cit.*

⁸ Circa la nozione di interesse apprezzabile dell'art. 1379 c.c. mi permetto di rinviare alla mia voce *Patto di non alienare*, in *Dig. IV, dir. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1995.

⁹ Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, in *Foro it.*, 1950, I, c. 529. La sentenza, il cui estensore fu Torrente, lasciava intendere come la perpetuità si attagliasse alle servitù, sopravvivendo l'idea della perpetua *causa servitutis*, ed appoggiandosi ad uno dei noti passi di Gaio circa l'inammissibilità di una proprietà svuotata di contenuto (orientamento avanzato già da Cass. Roma, 30 luglio 1910, I, 1, c. 909, e poi ripreso da Cass., 31 dicembre 1948, n. 1951, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 756, il cui estensore fu ancora Torrente). Siffatta idea è ripresa da P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974, p. 8 e ss., in avvio del suo discorso circa l'anacronismo del principio sulla perpetuità della servitù, riprendendo la domanda di R. JHERING (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, 1, Leipzig, 1894, p. 228). Successivamente nel medesimo senso si è pronunciato Trib. Milano 25 luglio 1988, in *Riv. not.*, 1990, II, p. 141.

¹⁰ Il caso guida italiano sul contenuto minimo del diritto di proprietà in ambito privatistico - quindi insofferente verso compressioni mortificanti - è ritenuto essere Cass., 31 maggio 1950, n. 1343, in *Foro it.*, 1950, I, c. 816, la quale affermò che «la proprietà non deve essere asservita per ragioni privatistiche in modo tale da rendersi quasi illusoria

e priva di contenuto», appoggiandosi essenzialmente sul «principio, costantemente affermato dai giureconsulti romani e riapparso dominante nel diritto moderno per un'alta esigenza sociale», e dedicando solo un cenno - per così dire, esornativo - alla «nuova Costituzione repubblicana». V. altresì Cass., 30 luglio 1984, n. 4530, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2014, con nota di M. COSTANZA. Chiamata a giudicare sulla legittimità della clausola di un contratto di compravendita che vietava all'acquirente di imprimere una determinata destinazione al bene (nella specie si proibiva di destinare l'immobile ad esercizio di generi alimentari, senza peraltro predeterminare la durata di tale divieto), la Cassazione esclude che nel caso in esame sia ravvisabile una servitù, in quanto la compressione della facoltà del proprietario del bene trasferito non avvantaggia un altro fondo, ma la persona del venditore. Dall'esame di numerose disposizioni del codice civile dettate in tema di rapporto di durata si desume «l'inammissibilità di un rapporto obbligatorio che, avendo per oggetto vincoli e limiti al godimento della cosa, produca quale effetto la disintegrazione o contrazione all'infinito del contenuto economico del diritto di proprietà (che invece ex art. 832 c.c., deve essere pieno ed esclusivo e così non sarebbe se talune sue facoltà dovessero essere in perpetuo vietate al *dominus*)». La Suprema Corte aveva già affermato l'inammissibilità di un rapporto obbligatorio senza limiti di tempo, che abbia per oggetto il godimento di una cosa, motivandolo sulla base del divieto di disintegrare in perpetuo il diritto di proprietà in ordine al suo contenuto economico (Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, *cit.*).

¹¹ App. Genova, 4 ottobre 1989, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 24, con mia nota, la quale pure ha concluso che «il vincolo contrattuale che impone di conservare all'appartamento di proprietà del singolo l'originaria destinazione di alloggio del portiere configura un onere reale, soggetto a prescrizione estintiva per mancato esercizio». Di estremo interesse in tale ambito si rivela pure App. Milano, 12 giugno 1987, in *Corr. giur.*, 1987, p. 958. Nel caso in esame si discuteva della validità di una clausola di un regolamento condominiale di fonte contrattuale per cui il proprietario del singolo

L'apertura verso patti di prelazione - per il caso di eventuale vendita - di durata illimitata trova invece giustificazione nella circostanza che essi non incidono sulla disponibilità dei beni da parte del titolare¹². Sotto il vigore del codice abrogato - e poi un decennio ancora oltre - queste figure ricevevano frequente sistemazione all'interno dell'*obligatio propter rem*¹³: ne fu celebre applicazione l'inquadramento del patto, stabilito nella vendita di una parte di un fondo, che vietava all'acquirente di costruirvi se non un determinato tipo di edifici¹⁴; ma pure di obblighi di contenuto positivo, quale quello di destinare un'area a giardino, od un terreno «esclusivamente alla costruzione di una o più fabbriche ad uso di studio per esercenti arti belle»¹⁵.

A partire dagli anni cinquanta la Suprema Corte inaugurò l'indirizzo circa la tipicità delle *obligationes propter rem*, ritenute ammissibili soltanto nei casi previsti dalla legge¹⁶. Quasi a contrappeso di queste

appartamento poteva darlo in locazione solo a persone benviste ai condomini, e con l'approvazione dell'assemblea. La Corte respinge la tesi dell'illegittimità della previsione, argomentata anche attraverso il richiamo alla motivazione della citata Cassazione n. 4530 del 1984, opponendo i principi elaborati dalla Suprema Corte in materia di clausole di regolamenti di origine contrattuale contenenti vincoli di destinazione delle proprietà individuali comprese nell'edificio condominiale. Questo filone giurisprudenziale, qualificando dette limitazioni quali servitù, ammette che il loro contenuto possa essere il più vasto ed esteso «annoverandosi tra esse non solo quelle che vietano di dare all'immobile una o più destinazioni possibili, ma anche quelle che impongono di preservare l'originaria e normale destinazione per l'utilità generale dell'intero edificio ...» (Cass., 26 ottobre 1974, n. 3168, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 800, con nota di E. ALVINO, «Limitazioni ai poteri e alle facoltà dei singoli condomini sulle parti dell'edificio di loro esclusiva proprietà»), «secondo un nesso funzionale di amenità o di decoro definibile quale onere reale» (Cass., 14 aprile 1983, n. 2610, in *Riv. giur. ed.*, 1983, I, p. 917). Anche nel caso di cui alla sentenza da ultimo citata si verteva circa l'interpretazione di una clausola - contenuta nel bando di vendita giudiziaria (risalente al 1903) - che prevedeva la destinazione di alcuni locali ad abitazione del portiere, contro il versamento di 420 lire da parte del condominio. In ordine alla qualificazione di tale patto si era, però, già formato il giudicato di Cass., 26 ottobre 1974, n. 3168, *cit.*, che l'aveva inquadrato nell'onere reale; nel successivo giudizio la Suprema Corte si è quindi trovata vincolata dal suo precedente, e si è limitata a sottolineare l'anomalia propria di un rapporto che «impone una controprestazione al creditore dell'onere e, per quanto riguarda il lato passivo, non rimane esterno al diritto reale cui è collegato, bensì sostanzialmente ne esaurisce (in perpetuo) i poteri di godimento normalmente attribuiti al titolare».

¹² Cass., 13 maggio 1982, n. 3009, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 1534. Sulla questione è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione (Cass. 21 giugno 2013, n. 15709, in *Giust. civ. Mass.*, 2013 e *Vita not.*, 2013, 3, p. 1278) affermando che «il patto di prelazione per il caso di vendita, stipulato senza limiti di tempo, non ricade nel divieto di rapporti obbligatori che tolgano senza limitazioni cronologiche al

proprietario la facoltà di disporre dei suoi beni, in quanto tale patto non comporta l'annullamento dell'indicata facoltà, restando sempre il proprietario perfettamente libero di disporre o meno dei suoi beni ed alle condizioni che preferisce, bensì soltanto un limite relativo alla libera scelta della persona del compratore, la quale, nella normalità dei casi, a parità di condizioni per tutto il resto, è indifferente per il venditore. Tuttavia, ai sensi dell'art. 1183 c.c., deve ritenersi ammissibile un intervento del giudice che, su istanza di una delle parti, stabilisca un termine finale ritenuto congruo per l'esercizio del diritto di prelazione».

¹³ Come documenta L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1981, p. 59 e ss.

¹⁴ Cass., 21 marzo 1927, in *Foro it.*, 1928, I, c. 40.

¹⁵ App. Milano, 10 dicembre 1954, in *Mon. trib.*, 1955, p. 414; Trib. Firenze, 29 dicembre 1951, n. 141, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, p. 249.

¹⁶ Cass., 18 gennaio 1951, n. 141, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, p. 251, con nota di G. GROSSO, «Tipicità delle obbligazioni propter rem»; Cass., 26 giugno 1952, n. 1896, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1658, ed in *Giur. it.*, 1953, 2, p. 252, ove si affaccia il principio del numero chiuso dei diritti reali. L'evoluzione è stata accuratamente ripercorsa da F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 139 e ss., il quale illustra come il maggior impiego dell'obbligazione *propter rem* si registrasse proprio in ordine agli obblighi circa la tipologia degli edifici da erigere, o le distanze tra le costruzioni, imposti dal lottizzatore agli acquirenti. Per la giurisprudenza precedente si segnala Cass., 14 gennaio 1946, n. 37, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, II, p. 391, con nota critica di A. TORRENTE, «Servitù e oneri reali», nonché in *Giur. it.*, 1946, I, 1, p. 471, con nota di G. GROSSO, «Servitù e c.d. limitazione della proprietà»; cfr. inoltre le sentenze analizzate da G. GROSSO, «Servitù e obbligazioni propter rem», in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 213.

Tra le sentenze della Suprema Corte degli ultimi anni, si segnala Cass., 26 febbraio 2014, n. 4572, in *Guida al dir.*, 2014, 20, p. 62, dove si legge che «le obbligazioni "propter rem" sono caratterizzate dal requisito della tipicità, con la conseguenza che esse possono sorgere per contratto solo nei casi e col contenuto espressamente previsti dalla legge»

restrizioni fu dato spazio alle servitù reciproche, prima negate¹⁷.

Ad esito del mutato orientamento la realtà del vincolo può peraltro configurarsi solo ove sia ipotizzabile un rapporto tra fondi, così da riprodurre gli estremi della predialità in cui si compendia l'essenza della servitù. È in questo modo che la vicenda civilistica dei vincoli di destinazione d'uso ha preso ad essere legata a regolamenti condominiali e piani di lottizzazione: perché in questi ambiti la presenza di una pluralità di beni consente di configurare detti obblighi quali contenuti di altrettante servitù, e quindi di dotarli di efficacia reale.

Gli interessi protetti

I profili di liceità sono di consueto trascurati. Il vincolo all'utilizzo si traduce - alternativamente od in via cumulativa - in limiti alla libertà personale, all'esercizio di attività commerciali, allo sfruttamento della proprietà. Non si è sufficientemente considerato - ad esempio - che il divieto di adibire un appartamento ad uso diverso dall'abitazione può nascondere un patto di non concorrenza commerciale, o professionale¹⁸. La nostra tradizione maturata in margine alle servitù aziendali, in effetti, si è riversata tutta sul fronte della qualificazione¹⁹, lasciando sguarnito quello del controllo della liceità.

Neppure il richiamo all'art. 1379 c.c. - con riferimento alle congiunture irrimediabilmente sfornite di realtà - ha sollecitato alcuna tassonomia degli interessi apprezzabili quale fondamento di un vincolo di destinazione. Nei rapporti bilaterali riguardanti beni isolati, ossia non incastonati in condominio o comprensorio di sorta, l'interesse è spesso personale allorché il limite all'utilizzo non si prefigge un maggior apprezzamento del valore di scambio del bene, ma persegue un obiettivo caro al soggetto.

78 Una massima isolata pare, in effetti, avere ritenuto l'interesse morale idoneo a sostenere un patto di non alienare²⁰. A parte l'obiezione circa la sua pregnanza comunque scarsa in un sistema che ritiene eccezionale la risarcibilità del danno non patrimoniale²¹, con riferimento ad un vincolo d'uso esso

e, nello stesso senso, Cass., 4 dicembre 2007, n. 25289, in *Giust. civ. Mass.* 2007, p. 12.

¹⁷ Già dai tempi di Cass., 18 febbraio 1955, n. 483, in *Giur. agr. it.*, 1955, p. 397; inoltre, più recentemente, Cass., 24 ottobre 2013, n. 24125, in *Guida al dir.*, 2014, 6, p. 95.

¹⁸ App. Milano, 13 marzo 1959, in *Foro pad.*, 1960, I, p. 742, ha escluso la configurabilità di una servitù in ordine alla perpetua destinazione alla vendita di determinati generi merceologici degli "stands" di un mercato comune, convenuta negli atti di compravendita. Per un'interessante applicazione si segnala inoltre Cass., 5 febbraio 1987, n. 1136, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1099, con nota di M. COSTANZA, la quale ha negato la ricorrenza di una servitù in ordine all'impegno di non concorrenza assunto dal venditore di un immobile ad uso negozio a favore del compratore, affiancato dall'ulteriore vincolo ad inserire analoga clausola nei futuri atti di vendita degli altri locali ubicati nella stessa zona.

¹⁹ È principio risalente che il divieto di concorrenza possa configurarsi come servitù quando importi astensione dall'esercizio di attività rispetto al fondo che il proprietario come tale avrebbe potuto esercitare (Cass., 8 luglio 1959, n. 2193, in *Riv. dir. ind.*, 1960, II, p. 165). Quasi un ventennio dopo (Cass., 24 agosto 1977, n.

3852), la Suprema Corte afferma che «perché possa ritenersi costituita una servitù, la cui utilità inerisca alla destinazione industriale del fondo dominante, occorre che l'utilità stessa attenga ad un'attività industriale (o anche commerciale) che si svolga necessariamente e non soltanto occasionalmente, attraverso l'uso del fondo (predialità), e pertanto non possono essere riconosciuti i caratteri della servitù nel patto di non concorrenza stipulato tra i proprietari di due fondi contigui, in relazione ad attività commerciali che avrebbero potuto essere svolte anche in fondi diversi».

Sulla distinzione tra servitù aziendali (inammissibili, in quanto prive di predialità) e servitù industriali in senso stretto (ammissibili), si veda anche B. BIONDI, «Servitù industriali e servitù aziendali», in *Foro pad.*, 1958, I, p. 763; A. MATTEUCCI, «Delle servitù c.d. irregolari e, in particolare, delle servitù aziendali», in *Foro it.*, 1956, I, p. 156.

²⁰ Trib. Genova, 31 gennaio 1958, in *Temi gen.*, 1958, p. 231.

²¹ G. GORLA, *Il contratto*, vol. I, Milano, 1958, 218. Sulla risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale si è pronunciata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973), suggerendo

pare comunque meno facilmente ipotizzabile. Non può, tuttavia, escludersi il caso della cessione di un cespite che rivesta un particolare significato sentimentale per il dante causa, il quale intende pertanto impegnare l'acquirente a non mutare la destinazione (ad esempio, da villa in albergo) finché egli vivrà. Si è reputata, d'altra parte, congrua ragione giustificativa di un patto di non alienare l'interesse al controllo a vantaggio del cedente, oppure del cessionario. Al primo ordine viene ricondotto il caso dell'usufruttuario che non intenda entrare in relazione con un diverso nudo proprietario, e quello del titolare di una rendita vitalizia²². La trasposizione di un tale intento nel vincolo d'uso è peraltro concepibile solo in ordine a quest'ultima evenienza. La protezione del cessionario può ipotizzarsi per le medesime ragioni - inesperienza, immaturità - per cui gli viene interdetta la cessione, seppure emergano qui con minore evidenza.

Altra fattispecie esemplare, la quale tuttavia evidenzia un vincolo di contenuto positivo piuttosto che negativo, è quella che possiamo identificare quale "cessione di scopo": è questo il caso di un ente pubblico che trasferisce ad un privato un bene affinché lo adatti ad una certa destinazione d'uso²³.

Le fatiche cui costringe l'individuazione dell'interesse idoneo a fondare l'imposizione di un tale vincolo all'acquirente della proprietà quasi si placano allorché esso sia prescritto ad un detentore qualificato, come il conduttore o l'affittuario. È sufficiente al riguardo rinviare all'abbondante letteratura e giurisprudenza stratificatasi a proposito del rapporto di locazione, in genere, e della disciplina dell'"equo canone", in particolare²⁴.

L'imperfetta aderenza ai vincoli di destinazione delle tecniche affinate in margine ai patti di non alienare dimostra come le due figure non coincidano perfettamente.

Il vincolo di destinazione d'uso talora si atteggia come riserva di utilità a favore di un soggetto diverso dal proprietario; altra volta è rivolto a conformare lo statuto del bene. Rientra nella prima ipotesi il divieto di utilizzo che si traduce nell'impedimento ad esercitare una determinata attività commerciale, e che può assumere le sembianze della servitù aziendale²⁵; configurano invece il secondo profilo le restrizioni imposte dai regolamenti condominiali.

In entrambi i casi affiora la distanza rispetto al divieto di alienazione: solo il vincolo di destinazione si presta a riempire il contenuto di una servitù; solo i limiti d'uso possono ritenersi agganciati ad un interesse intrinseco al bene.

Questa prospettiva è stata di recente ripresa, ribadendosi l'inammissibilità della sussunzione del vincolo di destinazione nell'art. 1379 c.c., in considerazione della differenza tra la menomazione della libera commerciabilità che preclude la realizzazione del valore di scambio del bene, e la limitazione all'utilizzo dello stesso, che predetermina solo la forma di godimento fruibile; inoltre quest'ultima è temporanea per vocazione, durando sinché perdura l'interesse a quella destinazione, venendo meno la quale è destinata ad estinguersi per impossibilità sopravvenuta, o per eccessiva onerosità sopravvenuta, o per presupposizione.

Si è, pertanto, suggerito di rendere i vincoli di destinazione compartecipi della natura del rapporto cui ineriscono, così da accreditare a quanti accedono a diritti reali la medesima indole, soltanto

una soluzione che predica una risarcibilità limitata del danno non patrimoniale contrattuale attraverso il riferimento al concetto di diritti inviolabili della persona, sostenendo che anche nella materia contrattuale è dato discorrere di danno non patrimoniale ogniqualvolta la legge o l'autonomia negoziale delle parti veicolino all'interno dell'impianto causale del contratto interessi non patrimoniali corrispondenti al rango di diritti della persona costituzionalmente qualificati.

²² Mantiene attualità l'acuta trattazione di G. BONIELLO, «La clausola di inalienabilità nel diritto francese e in

quello italiano», in *Ann. dir. comp.*, 1966, p. 30.

²³ Come nel caso deciso dall'App. L'Aquila, 31 marzo 1977, citato da M. CONFORTINI, *op. cit.*, p. 878.

²⁴ Cfr. art. 80 L. 392/1978.

²⁵ Vedi retro note 18 e 19; in dottrina A. NATUCCI, «Le servitù industriali», in *Quadrim.*, 1986, p. 362 e ss.; ID., *Le servitù. Problemi di carattere generale*, in P. GALLO e A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, tomo II, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2001, p. 93; ma v. *contra* M. COMPORTE, voce *Servitù, dir. priv.*, in *Enc. dir.*, XLXII, Milano, 1990, p. 295.

subordinandone la validità alla condizione che non ne svuotino il contenuto, non disintegrino cioè il godimento tipico dei beni. Insomma una lettura se si vuole coerente con la funzione sociale dell'art. 42, comma 2, Cost., idonea a sostenere l'assunto di più ampia portata circa la manipolabilità del diritto reale nel rispetto del suo contenuto minimo essenziale: sarebbe consentito all'autonomia privata modulare il diritto reale purché sia mantenuto al titolare il complesso di poteri e facoltà che caratterizzano quella situazione²⁶.

Piani di lottizzazione e limitazioni reciproche tra i fondi

Si è detto come condomini di edifici e comprensori lottizzati siano lo sfondo più familiare rispetto al fenomeno dei vincoli di destinazione d'uso, in tal contesto colorati di realtà dapprima attraverso l'assimilazione alla *obligatio propter rem*, e poi alle servitù reciproche.

Vanno segnalate peraltro alcune ulteriori particolarità. È curioso, intanto, notare come, a dispetto del dogma circa la tipicità delle *obligationes*, in siffatti ambiti - specie in margine alle previsioni contenute in regolamenti condominiali - emergano espresse concessioni alla configurabilità di oneri reali²⁷. Si tratta perlopiù di casi alternativamente riconducibili alle servitù reciproche, cosicché la nominale reviviscenza di quella figura - che si predica altrimenti quiescente - è sfornita di rilievo operativo, non conducendo a risultati diversi da quelli conseguibili sul terreno della servitù, ed in presenza dei medesimi presupposti di fatto che ne legittimerebbero la configurabilità.

Solo in qualche rara ipotesi si ha l'impressione che la preferenza sia accordata alla qualificazione in termini di *obligatio*, o di onere reale, in ragione della più facile demolizione del vincolo che per via di questo paradigma si può ottenere, come in effetti è avvenuto nel caso del vincolo a portierato, sopra riferito²⁸.

80 L'altro fenomeno degno di nota è l'assoluta disinvoltura con cui in tale settore vengano riconosciuti sussistenti gli estremi della predialità. Emerge come, in definitiva, siano qualificati servitù tutti i vincoli imposti dall'originario titolare nelle vendite dei singoli appezzamenti: fondo dominante è ritenuta la parte rimasta in proprietà dell'alienante, ancorché non ne sia fatta parola²⁹. Anche quando siano stati ceduti tutti i lotti, viene egualmente riconosciuta la creazione di altrettante servitù reciproche, ipotizzandosi una contrattazione a favore del terzo³⁰.

²⁶ M. COMPORTE, *Divieti di alienazione e vincoli di destinazione*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, p. 874 e ss.

²⁷ Tra le sentenze di legittimità più recenti si segnala Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 446, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1314, in *Vita not.*, 2001, p. 239, in *Arch. locaz.*, 2001, p. 418, la quale ha provato a distinguere, nell'ambito delle previsioni contenute nei regolamenti condominiali, la costituzione di: 'servitù' - come tali trascrivibili nei Registri immobiliari - identificandole in «pesi a carico di unità immobiliari di proprietà esclusiva e a vantaggio di altre unità abitative, cui corrisponde il restringimento e l'ampliamento dei poteri dei rispettivi proprietari»; 'oneri reali', laddove vengano imposte «prestazioni positive a carico dei medesimi [leggi condomini] e a favore di altri condomini o di soggetti diversi»; infine 'obbligazioni propter rem' ove sia limitato «il godimento o l'esercizio dei diritti del proprietario dell'unità immobiliare», cui va ricondotto «il divieto di adibire l'immobile ad una determinata

destinazione, ovvero di esercitarvi determinate attività». Non si tratta, peraltro, di una situazione consolidata, poiché al contrario le limitazioni al godimento delle unità immobiliari sono state ricondotte, da parte della stessa giurisprudenza di Cassazione ed anche in tempi recenti, ora alle servitù reciproche, ora agli oneri reali, come emerge dalle annotazioni di M. DE TILLA, «Regolamento di condominio e divieto di destinazione», in *Arch. locaz.*, 2001, p. 418, nonché di R. TRIOLA, «Sulla natura giuridica delle limitazioni dei poteri dei condomini disposta dal regolamento contrattuale», in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1317, cui adde R. CORONA, voce *Regolamento di condominio*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001.

²⁸ App. Genova, 4 ottobre 1988, cit.; Cass., 11 novembre 1986, n. 6584, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1494, con nota di M. COSTANZA.

²⁹ App. Roma, 28 gennaio 1954, in *Foro pad.*, 1954, p. 906; Cass., 18 febbraio 1954, n. 483, cit.; Cass., 18 febbraio 1970, n. 380, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2127.

³⁰ Cass., 18 febbraio 1955, n. 483, cit.; Cass., 14 dicembre

Quanto all'identificazione del contenuto della servitù, con analogia generosità si reputa sufficiente il richiamo al piano di lottizzazione³¹.

In maggiore onore è invece tenuta la pubblicità, pretendendosi comunque l'inserimento della clausola costitutiva nella nota di trascrizione del rogito di compravendita³², e talora anche l'autonoma trascrizione in danno dell'acquirente del fondo.

La verifica dell'adempimento pubblicitario potrebbe però fare stragi nelle future controversie ove si consideri che l'art. 17, comma II, L. 52/1985 ha imposto la redazione di note autonome per ogni distinto negozio, seppure contenuto nel medesimo rogito. Nella specie, l'opponibilità del vincolo di destinazione sarebbe, quindi, subordinata all'avvenuto deposito di una nota specificamente dedicata alla servitù corrispondente, con l'ulteriore avvertenza che la trascrizione della stessa deve avvenire secondo un ordine capovolto rispetto a quello della compravendita, quindi "a favore" dell'alienante e "contro" l'acquirente.

La rilevanza prodromica del progetto di piano di lottizzazione fu da taluno già adombrata³³ rileggendo una lontana pronuncia della Suprema Corte³⁴, che la confermò nei rapporti tra privati anche in assenza dell'autorizzazione comunale. In questa lettura semplificatrice si annida l'equivoco dal quale sono spesso viziate le considerazioni che, nei contesti più diversi, liquidano sbrigativamente il tema dei vincoli imposti dai piani di lottizzazione. Si omette, non di rado, di tenere distinto il rapporto con la P.A., dal versante civilistico.

La sentenza in questione si occupò esclusivamente di questo secondo. La vicenda, che risale agli anni cinquanta, vedeva protagonista una cooperativa la quale, dopo avere predisposto un piano di lottizzazione per una vasta area di sua proprietà, anteriormente all'approvazione dello stesso avviò la cessione dei vari appezzamenti, nei singoli contratti prevedendo che determinate aree o strisce di terreno fossero destinate a strada o a giardini. La controversia di specie originò dall'iniziativa assunta da un avente causa, diretta a fare valere il corrispondente diritto sulle parti destinate ad uso comune.

La lettura attenta della motivazione restituisce la corretta prospettiva. La Suprema Corte non ha, invero, mai inteso sovrapporre i due profili, ed anzi si è data carico di precisare che l'autorizzazione comunale assume rilevanza solo nel rapporto tra la P.A. ed i privati interessati, mentre «la mancanza di essa non incide sulla legittimità e validità di convenzioni *iure privato*».

È ben vero che un passo dischiude un'apertura verso il rilievo primario di queste ultime («pattuizioni che tendono anzi a porre in essere le premesse necessarie sul piano privatistico per poter eventualmente richiedere poi l'autorizzazione prescritta dal ripetuto art. 28»), ma viene pur sempre riconosciuto che rimane «salva la facoltà dell'Amministrazione di apportarvi varianti o di predisporlo d'ufficio». Senza contare, infine, che la fattispecie era anteriore alla L. 767/1967, cosicché norma di riferimento si rendeva l'art. 28 L. 1150/1942 il quale - si è detto - ritagliava una fisionomia più marcatamente privatistica del piano di lottizzazione³⁵.

1982, n. 6871, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1489; Cass., 2 giugno 1992, n. 6652, in *Foro it.*, 1993, I, c. 148.

³¹ Cass., 2 giugno 1992, n. 6652, *cit.*; Cfr. anche, Cass., 23 febbraio 2009, n. 4373, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 287, in *Giust. civ.*, 2009, 6, I, p. 1269, in *Vita not.*, 2009, 2, p. 934.

³² Cass., 1° agosto 1958, n. 2845, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 2071; Cass., 23 dicembre 1960, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 221. Cass., 11 maggio 1996, n. 4439, in *Giust. civ. Rep.*, voce *Trascrizione*, n. 2, ha ribadito l'impegnativo principio secondo cui, a seguito della trascrizione del regolamento di condominio, il divieto - ivi - previsto di realizzare opere sulle terrazze a livello della proprietà esclusiva risulta opponibile a tutti i successivi aventi causa senza limiti di tempo. Cass., 25 giugno 1999, n. 6588, in *Guida al dir.*,

1999, p. 52, con nota di G. DE PAOLA, «I terzi non sono tenuti a consultare il titolo per verificare eventuali omissioni o errori», ha fatto applicazione, con riferimento alle clausole del regolamento di condominio, del principio secondo cui, nel caso di divergenza tra i dati riportati nella nota e quelli emergenti dal titolo, sono i primi a prevalere, onde escludere la possibilità di interpretare (non a caso: estensivamente) la clausola portante il divieto trasfuso nella nota alla luce degli elementi desumibili dal titolo.

³³ M. BESSONE, *Natura giuridica del piano di lottizzazione*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di M. Costantino, II ed. aggiornata, Milano, 1995.

³⁴ Cass., 23 marzo 1961, n. 651, in *Foro it.*, 1962, I, c. 131.

³⁵ M. BESSONE, *op. cit.*, p. 232.

Specularmente vale l'assunto formulato in una sentenza resa in quei medesimi anni in sede di merito, sebbene riguardante una forma primordiale di convenzione di lottizzazione stipulata agli inizi del novecento. In quell'occasione si esclude che diano origine a servitù prediali le clausole che documentano l'accordo raggiunto dal proprietario dell'area fabbricabile con il Comune circa le future costruzioni, in armonia con il piano regolatore della città e le costruzioni già esistenti³⁶.

La demarcazione tra i due versanti fu ben evidenziata osservando il modello francese in vigore negli anni settanta³⁷. La scansione indicava, da un lato, l' "arrete" fonte di regole e servitù d'interesse generale vincolanti il lottizzatore ed i suoi aventi causa; e, dall'altro lato, il "cahier" di fonte privata, diretto ad assicurare l'equilibrio tra i lotti³⁸.

L'autonomia della destinazione assentita dalla P.A. rispetto a quella impressa privatamente attraverso la costituzione di servitù affiora con chiarezza ove si consideri l'ipotesi del loro contrasto. Le corti, investite in passato del giudizio su questa congiuntura, manifestarono preferenza verso la superiorità del vincolo contrattuale³⁹.

Dopo alcuni contributi prodotti nel solco della prospettiva più tradizionale, in tempi di trionfo dell'approccio dogmatico⁴⁰, la dottrina è pervenuta ad aggiornare l'intonazione dei suoi argomenti, suggerendo di fare capo alla sanzione comminata dall'art. 1074 c.c. nel caso di sopravvenuta mancanza dell'utilità⁴¹.

L'espedito concettuale è consistito nel ricorso al canone della "funzione sociale" che, direttamente riferita dalla Costituzione alla proprietà, viene addotta - in via diretta e non analogica⁴² anche come criterio di qualificazione del contenuto della servitù: il sopraggiunto contrasto con le mutate previsioni urbanistiche ne farebbe venir meno proprio la funzione sociale, congiuntura da collegarsi, equiparandole, alla sopravvenuta cessazione dell'utilità oggettiva del fondo dominante⁴³. In entrambi i casi la servitù enterebbe in uno stato di quiescenza, cosicché l'esercizio ne sarebbe impedito⁴⁴.

82 Ve ne è quanto basta, insomma, per illustrare la diversità dei due risvolti, amministrativo da un lato, civilistico dall'altro. Nè si ritengano eccentriche quelle numerose sentenze che hanno giudicato sufficiente per la costituzione della servitù il richiamo dell'autorizzazione alla lottizzazione nei rogiti di

³⁶ App. Genova, 14 febbraio 1963, in *Foro pad.*, 1963, I, 455, in margine ad un accordo stipulato con il Comune nel 1914. La sentenza confermò Trib. Savona, 26 maggio 1961, in *Foro pad.*, 1962, I, p. 820.

³⁷ A. DE VITA, *Posizione dei privati e disciplina urbanistica nel sistema francese. Soluzioni e orientamenti nell'esperienza attuale*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, cit., p. 171 e ss.

³⁸ Obbligatorio fino al 1958 è poi divenuto facoltativo; alla domanda di autorizzazione deve essere comunque allegato un dossier comprendente un regolamento che rechi la disciplina delle servitù e delle caratteristiche delle costruzioni. Il "cahier des charges" quale contratto tra lottizzatore e lottizzati, ed all'interno di questi ultimi, necessita dell'autorizzazione amministrativa e del suo assorbimento nel "réglement d'urbanisme" (A. DE VITA, *op. ult. cit.*, p. 226 e ss.). Ancora degne di nota sono le "servitudes d'urbanisme" ascritte alla categoria delle "servitudes d'utilité publique": sono assimilate ai limiti imposti alla proprietà privata nell'interesse pubblico, e sulla base degli artt. 649-650 *Code civil* si esclude la necessità di un fondo dominante (conf. Cass. civ., I Sect., 30 aprile 1963, G.P., 1963, J., p. 201). La natura delle "charges" contenute nel "cahier" è variabile in dipendenza della situazione di fatto (Cass. civ., 13 novembre 1963, G.P., 1964, J., p. 229).

³⁹ Cass., 1 maggio 1942, n. 1155, in *Foro it. Rep.*, 1942, v. *Obbl. e contr.*, p. 177-178 operò una netta scelta di campo; Cass., 20 gennaio 1962, in *Foro it.*, 1962, I, 204, nonché in *Riv. giur. ed.*, 1962, I, p. 222 (con nota di A. ALIBRANDI, «Servitù di destinazione di un fondo ad un tipo edilizio (villini) e successiva destinazione urbanistica della zona a diverso tipo edilizio») giudicando in margine ad un caso di abbattimento dell'edificio eretto in conformità alla servitù, e sua ricostruzione secondo le mutate previsioni urbanistiche, ha ritenuto il proprietario passibile di un'azione di danni.

⁴⁰ B. BIONDI, «Servitù reciproche e limite legale trasfuso in servitù volontaria», in *Giur. it.*, 1956, I, 1, p. 888; ID., «Trasformazione di limiti legali del dominio in servitù volontaria», in *Foro it.*, 1951, I, c. 56.

⁴¹ M. COMPORTI, «Servitù private e normativa urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 1968, II, p. 271 (articolo destinato agli Studi in onore di Gioacchino Scaduto).

⁴² In quest'ultimo senso S. RODOTÀ, «Note critiche in tema di proprietà», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1326.

⁴³ Nozione a suo tempo indagata in profondità da parte di P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su "edificio da costruire"*, Napoli, 1966, p. 39 e ss.

⁴⁴ M. COMPORTI, *op. ult. cit.*, p. 281.

vendita dei singoli appezzamenti, chè al contrario quella giurisprudenza ha subordinato la soluzione affermativa all'autonomia ed indipendenza delle pattuizioni privatistiche⁴⁵, le quali ultime meritano, dunque, separata attenzione.

L'utilizzo delle servitù quale strumento di pianificazione territoriale è tema visitatissimo dai civilisti, che vi hanno dedicato contributi ora frontalmente incentrati, ora prodotti - per così dire - "in occasione". Il fenomeno è del resto assai risalente, come già l'esempio romano dell'Eur vale a dimostrare⁴⁶: una clausola del contratto tipo imponeva agli acquirenti dei singoli lotti una serie di limiti in ordine al volume, all'ubicazione ed alla tipologia delle erigende costruzioni. Precedenti ormai celebri raccontano come anche in altre città fiorissero esperienze analoghe⁴⁷; nè si trattava di un fenomeno solo italiano⁴⁸. La qualificazione di quei vincoli nei termini della servitù è, tuttavia, ben più recente. Per lungo tempo, e comunque finchè fu in vigore il codice del 1865, un'assai discutibile lettura del principio "*neminem res sua servit*" ostacolò la concettuale configurabilità di servitù reciproche⁴⁹, in realtà l'inquadramento più lineare di vincoli prediali diretti a sacrificare ed avvantaggiare ugualmente più fondi.

I giudici ripiegarono, in effetti, sulla "veneranda"⁵⁰ figura dell'obbligazione *propter rem*, talora commutata nell'onere reale, soggiacendo a quell'indebita propensione ad evocarle in modo fungibile⁵¹. Fu così statuito che le limitazioni convenzionali reciprocamente imposte in ordine alla tipologia degli edifici realizzandi, una volta trascritte seguono il bene quali oneri reali che ne disciplinano "il modo di essere"⁵².

È poi curioso notare come la medesima natura di oneri reali fosse confermata quand'anche i vincoli riposassero su precetti dell'autorità amministrativa⁵³: indirizzo da non dimenticare, ed anzi da mettere in collegamento con ben più recenti affermazioni.

Una volta scartata la servitù, il ricorso all'onere reale rispondeva alla preoccupazione di garantire la trasmissione di tali limitazioni non solo agli eredi, ma pure agli aventi causa *fundi nomine*⁵⁴.

Una casistica risalente

Il contenzioso in materia è, invero, piuttosto antico. In effetti, solo in tempi relativamente recenti la casistica appare frontalmente riferita ad ipotesi di lottizzazione. Tuttavia anche prima della diffusione di un tale fenomeno sussistevano nella sostanza fattispecie analoghe - sotto il profilo che ci riguarda - con la conseguenza che le corti erano investite delle medesime questioni che oggi cataloghiamo sotto quella formula. Merita piuttosto rilevare come in allora non solo gli autori, ma gli stessi giudici, nei

⁴⁵ Tra le numerose Cass., 28 maggio 1963, n. 1410, in *Riv. giur. ed.*, 1963, I, p. 957; Cass., 28 gennaio 1961, n. 168, in *Riv. giur. ed.*, 1961, I, p. 108.

⁴⁶ Ricordato da P. VITUCCI, *Servitù prediali, piani di lottizzazione privati, edilizia convenzionata*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di M. Costantino, Milano, 1978, p. 743 e ss.

⁴⁷ Un caso genovese di inizio secolo fu deciso dalla visitatissima Cass., 21 marzo 1927, in *Giur. it.*, 1927, I, I, p. 542; *Riv. dir. comm.*, 1927, II, p. 622, con nota di E. ALBERTARIO; *Foro it.*, 1928, I, c. 41, con nota di L. BARASSI, «La clausola che impone all'acquirente di erigere solo un determinato tipo di edificio».

⁴⁸ P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, p. 745, ricorda esperienze parigine ed altre svizzere. L'elaborazione francese sul vincolo contrattuale di destinazione "*à l'habitation bourgeoise*" sarà esaminata in seguito.

⁴⁹ Sull'inammissibilità delle servitù reciproche: Cass., 19 dicembre 1931, in *Foro it.*, 1932, I, c. 404; Cass., 9 maggio 1933, in *Foro it. Rep.*, 1933, voce *Servitù*, n. 20.

⁵⁰ Aggettivazione impiegata da A. CANDIAN e A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 152.

⁵¹ B. BIONDI, «Oneri reali ed obbligazioni *propter rem*», in *Foro pad.*, 1953, I, p. 341 osservava: «non mi sembra esatto, come fa talvolta la giurisprudenza ... rifugiarsi genericamente nella indefinita categoria degli oneri reali ed obbligazioni reali, diventata più una frase che un concetto» (c. 353).

⁵² Cass., 21 marzo 1927, *cit.*

⁵³ Cass., 24 febbraio 1917, in *Giur. it.*, 1917, I, I, p. 1160.

⁵⁴ App. Roma, 17 marzo 1936, in *Foro it.*, 1936, I, c. 693, che dalla qualifica nei termini dell'onere reale derivò il corollario della sua estinzione per mutuo dissenso.

loro riferimenti mescolassero le decisioni di casi così caratterizzati con quelle emesse in margine ad ipotesi diverse, ove faceva difetto la pluralità dei lotti.

La congiuntura che riproduce l'assetto della lottizzazione è quella contrassegnata dal frazionamento di un'estensione di terreno in singole porzioni cedute ad altrettanti acquirenti, cui viene imposto il rispetto di prefissate tipologie nelle realizzande costruzioni. Paradigma finitimo è quello in cui vincoli corrispondenti vengono prescritti nella vendita di una certa metratura del fondo da parte dell'originario titolare che trattenga per sé tutta la superficie residua.

Le medesime clausole si trovano inserite anche nelle alienazioni più semplici, in cui il venditore trasferisce ad un solo avente causa tutto il cespite che possiede; la somiglianza di quest'evenienza con la cessione dell'appezzamento residuo nella vendita a lotti è però solo apparente.

Ove, com'è intuibile, ci si muova nella prospettiva della predialità, che nel nostro sistema di consueto prende forma nelle servitù, è evidente che nelle ipotesi in cui difetti il riferimento ad un fondo dominante, come nel penultimo caso ricordato, le decisioni rese in margine a tale casistica devono essere emarginate.

Nell'ultima ipotesi un tale riferimento è, invece, individuabile nei lotti circostanti, precedentemente trasferiti: emergono nondimeno delicate questioni che trovano spesso sbocco sul terreno della contrattazione a favore del terzo.

Da questa giurisprudenza devono poi ulteriormente separarsi le pronunce dedicate a casi in cui l'edificazione era astretta sul piano quantitativo (ciò che la tradizione suole ricondurre alla servitù *altius non tollendi*), e quelle che si occupano di altri vincoli fondiari (ad esempio, impegni relativi a strade). Sono precedenti di certo utilizzabili per ricostruire le regole genericamente applicate dalle corti in margine a oneri reali, obbligazioni *propter rem* e servitù prediali, ma rimangono più in ombra rispetto alle decisioni specificamente incentrate su ipotesi di predeterminazione convenzionale della tipologia dei beni.

84 Non rappresenta invece sul piano concettuale una figura differente, l'imposizione del vincolo su porzioni di edificio anziché su lotti di terreno. È questo il caso che caratterizza una pronuncia tra le più risalenti in tema. La datazione della fattispecie precede addirittura l'entrata in vigore del codice ormai abrogato, il che porta la corte a ritenere applicabile il diritto comune anteriore⁵⁵.

Nell'atto di divisione di un fabbricato all'assegnatario del piano terreno fu imposto il divieto di locarlo "per l'esercizio di arti o industrie rumorose". La Corte Suprema (di Firenze) sancì, nella specie, la trasmissibilità di detta obbligazione ai successivi acquirenti ravvisandovi una servitù personale a favore degli inquilini stessi. Trattandosi di stabilire l'indole di un patto stipulato nel 1860 in Toscana, si ritenne corretto riferirsi al diritto comune in allora colà vigente, secondo il quale - a detta dei giudici - «la servitù personale non era limitata all'uso, all'usufrutto ed all'abitazione, ma si estendeva in generale al diritto di godere di qualsiasi comodità od utilità a carico del fondo altrui costituito a favore di determinate persone, senza aver riguardo al beneficio di un altro fondo». In effetti si ricorda che già nel diritto romano, come testimonia un passo di Pomponio, un tale diritto poteva essere alternativamente inquadrato nella servitù prediale od invece personale⁵⁶. Ben osserva l'illustre annotatore che la sentenza era pervenuta ad un esito corretto attraverso un itinerario sbagliato, dal momento che nella specie erano ravvisabili tutti i caratteri e gli elementi della servitù prediale come tramandati dalle fonti romane prima e da quelle francesi poi⁵⁷. L'Autore coglie pienamente la peculiarità del caso in esame in cui il divieto si traduceva altresì in un limite all'attività negoziale.

⁵⁵ Cass., Firenze, 9 aprile 1891, Morelli c. Angeloni, in *Foro it.*, 1891, I, 1076, con nota di L. TARTUFARI.

⁵⁶ POMPONIO, (L. 15, Dig., *de servitutibus*): «*Jus in re aliena constitutum quo dominus in re sua aliquid pati vel non facere tenetur in alterius personae reive utilitatem*».

⁵⁷ Cfr. L. TARTUFARI, *op. cit.*, c. 1077 il quale si rifa sia alle fonti romane (Pomponio, Paolo, Celso) sia a quelle francesi (Pardessus, Aubry et Rau, Laurent) per confermare come quel tipo di utilità fosse perfettamente compatibile con la figura della servitù prediale. In

La liceità di tali patti era del resto già stata riconosciuta da secoli⁵⁸, ma sul terreno del mero vincolo obbligatorio, dal momento che il divieto imposto all'acquirente mirava all'interesse commerciale dell'alienante (nella prospettiva della prevenzione della concorrenza) piuttosto che al vantaggio diretto del fondo⁵⁹.

Meno scontata era invece apparsa la qualificazione del caso in cui un proprietario di due case contigue ne avesse venduta una impedendo al compratore di aprirvi alcuna bettola od osteria⁶⁰. Figura analoga era quella dove la prescrizione riguardava l'esercizio di attività rumorose tali da recare incomodo ai vicini⁶¹.

L'inquadramento nei termini della servitù, talora commutata nell'onere reale, fu di poi sempre più privilegiato⁶² - con l'approvazione della dottrina⁶³ - almeno allorché il vincolo gravava un fondo a vantaggio di uno finitimo. Qualificazione questa - prevalentemente sotto il profilo dell'onere reale - confermata con specifico riferimento all'obbligo di costruire soltanto case di civile abitazione, imposto nelle vendite per lotti di aree fabbricabili⁶⁴.

In particolare, alcuni giudici espressero fuor di metafora l'apprezzamento verso i divieti di costruire edifici diversi dalle case di signorile abitazione, dei quali evidenziarono l'attitudine ad avvantaggiare non solo la persona del venditore, ma lo stesso fondo finitimo: «certo da tale elemento trae vantaggio

particolare segnala l'affinità con l'ipotesi tratta dalle fonti romane (L. 15, I, *Dig. VIII, de servitute*, 1, secondo cui «*servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat; sed ut aliquid patiatut aut non faciat*»).

⁵⁸ Si veda, in particolare, CAEPOLLA, *Varii tractatus, Venetiis*, 1571, tract., I, cap. 12, n. 1, ricordato da L. TARTUFARI, secondo cui «... *Si vendo tibi domum cum pacto non possis ibi exercere tales artes, si ex hoc consequor aliquam utilitatem, quia in alia mihi remanente similem artem exercebam, valet pactum, alias secus*».

⁵⁹ Il riferimento è diretto a F. LAURENT, *Principes*, VII, n. 149, nonché alle decisioni delle Corti di Bruxelles 8 marzo 1809, di Liegi 26 agosto 1811, e di Amiens 19 febbraio 1851, e della Cassazione francese 8 luglio 1851 (ivi citate p. 175 n. 2 e 3).

⁶⁰ Sovviene, in proposito, il brano di F. LAURENT, *op. cit.*, n. 150: «*En effet les cabarets sont une cause de trouble pour le voisinage; le bruit, les disputes, souvant la musique et la danse troublent le repos des voisins. L'héritage au profit duquel la charge est stipulée est donc amélioré. Voilà bien les caractères de la servitude*».

⁶¹ A maggior ragione ricondotte alle servitù prediali (F. LAURENT, *op. loc. cit.*).

⁶² La corte di Grenoble, in un caso in cui il rapporto era tra fondo e fondo, ritenne l'esistenza della servitù: «la clausola posta come servitù nel contratto di vendita da un fondo a un proprietario di cave situate nelle vicinanze, in forza della quale al venditore si interdice di cavare pietre negli altri fondi rimastigli o di dare passaggi per trasporto di pietre cavate, non dà luogo ad un'obbligazione personale, ma crea una vera servitù attiva per il fondo destinato a cave di pietre, e passiva per i fondi del venditore» (sentenza 28 maggio 1858, in causa Du Bord c. De Rosiere - Pasirisie franc., 1859, p. 37-25). Cfr., inoltre, Cass. Roma, 31 dicembre 1917, in *Giur. it.*, 1918, p. 86: «quando nel vendere un opificio con la forza idraulica che lo anima il venditore pattuisce espressamente con il compratore

che non sarà mai destinato al medesimo uso industriale a cui esso serviva prima, uguale a quello di altro vicino opificio di proprietà del medesimo venditore, tale patto costituisce sull'edificio venduto una servitù a vantaggio dell'altro opificio, non la semplice obbligazione personale del compratore di non fare concorrenza al venditore. Perciò se il contratto sia debitamente trascritto, il terzo acquirente non può sottrarsi al vincolo reale che deriva dalla imposizione della servitù»; nonché App. Torino, 14 luglio 1866, in *Giur. tor.* 1866, p. 188: «una stipulazione per la quale alcuno si obblighi verso il possessore di un molino di non costruire altro molino sopra un dato terreno prossimo, non costituisce una semplice obbligazione personale, ma impone sul fondo stesso un vero peso reale, una servitù per la utilità del vicino molino».

⁶³ Cfr. B. BRUGI, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 48, il quale significativamente afferma che «Una servitù di vietare costruzioni rumorose, che emanino fumo, cattivo odore, ecc. può essere un mezzo di conservare la benefica quiete ad un quartiere e specialmente all'edificio dominante, che sia usato per persone bisognose di riposo».

⁶⁴ La corte di Genova ritenne la piena validità del vincolo posto dal venditore di un'area fabbricabile, a tenore del quale si stabiliva che sulla medesima non potessero sorgere che case di civile abitazione (App. Genova, 5 febbraio 1915, Lurati-Tallerici, in *Monit. trib.*, 1915, p. 914), aggiungendo solo che la costruzione di una piccola chiesa (chiesa russa di S. Remo) non potesse dirsi in contrasto con il vincolo stesso. La corte di Roma ritenne analogamente la validità del vincolo imposto ai compratori da chi vende per lotti un suo terreno, per il quale si imponeva di costruirvi soltanto villini o palazzine (App. Roma 27 febbraio 1915, Marsiglia c. Crespi, in *Monit. trib.*, 1915, p. 713), giudicando poi che se (come nel caso di specie) ad un determinato compratore il vincolo non fosse stato esplicitamente imposto, non lo si potesse indurre per analogia.

anche la persona dell'abitatore della palazzina, ma lo trae attraverso l'utile che questa ne ha. Si immagini se, accanto ad essa, sorgesse una di quelle case operaie, che sembrano alveari umani, ove è vociare e strillare continuo, uno stabilimento che dà rumori ed esalazioni, un magazzino servito da rombanti autotrasporti⁶⁵.

Soluzione non dissimile si ebbe con riguardo all'imposizione di un tale obbligo nella cessione di un appezzamento di terreno attiguo ad opera del proprietario di un palazzo: la lite fu instaurata dal venditore nei confronti di un acquirente di quel fondo. In primo grado la pretesa - formulata nella forma della *confessoria servitutis* - fu respinta sulla base di una lettura di quelle clausole che ne privilegiò l'interpretazione nei termini dell'impegno obbligatorio, pur diffondendosi ad ammettere la concettuale percorribilità del diverso inquadramento⁶⁶. Tale verdetto fu però riformato in appello, ove fu riconosciuta la consistenza di servitù a favore del palazzo rimasto in proprietà del venditore⁶⁷. Degno di rilievo è anche un caso genovese sfociato in una delle più note sentenze in materia⁶⁸: la controversia era insorta tra due aventi causa dalla medesima società venditrice per il rispetto degli obblighi che quest'ultima aveva accettato nell'acquisto del terreno⁶⁹. Alla difesa del convenuto, tutta fondata sull'inesistenza di alcun rapporto diretto con l'attore, la corte opponeva che le limitazioni convenzionali reciproche nelle costruzioni degli edifici costituiscono «modi di essere delle cose» e, una volta trascritte, «in forma di onere reale» seguono la cosa presso qualsiasi possessore, «vincolano i singoli contraenti del pari che i loro eredi od aventi causa, *ratione rei, fundi nomine*» i quali sono tenuti «*propter rem*» a rispettarla. In omaggio al pregiudizio in allora vigente si assumeva che la reciprocità della limitazione escludesse la ricorrenza della servitù: «limitazione che non segna tra i fondi alcuna superiorità, ma disciplina soltanto il modo di essere delle cose».

Il carattere convenzionale non ne importa dunque l'efficacia obbligatoria: anche l'avente causa ne è quindi vincolato, se è vero che «non è lecito ribellarsi al fatto proprio nè si può vantare un diritto maggiore di quello scaturente dal titolo».

⁶⁵ App. Milano, 30 luglio 1927, Conte Vittorio Turati c. S.A. *La Soie de Chatillon*, in *Monit. trib.*, 1927, p. 770, pronunciato avverso la decisione di primo grado Trib. Milano, 26 giugno 1926, in *Monit. trib.*, 1927, p. 788.

⁶⁶ La ricchezza della motivazione giustifica la scelta di trascriverne uno stralcio: «Il vecchio domma *servitus in faciendo consistere nequit* non ha valore assoluto; già le *servitus oneris ferendi* (6 Dig. 8.5): *Labeo autem, hanc servitutum non hominem debere, sed rem; denique licere domino rem delinquere scribit*, ed in minor grado quelle *altius tollendi* rappresentano notevoli successive attenuazioni della rigidità arcaica del domma. Può ben concepirsi una servitù di carattere industriale. Già il Digesto 13 Dig. 8.4 contiene il seguente passo di Ulpiano: *Venditor fundi Geroniani, fundo Botriano quem retinebat, legem dederat ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest; quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit personae possidentium, aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur*. Questo passo è suggestivo. Il proprietario di due fondi adiacenti al mare ne vende uno imponendovi il divieto, vantaggioso per il suo fondo, della pesca del tonno, vale a dire di esercitare tonnaie dirimpetto al fondo acquistato. Esso differisce da una clausola di concorrenza dei nostri giorni pel carattere personale dell'astensione in cui un tale vincolo si concreta. Laddove il proprietario del fondo Geroniano doveva astenersi dalla pesca del tonno finchè rimane tale

e quindi l'onere grava sul fondo, *sub specie aeternitatis* e per esso sul proprietario *pro tempore*; lo stipulante una clausola di concorrenza si obbliga personalmente all'astensione. L'uno liberatosi dal fondo, si libera dall'onere o anche comprando un altro fondo può di questo servirsi come punto di appoggio dell'industria peschereccia; l'altro è vincolato da un obbligo personale per cui è decisiva la legge del contratto» (Trib. Milano, 26 giugno 1926, *cit.*).

⁶⁷ App. Milano, 30 luglio 1927, *cit.*, secondo cui «il ricordo nostalgico delle servitù classiche romane si risolve in una mutilazione della legge».

⁶⁸ Cass., 21 marzo 1927, Stramesi c. Oberti, pubblicata insieme a Cass., 13 maggio 1927, Gestri c. Benvenuti, entrambe in *Foro it.*, 1928, I, c. 40, con nota di L. BARASSI, «La clausola che impone all'acquirente di erigere solo un determinato tipo di edifici».

⁶⁹ La clausola era del seguente tenore: «la società venditrice si obbliga per sè e per i suoi aventi causa a costruire soltanto palazzine nei terreni di sua proprietà che restano a sinistra della gran strada da via Pia al Lido d'Albaro e si stendono a sud dei beni col presente atto venduti a Alberto Tommaso Rosasco fino allo stabilimento Lido. Le quali palazzine non potranno avere più di tre piani, pianterreno incluso, per ciascheduna, restando solo permessa in maggiore elevazione per ogni palazzina una torre, purchè la di lei superficie non oltrepassi l'ottava parte della palazzina cui è annessa».

Il ragionamento della Cassazione è definito “involuta” dall’insigne annotatore⁷⁰, il quale obietta come questa misteriosa “limitazione convenzionale reciproca” in realtà non fosse che una servitù prediale reciproca, e, soprattutto, lamenta l’insufficiente attenzione dedicata al contratto a favore del terzo, cui è ricondotto il fondamento dell’efficacia della clausola anche nei confronti dei precedenti acquirenti. Del resto molteplici erano gli interrogativi rimasti aperti. È certa l’attitudine di tale meccanismo ad operare con riferimento ai diritti reali? L’accettazione del terzo è idonea a consolidare l’acquisto a suo favore?⁷¹ Il titolo costitutivo risulta dal contratto e dalla dichiarazione del precedente acquirente, entrambi da trascrivere, per completare l’individuazione del fondo dominante e per descrivere il peso imposto a quello servente? Occorre che la clausola contenga un riferimento esplicito all’interesse dei precedenti acquirenti?

Con una pronuncia resa l’anno successivo la Corte Suprema afferma la validità della servitù costituita, nell’ambito di una compravendita, a favore del proprietario del fondo vicino, purché questa formi oggetto di apposita condizione; esclude che la dichiarazione del terzo debba soggiacere a limiti di tempo e a vincoli di forma (cosicché, essa può rintracciarsi in qualsiasi fatto del terzo che dimostri la sua volontà di accettare il diritto); indica quale equipollente della trascrizione l’impegno del terzo acquirente del fondo a rispettare la servitù⁷².

Circa un decennio più tardi la Cassazione ritorna sul tema con una motivazione particolarmente diffusa: essa ribadisce che la stipulazione a favore del terzo - nella specie l’imposizione di una servitù a vantaggio dei fondi confinanti, derivati dal frazionamento dell’unico lotto - deve rappresentare un’espressa modalità della compravendita, ed ancora che l’ accettazione può avvenire in qualunque tempo, né è sottoposta a formalità⁷³. In definitiva, contrariamente a quanto tramandano richiami storici troppo sbrigativi, già nella prima metà del novecento - e non dunque dagli anni cinquanta in poi -, in margine a fattispecie del tipo descritto, la giurisprudenza ricorreva ad entrambe le qualificazioni, nei termini sia della servitù, sia dell’onere reale (od obbligazione *propter rem*)⁷⁴, propendendo anzi per una lettura generosa della predialità⁷⁵.

⁷⁰ L. BARASSI, *op. cit.*, c. 43.

⁷¹ In questo senso si era già espresso App. Napoli, 28 febbraio 1926, in *Foro it.*, 1927, c. 430.

⁷² Cass., 30 gennaio 1928, in *Foro it.*, 1929, I, c. 128 emessa in margine all’impugnazione esperita avverso App. Napoli, 28 febbraio 1926, *cit.*

⁷³ Cass., 12 marzo 1937, Buja c. Lavatelli, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, p. 537. Nel senso dell’esplicita ammissione dell’operatività del contratto a favore del terzo anche nei confronti dei diritti reali v. Cass., S.U., 29 maggio 1939, Raccuglia Maltese c. Società costruzioni edilizie di Napoli, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, p. 934. Più recentemente, nello stesso senso, Cass., 11 maggio 2000, 6030, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 991.

⁷⁴ App. Roma, 10 gennaio 1929, Sacerdoti c. Lopez e Ferrari, in *Foro it.*, 1929, I, c. 915, con nota di A. BUTERA, «Sulla efficacia reale degli oneri che impongono un determinato tipo nella costruzione degli edifici».

⁷⁵ A. BUTERA, *op. cit.*, p. 916, ricorda una decisione in base alla quale si esclude che l’onere imposto all’acquirente di un fondo di costruire solo una certa tipologia di edifici conferisca azione per l’adempimento di tale patto all’acquirente di altra porzione, se non risulti che tale sia stata l’intenzione delle parti: «l’azione diretta ad ottenere l’osservanza del vincolo pattuito e trascritto, pur essendo esperibile presso qualsiasi possessore della cosa, non può

essere esercitata se non dal contraente della stipulazione limitativa, oppure dai suoi eredi e aventi causa». La pronuncia non esclude, quindi, l’attitudine del vincolo ad imporsi agli aventi causa dall’obligato, ma restringe il novero dei soggetti avvantaggiati. Essa deve quindi iscriversi nel filone delle sentenze che si sono misurate con l’invocabilità del modulo della contrattazione a favore del terzo. Il verdetto trova spiegazione considerando come nella specie il vincolo fosse stato imposto nella vendita dell’ultima porzione rimasta all’unico titolare originario, cosicché quando impose il divieto non gli era rimasto più alcun fondo configurabile come dominante. Altre sentenze avrebbero ritenuto di schivare l’obiezione rifugiandosi sul terreno dell’obligazione *propter rem*: la peculiarità di questa si appunta quindi nella chiusura apportata sul terreno della limitazione attiva. Peraltro da una lettura attenta della motivazione emerge come la *ratio* risiedesse nell’estinguibilità del vincolo in forza di rinuncia dell’originario creditore, quesito che la corte scioglie in senso affermativo.

Nelle critiche sollevate nella nota a sentenza sopra citata, possono rintracciarsi riflessioni cruciali nell’economia della presente ricerca, laddove si invita a considerare priva di senso la stipulazione per la persona propria dell’alienante che abbia ceduto - o stia per trasferire - tutti i fondi di sua proprietà siti in quella regione.

Valga l'esempio dell'interpretazione del patto con cui il proprietario di un fondo aveva vietato all'acquirente di un lotto di dare alla casa da costruire una destinazione diversa dall'abitazione, e specialmente quella di stabilimento industriale. L'allegazione circa la natura di mero rapporto obbligatorio, sollevata dalla difesa del convenuto in ragione dell'assenza di ogni riferimento ad alcun fondo dominante, viene respinta dalla Cassazione osservandosi che «da designazione di tale fondo nasceva dalle stesse cose, quando il venditore era proprietario del suolo attiguo, anch'esso destinato alla costruzione di case». Nessun problema, poi, ad estendere l'utilità - che deve sussistere nei confronti del fondo stesso - ai «vantaggi che ne accrescono, sotto qualsiasi aspetto anche se non strettamente materiale, come nel caso della maggiore amenità, il pregio»⁷⁶. L'opponibilità di quel patto fu così confermata anche nei confronti degli aventi causa, sebbene non fosse stato riprodotto a loro carico; risultato, peraltro, conseguibile anche attraverso la qualificazione nei termini dell'onere reale. In effetti, la stessa Suprema Corte in chiusura della pronuncia abbandona i riferimenti alla servitù - fino allora costantemente impiegati, tant'è che la sentenza è stata massimata sotto quel profilo - e si richiama all'onere reale: «... essendo l'onere reale, per la sua efficacia *erga omnes*, l'unico modo con il quale il ... poteva assicurare la realizzazione del suo proposito»⁷⁷.

A ben vedere, sul piano concettuale la differenza tra le due figure non sfuggiva e veniva colta soprattutto sul lato attivo: per oneri reali dovevano identificarsi «le prestazioni che sono connesse al fondo in guisa da determinare, a carico del possessore, e perchè tale, l'obbligo di soddisfarle»; invece, «se fosse imposto un peso ad un fondo a vantaggio di un altro fondo ... sorge allora nella sua struttura specifica la servitù prediale». Nondimeno la commutazione dell'inquadramento della fattispecie definita prima come onere reale, privilegiato dalla decisione appellata, e poi come servitù, non importa la cassazione della sentenza, dal momento che tali differenti richiami «non modificano il contenuto sostanziale della decisione, ma vi aderiscono»⁷⁸.

Il vero dilemma è l'intercambiabilità dei due termini sul piano funzionale: contestarla significava
88 neutralizzare il rilievo della predialità, come qualche sentenza ha evidenziato.

La qualificazione della natura del vincolo diviene peraltro cruciale quante volte il suo rispetto è reclamato nei confronti di aventi causa dagli originari contraenti. Spesso l'attore riveste la medesima posizione di subacquirente dal comune autore, cosicché il suo fondo risulterebbe astretto dal medesimo limite, per la valenza reciproca che lo connota. Il successo dell'iniziativa giudiziaria dipende dall'affermazione dell'attitudine del vincolo a proseguire nei confronti dei successivi cessionari del fondo.

Se è vero che l'inquadramento nei termini della servitù assicura l'accoglimento della domanda, è altrettanto vero che le corti pervenivano al medesimo risultato qualificando il vincolo come *obligatio propter rem* e onere reale, a condizione che apparisse soddisfatta l'esigenza della specifica trascrizione.

Così riguardato l'atteggiamento giurisprudenziale, deve, dunque, ridimensionarsi la convinzione secondo la quale di fatto si ostentasse una certa tolleranza nei confronti dell'individuazione del fondo dominante, spesso rintracciato attraverso una generosa ricostruzione della volontà negoziale; nonché, simmetricamente, deve rivalutarsi l'incidenza dell'approccio privilegiato nei confronti del completamento della pubblicità immobiliare.

Un caso deciso dai giudici romani al volgere degli anni venti documenta bene le considerazioni sin qui espresse⁷⁹. Nella specie, si assumeva operante nei confronti del convenuto il vincolo imposto all'autore del suo dante causa, attraverso un patto che dichiarava il divieto (di costruire edifici diversi dalle case di civile abitazione) «comune a tutto l'isolato». Il tribunale esclude la configurabilità di alcuna servitù essendo incerto il fondo dominante: «l'isolato è... menzionato non come fondo a cui vantaggio vada la limitazione imposta (fondo dominante), ma come fondo rispetto al quale, essendo comune la

⁷⁶ Cass., 13 maggio 1927, Gestri c. Benvenuti, in *Foro it.*, 1928, I, c. 42.

⁷⁷ Cass., 13 maggio 1927, *cit.*

⁷⁸ Cass., 12 marzo 1937, *cit.*

⁷⁹ Trib. Roma, 12 agosto 1927, Sacerdoti c. Istituto di gestioni fondiarie, in *Foro it.*, 1928, I, c. 124.

limitazione, il vincolo grava, o quanto meno come fondo servente e dominante allo stesso tempo». E se anche “tutto l’isolato” potesse intendersi quale fondo avvantaggiato, non per questo l’incertezza sarebbe dissolta «poichè nemmeno approssimativamente, nè in linea presuntiva è dato conoscere attraverso il patto la situazione, i limiti, i confini, ed il numero dei fondi a vantaggio dei quali il vincolo sarebbe stato imposto». Non per questo si conclude nel senso della mera obbligatorietà del patto, al contrario esso si considera «opponibile ai terzi in genere» quale *obligatio propter rem* purchè reso pubblico mediante la trascrizione.

Ed è proprio la trascrizione la figura con riguardo alla quale si appunta la cura dei giudici che si diffondono in una didascalica descrizione degli adempimenti in cui la stessa si articola. Questo brano, dall’intonazione quasi pedagogica, coglie uno snodo tecnico decisivo nella risoluzione di controversie del genere: la compravendita che contenga un divieto siffatto nei confronti dell’acquirente configura, a ben vedere, la stipulazione di due negozi giuridici con un unico documento, negozi entrambi i quali devono essere pubblicati.

Affermata l’apposita trascrizione del vincolo, si provvede a puntualizzare gli aspetti pratici: in quest’ambito affiora il rilievo circa l’identificazione del soggetto creditore e di quello debitore, che si atteggia capovolta rispetto all’ordine seguito nel pubblicare la compravendita. L’opponibilità è riscontrabile soltanto ove sia registrata «in nome della persona per cui e contro cui si trascrive nella tavola alfabetica e quindi nel repertorio dei cognomi»⁸⁰; per la realtà del vincolo non è dunque sufficiente un suo generico richiamo nella nota di trascrizione, ma occorre sia fatto oggetto di specifica formalità (conclusione che oggi s’imporrebbe con assoluta evidenza, alla luce dell’art. 17 L. 52/1985 il quale, come già detto, esige la redazione di altrettante note quanti sono i negozi contenuti nel titolo). La decisione è emblematica, siccome dimostra quanto l’atteggiamento verso la predialità sia sostanzialmente irrilevante nei confronti del verdetto sull’attitudine del vincolo alla realtà, e come sia, per converso, decisivo l’approccio in tema di esecuzione degli adempimenti pubblicitari. Attesta, infine, una sorta di precomprensione delle corti circa l’aspirazione delle parti all’opponibilità del limite ai terzi; predisposizione documentata dall’assenza di alcun cenno diretto alla possibile interpretazione nel senso della mera obbligatorietà del divieto.

89

È, del resto, la stessa Suprema Corte a proclamare la fungibilità operativa degli alternativi inquadramenti, affermando che la differenza tra le limitazioni convenzionali del diritto di proprietà e le servitù prediali è di “genere a specie”, dal momento che le due sono dotate di efficacia reale, e quindi obbligano anche gli aventi causa a titolo particolare. In entrambi i casi si rende, dunque, applicabile il principio *inadimplenti non est adimplendum* il quale impera nei rapporti obbligatori, ma s’impone anche in quelli reali, se è vero che dal diritto reale scaturiscono impegni personali, e la stessa efficacia obbligatoria «trova un campo più vasto ed energico di applicazione»⁸¹.

Vi è tuttavia da chiedersi se il mutuo dissenso tacito, ammesso nei confronti della limitazione qualificata nei termini dell’onere reale⁸², sarebbe stato ritenuto del pari operante sullo sfondo della servitù (s’intende, a prescindere dal decorso dei termini di prescrizione).

In conclusione, all’alba degli anni cinquanta il panorama che emerge soprattutto dalle soluzioni giurisprudenziali ostenta la sedimentazione di una certa gamma di indirizzi, tutti compatibili con la dominante avversione nei confronti della concettuale configurabilità di servitù reciproche. Gli sforzi interpretativi si appuntavano specialmente nei confronti della qualificazione dell’onere reale. Una dottrina⁸³ lo intendeva quale obbligazione personale, non trasferibile al successore a titolo particolare del gravato, nonostante la sua trascrizione. Si trattava però di una posizione minoritaria, al

⁸⁰ Anche sotto il codice abrogato vigeva il principio dell’inopponibilità del contenuto del titolo non riportato nella nota di trascrizione (Cass., 10 novembre 1926, in *Foro it.*, 1927, I, c. 247).

⁸¹ Cass., 19 aprile 1928, Lupi c. Serventi, in *Foro it.*, 1928,

I, c. 443.

⁸² App. Roma, 17 marzo 1936, Liverani c. Ferrucci, in *Foro it.*, 1936, I, c. 693.

⁸³ F. MESSINEO, *Manuale di dir. civ e comm.*, vol. II, Milano, 1950, p. 501.

pari di quella diametralmente opposta che ne accreditava il carattere reale, emancipandolo da ogni rapporto con il regime pubblicitario⁸⁴. Specie presso le Corti dominava invece la lettura intermedia che ne ammetteva bensì la vincolatività nei confronti degli aventi causa dall'originario compratore, subordinandola, tuttavia, alla specifica trascrizione od al suo espresso richiamo in tutti gli atti traslativi⁸⁵.

Una svolta negli anni cinquanta?

Gli anni cinquanta segnano l'avvento di un mutamento giurisprudenziale che si esplica in una coppia di proclamazioni di segno inverso: l'apertura alle servitù reciproche, da un lato, e la chiusura nei confronti delle obbligazioni reali atipiche, dall'altro.

L'osservatore più attento mette in guardia dall'accreditare a quest'evoluzione incidenza solo in ordine al tenore delle motivazioni, perdurando i medesimi dispositivi. Al contrario, posto che la servitù, per la sua fisionomia maggiormente caratterizzata, non risulta coestensiva all'*obligatio propter rem*, il nuovo corso avrebbe sguarnito del crisma della realtà molte situazioni che per l'innanzi ne erano dotate⁸⁶; in altre parole, sarebbero, in sostanza, rimasti spiazzati i vincoli irriducibili allo schema della predialità. Un tale riflessione merita di essere sviluppata.

Nel paragrafo che precede si è rilevato come già nella prima metà del secolo qualche verdetto avesse imboccato la via della servitù. L'efficacia reale delle limitazioni d'uso imposte agli acquirenti di immobili non era stata, in effetti, mai seriamente messa in dubbio: allorché il venditore manteneva la titolarità della residua estensione del terreno, riusciva agevole configurare quest'ultimo come fondo dominante. A ben vedere, nondimeno, la Suprema Corte mostrava di accordare scarsa attenzione alla specifica qualificazione del rapporto, soffermandosi ad evidenziarne semplicemente l'inevitabile carattere reale.

90 Il divieto imposto al compratore di costruire se non un determinato tipo di edifici veniva riferito ai suoli anche in difetto di esplicita menzione, in ossequio al canone ermeneutico ispirato alla conservazione delle clausole contrattuali: «interpretata la menzionata clausola come una riserva a favore della persona propria dell'alienante, indipendentemente da qualsiasi relazione con le costruzioni sorte o da sorgere, si dispaia il diritto dall'interesse»; ciò in base all'assunto secondo il quale «quando l'originario titolare non abbia più suoli edificatori da alienare, egli possiede un'azione, che non può esercitare per mancanza d'interesse»⁸⁷.

La predialità del vincolo era dunque presupposta - più che dimostrata - attraverso queste due operazioni, da considerare tuttavia secondo un ordine capovolto rispetto a quello accreditato dalla Cassazione. La negazione di ogni meritevolezza all'interesse dell'alienante alla vigilanza sugli utilizzi del bene praticabili dall'acquirente era, invero, l'insostituibile premessa maggiore per escludere la qualificazione in termini obbligatori del patto in sè.

La declamata adesione alla direttiva dell'interpretazione più salvifica per i segmenti del contratto

⁸⁴ Cass., 24 maggio 1947, n. 812, in *Foro it. Rep.*, 1947, voce *Obbl. e contr.*, 186; ID., 9 luglio e 6 febbraio 1946, *ivi*, p. 1946, voce *cit.*, n. 223-bis, *ter, quater*; ID., 25 luglio 1938, n. 2808, *ivi*, p. 1938, voce *Trascrizione*, n. 21.

⁸⁵ Cass., 6 febbraio 1946, n. 107, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 197; App. Genova, 24 febbraio 1951, Maccagno c. Argano, Comune di Torino e Negri, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, p. 36; Cass., 29 maggio 1941, n. 1606, in *Foro it. Rep.*, 1941, voce *Servitù*, n. 25. In questo senso era la dottrina prevalente: R. DE RUGGIERO e F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1947, vol. II, p. 482; V.

CASTIGLIONE HUMANI, «Oneri reali e trascrizione», in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, p. 725.

⁸⁶ G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 127 e ss.

⁸⁷ Cass., 28 giugno 1930, Sacerdoti c. Istituto di gestioni fondiari, in *Foro it.*, 1930, I, c. 692, la quale ha cassato App. Roma, 20 giugno 1929, ined., che aveva qualificato tale patto come riserva personale dell'originario alienante. La decisione di primo grado, Trib. Roma, 12 agosto 1927, è citata alla precedente nota 79.

spiega, poi, la spendita di un ulteriore argomento diretto alla medesima conclusione. Solo conferendo loro efficacia reale, in effetti, queste limitazioni convenzionali concernenti le costruzioni avrebbero assicurato l'armonia architettonica dei nuovi quartieri: in tale ottica, l'affermazione della giurisprudenza secondo la quale «così il patto diviene concreto e durevole e risponde allo scopo cui mirano le parti contraenti», si dovrebbe correttamente interpretare nel senso che “lo scopo” è quello cui si intende che le parti abbiano mirato, ovvero lo scopo che i giudici decidono che l'ordinamento debba tutelare in quanto funzionale alle esigenze urbanistiche ritenute emergenti.

La predialità era, in definitiva, frutto di un'integrazione dell'interprete, il quale si studiava di ovviare all'assoluta indeterminatezza dei fondi dominanti, come dei loro titolari, individuabili, si diceva, «dai suoli compresi nel quartiere designato, ossia dal così detto isolato», integrazione che arricchiva il contenuto della volontà manifestata dalle parti (del resto, la redazione della rivista che ha ospitato la più volte ricordata decisione della Cassazione, aveva inserito nella massima un esplicito riferimento alla servitù prediale, che invero il corpo della sentenza non conteneva).

È opinione corrente, peraltro, che, a fare data dagli anni cinquanta, di servitù le corti parlino in termini più circostanziati.

Un tale indirizzo fu inaugurato da quegli autori che sottoposero per tempo a critica serrata il rifiuto della giurisprudenza di riconoscere servitù reciproche nelle limitazioni imposte nelle vendite a lotti di aree fabbricabili⁸⁸; e caldeggiarono, contemporaneamente - inaugurando una coincidenza non automatica - l'introduzione di un principio di tipicità delle obbligazioni *propter rem*⁸⁹.

Le sentenze che aderirono ad un tale orientamento sono note. La prima⁹⁰ enunciò un assunto così impegnativo in margine alla fissazione di un termine dilatorio per l'esercizio della pretesa di demolire opere abusive, concordato tra i proprietari di fondi confinanti. Poiché nella controversia era in gioco la vincolatività di tale accordo nei confronti dell'acquirente a titolo particolare da uno di essi, la Corte si trovò a giudicare circa la riconducibilità del patto all'obbligazione *propter rem*. Nel negarlo, si coglie l'occasione per promuovere il famigerato principio: «le obbligazioni *propter rem* hanno titolo nella legge, come i diritti reali, dei quali sono l'estrinsecazione e, come questi, non sono in *dominio privatorum*, quanto alla loro costituibilità; non sono una categoria di rapporti innominati, sono un *numerus clausus*, non suscettibili di generica ampliamento a volontà dei privati». Ciò affermato con riguardo alla fonte, fu ribadito anche in ordine al contenuto posto che «le obbligazioni *propter rem* sono lo sviluppo dell'intima potenza (*vis*) del diritto reale... *erga omnes*, e cioè verso una indeterminatezza di soggetti ...». Annotando la sentenza, autorevole voce osservò che in quel caso ricorreva un'ordinaria obbligazione a fare cessare la servitù, come tale idonea a vincolare il contraente ed i suoi eredi, ma non certo l'acquirente a titolo particolare⁹¹.

La seconda decisione⁹² non sancì la tipicità delle obbligazioni *propter rem* se non in via di *obiter*. Ciò emerge con chiarezza dalla stessa formulazione del quesito di cui la Corte si ritenne investita: «se sia

91

⁸⁸ G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, vol. V, tomo I, II ed., Torino, 1963, p. 116 e ss.

⁸⁹ Per una rappresentazione sintetica di questa prospettiva v. G. GROSSO, «Ancora sulle servitù reciproche e sulla tipicità delle obbligazioni “*propter rem*”», in *Foro pad.*, 1954, p. 905.

⁹⁰ Cass., 18 gennaio 1951, n. 141, Cucinotta c. Abbate, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, 249 con nota di G. GROSSO; in *Giur. it.*, 1951, I, 1, p. 29, con nota di B. BIONDI, «Servitù reciproche, servitù “*in faciendo*”, oneri reali e obbligazioni “*propter rem*”».

⁹¹ B. BIONDI, *op. ult. cit.*, c. 38. L'illustre Autore si diffuse a sottoscrivere la conclusione formulata dalla Suprema Corte circa la tipicità delle obbligazioni *propter rem*, ma

fondandola non già sulla concettuale inammissibilità di fonti diverse dalla legge - che al contrario come obbligazione può scaturire da tutti gli atti e fatti che l'ordinamento ritiene idonei a dar loro vita -, bensì sull'impossibilità per l'autonomia privata di imporre un peso a chi risulti proprietario di una determinata cosa, prescindendo dalla struttura del diritto reale (ciò che sarebbe invece ammissibile sul lato attivo, ben potendosi «costituire un rapporto obbligatorio in modo che la titolarità del credito sia attribuita a chiunque risulti in futuro proprietario di una determinata cosa»).

⁹² Cass., 26 giugno 1952, n. 1896, Argano c. Maccagno, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1657.

opponibile ai terzi acquirenti di un immobile che hanno trascritto il loro titolo di acquisto un vincolo che non abbia formato oggetto di specifica trascrizione». Nella specie era in discussione il valore dell'obbligo imposto all'acquirente di mantenere ed illuminare, in guisa da costituire una via privata, una parte dei terreni trasferiti prima costituenti un unico lotto. La Cassazione sottoscrive l'indirizzo che ammette le obbligazioni reali nei soli casi previsti dalla legge, ma evidenzia come - anche se si aderisse all'avviso opposto - «il negozio costitutivo non potrebbe sfuggire al rigore dei principi relativi alla pubblicità immobiliare», al centro dei quali viene posta la regola sancita dall'art. 2644 c.c. In effetti, è vero che certa giurisprudenza precedente di segno contrario ammetteva l'efficacia di oneri reali non trascritti, o solo genericamente trascritti, ma ciò si spiegava considerandosi l'incompleta disciplina della pubblicità immobiliare dettata dal codice abrogato. Migliorata la disciplina con la nuova compilazione, la Suprema Corte può ben affermare che «nel sistema vigente la protezione del terzo subacquirente è piena e completa, di tale che nessuno atto che importi l'assoggettamento del bene ad un vincolo di carattere reale può sfuggirvi». Alla luce di tutto ciò, non si potrebbe quindi ergere la pronuncia a pietra miliare del cammino verso il numero chiuso di oneri reali ed obbligazioni *propter rem*.

La giurisprudenza successiva mostra, peraltro, di tenere in modesto conto la distinzione tra *obiter dictum* e *ratio decidendi*, e richiama espressamente le due decisioni in modo indifferenziato e promiscuo, riconoscendo in entrambe il portato del più recente insegnamento, circa l'ammissibilità di quelle figure nei soli casi previsti dalla legge.

Quanto fosse approssimativo quell'approccio al valore dei precedenti è attestato dalle medesime decisioni che hanno preteso di adeguarsi ad essi: a ben vedere, in effetti, la fedeltà è stata perseguita nel concreto svolgersi del ragionamento, molto più che nella concettualizzazione delle premesse.

92 Anche tali pronunce, invero, non si arrestano alla proclamazione del numero chiuso, ma si addentrano nella disamina dell'espletamento dell'onere pubblicitario. Nell'accordare rilievo, in via ipotetica, all'assunto opposto - quindi all'atipicità di quei vincoli -, viene nondimeno tenuto fermo l'onere della specifica trascrizione ai fini della opponibilità ai terzi. Non in quel principio risiederebbe dunque la *ratio*, ma in questo che viene espresso attraverso la più ampia formulazione secondo cui «anche ogni atto che importi l'assoggettamento del bene a un vincolo di carattere reale deve venire trascritto specificatamente contro il proprietario del fondo gravato»⁹³.

È nondimeno escogitabile un diverso itinerario, più affidabile di un mero sofisma, che consente di restituire contenuto precettivo a queste proclamazioni giurisprudenziali. Ne è perno l'art. 2645 c.c. che funge da clausola residuale disponendo che sia reso pubblico, agli effetti della norma che lo precede, «ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluni degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643». La disposizione, interpretabile nel senso della tipicità degli atti o piuttosto degli effetti, viene di consueto letta in questo secondo significato, in omaggio alla prospettiva che nega l'autonoma valenza della pubblicità a rendere opponibile ai terzi situazioni di per sé prive di quest'attitudine. Si innesta così un ragionamento circolare il cui fulcro risiede nella qualificazione del singolo rapporto: in questa ottica può allora convenirsi che l'insistenza sui profili pubblicitari lascia intatto il rilievo dell'atteggiamento nei confronti della tipicità delle obbligazioni reali, in quanto nodo concettualmente pregiudiziale.

L'attenzione - in massima parte depositata negli archivi della storia - si imponeva per rifinire il modello rispetto alle specificità dell'ambito cui veniva esteso e cioè le clausole con cui «nelle vendite a lotti di aree fabbricabili o anche nelle divisioni per piani o appartamenti di case di abitazione si impongono appunto limitazioni concernenti le modalità delle costruzioni, le distanze, l'altezza, la recinzione e, in specie, la destinazione delle costruzioni o degli appartamenti»⁹⁴.

⁹³ App. Torino, 10 marzo 1954, Beltramo, Ceppi, Manzoli c. Srl Immobiliare Crocetta, in *Foro pad.*, 1954, p. 905.

⁹⁴ Casistica cui si ritenevano genericamente riferibili le conclusioni formulate da un filone nutrito di sentenze (tra

Un primo profilo bisognoso di specifico chiarimento risiedeva nella delimitazione dell'*utilitas* in cui viene fatto consistere il fondamento razionale della servitù: la giurisprudenza ne privilegia la lettura evolutiva, ricomprendendovi "ogni interesse socialmente apprezzabile, come quello volto ad assicurare, attraverso limitazioni attinenti alla destinazione del fondo servente, la maggiore comodità od amenità del fondo dominante"⁹⁵; un bisogno la cui soddisfazione trascende quella dei singoli individui.

Ancora, viene riscontrata l' "inerenza" in quanto la limitazione circa la destinazione attribuibile agli immobili si risolve in un non fare rispetto al fondo, così concretando quella possibilità di realizzarsi senza bisogno della cooperazione di alcuno, che è peculiare ad ogni diritto reale⁹⁶. Simmetricamente ne deriva un vantaggio al fondo dominante, oltre l'utilità personale che ne ritragga di riflesso il proprietario di esso⁹⁷.

Attiene all'applicazione del modello piuttosto che alla sua rifinitura il grado di determinatezza con cui si pretendono individuati i due fondi. Il nuovo corso non sembra avere rotto con l'antica larghezza.

L'inserimento di tali clausole negli atti di vendita - dei singoli appezzamenti di più ampia zona oggetto di lottizzazione - è inteso come mezzo per identificare i fondi dominanti nei lotti stessi, separatamente alienati. Soccorre la riscoperta di quell' interpretazione integrativa secondo cui, qualora l'obbligo di non destinare l'erigenda costruzione ad un determinato uso sia imposto nel trasferimento di una parte soltanto del potere, la porzione residua deve intendersi quale fondo dominante. Con la regola viene ripetuta pure la motivazione, già nota, imperniata sulla combinazione dell'interesse dello stipulante con il canone ermeneutico partigiano della conservazione del contratto. Itinerario argomentativo, si è detto, in ultima analisi fondato sull'assenza di meritevolezza del patto con cui il venditore si riserva un personale controllo circa l'utilizzo del bene trasferito.

Questa drastica alternativa è suggerita da quella pronuncia che testualmente chiama in causa l'art. 1367 c.c. non già per optare a favore dell'interpretazione che irrobustisce la portata reale anziché obbligatoria del contratto, ma per privilegiare la lettura in cui esso possa avere effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno⁹⁸. Solo giustificando il tenore del passo in ragione della pedissequa riproduzione del testo dell'art. 1367 c.c. possiamo ritenere lo stesso non decisivo nel senso dell'esclusione di alcuna vincolatività dei limiti imposti in via obbligatoria alla destinazione d'uso dei beni.

93

In mancanza di precisa indicazione del fondo dominante, la Suprema Corte afferma che è possibile individuarlo in quello attiguo di proprietà del venditore; i giudici tuttavia decretano l'operatività di questa direttiva ermeneutica «soccorrendo altri elementi», ma quali essi siano, dalla sentenza non è dato sapere. La pronuncia impugnata - nei cui confronti, con ogni probabilità, il riferimento era diretto - aveva valorizzato il «contesto degli atti», nonché «il successivo comportamento delle parti in sede di trascrizione»⁹⁹. I due profili meritano autonoma disamina.

Appartiene alla definizione del modello la pretesa di formule sacramentali o solenni, o piuttosto

le tante: Cass., 27 luglio 1933, n. 2955, in *Mass. Foro it.*, 1933, c. 570; Id., 12 marzo 1937, n. 761, *ivi.*, 1937, c. 172; Id., 12 marzo 1941, n. 713, *ibid.*, 1941, c. 155; Id., 7 maggio 1947, n. 705, *ivi.*, 1947, c. 161). La giurisprudenza successiva, pur innovando talune regole, prosegue nell'operare richiami comprensivi: così App. Roma, 28 gennaio 1954, Cavatorta c. Muratori e Catalucci, in *Foro pad.*, 1954, p. 906, dalla cui motivazione è estrapolata la frase riprodotta nel testo; App. Torino, 10 marzo 1954, Beltramo, Ceppi, Manzoli c. Srl. Immobiliare Crocetta, in *Foro pad.*, 1954, p. 905.

⁹⁵ Cass. 18 febbraio 1955, n. 483, Cavatorta c. Muratori e Catalucci, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, p. 332.

⁹⁶ App. Roma, 28 gennaio 1954, *cit.*

⁹⁷ Cass., 23 aprile 1955, n. 1143, Soc. An. Immobiliare Monvalle c. Soc. Beni Industriali e Soc. Imm. Truggio, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, p. 157, con nota di B. BIONDI, «Servitù prediali e servitù irregolari», il quale, pur condividendone gli esiti ("Decisione esatta"), la critica allorché pretende di scorporare l'utilità per il fondo da quella per il suo titolare, obiettando come nella servitù prediale l'utilità sia unica, e precisamente quella che si incorpora nel fondo, seppur essa sia ritratta sempre dal proprietario per il tramite del fondo stesso.

⁹⁸ Cass., 18 febbraio 1955, n. 483, *cit.*

⁹⁹ App. Roma, 28 gennaio 1954, *cit.*

l'opposta convinzione circa la loro superfluità¹⁰⁰. Si iscrive nell'attività adeguatrice di tale figura la verifica dei presupposti fattuali che la completano. Il rilievo della trascrizione dev'essere, d'altra parte, ulteriormente stralciato, poiché essa opera sia come indice per ricostruire la volontà delle parti, sia quale elemento condizionante il perfezionamento della fattispecie (circa l'opponibilità della situazione ai terzi).

Sono ritenute spie della volontà di dare vita ad una servitù il richiamo alla disciplina complessiva della lottizzazione dell'intera proprietà, nonché il contenuto dei detti obblighi, tra cui appunto quello di destinare la costruzione al solo scopo di civile abitazione. È evidente come questo secondo riferimento si traduca in una tautologia del seguente tenore: il divieto di erigere certe tipologie di edifici deve intendersi diretto a prendere forma di servitù perché solo in questo modo può esplicare efficacia.

È poi curioso il rilievo interpretativo che viene accordato alla concreta modalità con cui la pubblicità ha ricevuto attuazione. La circostanza che il contratto sia stato fatto oggetto di "doppia trascrizione" (a favore dell'acquirente e contro il venditore per l'alienazione; e nell'ordine speculare per il vincolo d'uso) è ritenuta indice della volontà delle parti di dare vita ad una servitù, sebbene a questi adempimenti dia seguito esclusivamente il notaio, così scivolando - senza, almeno apparentemente, darlo a vedere - in un ennesimo risvolto dell'interpretazione dei rogiti.

Lo schema della servitù, consentendo il richiamo all'art. 1029 c.c., agevola invece il verdetto favorevole alla legittimità di questi patti limitativi della destinazione dell'immobile anche in rapporto alle costruzioni future. Ma se nel patrimonio del venditore non rimane più alcuna porzione? Sembra si debba distinguere a seconda che la clausola in esame sia stata inserita nella vendita dell'unico appezzamento di cui il cedente era titolare, oppure dell'ultimo lotto della più ampia estensione nel frattempo interamente ceduta. Nella prima ipotesi, dal ragionamento innanzi esposto dovrebbe potersi dedurre l'assenza di meritevolezza del patto. La seconda è espressamente considerata dalla corte nella prospettiva della configurabilità dei cespiti precedentemente alienati quali fondi dominanti rispetto al vincolo imposto con l'ultima cessione. La soluzione affermativa è subordinata all'operatività del meccanismo contemplato all'art. 1411 c.c.: occorre che il venditore abbia espressamente convenuto di stipulare quelle servitù anche nell'interesse del terzo¹⁰¹.

94

L'elaborazione giurisprudenziale successiva

La giurisprudenza posteriore non si è discostata da questa direttiva, che ha affinato attraverso un'applicazione abbondante.

In particolare, l'ammissibilità delle servitù reciproche ha ricevuto innumerevoli declamazioni, frequentemente riportate in massima, di consueto con la precisazione che si tratta di due servitù distinte ed autonome anche se analoghe, rispetto ad ognuna delle quali il fondo che è considerato dominante nell'una si pone nell'altra come servente, e viceversa¹⁰². Tale figura ha operato quale calco in cui sono state reputate travasabili le limitazioni legali della proprietà imposte dai regolamenti edilizi

¹⁰⁰ La giurisprudenza non aveva dubbi nel sottoscrivere la seconda prospettiva (Cass., 10 febbraio 1951, n. 333, in *Mass. Foro it.*, 1951, c. 79).

¹⁰¹ Cass., 18 febbraio 1955, n. 483, *cit.*

¹⁰² Cass., 20 giugno 1958, n. 2159, *Madrena c. Borella*, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1687; Cass., 15 settembre 1967, n. 2171, *Chilleri c. SpA Alba Serena*, in *Giust. civ.*, 1967, II, p. 1740; Trib. Napoli, 19 novembre 1968, *De Stefano c. Merolla*, in *Riv. giur. ed.*, 1969, I, p. 718; Cass., 25 maggio 1973, n. 1528, *Vegente c. Pezzullo*, in *Giust. civ. Mass.*,

1973, p. 808; Cass., 5 ottobre 1974, n. 2619, *Ferrero e altro c. Vallero*, in *Giust. civ. Mass.*, 1974, p. 1182; Cass., 25 febbraio 1980, n. 1317, *De Siervo c. Rosati e altro*, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 2.

Sull'ammissibilità delle servitù reciproche si segnala, inoltre, la più recente, Cass., 3 marzo 2009, n. 5104, in *Mass. Foro it.*, 2009, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 374: «le previsioni contenute in un piano di lottizzazione e nei progetti esecutivi ad esso allegati, con le quali si consente l'apertura di luci o vedute a distanza inferiore a quella

o di igiene comunali, e così rimodellabili in una servitù vera e propria, o di maggiore portata, ovvero avente un'efficacia autonoma ed indipendente da quella derivante dai predetti regolamenti, e quindi svincolabile dalle possibili eventuali variazioni di questi¹⁰³.

Parallelamente è stato ribadito l'assunto circa il numero chiuso delle obbligazioni *propter rem* non senza, tuttavia, qualche isolato ripensamento¹⁰⁴.

La sussunzione di questi vincoli nella servitù è passata attraverso il consolidarsi dell'orientamento incline a riconoscere un'*utilitas fundi* nelle pattuizioni - contenute nelle vendite a lotti di aree fabbricabili - con cui si impongono limitazioni alla libertà di utilizzare i vari fondi al fine di imprimere determinate caratteristiche alle zone, in esecuzione di un piano di sviluppo¹⁰⁵. Vi sono stati ricompresi divieti di diverso contenuto. L'evenienza più diffusa è l'obbligo di edificare solo case di civile abitazione, con esclusione di costruzioni industriali che possano recare danno ai vicini con rumori od esalazioni¹⁰⁶. Non è infrequente la formulazione del limite in senso qualitativo e quantitativo insieme: vale a dire il divieto di costruire edifici che superino certe misure in larghezza e altezza, e la preclusione nei confronti di determinate tipologie (ad esempio gli opifici). Vincoli che la giurisprudenza affronta in maniera indifferenziata, accomunandoli nella medesima qualificazione¹⁰⁷, con l'unico limite che si tratti di obbligazioni negative.

La previsione che determinate aree siano destinate a strade o giardini è stata talora giudicata compatibile con l'oggetto della servitù¹⁰⁸; altra volta è stato ritenuto l'opposto in considerazione del contenuto *in faciendo*¹⁰⁹.

La configurazione come servitù del divieto di edificare, o di destinare gli edifici ad uso diverso dalla civile abitazione presuppone il riferimento della limitazione non all'attività personale degli acquirenti, ma alla proprietà del fondo acquistato, «incidendo oggettivamente in modo negativo sulla sua funzione

minima legale, danno luogo alla costituzione di altrettante servitù prediali rispettivamente a favore e contro ciascuno dei lotti del comprensorio e vincolano gli acquirenti di questi ultimi, se richiamate ed espressamente accettate nei singoli atti di acquisto, sempre che l'immobile da cui si esercita la servitù di veduta sia stato realizzato in conformità alle prescrizioni del piano di lottizzazione».

¹⁰³ Cass., 9 febbraio 1956, n. 384; Cass., 20 giugno 1958, n. 2159, *cit.*; Cass., 28 gennaio 1961, n. 168, Menin c. Lauro, in *Riv. giur. ed.*, 1961, I, p. 108, ed in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1022; Cass., 2 maggio 1963, n. 1410 in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 408; Cass., 2 aprile 1965, n. 581, Ficchi c. Terpilli, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1122 in *Foro pad.*, 1960, I, p. 742.

¹⁰⁴ App. Milano, 13 marzo 1959, Puleo c. Soc. Imm. Veglia, in *Foro pad.*, 1960, I, p. 742, ha qualificato obbligazione *propter rem* la perpetua destinazione alla vendita di determinati generi merceologici degli stalli (*stands*) di un mercato comune convenuta negli atti di compravendita. L'affermazione della tipicità di obbligazioni *propter rem* ed oneri reali è comunque di gran lunga prevalente. Tra le altre si segnalano: Trib. Firenze, 13 gennaio 1959, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, p. 929; Cass., 29 febbraio 1960, n. 392, in *Sett. Cass.*, 1960, p. 386; App. Firenze, 15 gennaio 1963, in *Giur. tosc.*, 1963, p. 154; Trib. Udine, 21 dicembre 1964, in *Foro pad.*, 1965, I, p. 906; Cass., 7 settembre 1978, I, 1, 796, con nota di M. LUPO FOSTI, «Un caso di obbligazione "*propter rem*"?». Quest'ultima pronuncia, muovendo dal principio di tipicità, ha concluso che «in tema di comunione, ove la relativa disciplina prevede solo

obbligazioni di dare, non è lecito all'autonomia privata creare obbligazioni in faciendo vincolanti i terzi acquirenti a titolo particolare della quota di uno dei contraenti».

¹⁰⁵ Da ultimo Cass., 2 giugno 1992, n. 6652, Palumbo c. Monaco, in *Foro it.*, 1993, I, c. 148, ed in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1029.

¹⁰⁶ App. Milano, 23 ottobre 1959, Colombo c. Arlati, in *Riv. giur. ed.*, 1960, I, p. 251; Cass., 27 gennaio 1962, n. 157, Arland c. Massetto, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 904; Cass., 13 giugno 1969, n. 2103, Torricelli e Scaglietti c. Condominio Viale Doninzetti 8/10 Modena, in *Foro it.*, 1970, I, c. 2476; Cass., 18 febbraio 1970, n. 380, Lucchesi c. Facibeni, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2127, in *Vita not.*, 1971, p. 56; Cass., 25 maggio 1973, n. 1528, Vegnente c. Pezzullo, in *Giust. civ. Mass.*, 1973, p. 808; Trib. Napoli, 26 novembre 1977, Cimino c. Imm. Partenopea Edilizia Residenziale SpA, in *Riv. giur. ed.*, 1977, I, p. 731. Cass., 26 ottobre 1982, n. 5587, Sgag c. De Paolisi, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 9; Cass., 5 agosto 1982, n. 4399, Composto c. Enpaia, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 8.

¹⁰⁷ Tra i molteplici esempi Cass., 5 agosto 1982, n. 4399, *cit.*, e Cass., 25 febbraio 1980, n. 1317, De Siervo c. Rosati e altro, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 2; Cass., 28 gennaio 1961, n. 168, *cit.*

¹⁰⁸ Cass., 23 marzo 1961, n. 651, Coop. Casa Mia c. Carbonari, in *Foro it.*, 1962, I, c. 131.

¹⁰⁹ Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, *cit.* Crf., Cass. 2 luglio 2014, n. 15101, in *Giust. civ. Mass.*, 2014 che esprime il principio *servitus in faciendo consistere nequit*.

ed arrecando vantaggio ai fondi contigui»¹¹⁰. Perdura, quindi, quell'accezione dell'*utilitas* così ampia da comprendere «ogni elemento che, nella valutazione sociale, sia legato da un nesso di strumentalità con la destinazione del fondo dominante e si immedesima obiettivamente nel godimento di questo, in tal modo potendo essere soddisfatto ogni bisogno del fondo dominante con l'assicurarli una maggiore amenità, abitabilità e comodità, evitando anche rumori od esalazioni»¹¹¹. Di qui l'omologazione del divieto di realizzare industrie rumorose, maleodoranti, malsane e simili¹¹².

Questa propensione è entrata in stallo nelle rare ipotesi ove il vincolo era palesamente ispirato a finalità di disciplina della concorrenza commerciale: così ove il limite non riguardava l'edificazione, ma solo l'attività esercitabile all'interno dei fondi acquistati. È questo, ad esempio, il caso trattato da una lontana sentenza, chiamata a pronunciarsi in ordine agli atti di cessione degli "stands" di un mercato comune in cui figuravano limitazioni stabilite con carattere di perpetuità in ordine ai generi merceologici da porre in vendita nei singoli spacci. La corte milanese ne sottolineò la funzione di evitare la confusione tra le varie ditte e lo sviamento di clientela, riconoscendone il vantaggio generale e reciproco per tutti i proprietari degli spacci. Ne escluse, però, la natura reale considerando come l'utilità tratta da tale divieto non fosse del fondo, ma delle persone¹¹³; ulteriormente indicando la concettuale inammissibilità di una servitù di non concorrenza, argomentabile dall'abbandono della sua esplicita previsione avanzata nel progetto della Commissione reale¹¹⁴. Inaspettatamente, tuttavia, ricondusse il divieto in esame non già all'impegno personale, bensì all'obbligazione *propter rem*¹¹⁵.

È stato ugualmente escluso dall'orbita della servitù, senza però - questa volta - attrarlo in quella dell'obbligazione reale, il «patto con cui l'acquirente di un immobile assume contestualmente l'impegno, per sé e per i suoi aventi causa, di non esercitare, per un certo tempo, nell'immobile acquistato, una determinata attività imprenditoriale esercitata eccezionalmente dal venditore su un fondo vicino». Esso configurerebbe un patto di non concorrenza, disciplinato dall'art. 2596 c.c. con l'obbligazione accessoria di adoperarsi perché un identico impegno venga assunto e rispettato anche dagli eventuali successori: obbligazione inquadrabile nella promessa del fatto di un terzo¹¹⁶. Sopravvive, in ogni caso, quella risalente larghezza nell'identificazione dei termini della predialità, come pure dell'intenzione delle parti di dare vita ad una servitù. Sono ritenuti decisivi, sotto quest'ultimo profilo, il contenuto del divieto, il quale si traduce in una limitazione suscettibile di riflettersi rispettivamente a carico ed a vantaggio di immobili; la vicinanza dei fondi; la ragione del patto; la mancanza di qualsiasi riferimento temporale; l'eventuale trascrizione della clausola¹¹⁷. A ben vedere sopra tutte queste considerazioni svetta quella per cui lo scopo pratico insito nelle dette clausole non sarebbe «puntualmente e sicuramente realizzato se ad esse fosse stata attribuita efficacia meramente obbligatoria»¹¹⁸: il che equivale a dire che in tali casi la volontà di dare vita a servitù è presunta.

¹¹⁰ Cass., 18 febbraio 1970, n. 380, *cit.*; conf. Cass., 2 aprile 1965, n. 581, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1733.

¹¹¹ Cass., 21 marzo 1964, n. 646 in *Foro it.*, 1964, I, c. 721. Viene precisato (Cass., 22 ottobre 1997, n. 10370, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1983) che «il concetto di *utilitas*, intesa come elemento costitutivo di una servitù prediale, non può avere riferimento ad elementi soggettivi ed estrinseci relativi all'attività personale svolta dal proprietario del fondo dominante, ma va correttamente ricondotto al solo fondamento obiettivo e "reale" dell'utilità stessa, sia dal lato attivo che da quello passivo, dovendo essa costituire un vantaggio diretto del fondo dominante come mezzo per la migliore utilizzazione di questo».

¹¹² Cass., 13 giugno 1969, n. 2103, *cit.*

¹¹³ App. Milano, 13 marzo 1959, *cit.*

¹¹⁴ Ricorda la sentenza in oggetto che l'art. 183 prevedeva

che la servitù potesse essere costituita a vantaggio del fondo o anche per proteggere la sua destinazione industriale, e nella relazione al medesimo Progetto della Commissione reale (art. 82) si affermava che «il progetto ha ritenuto che una servitù possa avere per suo contenuto quello di impedire la concorrenza in danno di un fondo specificamente destinato all'esercizio di una data industria».

¹¹⁵ Sotto questo profilo attirandosi la critica di B. BIONDI, «Divieto di concorrenza e obbligazione "*propter rem*"», in *Foro pad.*, 1960, I, p. 741.

¹¹⁶ Trib. Firenze, 13 gennaio 1959, *cit.*

¹¹⁷ App. Milano, 23 ottobre 1959, *cit.*; Cass., 22 ottobre 1973, n. 2678, Lascialpo c. Battiano, in *Giust. civ. Mass.*, 1973, p. 1393.

¹¹⁸ Cass., 27 gennaio 1962, n. 157, *cit.*; Cass., 25 marzo

In questo senso vengono qualificate le limitazioni dell'edificabilità imposte nelle vendite di lotti facenti parte di un unico comprensorio, osservandosi come - diversamente - sarebbero elusi gli scopi di disciplina edilizia: il contesto della lottizzazione vale, dunque, per un verso, quale indice per interpretare la volontà delle parti e, per l'altro, quale spunto per integrarne il contenuto al fine dell'identificazione dei fondi dominanti¹¹⁹.

Su detto sfondo deve, allora, cogliersi il significato di quella massima - ormai consolidata - che ritiene sufficiente il richiamo al piano di lottizzazione nei singoli atti di vendita, senza necessità che nelle cessioni dei primi lotti il venditore imponga formalmente sulla restante parte ancora di sua proprietà le servitù corrispondenti al piano stesso¹²⁰. Aderendo a quest'ottica - ormai è chiaro - l'identificazione del fondo dominante diviene un mero prodotto dell'immaginazione.

È, in effetti, risalente l'affermazione che decreta la superfluità della sua espressa indicazione, ed a maggiore ragione della precisazione dei confini e dell'estensione, purchè «da altri elementi attinenti alla natura stessa della servitù, all'ubicazione del fondo servente ed alla vicinanza di questo ad altro fondo, di proprietà di chi ha stipulato la servitù, sia dato stabilire con certezza a vantaggio di quale fondo questa sia stata costituita»¹²¹.

Una volta attivato il paradigma della servitù soccorre la sua didascalica disciplina, attenta tra l'altro (con l'art. 1029 c.c.) alla distinzione tra il peso a favore ed a carico dei fondi esistenti in ordine ad un vantaggio futuro, ovvero dei costruendi edifici¹²².

Attraverso la segnalata tolleranza circa la vaghezza nella identificazione del fondo dominante riappare in controluce la visitata questione circa il coinvolgimento dei fondi già ceduti. Si è detto della regola giurisprudenziale che opta per la tendenziale estensione a tutti i fondi riguardati dalla lottizzazione, osservandosi come, in difetto, la stessa ne risulterebbe frustrata¹²³. Riesce coerente con tale spirito l'apertura al contratto a favore del terzo, al fine di ammettere la costituzione della servitù anche da colui che, pur non avendo alcuna ingerenza su un fondo avvantaggiato, «abbia tuttavia interesse, ad assicurare ... un omogeneo ed armonico sviluppo edilizio della zona». A differenza del passato si proclama la superfluità dell'assunzione di un obbligo espresso in tale senso¹²⁴.

Quale punto d'arrivo di tale orientamento troviamo, dunque, la completa ricostruzione da parte dell'interprete dei referenti della predialità.

Tanta generosità chiede solo un poco il conto in termini di pubblicità, subordinando l'opponibilità della servitù agli aventi causa a titolo particolare alla sua espressa menzione nella nota di trascrizione del titolo¹²⁵, seppur - trattandosi di fattispecie decise anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 17

1971, n. 849, Soc. Lignano Pineta c. Garfagnini e altro, in *Giust. civ. Mass.*, 1971, p. 456.

¹¹⁹ Cass., 5 ottobre 1974, n. 2619, Ferrero e altro c. Vallero, in *Giust. civ. Mass.*, 1974, p. 1182, secondo cui il mancato coinvolgimento di qualche fondo frusterebbe l'obiettivo della lottizzazione.

¹²⁰ Cass., 2 giugno 1992, n. 6652, *cit.*; Cass., 21 febbraio 1974, n. 484, Venturi, Seliaze e Melagri c. Galatà, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1707; Cass., 5 ottobre 1974, n. 2619, *cit.*; nonché, più recentemente, Cass., 23 febbraio 2009, n. 4373, *cit.*; Cass., 15 novembre 2013, n. 25773, in *Dir. & giust.*, 2014.

¹²¹ Cass., 28 gennaio 1961, n. 168, *cit.*; Cass., 27 gennaio 1962, n. 157, *cit.*; Cass., 27 dicembre 1963, n. 3223, in *Foro it. Rep.*, 1964, voce *Servitù*, n. 19; Cass., 19 ottobre 1967, n. 2548, *ivi.*, 1968, voce *cit.*, n. 21; Cass., 24 giugno 1968, n. 2128, *ivi.*, 1969, voce *cit.*, nn. 22, 23; Cass., 18 febbraio 1970, n. 380, Lucchesi c. Facideni, in *Foro it.*, 1971, I, 2127; Cass., 22 ottobre 1973, n. 2678, *cit.*

¹²² Per alcune indicazioni circa i concreti criteri interpretativi v. Cass., 9 maggio 1978, n. 2246, Condominio Via Mirichini 2 c. Cimi e altro, in *Giust. civ. Mass.*, 1978, 917; Cass., 14 gennaio 1982, n. 235, Pais e Scognamillo c. Serratrice, Cormetto e Ferrando, in *Giust. civ.*, 1983, I, 609, con nota di M. ZACCHEO, «Vendita di aree fabbricabili e costituzioni di servitù».

¹²³ Cfr. retro nota 116.

¹²⁴ Cass., 26 febbraio 1977, n. 829, Gavazzi Beneduce c. Mellone e altro, in *Giust. civ. Mass.*, 1977, p. 356; Cass., 14 dicembre 1982, n. 6871, Cattafi c. Boncompagni, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 12; Cass., 2 giugno 1992, n. 6652, *cit.*; Cass., 23 febbraio 2009, n. 4373, *cit.*

¹²⁵ Cass., 1° agosto 1958, n. 2845, Degli Oddi c. Beneficio Parrocchiale di S. Cristoforo, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 2071; Cass., 23 dicembre 1960, n. 3315, Cooperativa edilizia operai c. Pelucca e Biancifiori, *ivi.*, 1961, I, p. 221; Cass., 12 gennaio 1961, n. 36, *cit.*; Cass., 27 gennaio 1962, n. 157, *cit.*

L. 52/1985, che ha preteso il deposito di tante note quanti sono i negozi - ritenendo sufficiente la redazione di una nota unica¹²⁶.

L'applicazione che è stata fatta di tali direttive, tuttavia, non richiede il recupero nel contenuto della nota di tutte le omissioni che sono state perdonate al titolo, ma semplicemente l'espressa menzione dell'esistenza di una servitù nel rogito il quale, di consueto, ospita pure la compravendita. E così le corti - seppur non sempre lo esplicitino - mirano all'attuazione della pubblicità specifica della costituzione della servitù che, come si è visto, si attua invertendo l'ordine del soggetto arricchito e di quello impoverito (c.d. "a favore/contro"), rispetto alla formalità eseguita con riguardo alla compravendita. Si è invero giudicata sufficiente l'indicazione dei beni nonché dell'essenza e natura del diritto¹²⁷; altre volte si è, invece, ritenuto di superare la specifica indicazione dei soggetti "a favore" ed "a carico" dei quali deve intendersi rispettivamente chiesta ed eseguita la trascrizione¹²⁸.

Ruotando dalle obbligazioni *propter rem* alle servitù, si può domandare quali regole vengano soppiantate. A queste e non a quelle si applicano, invero, i principi del minor aggravio del fondo servente di cui all'art. 1065 c.c., e delle innovazioni che non diminuiscono l'esercizio della servitù e che non lo rendono più incomodo, secondo il disposto dell'art. 1967, comma 2, c.c.¹²⁹

L'art. 2058 c.c.- circa il risarcimento per equivalente in luogo della reintegrazione in forma specifica, eccessivamente onerosa per il debitore - non è stato esteso oltre l'ambito dei rapporti obbligatori¹³⁰; ed altrettanto è stato decretato in ordine al principio *inadimplenti non est adimplendum*¹³¹.

In margine alle clausole le quali proibiscono «costruzioni di carattere industriale che possono recare danno ai vicini» si è esclusa l'applicazione dell'art. 844 c.c. nel senso che con quel patto si è inteso considerare la semplice idoneità a recare danno, e non necessariamente l'esistenza di un danno in concreto, richiesta dalla norma in esame¹³². E si è negato che l'inosservanza del patto medesimo fondi titolo per la demolizione delle costruzioni, ritenendo tale servitù diretta non tanto ad assicurare l'estetica del quartiere bensì a proteggerlo dai rumori e dalle esalazioni, obiettivo raggiungibile limitandosi ad inibire l'esercizio dell'attività stessa¹³³.

Diversamente è stato respinto il richiamo all'art. 2933, comma 2, c.c., per impedire la distruzione di quanto realizzato in violazione dell'obbligo¹³⁴.

98

¹²⁶ Cass., 23 dicembre 1960, n. 3315, *cit*; Cass., 27 gennaio 1962, n. 157, *cit*.

¹²⁷ Cass., 27 gennaio 1962, n. 157, *cit*.

¹²⁸ Cass., 7 luglio 1956, n. 2524; Cass., 23 ottobre 1957, n. 4077; Cass., 14 ottobre 1958, n. 3246; Cass., 27 gennaio 1962, n. 157, *cit*.

¹²⁹ App. Milano, 13 marzo 1959, *cit*. Relativamente al principio del minor aggravio del fondo servente, si veda da ultimo, Cass. 12 gennaio 2015, n. 216, in *Giust. civ. Mass.* 2015 (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che aveva escluso il diritto del titolare di una servitù di passaggio su una strada carraia, destinata ad uso agricolo, ad asfaltare la strada medesima, sul rilievo che la realizzazione dell'asfaltatura, non prevista nel titolo, non era necessaria ai fini del predetto uso).

¹³⁰ Cass., 16 maggio 1961, n. 1154, Comunità Israelitica di

Milano c. Ceresa, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1412.

¹³¹ Cass., 25 maggio 1973, n. 1528, Vegnenete c. Pizzullo, in *Giust. civ. Mass.*, 1973, p. 808.

¹³² App. Milano, 23 ottobre 1959, *cit*.; il riferimento all'art. 844 c.c. fu escluso - ma in via incidentale - pure da Cass., 13 giugno 1969, n. 2103, *cit*. In una recente vicenda, riguardante l'attività posta in essere da uno dei condomini di un edificio idonea a determinare il turbamento della tranquillità degli altri condomini, al fine di valutare la legittimità o meno dell'immissione è stato escluso il richiamo all'art. 844 c.c., imponendosi al giudice di tenere conto esclusivamente delle previsioni negoziali del regolamento condominiale (Cass., 18 gennaio 2011, n. 1064, in *Arch. delle loc.*, 2014, 4, p. 452).

¹³³ App. Milano, 23 ottobre 1959, *cit*.

¹³⁴ Cass., 16 maggio 1961, n. 1154, *cit*.

Proprietà destinata, fiducia e situazioni giuridiche condizionate

di Gaetano Petrelli
Notaio in Verbania

Vincoli di destinazione e proprietà fiduciaria nell'interesse altrui. Paralleli in diritto comparato

Tra le numerose problematiche afferenti la destinazione patrimoniale, quella riguardante gli *effetti del vincolo di destinazione sulla situazione proprietaria* merita uno specifico approfondimento, ed induce a ripensare categorie dogmatiche su cui l'evoluzione normativa degli ultimi anni ha inciso in profondità; evocando nel contempo similitudini con istituti - come la proprietà temporanea e la proprietà risolubile - che sono da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina, e che tuttavia attendono ancora una adeguata sistemazione e concettualizzazione.

Come è noto, la destinazione di beni ad uno scopo comporta l'insorgere di situazioni giuridiche obbligatorie in capo al titolare del diritto gravato dal vincolo (alle quali possono, in alcune circostanze, corrispondere diritti di credito dei beneficiari della destinazione): in particolare, in conseguenza del vincolo i beni destinati ed i relativi frutti «possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione» (art. 2645-ter c.c.), ed ogni diverso utilizzo è quindi illegittimo.

Non si tratta, però, di rapporti obbligatori nel senso tradizionale del termine: come è stato condivisibilmente affermato, il vincolo di destinazione comporta una «*conformazione della situazione proprietaria*, limitando con efficacia reale (*id est* con effetti opponibili *erga omnes*) le facoltà di godimento e di disposizione del titolare¹. Ciò significa che l'eventuale inattuazione del vincolo di destinazione ad opera del fiduciario non dà luogo (solamente) ad una responsabilità per inadempimento in capo all'autore della violazione, ma può incidere anche sul piano «reale»: tant'è vero che è prevista la trascrizione del vincolo di destinazione ai fini della relativa opponibilità ai terzi. Occorre, allora, esaminare il contenuto e la disciplina di questo vincolo di destinazione, e conseguentemente verificare se effettivamente si sia in presenza di una *nuova situazione proprietaria*, ed in quale rapporto si collochi quest'ultima rispetto al paradigma dell'art. 832 c.c. Nello svolgimento di tale percorso interpretativo, possono essere proficuamente utilizzate - impiegando il metodo comparativo funzionale - le riflessioni sviluppate a proposito del *trust* anglosassone e della *trust property*, come pure le indagini sul variegato fenomeno dei negozi fiduciari e della proprietà fiduciaria in altri diritti continentali.

99

¹ Cfr. al riguardo, tra gli altri, G. D'AMICO, «La proprietà destinata», in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 525 e ss.; S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, p. 41; F. BENATTI, «La proprietà conformata dall'autonomia privata», in *Studium iuris*, 2011, p. 491; U. LA PORTA, «L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.», in *Riv. not.*, 2007, p. 1073 e ss.; ID., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuviano (piccola e giocosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, p. 152 e ss.; F. PENE VIDARI, «Trust e rapporti fiduciari tra proprietà e contratto», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 295. Parallelamente, sulla proprietà del trustee quale situazione

giuridica conformata, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 661; G. BALDINI, *Proprietà fiduciaria e trust*, in *Proprietà e diritti reali. Il sistema delle tutele*, a cura di G. Cassano, I, Padova, 2007, p. 290; E. CATERINI, *Il trust anglosassone e la corruzione del rapporto proprietario*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano, 2006, p. 757; M. COSTANTINO, «Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee», in *Trusts*, 2003, p. 15 e 169; U. LA PORTA, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002, p. 35; A. GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano 1996, p. 57.

L'istituto del *trust* rappresenta, in effetti, un relevantissimo punto di osservazione del fenomeno, soprattutto se lo si analizza in un'ottica comparatistica, attenta non solo al *trust* di diritto inglese, ma anche ai *trusts* presenti nella legislazione di alcuni ordinamenti di *civil law* (come Liechtenstein e Lussemburgo) o di alcuni sistemi giuridici c.d. misti (Québec, Louisiana, Sudafrica, Jersey, ecc.)². Il raffronto comparato dei suddetti sistemi ha consentito di individuare i *core elements*, o elementi indefettibili del *trust*, tra i quali deve ricorrere necessariamente - unitamente agli obblighi fiduciari del *trustee* - il c.d. *asset partitioning*, ossia la destinazione patrimoniale munita di effetti «reali», o per meglio dire opponibile ai terzi³: solo la ricorrenza di tale opponibilità - conseguibile mediante diverse tecniche - unitamente agli obblighi fiduciari qualifica il rapporto giuridico come *trust*.

In diritto inglese si è giunti a questo risultato mediante la teorizzazione della c.d. *dual ownership*, conseguente all'operatività del *trust* sul piano dell'*equity* e non del *common law*, ed alla correlata distinzione tra *equitable ownership* (che competerebbe al beneficiario del *trust*) e *legal ownership* (appartenente, invece, al *trustee*)⁴. Da ciò una lunga diatriba, ancora per molti aspetti in corso, sulla natura giuridica - reale o personale - del diritto del beneficiario, che di recente vede prevalere i sostenitori della natura obbligatoria di detto diritto, anche alla luce di fattispecie come il *trust* di scopo ed il *trust* discrezionale, nelle quali oggettivamente non può configurarsi alcun diritto reale di un beneficiario del *trust* su specifici beni⁵. In ogni caso, la *legal ownership* del *trustee* è caratterizzata da peculiari profili di disciplina,

100

² Cfr., in particolare, D. WATERS, «The institution of the trust in civil and common law», in *Recueil des cours* (n. 252), 1995, p. 427 e ss.; H.L.E. VERHAGEN, *Trust in the civil law: making use of the experience of «mixed» jurisdictions*, in *Trusts in mixed legal systems*, a cura di M. Milo e J.M. Smits, Nijmegen, 2001, p. 93 e ss.; T. HONORÉ, «On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions», in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2008, 27, p. 1; M. CANTIN CUMYN, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2012, p. 6; J. KOESSLER, «Is There Room for the Trust in a Civil Law System? The French and Italian Perspectives», 2012, in <http://papers.ssrn.com>; G.S. ALEXANDER, *The dilution of the trust*, in *The Worlds of the Trust*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2013, p. 305; M. GRAZIADEI, *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience*, *ibidem*, p. 29.

³ Sul rilievo dell'*asset partitioning* nel *trust*, quale risultato non raggiungibile mediante la *contract law*, cfr. soprattutto R.H. SITKOFF, *Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning*, in *The Worlds of the Trust*, *cit.*, p. 428; H. HANSMANN e U. MATTEI, «The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis», in *Njulb*, 1998, p. 438. Cfr. anche H. HANSMANN e R. KRAAKMAN, «The essential role of organizational law», in *Yale Law Journal*, 2000, p. 387; P. MATTHEWS, «La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà?», in *Trusts*, 2004, p. 522.

⁴ Cfr. al riguardo A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli 1999, p. 115 e ss. (ed ivi riferimenti); E. MARÉ, «Trust e scissione del diritto di proprietà», in *Corr. giur.*, 1995, p. 162; G. CASSONI, «Il «trust» anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento»,

in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 753. Per il superamento della concettualizzazione del *trust* basata sulla *dual ownership* con riguardo al diritto inglese (conseguente alla negazione della realtà del diritto del beneficiario del *trust*), cfr. L. SMITH, «Trust and Patrimony», in *Revue générale de droit*, 2008, p. 381 e ss.; G.L. GRETTON, «Trusts without equity», in *Iclq*, 2000, p. 603 ss.; M. DE WAAL, «In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context», in *Stellenbosch law review*, 2000, p. 67 ss.; T. HONORÉ, *Trusts: the essentials*, in *Rationalising property, equity and trusts: essays in honour of Edward Burn*, a cura di J. Getzler, Oxford, 2003, p. 16. Nella dottrina italiana, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, *cit.*, p. 662 (il quale, alla luce dell'operatività solo in *personam* dell'*equity*, parla della *dual ownership* come mera «illusione ottica»); C. LICINI, «Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di «fiducia anglosassone», in *Riv. not.*, 1996, p. 129 e ss.

⁵ I diritti dei beneficiari non possiedono il carattere di *immediatezza* (ossia la possibilità di soddisfare l'interesse del titolare senza l'intermediazione del *trustee*), che è essenziale per la configurabilità di un diritto reale, e non costituiscono un numero chiuso. D'altra parte, il diritto del beneficiario non ha ad oggetto i singoli *trust assets*, bensì a sua volta il diritto del *trustee* sul *trust fund* (o meglio, il relativo valore), e conseguentemente lo stesso beneficiario non può agire nei confronti dei terzi per danni arrecati alla *trust property*. Inoltre, è pacifico che i creditori del beneficiario non possano aggredire i beni in *trust* in quanto tali. D'altra parte, la possibilità di agire, in caso di *breach of trust*, nei confronti dei terzi (diversi dal *bona fide purchaser for value without notice*) non deriva, in diritto inglese, dalla natura reale dell'*equitable title*, ma discende dall'utilizzo di tecniche processuali (*tracing e following*), e dalla configurazione di un *constructive trust* in capo al terzo possessore, fonte di

che ne connotano l'essenza limitando il contenuto dei poteri del proprietario con efficacia verso i terzi: in caso di compimento di atti contrastanti con i termini del *trust*, i beneficiari possono recuperare i beni presso il terzo acquirente (che non sia un *bona fide purchaser for value without notice*), e d'altra parte i beni in *trust* non fanno parte del patrimonio ereditario (estate) del *trustee*, né sullo stesso possono essere avanzate pretese da parte del coniuge del medesimo *trustee*, oltre che da parte dei creditori dello stesso. Negli ordinamenti che non conoscono l'*equity*, la concettualizzazione del *trust* si è invece fondata sulla configurazione della *trust property* come patrimonio autonomo o separato. Così è avvenuto, ad esempio, in Scozia⁶, in Sudafrica⁷, in Québec (ove sulla scorta della teoria di Lepaulle è stata codificata l'esistenza di un patrimonio senza soggetto⁸). La separazione patrimoniale consente di spiegare gli snodi fondamentali della disciplina del *trust*, e le limitazioni di natura «reale» al diritto di proprietà del *trustee*, senza necessità di sdoppiare la proprietà del bene, o di teorizzare l'esistenza di diritti reali in capo ai beneficiari⁹.

Appare illuminante anche l'esperienza francese, che si è arricchita da meno di un decennio del dibattito sull'istituto della *fiducie*, introdotto nel *code civil* dalla *loi n° 2007-211 du 19 février 2007* (successivamente modificata). L'art. 544 del *code civil* definisce la proprietà come il diritto di godere e disporre della cosa «nel modo più assoluto», purché non se ne faccia un uso proibito da leggi e regolamenti («*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*»). Una definizione che rispecchia, come è noto, la concezione liberale e

obblighi personali in capo a quest'ultimo (effetto, questo, che in altri ordinamenti si consegue mediante gli istituti dell'ingiustificato arricchimento e della responsabilità civile). L. SMITH, «Trust and Patrimony», *cit.*, p. 390 e ss., afferma, incisivamente, che «*the common law trust was not created by changing the idea of property; it was not created by any decision to split ownership into "legal title" and "equitable title". Rather, it was created by a distortion of the law of obligations, in particular an enormous expansion of the universally accepted possibility of third party liability for interference with obligations*».

⁶ K. REID, *National Report for Scotland*, in *Principles of european trust law*, a cura di D. Hayton, S. Kortmann e H.L.E. Verhagen, The Hague, 1999, p. 67 e ss.; A. REALI, «Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano. Il trust senza l'*equity*», in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 161.

⁷ M. DE WAAL, *The uniformity of ownership, numerus clausus and the reception of the trust into South African law*, in *Trusts in mixed legal systems*, a cura di M. Milo e J.M. Smits, *cit.*, p. 43 e ss.; ID., «The core elements of the trust: Aspects of the English, Scottish and South African trusts compared», in *South african law journal*, 2000, p. 555 e ss.

⁸ M. CANTIN CUMYN, *The Québec trust: a civilian institution with english law roots*, in *Trusts in mixed legal systems*, a cura di M. Milo e J.M. Smits, *cit.*, p. 73 e ss.

⁹ Il ricorso alla categoria del patrimonio separato permette di inquadrare in una categoria nota agli ordinamenti di *civil law* la disciplina del *trust* (ivi inclusi l'effetto di surrogazione reale sui beni che ne formano parte, e l'esclusiva ricompressione dei debiti del *trust* nel patrimonio separato). Cfr. soprattutto, nella dottrina comparatistica, T. HONORÉ, *Obstacles to the reception of trust law? The examples of South Africa and Scotland*, in *Aequitas and equity: equity in civil law and mixed jurisdictions*, a cura di A.M. Rabello, Jerusalem 1997, p. 812; G.L.

GRETTON, «Trusts without equity», in *ICLQ*, 2000, p. 608 ss.; K. REID, *Patrimony not equity: the trust in Scotland*, in *Trusts in mixed legal systems*, *cit.*, p. 19 e ss.; SCOTTISH LAW COMMISSION, *Discussion paper (n. 133) on the nature and the constitution of trusts*, Edimburgh, 2006, p. 10-13; L. SMITH, «Trust and Patrimony», *cit.*, p. 380 e ss.; J. SHEEDY, «Civil law jurisdictions and the english trust idea: lost in translation?», in *Denning Law Journal*, 2008, p. 177 e ss.; L. SMITH, *The re-imagined trust*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, *cit.*, p. 258; M. RACZYNSKA, *Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund*, in *The Worlds of the Trust*, *cit.*, p. 454.

Sui patrimoni separati, cfr. in generale AA.VV., *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, a cura di S. Tondo, Torino, 2007; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950; A. BUONFRATE, *Patrimonio destinato e separato*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, ***, II, Torino 2007, p. 878; L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 280; P. GABRIELE, «Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno», in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 593; A. JANNARELLI, «Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1253; R. QUADRI, «La circolazione dei beni del patrimonio separato», in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, p. 7; P. FERRO-LUZZI, «La disciplina dei patrimoni separati», in *Riv. soc.*, 2002, p. 121; A. GAMBARO, «Segregazione e unità del patrimonio», in *Trusts*, 2000, p. 155; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 105.

ottocentesca del diritto di proprietà, e che nonostante i profondi mutamenti intervenuti condiziona ancora il dibattito dottrinale relativo ai caratteri essenziali del diritto dominicale. Alla luce di tale definizione si è quindi discusso, dopo la legge del 2007, sui caratteri della *propriété fiduciaire*, e sulla riconducibilità di essa al paradigma generale della proprietà. La separazione patrimoniale (art. 2025 c.c.), l'opponibilità ai terzi, a determinate condizioni, dei limiti al potere di disposizione del proprietario fiduciario (art. 2023 c.c.), la possibilità di limitare l'esclusività dei poteri del fiduciario (art. 2017 c.c.), o di sottrarre a quest'ultimo la proprietà per effetto della sua revoca (art. 2027 c.c.), la separazione del *patrimoine d'affectation* rispetto al patrimonio generale del soggetto, sono tutti elementi che la dottrina ha valorizzato, evidenziando le importanti limitazioni - operanti sul piano della «realità» - alla pienezza ed all'esclusività dei poteri del proprietario. È stata quindi affermata la natura *sui generis* della proprietà fiduciaria nel panorama dei diritti reali¹⁰, e la *fiducie* è stata qualificata alla stregua di una *trust*, in base all'ampia nozione di quest'ultimo accolta dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985¹¹.

Profondamente diversa, invece, la situazione in Germania. Il BGB non disciplina alcun istituto paragonabile alla *fiducie* francese, o al vincolo di destinazione italiano, caratterizzato dalla separazione patrimoniale ed opponibilità ai terzi dei limiti al diritto del fiduciario. Al contrario, a norma del § 137 del BGB, la libera facoltà di disposizione del diritto di proprietà non può essere limitata negozialmente con efficacia verso i terzi («*Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden*»). Gli obiettivi propri della destinazione patrimoniale e della *fiducia* (*Treuhand*) sono stati perseguiti con diversi strumenti¹²: attraverso l'utilizzo del congegno condizionale (*Bedingung*: cfr. il § 161 del BGB), che però non può essere utilmente impiegato per rendere opponibile ai terzi le limitazioni al diritto di proprietà; oppure mediante l'iscrizione nel libro fondiario (*Grundbuch*) di una prenotazione (*Vormerkung*: cfr. il § 883 del BGB), al fine di rendere opponibile ai terzi l'obbligo di trasferimento del bene posto a carico del fiduciario; o anche (in modo probabilmente più efficiente) mediante l'istituto dell'autorizzazione (*Genehmigung*) di cui al § 185 BGB, che presuppone il mantenimento della proprietà in capo al fiduciante, e il conferimento al fiduciario dell'autorizzazione a disporne in nome proprio¹³. L'impossibilità, però, di conseguire mediante tali strumenti una reale *separazione patrimoniale*, e quindi un adeguato *asset partitioning*, ha condotto ad escludere la *Treuhand* tedesca dall'ambito del *trust* disciplinato dalla Convenzione dell'Aja¹⁴.

102

¹⁰ Cfr. F. BARRIÈRE, *The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, cit., p. 222; ID., «Fiducie», in *Rép. civ. Dalloz*, 2013; Y. EMERICH, «Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens», in *RIDC*, 2009, p. 49; C. WITZ, «La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust», in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1369; M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles*, Aix-en-Provence, 2008, p. 445 e ss.; B. MALLET-BRICOUT, «Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie?», in *Revue de droit de McGill*, 2013, p. 907; ID., *Fiducie et propriété*, in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, 2009, p. 297.

¹¹ Sulla riconducibilità della *fiducie* francese al *trust*, nei limiti ovviamente del relativo ambito oggettivo di applicazione, e sulle differenze rispetto al *trust* anglosassone, cfr. tra gli altri F. BARRIÈRE, «Fiducie», cit., 2013, p. 4; ID., «La legge che istituisce la *fiducia*: tra equilibrio e incoerenza», in *Trusts*, 2008, p. 124; A. GALLARATI, «Fiducie v *trust*. Spunti per una riflessione sull'adozione di modelli fiduciari in diritto italiano», in *Trusts*, 2010, p. 238; C. LARROUMET, «La loi du 19

février 2007 sur la fiducie. Propos critiques», in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1350; C. WITZ, *op. cit.*, p. 1369.

¹² Su cui v. M. LÖHNIG, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, Tübingen, 2006; D. LIEBICH e K. MATHEWS, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, Berlin, 1983; H. COING, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München, 1973; H.H. JACOBS, «Treuhänder als Nichtberechtigter», in *ZfP*, 1999, p. 59; J. GERNHUBER, «Die fiduziarische Treuhand», in *JuS*, 1988, p. 355; R. WANK, «Mißbrauch der Treuhandstellung und der Vertretungsmacht», in *JuS*, 1979, p. 402; H. SCHLOSSER, «Außenwirkungen verfassungshindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand», in *NJW*, 1970, p. 681; R. REINHARDT e P. ERLINGHAGEN, «Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung», in *JuS*, 1962, p. 41.

¹³ Cfr. in particolare AA.VV., *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, a cura di R. Helmholz e R. Zimmermann, Berlin, 1998; S. GRUNDMANN, «Trust and Treuhand at the end of the 20th century. Key problems and shift of interests», in *AJCL*, 1999, p. 401.

¹⁴ Per l'impossibilità di ricondurre la *Treuhand* germanica alla categoria del *trust*, avuto riguardo alla relativa efficacia

In definitiva, si assiste ad una relazione biunivoca fra *trust* da un lato, e proprietà fiduciaria (caratterizzata da separazione patrimoniale e limitazioni opponibili ai terzi) dall'altro: si tratta, ora, di indagare più approfonditamente i caratteri identificativi di tale proprietà fiduciaria, con particolare riguardo all'ordinamento giuridico italiano.

Il contenuto e la disciplina della proprietà fiduciaria

Chi scrive ha avuto modo di osservare - sin dal momento dell'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-ter - come tale disposizione abbia introdotto nel nostro ordinamento, con previsione di portata generale, la *proprietà fiduciaria*¹⁵. Infatti, sia che si ipotizzi un trasferimento della proprietà ad un fiduciario diverso dal disponente (c.d. fiducia dinamica), sia che sia quest'ultimo ad autolimitarsi vincolando il proprio diritto di proprietà ad una determinata destinazione (c.d. fiducia statica), la possibilità di opporre ai creditori, ed ai terzi in genere, il vincolo di destinazione consente di superare l'ostacolo all'efficacia reale del negozio fiduciario¹⁶; ostacolo che in assenza di tale disposizione dottrina e giurisprudenza avevano ravvisato soprattutto nella mancanza di una disciplina che prevedesse la realtà della limitazione ai poteri dominicali, la separazione patrimoniale e la relativa pubblicità legale¹⁷. Con l'introduzione della nuova disciplina dei vincoli di destinazione, invece, l'ordinamento giuridico italiano può certamente essere incluso tra quelli che - consentendo vincoli di destinazione «atipici» e separazione patrimoniale opponibili ai terzi, e quindi una vera e propria proprietà fiduciaria - conoscono l'istituto del *trust*, agli effetti degli articoli 5 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985¹⁸. Ed è proprio la separazione patrimoniale - comportando la costituzione in capo ad un medesimo soggetto di «più masse di beni autonome, ciascuna delle quali vive le proprie vicende e non è coinvolta in quelle interessanti le altre»¹⁹ - a costituire il fondamento del carattere reale della proprietà fiduciaria, e della relativa disciplina. Si tratta, ora, di definire con maggior precisione i caratteri di questa proprietà fiduciaria, da ricomprendersi nel più ampio novero delle *proprietà nell'interesse altrui*: fenomeno, quest'ultimo, di cui la dottrina ha iniziato ad occuparsi già da qualche tempo²⁰.

103

nei rapporti con i terzi, cfr. S. GRUNDMANN, *The Evolution of Trust and Treuhand in the 20th Century*, in *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, cit., p. 469; J. REHAHN e A. GRIMM, «The Trust in Continental Europe. Germany», in *Columbia Journal of European Law*, 2012, p. 97.

¹⁵ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 168 e ss.

¹⁶ La fiducia romanistica si caratterizza, secondo l'orientamento prevalente, proprio per l'inopponibilità ai terzi degli obblighi fiduciari: cfr. R. CAMPAGNOLO, «Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica», in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 349; M. GAMBINI, «Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza», in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 844; nonché le classiche pagine di L. CARIOTA FERRARA, «Effetti del fallimento sulle situazioni apparenti e fiduciarie», in *Dir. fall.*, 1972, p. 329; L. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano 1962; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 201; ID., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, *ibidem*, p. 334; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1948; C.

GRASSETTI, «Il negozio fiduciario e la sua ammissibilità nell'attuale ordinamento giuridico», in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 362; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1936. In giurisprudenza, cfr. per tutte Cass., 10 maggio 2010, n. 11314, in *Contratti*, 2010, p. 989; Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1041.

¹⁷ Anteriormente all'introduzione, nel codice civile, dell'art. 2645-ter, la dottrina aveva rilevato proprio l'assenza di una adeguata disciplina, anche pubblicitaria, che - consentendo di opporre ai terzi i vincoli di destinazione - consentisse di configurare un'incidenza dei medesimi vincoli sul diritto reale: cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 242 ss.; P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 95.

¹⁸ Per la configurabilità di un «*trust* italiano», fondato anche (ma non solo) sulla disciplina dettata dall'art. 2645-ter c.c., si rinvia a G. PETRELLI, «*Trust* interno, art. 2645-ter c.c. e «*trust* italiano»», in corso di pubblicazione in *Riv. dir. civ.*

¹⁹ U. LA PORTA, *I «formanti dell'ordinamento giuridico» il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, cit., p. 131.

²⁰ Sulla categoria della «proprietà nell'interesse altrui», cfr. A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999;

Innanzitutto, la proprietà del fiduciario ex art. 2645-ter c.c. è «strumentale»: anziché essere un fine in sé, essa rappresenta soltanto uno strumento per il perseguimento in via esclusiva di una finalità ulteriore (lo scopo della destinazione). Per tale ragione, essa non è una situazione giuridica assoluta ed incondizionata, idonea ad arricchire il patrimonio del proprietario²¹, ma al contrario si caratterizza come diritto transeunte e provvisorio, destinato a venir meno in capo al fiduciario con la realizzazione del suo scopo. Questa strumentalità della situazione giuridica proprietaria ne determina alcune fondamentali caratteristiche di disciplina, quale l'esclusione dalla comunione legale (la quale ricomprende solo gli investimenti destinati ad arricchire il patrimonio del coniuge acquirente, e proprio per ciò costituisce «acquisto» idoneo ad essere ricompreso nella comunione)²².

Più complesso il discorso relativo alla successione *mortis causa* del fiduciario. In diritto inglese, a seguito della morte del trustee la titolarità dei beni in trust (*trust assets*) è attribuita (*vested*) - al pari di quella dei beni personali del trustee - al suo *personal representative*, ossia all'amministratore dell'eredità (*administrator o executor*). Quest'ultimo ha quindi l'obbligo di trasferire i suddetti beni in trust al nuovo trustee, designato da chi ha il potere di nomina o dall'autorità giudiziaria²³. In altri ordinamenti, come quello di Jersey, in cui un *personal representative* può anche non essere nominato, il suddetto obbligo è posto in capo all'erede, al quale i beni sono trasferiti alla morte del trustee²⁴. In diritto italiano, deve ritenersi che la situazione non sia dissimile da quella suesposta, e che la natura strumentale del diritto dominicale implichi un preciso obbligo dei chiamati all'eredità o degli eredi del fiduciario - a cui viene trasmesso anche il possesso dei beni destinati - di trasferire gli stessi beni al soggetto designato da chi è all'uopo legittimato, in sostituzione del fiduciario defunto. Ipotizzando che l'atto di destinazione non provveda per il caso di morte del fiduciario, prevedendo i meccanismi ed i criteri per la nomina del suo successore, si tratterà di comprendere - mediante l'utilizzo degli ordinari canoni ermeneutici - se sia desumibile o meno dall'atto la volontà di proseguire la destinazione nonostante la morte del fiduciario,

M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995; A. GAMBARO, «Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui», in *Trusts*, 2007, p. 169; L. SAMBUELLI, «La "proprietà" nell'interesse altrui (mandato generale e conflitto d'interessi)», in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1321. Va rilevato, quale indispensabile premessa metodologica, che si parla correttamente di «proprietà nell'interesse altrui» solo allorché il diritto dominicale sia inciso sul piano «reale» delle facoltà di godimento e di disposizione spettanti al titolare, mentre in caso di incidenza meramente obbligatoria dell'agire nell'interesse altrui - come avviene, secondo l'orientamento prevalente, nel caso del mandato senza rappresentanza ad acquistare - occorre utilizzare un linguaggio di tipo «contrattuale», anziché «proprietary» (per tale rilievo cfr. in particolare L. SALAMONE, «La c.d. proprietà del mandatario», in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 77; P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 88 e ss.; R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, p. 238 e ss.). Sul problema della «proprietà del mandatario», cfr. inoltre L. CAMPAGNA, «La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili», in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 7; M. GRAZIADEI, «Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà», in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 142 e ss.; ID., «Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario», in *Quadrimestre*, 1990, p. 1). I caratteri essenziali della proprietà fiduciaria erano

stati magistralmente tratteggiati già da S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 253 e ss., 272 e ss. (con la precisazione - inevitabile all'epoca - che si trattava di un istituto non compatibile con il diritto positivo allora vigente).

²¹ U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio* ..., cit., p. 136, 150 e ss.

²² Per l'esclusione della proprietà fiduciaria dalla comunione legale dei beni tra coniugi, cfr. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984, p. 322 e ss.; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1983, p. 166; A. GALASSO e M. TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1999, p. 376.

²³ Sezioni 36 e 40 del *Trustee Act 1925*, e sezione 36 dello *Administration of Estates Act 1925*. Cfr. anche, in dottrina, D. HAYTON, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, London-Dublin-Edimburgh, 1995, p. 735 e ss.; D. HAYTON e C. MITCHELL, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London, 2005, p. 530 e ss.; P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Oxford, 2009, p. 39 e ss., 382 e ss.; J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON e J. BRIGHTWELL, *Lewin on Trusts*, London, 2008, p. 441 e ss.

²⁴ Cfr. gli artt. 1, 11(6), 17(1A)(c) e 42(1) della *Trusts (Jersey) Law 1984*.

che di *default* dovrebbe, invece, porvi termine (come avviene nel caso del mandato: cfr. l'art. 1722, n. 4, c.c.): nel primo caso, i chiamati all'eredità o gli eredi dovranno trasferire i beni al nuovo fiduciario, provvedendo nelle more della sostituzione alla relativa custodia ed al compimento degli atti urgenti, in conformità ai principi generali che disciplinano l'*amministrazione* in funzione conservativa dei beni ereditari.

La proprietà del fiduciario è, in ogni caso, *funzionalizzata*, e *conformata* in vista del fine di destinazione²⁵, in modo da determinare una inestricabile connessione - in capo al relativo titolare - tra le connotazioni assiologiche della possibilità e della necessità, come avviene più in generale per la figura giuridica del *potere*²⁶. Pertanto, gli *usi consentiti* nell'esercizio delle facoltà di godimento e di disposizione sono esclusivamente quelli *compatibili con il fine di destinazione*, e specularmente *ogni altro utilizzo è vietato* (in forza dell'espressa statuizione contenuta nell'art. 2645-ter c.c.). Così, ad esempio, se un immobile deve essere destinato all'abitazione di un incapace, non è consentito al fiduciario modificarne la destinazione ad usi non abitativi, e neanche alienarlo. Ancorché, per quanto concerne il potere di disposizione, occorra distinguere nelle singole fattispecie concrete: in casi diversi da quello esemplificato, la destinazione potrebbe implicare l'obbligo del fiduciario di alienare un bene, magari per utilizzarne il ricavato ai fini della destinazione.

Alla funzionalizzazione della proprietà corrisponde, sul piano soggettivo, l'attribuzione al fiduciario della titolarità di un vero e proprio *ufficio di diritto privato*, con i connessi poteri e doveri di amministrazione e disposizione²⁷. Lo si ricava agevolmente dalla lettera dell'art. 2645-ter c.c., nella parte in cui prevede che «per la realizzazione» degli interessi meritevoli di tutela, riferibili ai beneficiari, «può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso». La norma, con tutta evidenza, differenzia nettamente gli effetti del vincolo di destinazione rispetto a quelli di un ordinario contratto, ove è invece legittimato ad agire solamente il contraente al quale la prestazione è dovuta. Nel caso del vincolo, invece, qualunque interessato può agire per la realizzazione del fine di destinazione; e - ciò che più rileva - può farlo anche *contro* la volontà del disponente (ed anche durante la vita dello stesso). Posto che qualunque altro interessato - non necessariamente un beneficiario²⁸ - può comunque

²⁵ Per interessanti puntualizzazioni sul significato della funzionalizzazione della proprietà nell'interesse altrui, cfr. A. SATURNO, *op. cit.*, p. 145 e ss.

²⁶ Cfr. A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento XVI, Roma 2007; ID., *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990; F. ROSELLI, *Potestà (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990; A. LENER, *Potere (dir. privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610; V. FROSINI, *Potere (teoria generale)*, in *Novissimo Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 440; G. CAPOZZI, *Diritto e potere*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, Milano, 1991, p. 113; S. D'ALBERGO, *Sul problema del potere*, *ibidem*, p. 243; S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983, p. 172.

²⁷ Il ricorso alla figura dell'ufficio per illustrare la posizione del fiduciario, titolare della proprietà destinata, consente di spiegare la permanenza in vita del vincolo anche in caso di morte, sopravvenuta incapacità o cessazione per qualsiasi ragione dalla carica del singolo fiduciario; l'impossibilità per quest'ultimo di porvi termine volontariamente; la possibilità di sua sostituzione ad opera del giudice: cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 275, 280, 336. Con riferimento al *trust*, cfr. nel medesimo senso Cass., 13 giugno 2008, n. 16022, in

Trusts, 2008, p. 522; S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., p. 46 (ed ivi ulteriori riferimenti); C. LICINI, *op. cit.*, p. 133 e ss. Nella dottrina comparatistica, v. soprattutto G.L. GRETTON, «Trusts without equity», *cit.*, p. 617 ss.; M. DE WAAL, «In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context», *cit.*, p. 67 e 78; L. SMITH, «Trust and Patrimony», *cit.*, p. 384 e ss.; T. HONORÉ, «On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions», in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2008, 27, p. 5 e ss.; L. SMITH, *The re-imagined trust*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, *cit.*, p. 258 e ss.

²⁸ L'espressione «qualsiasi interessato», contenuta nell'art. 2645-ter c.c., richiama quella impiegata a proposito dell'attuazione del *modus* dagli artt. 648, comma 1, e 793, comma 3, c.c. Sull'estensione della legittimazione ad agire per l'adempimento dell'onere, cfr. per tutti A. ZANNI, «Considerazioni in tema di natura giuridica dell'onere testamentario e di determinazione dei soggetti legittimati al suo adempimento (nota a Cass., 14 dicembre 1999, n. 14029)», in *Riv. not.*, 2000, p. 1006; M. NARDOZZA, «Idee vecchie e nuove sul *modus* testamentario (nota a Trib. Terni, 28 novembre 1993)», in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1701;

attivare le tutele di legge, neanche la *rinunzia all'azione da parte del disponente o di un singolo interessato* è in grado di pregiudicare la coercibilità e l'effettività della destinazione. Il vincolo di destinazione *trascende* quindi il mero interesse negoziale del disponente, poiché sussiste un *interesse generale alla relativa attuazione* il quale - proprio perché svincolato dall'interesse privato e dall'iniziativa di specifici soggetti - conferma la qualificazione in termini di *ufficio* della posizione giuridica del fiduciario²⁹, quale titolare di poteri ed obblighi di amministrazione e disposizione, in una parola di una vera e propria *funzione*³⁰. Dal che discende, ulteriormente, l'*autonomia dell'ufficio* (e della correlata attribuzione in funzione strumentale del diritto dominicale) *rispetto alla persona del relativo titolare*: da un lato, il venir meno di quest'ultima per qualsiasi causa non comporta necessariamente cessazione della destinazione; d'altro lato, a differenza degli ordinari rapporti contrattuali, il vincolo di destinazione in quanto tale - da distinguersi dal rapporto obbligatorio intercorrente con il singolo affidatario - non è soggetto a risoluzione per inadempimento del fiduciario *pro tempore*³¹.

L'*azione per la «realizzazione»* del fine di destinazione può essere quindi diretta anche alla *sostituzione del fiduciario*, e ciò pure in ragione dell'inadempimento ai relativi doveri; la sostituzione può essere richiesta all'autorità giudiziaria da parte del disponente e di qualunque interessato (arg. ex art. 2645-ter c.c.)³². Appare evidente - alla luce delle indubbie difficoltà connesse con la lacunosità della disciplina processuale - l'importanza di adeguate *clausole* nell'atto di destinazione, che disciplinino in dettaglio le modalità di *sostituzione* del fiduciario e la titolarità dei *poteri* di revoca e di nomina, e più in generale i presupposti e le modalità di successione nell'ufficio (e nella titolarità del diritto funzionalizzato)³³.

M. GARUTTI, *Il "modus" testamentario*, Napoli, 1990, p. 131 e ss.; A. MARINI, *Il "modus" come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 220 e ss.

106 ²⁹ Sugli uffici di diritto privato, cfr. in generale F. MACIOCE, *Ufficio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano 1992, p. 641; V. FROSINI, *Ufficio*, in *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 773; ID., «Osservazioni sulla struttura giuridica dell'ufficio», in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 139.

³⁰ Sul concetto di funzione, cfr. F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 301.

³¹ Per l'esclusione della risoluzione per inadempimento del contratto di affidamento fiduciario, cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 328.

Quanto affermato nel testo riguardo alle peculiarità del rapporto di destinazione non esclude che lo stesso possa nascere da un contratto: cfr. al riguardo S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., p. 37 e ss. È del resto diffusa la convinzione che anche il *trust* «convenzionale» - a prescindere dalla conclusione che si ritenga più coerente con il *trust* del modello angloamericano (per il quale v. J.H. LANGBEIN, «The contractarian basis of the law of trusts», in *Yale law journal*, 1995, p. 625) - possa essere istituito mediante contratto: cfr. tra gli altri R. SICLARI, «Il *trust* nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello negoziale», in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 100; L. THÉVENOZ, *Trusts: the rise of a global legal concept*, in *European private law: a handbook*, II, a cura di M. Bussani e F. Werro, Berna 2014, p. 29.

³² Anche se la legge italiana non contiene disposizioni *ad hoc*

finalizzate alla nomina e revoca del fiduciario, proprietario dei beni destinati, deve ritenersi che il potere di agire per l'attuazione della destinazione, ex art. 2645-ter c.c., comprenda quello di chiedere (ed ottenere) dall'autorità giudiziaria la revoca del fiduciario inadempiente e la nomina del relativo sostituto. Piuttosto, l'affermata tassatività dei provvedimenti di volontaria giurisdizione (su cui cfr. tra gli altri F. PORCARI, *Commento all'art. 737*, in *Commentario del codice di procedura civile*, VII, 3, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, Torino 2014, p. 316 e ss.; G. BRUNELLI, *I soggetti che operano nella volontaria giurisdizione*, in *Atti notarili. Volontaria giurisdizione*, I, diretto da F. Preite, Torino, 2012, p. 43 e ss.; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, I, Milano, 1985, p. 27 e ss., 133; Trib. Crotona, 29 settembre 2008, in *Trusts*, 2009, p. 37) induce a ritenere che sia necessario, all'uopo, instaurare un procedimento contenzioso, in contraddittorio con il fiduciario della cui revoca si tratta, e con gli altri soggetti interessati alla destinazione patrimoniale. L'atto di destinazione può comunque ovviare alle difficoltà e lungaggini del procedimento giudiziario, istituendo una specifica procedura di arbitraggio e/o attribuendo a determinati soggetti (compresi, eventualmente, il disponente o i beneficiari) i relativi poteri: cfr. sul punto M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 322 e ss., 324 e ss.

³³ Sulla sostituzione del *trustee*, e sulle relative clausole, cfr. in particolare G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, Milano, 2003, p. 1020 e ss.; M. LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005, p. 406 e ss., 524 e ss., 538 e ss., 553 e ss.; S. BARTOLI e D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, Torino, 2008, p. 168 e ss.

La proprietà fiduciaria è, pertanto qualificabile anche come *proprietà temporanea o risolubile*, in quanto destinata a venir meno con la realizzazione del fine di destinazione; ovvero - anche anteriormente - per effetto della violazione da parte del fiduciario degli obblighi sullo stesso gravanti (in quanto l'atto di destinazione preveda la possibilità di revocarlo); o ancora per effetto della rinuncia del fiduciario all'ufficio attribuitogli ed eventualmente del di lui decesso, se previsto dall'atto di destinazione quale causa di cessazione della stessa. In ogni caso, alla cessazione dell'ufficio dal fiduciario deve far seguito il *trasferimento* ad altri (nuovo fiduciario, o beneficiario) della *posizione dominicale* spettantegli, a lui attribuita solo in via strumentale.

Su questo punto appare necessaria qualche ulteriore precisazione. L'atto di destinazione può, opportunamente, disciplinare in dettaglio i presupposti e le modalità di cessazione del fiduciario dall'ufficio conferitogli, per revoca o rinuncia, attribuendo eventualmente al disponente o ad altro soggetto il *potere* di revoca: in questa ipotesi, la cessazione e la conseguente sostituzione non operano automaticamente, ma presuppongono un *atto* che produca l'effetto in questione. È anche ipotizzabile, come già accennato, anche una revoca giudiziale del fiduciario, in caso di mancata previsione da parte dell'atto di destinazione, o di inerzia del titolare del potere di revoca. L'atto di destinazione potrebbe, in alternativa, prevedere la *cessazione automatica* dall'ufficio del fiduciario resosi inadempiente, senza ricollegare a tale cessazione il venir meno della destinazione, e prevedendo eventualmente anche la *sostituzione automatica* con altro fiduciario³⁴. Anche nell'ipotesi in cui l'attuazione della destinazione implichi il trasferimento del bene al beneficiario, l'atto di destinazione potrebbe prevedere, alternativamente, un *obbligo* del fiduciario al riguardo (eseguibile anche in forma specifica, a norma dell'art. 2932 c.c.), ovvero il trasferimento *automatico* al medesimo beneficiario allo scadere di un termine o al verificarsi di una data condizione. L'automatismo nel trasferimento della proprietà comporterebbe l'inclusione a pieno titolo della proprietà destinata nelle categorie della *proprietà temporanea o risolubile* (a seconda che l'evento che comporta la cessazione della titolarità sia o meno certo nell'*an*, anche se non nel *quando*); diversamente, in mancanza di automatismo, potrebbe parlarsi di proprietà temporanea solo in senso atecnico, dovendosi comunque postulare un ulteriore atto (di adempimento dell'obbligo traslativo) a cui ricollegare l'effetto della privazione della proprietà in capo al precedente fiduciario.

È opportuno precisare, inoltre, che i beni destinati possono integrare un *patrimonio di destinazione*, ogni qualvolta sussista una pluralità di beni aventi destinazione unitaria, ed unificati in funzione di essa³⁵. Lo si desume dallo stesso art. 2645-ter c.c., nella parte in cui richiede il necessario impiego al soddisfacimento del fine di destinazione non solo degli immobili destinati, ma anche dei relativi *frutti* (i quali a loro volta devono essere impiegati per il fine di destinazione, e potrebbero essere eventualmente reimpiegati nell'acquisto di ulteriori beni da destinare al medesimo scopo). Nel caso di reimpiego, appare improponibile l'esclusione dei *beni sostituiti* a quelli originari dal patrimonio di destinazione, ed il relativo ingresso nel patrimonio personale del fiduciario. Più plausibile la conclusione per cui - sulla scia del noto brocardo *in universalibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, res in locum rei* - all'interno del patrimonio di destinazione vi sia possibilità di sostituzione e quindi *surrogazione reale*, anche in difetto di un'espressa disposizione normativa al riguardo, che deve ritenersi non necessaria per il reimpiego del ricavato dell'alienazione all'interno di un patrimonio destinato³⁶; reimpiego che è

³⁴ Su tali clausole, v. S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di attuazione del vincolo», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, in questa rivista, 2013, 2, p. 258 e ss.

³⁵ Sulle funzioni ed i limiti dell'unificazione nel patrimonio separato dei singoli beni destinati, e delle relative situazioni giuridiche, cfr. F. GUERRERA, «Contratto d'investimento e rapporto di gestione (riflessioni sulla proprietà delegata)», in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 735 e ss.

³⁶ Per l'ammissibilità della surrogazione reale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, cfr. tra gli altri A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 457 e ss.; A. MAGAZZÙ, *Surrogazione reale*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1507 e ss.; C. TOMASSETTI, «La surrogazione reale», in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 821 e ss. Sulla surrogazione reale come strumento di conservazione dell'integrità del patrimonio separato, cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione*

oltretutto obbligatorio in capo al titolare del corrispondente ufficio di diritto privato (arg. ex art. 694 c.c., ed art. 748, comma 2, c.p.c.). Ferma comunque la possibilità, e l'opportunità, di una previsione negoziale di *rotatività* della destinazione³⁷.

In definitiva, la proprietà fiduciaria è una «*proprietà modificata*» o «*derogata*», che pur rientrando nel paradigma di cui all'art. 832 c.c. si differenzia non poco dalla proprietà tradizionale, concepita come diritto «pieno ed esclusivo». Tra le principali deroghe possono annoverarsi la limitazione «reale» dei poteri di godimento e di disposizione del proprietario fiduciario (di cui si è già detto e si dirà ulteriormente nel prossimo paragrafo); l'esclusione dei beni destinati dal regime di comunione legale coniugale; la possibile privazione della titolarità dei beni, conseguente alla cessazione dall'ufficio (in particolare, in caso di revoca) del proprietario fiduciario. Altre peculiarità ancora possono comunque individuarsi. La strumentalità dell'attribuzione dominicale può ritenersi incompatibile con la disciplina delle *prelazioni legali*, di cui va affermata l'inapplicabilità quantomeno nei passaggi di titolarità esclusivamente finalizzati alla destinazione (quali sono quelli che conseguono alla trasmissione delle funzioni da un fiduciario ad un altro)³⁸. D'altra parte, la funzionalizzazione della proprietà fa sì che un uso diverso da quello consentito possa integrare - trattandosi di beni mobili - il reato di *appropriazione indebita*³⁹. Ed ancora, la peculiare configurazione della proprietà destinata non consente al fiduciario

e patrimoni separati, cit., p. 228 e ss.

Non si condivide quindi - salve le evidenti differenze di disciplina rispetto al *trust* inglese, avuto riguardo in particolare ai diversi strumenti processuali con cui può attuarsi la surrogazione - l'opinione che ha ravvisato nella surrogazione reale una differenza importante tra il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. ed il *trust* anglosassone (in tal senso, con diverse sfumature, D. MURITANO, «Il c.d. *trust* interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.», in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in questa rivista, 2007, 1, p. 25; S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni, cit.*, p. 61). Va da sé che l'operatività della surrogazione reale nei confronti dei terzi richiede l'esplicitamento - ove previsto dalla legge - delle formalità pubblicitarie prescritte con riferimento ai nuovi beni destinati; ma lo stesso vale in relazione al *trust*, applicandosi al riguardo le disposizioni della *lex rei sitae* (art. 11, § 3, lett. d), ultimo periodo, della Convenzione dell'Aja). Per l'individuazione della legge regolatrice della pubblicità legale e dell'opponibilità ai terzi, cfr. G. PETRELLI, *Pubblicità legale, apparenza e affidamento nel diritto internazionale privato*, in *Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale - 1. Diritto internazionale privato*, Torino 2011, p. 251 e ss. (spec. p. 385 e ss., per quanto concerne il *trust*).

³⁷ Cfr. S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di surrogabilità dei beni», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea, cit.*, p. 192 e ss. Sul patto di rotatività - in generale e con specifico riferimento al pegno - cfr. da ultimi S. BIANCHI, «Pegno regolare e irregolare di titoli, patti di rotatività e garanzie finanziarie (nota a Cass., 31 gennaio 2014, n. 2120, e Cass., 14 febbraio 2014, n. 3555)», in *Corr. giur.*, 2014, p. 1501; M.M. D'AGUI, «Pegno rotativo e rilevanza della forma scritta (nota a Cass., 1 ottobre 2012, n. 16666)», in *Contratti*, 2013,

p. 1003; E. GABRIELLI, «"Forma" e «realtà» nel diritto italiano delle garanzie reali», in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 449; C. ABATANGELO, «La clausola di rotatività del pegno: requisiti di efficacia e profili di responsabilità (nota a Cass. 26 gennaio 2010, n. 1526)», in *Resp. civ.*, 2011, p. 661; A.M. AZZARO, «Pegno rotativo su titoli dematerializzati, possesso e revocatoria fallimentare nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza (nota a Cass., 27 ottobre 2006, n. 23268)», in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2008, II, p. 310; N. DE LUCA, «*Res quae tangi non possunt* (a proposito di dematerializzazione, pegno e individuazione del «bene»)», *ibidem*, p. 316; S. GISOLFI, «Il punto sull'ammissibilità del "patto di rotatività" nel pegno», in *Riv. not.*, 2006, p. 855; G. B. BARILLÀ, «Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività», in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, p. 18 e 111.

³⁸ In tal senso, v. nella dottrina francese B. MALLET-BRICOUT, *Fiducie et propriété*, in *Liber amicorum Christian Larroumet, cit.*, p. 316 e ss.

³⁹ Cass. pen., 23 settembre 2014, n. 50672, in *Trusts*, 2015, p. 269 («Integra il reato di appropriazione indebita la condotta del *trustee* che destina i beni conferiti in *trust* a finalità proprie o comunque diverse da quelle per realizzare le quali il negozio fiduciario è stato istituito, in quanto l'intestazione formale del diritto di proprietà al *trustee* ha solo la valenza di una proprietà temporale, che non consente di disporre dei beni in misura piena ed esclusiva»). Nel medesimo senso, con riferimento alla proprietà risolubile, cfr. in dottrina A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 232 ss. («l'applicabilità dell'art. 646 c.p. potrebbe giustificarsi sotto il profilo di una sanzione penalistica dell'obbligo di comportarsi in buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte (art. 1358 c.c.), che grava sul titolare del diritto risolubile»), e p. 459, nota 66 (ove si esprime l'opinione che «il titolare della proprietà risolubile risponda di appropriazione indebita allorché, ad

di usucapire il pieno dominio, se non previa *interversione del possesso*⁴⁰. Per non parlare dell'impossibilità di configurare una titolarità fiduciaria di alcuni *diritti* per loro natura *strettamente personali*, quali l'uso e l'abitazione.

Per quanto non contenuto nella disciplina speciale, invece, si applicano le normali regole proprietarie. Pertanto, trovano applicazione la disciplina generale sulle azioni a difesa della proprietà e del possesso, come pure le norme ed i principi che, sulla base dell'elasticità del dominio, determinano riespansione del relativo contenuto a seguito della consolidazione o confusione di diritti reali limitati, o comportano l'acquisizione per accessione delle costruzioni e piantagioni effettuate sopra il suolo, con correlativa estensione alle accessioni dei diritti e pesi (compreso il vincolo di destinazione) gravanti sul suolo stesso⁴¹. Allo stesso modo, se si ricollega il carattere di imprescrittibilità del diritto di proprietà⁴² non già alla facoltà di non uso del proprietario tradizionale, bensì all'imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione (art. 948, comma 3, c.c.), alle plurime indefinite possibilità di godimento del bene, ed al carattere residuale (di «catalizzatore di ultima istanza») del diritto dominicale rispetto ai diritti reali limitati, deve predicarsi l'estensione della suddetta imprescrittibilità anche alla proprietà fiduciaria⁴³. Lo stesso deve dirsi per la responsabilità civile derivante dalla proprietà della cosa, la quale si fonda sul criterio del rischio (che grava non tanto su chi ha diritto di godere del bene, quanto su colui che è obbligato alla relativa custodia e conservazione), nonché ad esigenze di tutela dei terzi (garantendo la sicura individuazione del legittimato passivo e l'esecuzione dell'eventuale condanna risarcitoria)⁴⁴: tale responsabilità non può che essere posta a carico del proprietario nell'interesse altrui, per l'impraticabilità ed inefficienza

esempio, trasferisca a terzi di buona fede la proprietà in senso tecnico della cosa (mobile)»; A. SATURNO, *op. cit.*, p. 132, nota 102.

⁴⁰ Cfr. al riguardo R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, Milano, 2000, p. 315 e ss. Peraltro, secondo Cass. pen., 23 settembre 2014, n. 50672, *cit.*, la violazione del vincolo di destinazione da parte del proprietario fiduciario «concreta quella interversione del possesso in proprietà che costituisce l'essenza del delitto di cui all'art. 646 c.p.». Sulla interversione del possesso in generale, cfr. V. CANALE, *Possesso (interversione del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, XVIII, Roma, 2009; I. PERROTTA, «Usufrutto uxorio e acquisto della proprietà a titolo originario: la necessità dell'*interversio possessionis* (nota a Cass., 10 gennaio 2011 n. 355)», in *Giur. it.*, 2012, p. 817; D. TESSERA, «Interversione del possesso dell'usufruttuario (nota a Cass., 10 gennaio 2011 n. 355)», in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 476; D. BOSCHI, «Interversione di fatto ed usucapione della proprietà esclusiva da parte del coerede (nota a Trib. Cassino, 27 gennaio 2011)», in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 889.

⁴¹ In tal senso A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 408. Per una diversa posizione riguardo all'estensione alle accessioni del vincolo di destinazione, cfr. invece G. TRAPANI, «Atto costitutivo di fondo patrimoniale avente ad oggetto un terreno. Possibile estensione del vincolo destinatorio imposto sul terreno al fabbricato che insiste su di esso», in *Studi e materiali*, 2011, 2, p. 605.

⁴² Sull'imprescrittibilità del diritto di proprietà, quale riflesso dell'imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione (art. 948, comma 3, c.c.), cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 222 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, Milano, 1999, p. 154 (ove la

considerazione che l'eventuale inadempimento del proprietario a specifici obblighi di conservazione, cura o intervento sui beni comporta l'applicazione delle sanzioni di volta in volta previste, ma non dà luogo in alcun caso a prescrizione per non uso).

⁴³ Cfr., quanto all'imprescrittibilità della proprietà temporanea e di quella risolubile, A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 439 e ss., 445 ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 303 e ss.; M. BOUTEILLE, *op. cit.*, p. 483 e ss. Diverso è il problema della prescrizione degli obblighi posti a carico del fiduciario, comunemente affermata dalla giurisprudenza e ricondotta al generale termine decennale (sul presupposto che la relativa azione ha natura personale ed obbligatoria, e come tale è soggetta alla prescrizione ordinaria): cfr. Cass., 25 giugno 2008, n. 17334, in *Trusts*, 2009, p. 171; Cass., 16 novembre 2001, n. 14375, in *Giur. it.*, 2002, p. 780; Cass., 19 gennaio 1985, n. 143, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Vendita*, n. 31.

Sul problema della prescrizione delle obbligazioni *propter rem*, con particolare riguardo all'ipotesi in cui la violazione del diritto abbia carattere permanente, cfr. Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Arch. loc.*, 2000, p. 885; Cass., 16 ottobre 1999, n. 11692, in *Rass. loc.*, 2000, p. 144; Cass., 24 febbraio 1981, n. 1131, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1586. I limiti legali alla proprietà sono, invece, imprescrittibili (cfr. Cass., 23 gennaio 2012, n. 871, in *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 5; Cass., 26 gennaio 2000, n. 867, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Distanze legali*, n. 7). Lo stesso principio di imprescrittibilità deve affermarsi per i vincoli di destinazione, i quali sono anch'essi dei limiti (convenzionali) che conformano dall'interno il contenuto del diritto di proprietà.

⁴⁴ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, *cit.*, p. 230.

di qualsiasi diversa soluzione. Salva l'opportunità di regolamentare, nell'atto di destinazione, gli eventuali diritti di rivalsa del proprietario fiduciario nell'interesse altrui, prevedendo eventualmente il potere-dovere del fiduciario di stipulare idonee forme di assicurazione della responsabilità civile, con pagamento dei relativi premi a carico della proprietà destinata e dei relativi frutti.

Segue: pienezza ed esclusività del diritto dominicale, e proprietà fiduciaria

La temporaneità o risolubilità della proprietà fiduciaria, la limitazione «reale» delle facoltà dominicali del fiduciario, la strumentalità dell'attribuzione patrimoniale al fine di destinazione, e tutte le altre peculiarità di disciplina già evidenziate la connotano come *peculiare situazione giuridica proprietaria*. Il che non è necessariamente un effetto dirompente rispetto al sistema: a partire dagli studi di Pugliatti, la pluralità delle situazioni proprietarie (non più riconducibili ad una disciplina unitaria) e la diversificazione delle relative discipline in relazione alle differenti situazioni di interesse è acquisizione comunemente recepita dalla dottrina italiana⁴⁵. Si tratta ora di verificare se la proprietà fiduciaria rientri comunque nel *paradigma dell'art. 832 c.c.*, o se al contrario debba parlarsi di un diritto reale *sui generis*, diverso dal diritto di proprietà.

Bisogna, a tal fine, partire dalla definizione del diritto di proprietà contenuta nell'art. 832 c.c., che è molto diversa da quella dei codici ottocenteschi (a partire dal *code Napoléon*), e che individua il relativo contenuto nel diritto di godere e disporre «in modo pieno ed esclusivo», «entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi» previsti dall'ordinamento giuridico. È necessario analizzare in dettaglio i diversi risvolti di tale definizione.

110 L'«*esclusività*», intesa come potestà di *escludere* chiunque altro - compreso il disponente - dalle decisioni riguardanti godimento e disposizione, connota anche il diritto del fiduciario. Il «*distacco*» del disponente dai beni destinati - e quindi l'attribuzione del relativo «controllo» al fiduciario - appare imprescindibile, ancorché non sia testualmente previsto dall'art. 2645-ter c.c., ed è indispensabile al fine di sfuggire alla diversa qualificazione del rapporto in termini di *mandato*⁴⁶. Del resto, lo stesso art. 2645-ter c.c. - che attribuisce un autonomo potere di agire per la realizzazione del fine di destinazione, oltre che al disponente o «conferente», a «*qualsiasi interessato* anche durante la vita del conferente stesso», e che implica anche il *possibile esercizio dell'azione «contro» la volontà del disponente* - è certamente sufficiente a differenziare *tipologicamente* l'atto di destinazione dal mandato, in cui è invece decisivo e prevalente l'elemento dell'agire «per conto», e quindi nell'interesse almeno prevalente del mandante (art. 1703 c.c.), alle cui istruzioni il mandatario deve, salvo casi eccezionali, attenersi (artt. 1711 e ss. c.c.). Nel vincolo di destinazione, la compresenza di interessi diversi da quello del disponente esclude che a quest'ultimo possa competere il *controllo* sui beni destinati. In questo senso va interpretata la reale *ratio decidendi* di quelle sentenze che - in presenza di ingerenze (programmate o effettive) del disponente - hanno negato l'effetto della separazione patrimoniale (ed il conseguente pregiudizio dei creditori del disponente) facendo impropriamente leva sul requisito dell'interesse meritevole di tutela, ma di fatto perseguendo i medesimi obiettivi che la giurisprudenza anglosassone raggiunge, in casi analoghi, qualificando il *trust* come *sham*⁴⁷. La necessità di *distacco* del disponente dai beni destinati non esclude comunque che al disponente stesso, o ad un terzo (guardiano, o altro soggetto) possano essere attribuite

⁴⁵ Cfr. il classico saggio di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, p. 271. In un'ottica comparatistica, v. per i medesimi concetti Y. EMERICH, «Regard civiliste sur le droit des biens de la common law: pour une conception transsystemique de la propriété», in *Revue générale de droit*, 2008, p. 339.

⁴⁶ Si aderisce, in questa sede, all'orientamento che ravvisa nell'art. 2645-ter c.c. una norma individuatrice della fattispecie dell'atto di destinazione oltre che dei relativi effetti sostanziali (cfr. già G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione» *cit.*, p. 171 e ss.).

⁴⁷ Sul *trust sham*, cfr. in particolare M. LUPOI, «La

alcune *prerogative* (poteri di autorizzazione, di veto, di fornire istruzioni, di ottenere il rendiconto, di incidere su alcune vicende del vincolo): le quali, tuttavia, non devono consentire un controllo sui beni, dovendo essere in definitiva attribuita al fiduciario la *potestà decisionale finale*, e quindi la *responsabilità* in ordine al compimento degli atti di amministrazione e di disposizione⁴⁸. In questi termini, deve ritenersi che l'eventuale previsione negoziale di *autorizzazioni, pareri e diritti di veto* possa essere inquadrata nell'ambito dei «*limiti al diritto di proprietà del fiduciario*, compatibili con il dettato dell'art. 832 c.c.⁴⁹».

L'esclusività del diritto del proprietario fiduciario non può ritenersi pregiudicata neanche dal diritto spettante al beneficiario della destinazione, al quale non compete alcuna delle facoltà dominicali. *La natura* (personale o reale) *del diritto del beneficiario* ha costituito oggetto di un ampio dibattito (a dire il vero, maggiormente sviluppato a proposito del *trust* anglosassone). Trattandosi di beni siti in Italia, la qualificazione di tale situazione giuridica soggettiva deve essere effettuata alla luce della legge italiana (art. 51 della legge n. 218/1995), e delle caratteristiche concrete della posizione attribuita. Se si ha riguardo, in particolare, al beneficiario di eventuali redditi, o del godimento dei beni destinati, non sembra dubbio che difetti alla relativa posizione giuridica il carattere della *immediatezza*, ossia la possibilità per il titolare del diritto di soddisfare il proprio interesse senza l'intermediazione di altri soggetti⁵⁰: il beneficiario può al massimo ottenere dal fiduciario l'adempimento degli obblighi allo stesso imposti, ed anche quando gli venga concesso il godimento del bene destinato si tratterà comunque di un diritto di natura personale. Senza considerare il caso dell'affidamento di tipo *discrezionale*, ove spetta al fiduciario valutare se ed in quale misura soddisfare le esigenze dei beneficiari, ai quali non è, conseguentemente, attribuito alcun diritto soggettivo, ma semmai un *interesse legittimo* al corretto esercizio della discrezionalità. Tutto ciò induce a ritenere - in consonanza con le posizioni dottrinali più avvertite in materia di *trust* - che al vincolo di destinazione può non corrispondere un diritto soggettivo

Cassazione e il *trust sham*», in *Trusts*, 2011, p. 469; A. VICARI, «Il *trust sham* o simulato: questioni di diritto internazionale privato», in *Trusts*, 2010, p. 603; A. BRAUN, «Quando un *trust* è «*sham*»: brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey», in *Trusts*, 2006, p. 346; M. BRIDGES, «“*Sham*” e altri temi centrali del diritto dei *trust* nella sentenza “Gruppo Torras”», in *Trusts*, 2005, p. 384. Sul rilievo del controllo del *trustee* sui beni in *trust*, cfr. R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 106 e ss.

⁴⁸ Il criterio indicato nel testo è il medesimo già utilizzato in ambito societario, al fine di definire la posizione dell'amministratore di società per azioni (definita ora come «esclusiva» dall'art. 2380-bis c.c.) al quale - anche quando lo statuto prevede che determinati atti debbano essere autorizzati dall'assemblea dei soci, come consentito dall'art. 2364, n. 5, c.c. - è rimessa in ultima istanza la decisione e la responsabilità dell'atto. Cfr. al riguardo, tra gli altri, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, p. 1; V. CALANDRA BUONAUORA, *Il potere di gestione degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, 1991, p. 107.

Per ulteriori riflessioni sul significato della esclusività del dominio nelle proprietà nell'interesse altrui, cfr. A. SATURNO, *op. cit.*, p. 137 e ss.

⁴⁹ La posizione dell'amministrazione fiscale italiana -

elaborata con riferimento al *trust* - è nel senso della necessità di un distacco ancor più accentuato rispetto a quello descritto nel testo (a pena di inapplicabilità della disciplina fiscale dettata, ai fini delle imposte dirette, per il *trust* medesimo). Si è infatti affermato che la speciale disciplina fiscale del *trust* quale soggetto passivo d'imposta non trova applicazione al *trust* revocabile da parte del disponente (Circ. Agenzia entrate 6 agosto 2007, n. 48/E, § 1), come pure in ogni caso in cui il potere di amministrazione o di disposizione del *trustee* «risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà del disponente e/o dei beneficiari»; con la conseguenza che in tali ipotesi il *trust* è considerato «come struttura meramente interposta rispetto al disponente, al quale devono continuare ad essere attribuiti i redditi solo formalmente prodotti dal *trust*» (Circ. Agenzia entrate 10 ottobre 2009, n. 43/E; Circ. Agenzia entrate 27 dicembre 2010, n. 61/E). Un orientamento, questo, che nasce probabilmente dall'esigenza - particolarmente sentita - di contrastare l'utilizzo abusivo e simulato del *trust*, ma che non può tuttavia essere condivisa, in quanto priva di supporto normativo e contrastante con l'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

⁵⁰ R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 119 e ss. Sulla immediatezza come elemento essenziale ai fini della configurazione di un diritto reale, cfr. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, *cit.*, p. 122, 127 e ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padova, 1982, p. 62 e ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 77 e ss.

del beneficiario dei redditi, e che comunque *l'eventuale pretesa del beneficiario non ha i caratteri propri del diritto reale*. Lo stesso può dirsi per l'eventuale beneficiario finale, a cui l'atto di destinazione attribuisca un diritto ad ottenere, al momento della cessazione del vincolo di destinazione, il trasferimento della proprietà dei beni: si tratterà, in tal caso, di un *diritto di credito*, la cui eseguibilità in forma specifica ex art. 2932 c.c. *non pregiudica in alcun modo l'esclusività del diritto del proprietario fiduciario*. Esclusività che non è, infine, pregiudicata neanche nell'ipotesi limite in cui l'atto di destinazione preveda il trasferimento automatico del diritto dominicale al beneficiario finale al termine della destinazione: anche in tal caso - inquadrabile nella disciplina della *proprietà temporanea* - nessuna facoltà di godimento o disposizione compete al beneficiario finale prima dell'acquisto a suo favore del diritto.

La «*pienezza*», altro fondamentale attributo del diritto di proprietà, va intesa quale caratteristica *potenziale* e non necessariamente attuale, che in quanto tale può anche essere *temporaneamente* assente: si citano in proposito, tra gli altri, i casi del diritto di nuda proprietà, gravato da usufrutto e praticamente privato di qualsiasi facoltà di godimento; o del diritto di proprietà del suolo gravato da un diritto superficie, in forza del quale è realizzata una costruzione⁵¹. In questi termini, la potenziale pienezza del diritto va ricollegata al fondamentale carattere della *elasticità* del dominio, che ne comporta la riespansione a seguito del venir meno del peso o diritto reale sullo stesso gravante⁵². Nel caso della proprietà fiduciaria, i limiti alla pienezza del diritto consistono soprattutto nel *divieto* di impiegare i beni ed i relativi frutti per un fine diverso da quello di destinazione (art. 2645-ter c.c.): il proprietario fiduciario è privato non solo della facoltà di astenersi dall'utilizzare il bene, o addirittura di distruggerlo (*abusus*), ma anche di quella di utilizzarlo nel proprio interesse (*usus*), e di farne propri i frutti (*fructus*). Gli sono, in pratica, sottratte le attribuzioni principali che tradizionalmente, da Bartolo di Sassoferrato in poi, si ritengono comporre il contenuto essenziale del diritto di proprietà⁵³. E tuttavia, la proprietà fiduciaria è destinata a riespandersi, ritornando proprietà piena, al momento in cui verrà a cessare il vincolo di destinazione (per il quale l'art. 2645-ter c.c. prevede comunque una durata massima), o a seguito di alienazione conforme al fine di destinazione, o di cessazione anticipata del vincolo, o di modifica dello stesso.

112

Quanto alla *perpetuità* del diritto di proprietà, che viene associata all'attributo della pienezza, per un verso essa non costituisce un elemento essenziale, in un ordinamento che consente l'alienazione del diritto a termine iniziale o finale; per altro verso, se intesa in senso oggettivo (come durata del diritto di proprietà corrispondente all'esistenza del bene, chiunque ne sia il titolare), deve ritenersi che anche la proprietà attribuita transitoriamente al fiduciario - con la limitazione temporale imposta dall'art. 2645-ter c.c. - possieda tale carattere⁵⁴. Anche l'eventualità che il fiduciario possa essere privato del diritto a seguito di revoca dell'incarico conferitogli non rappresenta nulla di più di un limite al contenuto del diritto, compatibile con la previsione dell'art. 832 c.c. e, oltretutto, accettato dal fiduciario al momento dell'assunzione del relativo ufficio⁵⁵. In definitiva, anche sotto questo profilo la proprietà fiduciaria appare inquadrabile nel paradigma dell'art. 832 c.c.

⁵¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 152-153; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 212 e ss.; A. SATURNO, *op. cit.*, p. 135 e ss.; M. BOUTEILLE, *op. cit.*, p. 475 ss.; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire - trust fund*, Paris, 2014, p. 202 e ss. (n. 456 ss.); F. FRENETTE, *La propriété fiduciaire*, in *Les cahiers de droit*, 1985, p. 728 e ss.

⁵² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 153; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 219 e ss.

⁵³ Sullo *ius utendi et abutendi* come retaggio medievale del diritto di proprietà (oggi temperato dalla funzione sociale della stessa, ex art. 42 Cost.), cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 149 e ss.

⁵⁴ Per tale conclusione, cfr. nella dottrina francese M. BOUTEILLE, *op. cit.*, p. 475 ss.; R. IBARRA GARZA, *op. cit.*, p. 208 e ss. (nn. 478 e ss.).

⁵⁵ Cfr. R. IBARRA GARZA, *op. cit.*, p. 214 e ss. (nn. 497 e ss.).

Segue: proprietà fiduciaria, limiti ed obblighi

La proprietà destinata è una proprietà *gravata*, come espressamente consentito dall'art. 832 c.c. che menziona distintamente *limiti ed obblighi*. Si ritiene generalmente che i primi abbiano carattere *negativo*, e si identifichino con i «*vincoli*» che limitano le facoltà di godimento e di disposizione, anche mediante obbligazioni di non fare o di permettere; mentre gli «obblighi» sarebbero quelli aventi ad oggetto prestazioni di tipo *positivo*. *I limiti conformano «dall'interno» la situazione dominicale*, delimitandone il contenuto e quindi la sua essenza⁵⁶, mentre gli obblighi veri e propri possono accompagnarsi «dall'esterno»⁵⁷ alla proprietà: la quale è considerata dalla dottrina più avveduta come un fascio di situazioni giuridiche attive e passive, anziché come una situazione giuridica semplice qual era la proprietà romanistica o napoleonica⁵⁸. Si ritiene, infine, che sia i limiti che gli obblighi, nel loro complesso, non rivestano più carattere eccezionale, alla luce delle novità introdotte dalla codificazione del 1942 e della funzione sociale della proprietà⁵⁹.

Il «vincolo di destinazione» ex art. 2645-ter c.c. va inteso proprio come un «*limite*», nel senso sopra indicato (ancorché si tratti di limite convenzionale e non legale): esso - al pari della servitù - non può consistere *in faciendo*, ma opera in *negativo*, precludendo al titolare del diritto l'esercizio delle facoltà di godimento e di disposizione in senso non compatibile con il fine di destinazione. L'opponibilità ai terzi, espressamente prevista dalla legge, attribuisce efficacia «reale» al limite, e consente di «*conformare*» il contenuto del diritto dominicale: il relativo titolare viene corrispondentemente «privato» *erga omnes* di alcune facoltà che normalmente compongono il contenuto del diritto.

La realtà del limite si manifesta in primo luogo nel vincolare *qualsiasi futuro titolare del diritto* - che subentri nella relativa titolarità nella *qualità di gestore della destinazione* - al divieto di utilizzare i beni per fini diversi da quello di destinazione, *limitandone in negativo la facoltà di godimento*. In conseguenza di ciò, *gli atti di godimento indebiti compiuti dal fiduciario* (ivi compresa la percezione dei frutti) devono ritenersi equiparati a *quelli compiuti da un soggetto diverso dal titolare*, ad ogni effetto di legge: si applica quindi la disciplina dettata per i frutti percepiti dal terzo (artt. 1148 e ss.), e per le opere, addizioni e miglioramenti compiuti dal terzo (artt. 936 e ss. c.c.)⁶⁰.

La realtà del vincolo di destinazione si manifesta in una ulteriore conseguenza, di cui si dirà meglio

⁵⁶ Il vincolo limita con efficacia reale i poteri di godimento e di disposizione, i quali peraltro sono suscettibili di riespansione - a seguito dell'eventuale venir meno del vincolo stesso - come naturale riflesso dell'elasticità del diritto: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 188.

⁵⁷ Sulla distinzione tra limiti ed obblighi al contenuto del diritto di proprietà, cfr. F. MACARIO, *Commento all'art. 832*, in *Della proprietà. Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 326 e ss.; O. SCOZZAFAVA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 2, Milano, 2009, p. 70 e ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni propter rem*, Padova, 2007, p. 75 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 187 e ss. (secondo il quale il limite «circoscrive l'estensione del diritto mentre l'obbligo si aggiunge ad esso»); C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994, p. 106 e ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Bologna-Roma, 1988, p. 43 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 4 e ss., 26 e ss.; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1980, p. 148 e ss.; F. DE MARTINO, *Della proprietà*, Bologna-Roma, 1976,

p. 144 e ss. Per l'inclusione dell'obbligo nel contenuto della proprietà, cfr. invece F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1969, *passim*.

La distinzione tra limiti ed obblighi evoca, d'altra parte, quella tra limiti legali della proprietà (o anche i pesi nascenti dalle servitù prediali) da un lato, ed obbligazioni *propter rem* dall'altro (sul contenuto normalmente positivo delle obbligazioni *propter rem*, cfr. Cass., 5 settembre 2000, n. 11864, in *Arch. loc.*, 2000, p. 885; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Milano, 1984, p. 48 e ss.).

⁵⁸ Sulla proprietà intesa come un fascio di situazioni giuridiche soggettive, anche passive, cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971 (rist. 2011), p. 69 e ss., e p. 162. Per una posizione non distante, cfr. S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, p. 15 e ss., 38 e ss.; ID., *Definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, *ibidem*, p. 137 e ss.

⁵⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 188.

⁶⁰ A. SCACCHI, *La proprietà temporanea*, Milano, 2005, p. 165 ss.

nel prosieguo (§ *Inefficacia o inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dal titolare del diritto in violazione del vincolo di destinazione o dell'aspettativa condizionale*): alla limitazione in negativo della facoltà di disposizione del proprietario fiduciario (e quindi all'assenza in capo allo stesso della legittimazione a disporre in modo non conforme alla destinazione) fa riscontro l'*inefficacia* di qualsiasi atto di disposizione posto in essere in violazione del vincolo di destinazione.

Sulla base della disciplina dettata per diritti reali di godimento su cosa altrui come l'usufrutto o l'enfiteusi, ma anche di quella in materia di proprietà risolubile, che si presta ad essere interpretata *estensivamente* (cfr. *infra*, il § *Profili di disciplina comuni alle diverse ipotesi di titolarità nell'interesse altrui*), è possibile peraltro ritenere che possano essere configurati, in capo non solo al proprietario fiduciario ma anche ai suoi *eredi ed aventi causa*, alcuni *obblighi* aventi finalità *conservativa*, strettamente inerenti ai diritti reali aventi durata *temporanea*, e collegati alle esigenze della relativa preservazione nell'interesse del proprietario finale. Si tratta, in particolare, degli *obblighi di custodia, conservazione, manutenzione e riparazione* (di cui si dirà meglio nel § *Profili di disciplina comuni alle diverse ipotesi di titolarità nell'interesse altrui*), che devono quindi ritenersi assoggettati al medesimo regime dei vincoli di carattere negativo, e compenetrati nell'ambito della situazione giuridica reale. Pertanto, qualunque terzo venga a trovarsi - *eventualmente anche a seguito di alienazione illegittima*, posta in essere dal proprietario fiduciario in violazione delle previsioni dell'atto di destinazione - nella posizione di titolare del diritto, già vincolato ad un dato scopo con atto opponibile ai terzi (ex art. 2645-ter c.c.), deve non soltanto astenersi da ogni utilizzo del bene incompatibile con la destinazione, ma altresì porre in essere quel minimo di attività necessaria a garantirne la *conservazione*. Il terzo avente causa è, inoltre, gravato dell'*obbligazione legale di restituire* all'avente diritto (nuovo fiduciario, o beneficiario) *la proprietà ed il possesso dei beni destinati*: con la precisazione che tale obbligo legale di restituzione a carico dell'avente causa - giustificato dall'opponibilità a qualsiasi terzo del vincolo per effetto della relativa pubblicità legale - deve ritenersi operante anche al di là dei limiti previsti dall'art. 2038 c.c. per le ipotesi di *indebito* ed ingiustificato

arricchimento⁶¹.

È diverso, invece, l'ambito soggettivo di efficacia degli *obblighi positivi di amministrazione*, che l'atto di destinazione ed affidamento può porre a carico del proprietario fiduciario. L'art. 2645-ter c.c. rende opponibile ai terzi (compresi gli aventi causa) solo il vincolo di destinazione (inteso come limite di

⁶¹ Sull'obbligazione restitutoria legale da ingiustificato arricchimento, in particolare nelle ipotesi di alienazione da parte di soggetto non legittimato, cfr. specialmente A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998; C. ARGIROFFI, «La tutela compensativa della proprietà», in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 989; M. MAZZOTTA, «Le Sezioni Unite risolvono un duplice contrasto giurisprudenziale in materia di mandato ed azione generale di arricchimento (nota a Cass. S.U. 8 ottobre 2008 n. 24772)», in *Riv. not.*, 2009, p. 1043; P. LONGO, «Affidamento del terzo nel mandato senza rappresentanza e unicità del fatto costitutivo quale presupposto dell'azione di arricchimento», in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 513; C. ABATANGELO, «Il c.d. arricchimento indiretto e la concessione del rimedio di cui all'art. 2041 c.c.», in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, p. 373; A. NICOLUSSI, *Bereicherungsrecht und arricchimento senza giusta causa, in I cento anni del codice civile tedesco*, Padova 2002, p. 451; E. SPITALI, «L'arricchimento mediante intermediario e l'art. 2038 c.c.», in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1872; P. TRIMARCHI, *Atti di disposizione di cosa altrui e arricchimento senza causa*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, V,

Padova, 1965, p. 2021.

Nella dottrina comparatistica, con riguardo anche al *breach of trust*, ed alla tematica del *constructive trust*, cfr. R. STEVENS, «When and Why Does Unjustified Enrichment Justify the Recognition of Proprietary Rights?», in *Boston University Law Review*, 2012, p. 919; C. RICKETT, «Understanding Remedies for Breach of Trust», in *Otago Law Review*, 2008, p. 603; L. SMITH, «Unravelling Proprietary Restitution», in *Canadian Business Law Journal*, 2004, p. 317; M. STONE e A. MCKEOUGH, «Tracing in the age of restitution», in *UNSW Law Journal*, 2003, p. 377; J. DIETER e P. RIDGE, «“The receipt of What?”: Questions Concerning Third Party Recipient Liability in Equity and Unjust Enrichment», in *Melbourne University Law Review*, 2007, p. 47; P. BIRKS, «At the expense of the claimant?»: direct and indirect enrichment in English law, in *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, 2004, p. 493; D. VISSER, *Searches for silver bullets: enrichment in three-party situations*, *ibidem*, p. 526; G. GRETTON, *Proprietary issues*, *ibidem*, p. 571; L. SMITH, *Property, subsidiarity and unjust enrichment*, *ibidem*, p. 588.

carattere negativo all'utilizzo del bene), e tale disciplina - estensibile al limite alle attività meramente conservative - non può trovare applicazione agli obblighi di amministrazione e gestione, volontariamente assunti dall'affidatario: si tratterebbe, diversamente, di ipotizzare la nascita di obbligazioni *propter rem*, le quali invece sono tipiche, perché nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non dalla legge (art. 23 Cost.)⁶². La conclusione appare conforme alle soluzioni accolte in relazione al *trust*, almeno negli ordinamenti in cui l'acquisto da parte del terzo (non in buona fede) in violazione del *trust* non comporta la nascita di un *constructive trust* in capo allo stesso⁶³. I suddetti *obblighi di amministrazione* hanno quindi *natura personale*, e l'imposizione degli stessi in capo ad un soggetto diverso dal fiduciario (il quale eventualmente subentra nella titolarità della proprietà destinata) richiede necessariamente la relativa *accettazione*.

In definitiva, le limitazioni al diritto dominicale sono sicuramente tali da far ipotizzare una certa *alterazione* dello schema proprietario tradizionale, senza però che ciò consenta di parlare di un «diritto reale limitato», o di un *tertium genus* a metà tra la proprietà e gli *iura in re aliena*, come pure è stato sostenuto⁶⁴. Se è vero che il diritto di proprietà, per la sua naturale elasticità, tollera di essere compresso anche al massimo grado - essendo comunque suscettibile di riespandersi, come avviene alla nuda proprietà di fronte all'usufrutto, o alla proprietà del suolo rispetto alla proprietà superficaria dell'edificio - non può negarsi che la proprietà fiduciaria si inquadri armonicamente nel paradigma dominicale (plurale) ex art. 832 c.c., pur in presenza dei descritti caratteri peculiari. Il fascio di facoltà, limiti e vincoli che compongono il contenuto della situazione dominicale del fiduciario (*proprietà fiduciaria o destinata*), e ne connotano la funzione, si compenetrano nel contesto di una *situazione giuridica unitaria*: cosicché, ove gestore sia un soggetto diverso dal titolare del diritto, è comunque sul proprietario fiduciario che in ogni caso verranno a gravare i limiti (vincoli) di destinazione, e spetterà comunque a detto proprietario la titolarità delle (limitate) facoltà di godimento e disposizione. Questa conclusione non è priva di conseguenze pratiche: la violazione del vincolo - lungi dal comportare (soltanto) la responsabilità per inadempimento, che comunque graverebbe sul gestore, se diverso dal proprietario - determina, come meglio si dirà (cfr. il § *Inefficacia o inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dal titolare del diritto in violazione del vincolo di destinazione o dell'aspettativa condizionale*), l'*inefficacia* degli atti compiuti in tale veste, siano essi atti di godimento o di disposizione, con le relative conseguenze di legge.

115

La proprietà condizionata (risolubile) quale ulteriore situazione giuridica «funzionalizzata»

La proprietà destinata o fiduciaria rientra nel più ampio *genus* delle *proprietà nell'interesse altrui*: categoria, quest'ultima, nell'ambito della quale si collocano tra l'altro due importanti istituti: la proprietà temporanea, e la proprietà condizionata o risolubile.

Si ha *proprietà temporanea* allorché il diritto dominicale è sottoposto ad un termine finale, e risulta quindi certo che, allo scadere di tale termine, il diritto del proprietario verrà meno; speculare a tale diritto è l'*aspettativa reale* del proprietario a termine iniziale, ossia di colui che subentrerà al proprietario attuale alla scadenza del termine⁶⁵. Si ha, invece, *proprietà risolubile* quando l'acquisto di un diritto è

⁶² In tal senso, G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 189. Cfr. anche U. LA PORTA, *I «formanti dell'ordinamento giuridico», il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, *cit.*, p. 160.

⁶³ Cfr. sul punto R. VALSAN, *Rights against rights and real obligations*, in *The Worlds of the Trust*, *cit.*, spec. p. 489 e 510.

⁶⁴ In tal senso, v. A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 427 e ss., 448 e

ss. Cfr. anche, sul problema costruttivo, R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 333 e ss.

⁶⁵ Sulla categoria della proprietà temporanea, cfr. A. SCACCHI, *op. cit.*; N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979; E. BILOTTI, «Proprietà temporanea, usufrutto e tipicità delle situazioni di appartenenza», in *Riv. not.*, 2013, p. 1277; S. SPEDICATI, «La proprietà

sottoposto a condizione sospensiva, o risolutiva: nel primo caso (condizione sospensiva) è proprietà risolubile quella di cui è titolare il soggetto alienante, mentre nel secondo caso (condizione risolutiva) proprietario risolubile è l'acquirente. A differenza della proprietà temporanea, la proprietà risolubile è connotata dall'elemento dell'incertezza (art. 1353 c.c.): il mancato avveramento della condizione può comportare la stabilizzazione della situazione dominicale, mentre il relativo avveramento può determinarne la definitiva cessazione. Le riflessioni che seguono si riferiscono soprattutto alla proprietà risolubile, la quale - a differenza della proprietà temporanea - trova una disciplina espressa in alcune disposizioni codicistiche, dedicate alla fase di pendenza della condizione (artt. 1356 e ss. c.c.), oltre che in alcune figure speciali (come la vendita con patto di riscatto e quella con patto di riservato dominio, o la sostituzione fedecommissaria)⁶⁶.

Ciò che più rileva in questa sede è la constatazione che *la proprietà risolubile è una vera e propria «proprietà destinata»*: anch'essa è, infatti, è una proprietà strutturata nell'interesse (non solo del titolare interinale ma anche) di altro soggetto (il titolare dell'aspettativa condizionale), e come tale *funzionalizzata e conformata*. Essa impone al relativo titolare vincoli, divieti ed obblighi di comportamento, al fine di far salve le ragioni del titolare dell'aspettativa reale (rispettivamente, acquirente sotto condizione sospensiva ed alienante sotto condizione risolutiva). Dagli artt. 1356 e seguenti del codice civile si ricava l'esistenza, in capo al titolare della proprietà risolubile, di *limiti o vincoli* (divieto di distruggere e deteriorare il bene; divieto di mutarne la destinazione, almeno in certi casi o quando una specifica destinazione sia stata contrattualmente prevista; divieto di disporre del bene quando ciò può pregiudicare la controparte; ecc.) e di obblighi (di custodia, manutenzione, riparazione, e simili)⁶⁷, non diversi da quelli configurabili in capo al proprietario fiduciario, che comprimono temporaneamente le facoltà dominicali, incidendo sulla «pienezza» del diritto risolubile.

Nonostante l'apparente pertinenza alla dimensione contrattuale dei limiti derivanti dagli artt. 1356 e ss. c.c. (come farebbe pensare la *sedes materiae*), si tratta in effetti di *vincoli di natura reale*, che conformano la situazione dominicale del proprietario risolubile, si trasferiscono ai relativi *aventi causa*⁶⁸, ed operano anche rispetto agli aventi causa dal titolare dell'aspettativa. L'art. 1357 c.c. stabilisce, infatti, che l'avente causa dal proprietario risolubile è soggetto alla «*stessa condizione*»: questa espressione deve essere intesa nel senso più ampio (compatibile con il fondamentale principio di convenienza dell'effetto al fatto⁶⁹), idoneo a ricomprendervi non solo l'identificazione dell'evento condizionante, ma *anche i limiti legali e convenzionali* cui deve conformarsi il comportamento delle parti durante lo stato di pendenza⁷⁰. I vincoli di cui trattasi nascono direttamente dalla legge (artt. 1356 e ss. c.c.), e comunque anche

temporanea», in *Vita not.*, 2000, p. 608; R. CATERINA, «Usufrutto e proprietà temporanea», in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 715; M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, Palermo 1930, p. 69 e ss.

⁶⁶ Sulla proprietà risolubile, cfr. in particolare A.C. PELOSI, *op. cit.*, spec. p. 371 e ss.; M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, p. 76 e ss. È merito soprattutto di Pelosi l'elaborazione della categoria dogmatica della proprietà risolubile, che procede dal superamento dell'artificio della retroattività della condizione (la quale ha condotto nel tempo a valutare esclusivamente *ex post* gli effetti giuridici prodotti dalla fattispecie preliminare durante il periodo di pendenza della condizione, falsando in tal modo la prospettiva di osservazione), per poi enucleare dal dato positivo i principi generali che concorrono a formarne la disciplina. Principi che è possibile ricavare anche da una pluralità di figure tipiche disciplinate dal codice civile, come accennato nel testo.

⁶⁷ Sui limiti e vincoli indicati nel testo, cfr. A.C. PELOSI, *op. cit.*, spec. p. 371 e ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 76 e ss.

⁶⁸ In tal senso, esattamente, A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 379, e p. 414 (ove viene correttamente richiamata, per analogia, anche la disciplina che comporta il subingresso dell'avente causa negli obblighi dell'usufruttuario, ex art. 980, comma 2, c.c., o dell'enfiteuta, ex art. 967, comma 2, c.c., o dell'acquirente con patto di riscatto, ex art. 1504, comma 2, c.c.); U. LA PORTA, *I «formanti dell'ordinamento giuridico», il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, *cit.*, p. 156 e ss.

⁶⁹ Sul principio di convenienza dell'effetto al fatto, il quale conduce a ricostruire la portata dell'effetto giuridico in modo da fornire - nel grado maggiore possibile - la miglior soluzione in chiave di tutela degli interessi manifestati dalla fattispecie, cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, I - Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 490; ID., *La prassi nella realtà del diritto, in Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I*, Milano, 1999, p. 441.

⁷⁰ Quanto affermato nel testo consente di ribattere alle

quelli convenzionalmente pattuiti, incidendo *dall'interno* sul contenuto del diritto, sono destinati a conformare la situazione dominicale del proprietario interinale, *riducendo* con efficacia *erga omnes* l'ambito delle facoltà spettanti a quest'ultimo (ed ai suoi *aventi causa*). Con l'importante conseguenza che la violazione dei suddetti vincoli dà luogo a responsabilità extracontrattuale del proprietario risolubile e dei suoi *aventi causa* (come si ritiene che avvenga anche per le violazioni commesse da parte dell'usufruttuario⁷¹). Del resto, i vincoli di cui si tratta sono *conoscibili dai terzi*: il terzo acquirente ha la possibilità di verificare - tramite i pubblici registri - i vincoli gravanti sul proprietario interinale in pendenza della condizione, e non vi è ragione di premiare un suo ipotetico affidamento rispetto all'interesse (maggiormente degno di protezione) del titolare dell'aspettativa.

Pertanto, a titolo esemplificativo, in caso di *deroga convenzionale alla retroattività* della condizione, che estenda tale retroattività ai *frutti* (art. 1361 c.c.), deve ritenersi che anche i limiti convenzionali alle *facoltà di godimento* del proprietario risolubile (compresa, appunto, la percezione dei frutti) si trasferiscono ai suoi *aventi causa*, e più in generale sono opponibili ai terzi, in quanto resi pubblici. Parimenti, nel caso di *condizione unilaterale*, deve ritenersi che la rinunziabilità della condizione stessa ad opera del soggetto nel cui interesse la stessa è stata pattuita costituisca un attributo della situazione reale, *trasmissibile agli aventi causa* dal medesimo soggetto, ed opponibili agli *aventi causa dal titolare dell'aspettativa*. E gli esempi potrebbero continuare.

L'*incidenza della condizione sul diritto reale* è, del resto, fenomeno rilevato da tempo da parte di autorevole dottrina, la quale ha avvertito che la disciplina della condizione - ed in particolare l'opponibilità ai terzi del relativo avveramento (artt. 1357 e 2659, ult. comma, c.c.) - finisce con il triplicare il numero dei diritti reali: per ogni situazione giuridica reale è infatti possibile ipotizzarne una pura e semplice, una risolubile, nonché un'aspettativa reale al relativo acquisto⁷². L'art. 1357 c.c., nel momento in cui sottopone la situazione giuridica dell'acquirente della proprietà risolubile alla «*stessa condizione*», *estende nei confronti di tale acquirente l'efficacia* non solo della previsione contrattuale che identifica l'evento condizionante, ma anche delle *clausole* che regolamentano la facoltà di godimento, gli obblighi ed i divieti durante la fase di pendenza, prevedono o meno la rinunziabilità alla condizione unilaterale, derogano alla retroattività, e simili⁷³. Il che equivale a dire che *i vincoli a carico del proprietario risolubile hanno efficacia reale e conformano la corrispondente situazione dominicale*, non diversamente da quanto avviene per la proprietà destinata: come tali essi si *trasferiscono ai suoi aventi causa*, ed operano anche nei confronti degli *aventi causa dal titolare dell'aspettativa*⁷⁴.

117

obiezioni di chi ha contestato l'afferenza al diritto - anziché al negozio - dei vincoli ed obblighi posti a carico del titolare interinale del diritto stesso (cfr. al riguardo M. FACCIOLO, *op. cit.*, p. 162 e ss., ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina).

Del resto, ove si opinasse diversamente - nel senso dell'efficacia soltanto *inter partes* dei vincoli derivanti dall'art. 1358 c.c. e dalle eventuali pattuizioni conformative del diritto durante la fase di pendenza condizionale - occorrerebbe ritenere che la posizione del titolare dell'aspettativa possa essere legittimamente pregiudicata dal terzo acquirente della proprietà risolubile (il quale invece, proprio in osservanza del dovere di buona fede, non può disporre del diritto pendente *condizione*): soluzione che non sarebbe né efficiente, né equa.

⁷¹ G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972, p. 450 e ss., 496 e ss. (diversamente A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 151 e ss.). Può ipotizzarsi, in concorso con la responsabilità extracontrattuale del proprietario risolubile (alienante sotto condizione sospensiva, o acquirente sotto

condizione risolutiva, e loro *aventi causa*), la responsabilità contrattuale in capo al contraente, ma non ai suoi *aventi causa*.

⁷² R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 157 («accanto alla proprietà senza aggettivi, abbiamo la proprietà sospensivamente condizionata, e la proprietà risolutivamente condizionata. I diritti reali sono tipici: ma i diritti reali sono tre volte più numerosi di quanto siano numerosi i diritti reali puri. Ogni problema giuridico deve essere studiato due volte: per accertare come si risolve dove operino solo diritti puri; e per accertare come si risolve dove operino diritti condizionati»).

⁷³ Sulla derogabilità convenzionale del contenuto del diritto risolubile durante la fase di pendenza, con efficacia reale e quindi conformativa del diritto reale, cfr. R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 109 e ss., spec. p. 121 ss.

⁷⁴ Il contenuto dei diritti reali può essere, entro determinati limiti, modellato dalle parti con effetti opponibili ai terzi, ed anche per tale motivo non si vede la ragione

L'accostamento delle situazioni giuridiche «condizionate» a quelle «destinate», pertanto, non risponde solo a suggestioni di carattere storico e comparatistico⁷⁵, ma trova la propria ragion d'essere sia sul piano assiologico⁷⁶, sia nella profonda *affinità dei due fenomeni* quanto ad incidenza dei vincoli sul

di un diverso trattamento per le situazioni giuridiche condizionate. Cfr., sul punto, l'interessante disamina di G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 2, Milano, 2009, p. 186 ss. Cfr. anche U. MORELLO, *Proprietà e possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, I, Milano, 2008, p. 157 ss.; A. MUSTO, «Circolazione del diritto di abitazione e autonomia privata: depotenziamento di un antico dogma fra regola iuris e valori protetti», in *Vita not.*, 2010, p. 1601; A. FUSARO, «Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali», in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, p. 517; S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali* (estratto dal vol. XXXV degli Annali del seminario giuridico di Palermo), Palermo, 1974.

⁷⁵Unfenomeno analogo a quello osservato nell'ordinamento italiano - la destinazione dei beni nell'interesse anche altrui, durante la pendenza della condizione sospensiva, e la conseguente conformazione e modificazione del diritto dell'alienante - si riscontra anche in *common law*. A seguito della conclusione del contratto di compravendita di immobili (*contract of sale of land*), il compratore non diviene per ciò solo proprietario, dovendo essere successivamente perfezionato a tal fine l'atto traslativo (*deed of conveyance*) ad opera del venditore; per effetto della c.d. *doctrine of conversion*, tuttavia, il venditore è costituito trustee del compratore nel periodo di tempo che va dalla conclusione del contratto obbligatorio al trasferimento della proprietà, con conseguente imposizione a suo carico di vincoli, resi opponibili ai terzi proprio in forza della disciplina del *trust*. Sulla *doctrine of conversion*, cfr. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 111 e ss.; D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Milano, 1992, p. 103 e ss.; M. GRAZIADEI, «Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà», in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 153 e ss.; A.J. OAKLEY, *Constructive trusts*, London, 1987, p. 141 e ss. Appare evidente l'analogia con la vendita sotto condizione sospensiva in diritto italiano, ove il venditore (titolare del diritto risolubile) assume una posizione equiparabile a quella del *constructive trustee* anglosassone in base alla *doctrine of conversion* (oltretutto in entrambi i casi con efficacia retroattiva, o *retrospective effect*). Così come è degno di nota il fatto che anche in questo secondo caso il venditore - nel periodo che precede la conveyance - ha facoltà di godimento maggiori rispetto a quelle di un *trustee* ordinario, perché l'obiettivo principale delle parti della compravendita è lo scambio, e si pone solo in via strumentale l'esigenza di assicurare, con vincoli a carico del proprietario, una diligente e corretta gestione dell'interesse del compratore (M. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, p. 155). Le analogie evidenziate richiamano ulteriormente alla mente la costruzione «procedimentale»

del meccanismo di trasferimento della proprietà (tra contratto e formalità successive), su cui v. innanzitutto R. SACCO, *Modificazione (soggettiva) della proprietà e dissociazione del diritto*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 117.

Un analogo parallelo tra proprietà destinata e proprietà condizionale è stato effettuato da parte della dottrina francese: cfr. in particolare M. BOUTEILLE, *op. cit.*, p. 445 e ss. (con riguardo soprattutto ad alcune fattispecie, come la vendita con patto di riservato dominio e la vendita con patto di riscatto, in cui più incisivi sono i profili fiduciari). Peraltro, nell'ordinamento francese la mancanza di una norma come l'art. 1357 c.c. - che renda opponibile ai terzi l'avveramento della condizione - ha condotto una parte della dottrina (restia a far ricorso a tal fine a tal fine alla finzione della retroattività) ad escludere l'efficacia reale della condizione medesima nei confronti dell'avente causa dalla parte, ed a negare quindi che la proprietà condizionale possa iscriversi al novero delle proprietà conformate (M. BOUTEILLE, *op. ult. cit.*, p. 424 e ss., 430 e ss.).

Ancora diversa la situazione in Germania, ove - sulla scia, in particolare, di A. SCHULTZE, «Treuhandler im geltenden bürgerlichen Recht», in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 43, 1901, p. 1 - è stato fatto ricorso proprio alla condizione (*Bedingung*), al fine di assicurare la realizzazione degli obblighi fiduciari (*Treuhand*), in alternativa al diverso congegno dell'autorizzazione a disporre (*Genehmigung*) ex § 185 BGB. La condizione si è rivelata, tuttavia, uno strumento poco efficiente, sia per l'impossibilità (propria dell'ordinamento tedesco) di subordinare, con effetti reali, il trasferimento del diritto di proprietà di beni immobili ad una condizione (§ 925, comma 2, BGB), sia perché quest'ultima è di fatto inutilizzabile in tutti i casi in cui non si intenda ripristinare la situazione antecedente al trasferimento fiduciario al termine del rapporto (cfr., per una sintetica illustrazione al riguardo, P.G. JAEGGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 28 e ss.). Sulla disciplina tedesca della condizione, cfr. per tutti H.P. WESTERMANN, §§ 158-163, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München, 2006, p. 1915; K.H. GURSKY, § 185, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 2004, p. 333. Da evidenziare peraltro come l'iscrizione di una prenotazione (*Vormerkung*), a norma del § 883 del BGB, sia per molti aspetti idonea a garantire al beneficiario della fiducia - titolare di un diritto al trasferimento del bene immobile - una tutela vicina a quella «reale» (M. GRAZIADEI, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà*, cit., p. 156 e ss.).

⁷⁶ L'interesse tutelato mediante la condizione - al pari

contenuto del diritto reale (oggetto, rispettivamente, dell'atto condizionato o dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione). *In entrambi i casi il titolare* della situazione giuridica funzionalizzata - diritto «risolubile» o diritto «destinato» - non è pieno ed assoluto proprietario, ma è piuttosto un *proprietario (anche) nell'interesse altrui, «limitato» nelle sue facoltà di godimento e di disposizione*. Si tratta, a questo punto, di verificare più da vicino tali limitazioni, al fine di evidenziarne le possibili *similitudini*, ed i conseguenti riflessi sulla disciplina positiva.

Profili di disciplina comuni alle diverse ipotesi di titolarità nell'interesse altrui

L'analogia tra la proprietà fiduciaria e quella risolubile appare feconda di risultati, che occorre a questo punto analizzare più in dettaglio. Non senza osservare, preliminarmente, che il confronto tra le due fattispecie non intende in alcun modo trascurare le *differenze*, anche rilevanti, tra esse intercorrenti, le quali incidono evidentemente anche sul contenuto e l'intensità dei vincoli ed obblighi, parametrati alla diversa incidenza dell'interesse alla destinazione nell'economia delle rispettive operazioni⁷⁷. Diverse disposizioni, dettate in tema di condizione, possono essere estese *analogicamente* alla proprietà destinata. Già da qualche tempo la dottrina ha iniziato a svolgere indagini analitiche, volte ad individuare i singoli *limiti, soggezioni ed obblighi* a carico del proprietario risolubile durante il periodo di pendenza della condizione, che costituiscono specificazioni del dovere di buona fede ex art. 1358 c.c., ed a cui fa riscontro, specularmente, la possibilità accordata al titolare dell'aspettativa di porre in essere atti conservativi (art. 1356 c.c.)⁷⁸. Si tratta di indagini estremamente utili ai fini del presente lavoro, anche perché nel contesto della disciplina della destinazione patrimoniale ex art. 2645-ter c.c. mancano norme di legge dispositive che statuiscano in ordine ai singoli divieti ed obblighi a carico del fiduciario, e che possano applicarsi quando l'atto di destinazione nulla disponga al riguardo. Si

di quello alla cui realizzazione è diretta la destinazione patrimoniale - non è necessariamente un interesse «estrinseco», e quindi esterno al nucleo causale dell'atto, potendo lo stesso conformare la causa concreta del contratto, non diversamente dall'atto di destinazione: cfr. in tal senso G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, p. 173 e ss.; G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 71 e ss.

⁷⁷ Esistono sicuramente differenze, anche importanti, tra proprietà risolubile e proprietà destinata, che costituiscono il riflesso della diversa rilevanza ed intensità dell'interesse altrui, in funzione del quale la proprietà è rispettivamente conformata. In primo luogo, la proprietà destinata può essere utilizzata «soltanto» per il fine di destinazione, mentre la proprietà risolubile è utilizzata soprattutto nell'interesse del proprio titolare, «compatibilmente» però con l'interesse del titolare dell'aspettativa; di conseguenza, gli obblighi del titolare della proprietà destinata devono ritenersi più intensi (il che vale anche riguardo all'effettiva destinazione dei beni allo scopo, considerato che ad avviso della dottrina dominante è meno incisivo l'obbligo di non mutare la destinazione economica del bene oggetto di proprietà risolubile). Ciò condurrebbe ad avviso di alcuni - che ritengono analogicamente applicabili gli artt. 491 e 2864 c.c. - a configurare una possibile responsabilità del proprietario risolubile (il

quale opera innanzitutto nell'interesse proprio, e solo in via secondaria nell'interesse altrui) solamente per colpa grave, anziché per colpa lieve (L. RICCA, *Fedecommissio (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 128).

D'altra parte, mentre la proprietà destinata è soggetta a sicura estinzione (*rectius*, trasformazione in proprietà ordinaria) al termine della destinazione, una tale sicurezza difetta nel caso della proprietà risolubile, a causa dell'incertezza dell'evento dedotto in condizione: incertezza che potrebbe riflettersi, ancora una volta, sull'intensità degli obblighi a carico del proprietario interinale (cfr. in tal senso - nel raffronto tra proprietà risolubile e temporanea - A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 447 e ss. In senso diverso, v. però M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 94 e ss.).

Sotto il profilo assiologico, infine, mentre la proprietà destinata è finalizzata alla realizzazione di una destinazione, ed in ciò esaurisce la sua funzione, la proprietà risolubile è suscettibile di evolversi, eventualmente, in una proprietà piena (arricchendo in tal modo il patrimonio del titolare): il che spiega perché soltanto la prima, ma non la seconda, sia esclusa dal regime di comunione legale dei beni tra coniugi, e dalla successione del proprietario fiduciario.

⁷⁸ Cfr. i lavori di A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 371 e ss.; A. SATURNO, *op. cit.*, p. 197 e ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 76 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 57 e ss.; A. SCACCHI, *op. cit.* p. 128 e ss.

tratta quindi, in presenza delle suddette lacune, di verificare caso per caso se vi siano gli estremi per l'applicazione estensiva o analogica⁷⁹ alla destinazione patrimoniale dei principi in tema di proprietà risolubile, che la dottrina ha ricavato dagli artt. 1356, 1357 e 1358 c.c.⁸⁰: opera che per la sua complessità non può essere compiutamente svolta in questa sede, potendosi soltanto proporre, sinteticamente, qualche esempio emblematico.

A parte il generale obbligo di buona fede - sulla cui estensibilità a carico del titolare della proprietà destinata non sembrano esservi dubbi - può porsi la questione dell'applicazione estensiva o analogica alla proprietà destinata delle norme riguardanti la proprietà risolubile, relative al divieto di distruggere o deteriorare il bene (ed ai correlati obblighi di diligente custodia, conservazione, manutenzione e riparazione)⁸¹; all'obbligo di redazione dell'inventario⁸²; ai limiti del divieto di mutarne la destinazione economica (nella misura in cui esso è configurabile riguardo alla proprietà risolubile)⁸³; all'obbligo di pagamento delle imposte ed altri carichi sulla proprietà⁸⁴. Ma anche, ad esempio, ai limiti del diritto - nei confronti del beneficiario - a rimborsi o indennità per gli eventuali miglioramenti ed addizioni⁸⁵; al diritto al possesso sul bene⁸⁶; all'estensione del regime della proprietà risolubile alle accessioni che si verificano durante la pendenza della condizione⁸⁷; alla possibilità per il titolare interinale di costituire servitù attive a favore del bene⁸⁸; all'imposizione in capo al proprietario risolubile del rischio del perimento del bene (art. 1465, ult. comma, c.c.), e della responsabilità civile per danni prodotti dalla cosa (artt. 2051, 2053, 2054, comma 3, c.c.). O, ancora, all'antigiuridicità degli atti di disposizione, compiuti dal proprietario interinale, che possano pregiudicare il titolare dell'aspettativa⁸⁹; e al subingresso dell'avente causa dal proprietario risolubile (compreso il successore *mortis causa*) nei

120

⁷⁹ Sulla problematica distinzione - nei casi concreti - tra analogia e interpretazione estensiva, v. M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, *passim*; V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in *Interpretazione giuridica e retorica forense*, a cura di M. Manzin e P. Sommaggio, Milano, 2006, p. 133; A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, in *Diritto privato*, 2001/2002. *L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. 557; R. GUASTINI, «Interpretazione estensiva o applicazione analogica? (nota a Corte Cost. 6 luglio 2001, n. 227)», in *Giur. cost.*, 2001, p. 2026; R. RINALDI, «L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 195; N. BOBBIO, «Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia», in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 695. Per la svalutazione della distinzione, v. tra gli altri R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino 1999, p. 287, nota 10; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1974, p. 300.

⁸⁰ L'operazione indicata nel testo (estensibilità in via analogica degli artt. 1356 e ss. c.c.) è stata già effettuata dalla dottrina, che ne ha riconosciuto in alcuni casi l'applicabilità per identità di ratio - in difetto di espresse disposizioni al riguardo ed in presenza quindi di lacunae legis - alla proprietà temporanea: cfr. per tutti A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 133 e ss.

⁸¹ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1971, p. 226, e nota 13; BRUSCUGLIA, *Pendenza della*

condizione e comportamento secondo buona fede, Milano, 1975, p. 84 e ss.; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 376 e ss., 385 e ss., 388 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 59 e ss., 190 e ss.; M. COSTANZA, *Condizione, termine e modo*, in *Il contratto in generale*, V, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, p. 227; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 135 e ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 80 e ss., 88 e ss.

⁸² L. RICCA, *Fedecommissio (dir. civ.)*, *cit.*, p. 130; M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 362; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 385 e ss.

⁸³ A. BELFIORE, «Pendenza negoziale e conflitti di titolarità», in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 199; L. BRUSCUGLIA, *op. cit.*, p. 84 ss., e p. 98; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 382 e ss.; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, Milano, 1987, p. 344; M. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 853; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 101 e ss.; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 143 e ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 81 e ss.

⁸⁴ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 394 e ss.

⁸⁵ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 399e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 201 ss., 208 ss.; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 167 e ss.

⁸⁶ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 407 e ss.

⁸⁷ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 408.

⁸⁸ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 420; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 177 e ss.

⁸⁹ M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 85 e ss.; Cass., 2 luglio 2002, n. 9568, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1300.

medesimi vincoli gravanti sul dante causa⁹⁰. Come pure alla possibilità per il titolare dell'aspettativa di porre in essere atti conservativi (art. 1356 c.c.), anche al fine di neutralizzare il pericolo di pregiudizi che possono derivare da iniziative di creditori o di altri terzi, prescindendo dagli specifici presupposti normalmente richiesti per la concessione di provvedimenti cautelari⁹¹.

La funzione conservativa di tutti i suddetti vincoli, limiti, divieti, diritti e facoltà si ravvisa anche nella destinazione patrimoniale ex art. 2645-ter c.c.: la ricorrenza della *eadem ratio* fa sì che *le conclusioni raggiunte dalla dottrina in relazione alla proprietà risolubile (ed alla proprietà temporanea) possano essere estese anche alla proprietà destinata in senso stretto*⁹². Ciò vale anche per la possibile «modulazione» dei vincoli e divieti in relazione alla *durata* della destinazione: un termine breve di durata del diritto induce, ad esempio, a ritenere che le innovazioni possano essere ammesse soltanto entro limiti rigorosi, mentre una durata maggiore appare compatibile con la facoltà di compiere tutte le innovazioni dirette ad una migliore utilizzazione dei beni, come si desume dall'art. 693, comma 1, c.c.⁹³. Ciò che più interessa in questa sede è peraltro l'operatività dei suddetti vincoli ed obblighi anche in capo ai successivi *aventi causa* dal titolare della proprietà risolubile, o destinata: chiunque acquisti dal proprietario fiduciario, legittimamente (si pensi al fiduciario subentrante) o illegittimamente (per effetto della violazione del vincolo di destinazione da parte del medesimo fiduciario), subentra quindi non solo nel vincolo vero e proprio (divieto di utilizzare il bene per fini diversi da quello di destinazione), ma anche negli obblighi strumentali alla relativa conservazione.

La disciplina della condizione offre, ancora, un interessante punto di osservazione dal quale valutare la problematica dell'*interesse meritevole di tutela*, ex art. 2645-ter c.c., come interpretato da dottrina e giurisprudenza. È noto che la tendenza ad interpretare rigorosamente tale requisito, richiedendo che l'interesse alla base della destinazione abbia addirittura valenza costituzionale⁹⁴, si è sviluppata quale reazione alla possibile diffusa elusione dell'art. 2740 c.c. (e del principio del *numerus clausus* dei diritti reali). Una reazione che non ha, tuttavia, ragion d'essere, altre essendo le legittime forme di repressione degli eventuali abusi. Non è la valenza pubblica o costituzionale dell'interesse meritevole a dover bilanciare la limitazione «reale» del diritto dominicale e la deroga alla responsabilità patrimoniale illimitata, poiché questi effetti trovano la loro giustificazione da un lato nella *conoscibilità legale*, da parte dei terzi, del vincolo tramite la pubblicità; d'altro lato, nella *inidoneità del «mero» vincolo di destinazione (autodichiarato) a pregiudicare i creditori anteriori del disponente* (come sarà meglio evidenziato nel successivo § *La tutela dei creditori del disponente: vincolo di destinazione autodichiarato o alienazione sospensivamente condizionata*)⁹⁵. Assodato quanto sopra, la disciplina della condizione fornisce un ulteriore importante argomento ai nostri fini: infatti, nonostante anche il condizionamento degli effetti determini, in fase di pendenza, una vera e

121

⁹⁰ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 412 e ss.; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 158 e ss.

⁹¹ M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 139 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 234 e ss.; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 152 e ss. (ed ivi ulteriori riferimenti).

⁹² Rimangono invece fuori dal discorso sviluppato nel testo gli obblighi di amministrazione e gestione dei beni, che come tali hanno natura personale e non vincolano gli aventi causa del fiduciario. Per un'elencazione riassuntiva di tali obblighi, alla luce delle norme codicistiche sul mandato e della disciplina anglosassone del *trust*, cfr. A. SATURNO, *op. cit.*, p. 197 e ss.

⁹³ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 383-384, e nota 20, e p. 441 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 88, e nota 51.

⁹⁴ Cfr. da ultimo G. D'AMICO, *op. cit.*, spec. p. 543 e ss. Per lo stato degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali al

riguardo, cfr. di recente S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, *cit.*, p. 62 e ss.; AA.VV., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, *cit.*

⁹⁵ Il problema della tutela dei creditori anteriori del disponente si pone in modo molto diverso nel caso di trasferimento della proprietà del bene destinato (dal disponente al fiduciario), che determina la fuoriuscita del bene dal patrimonio del disponente, e rispetto al quale l'ordinamento può reagire - in presenza di abusi o frode - con l'azione revocatoria. Non si pone neanche rispetto ai creditori del fiduciario, che acquista *ab initio* un bene destinato ad un patrimonio separato e vincolato (come testualmente previsto dall'art. 2645-ter c.c.), e quindi non destinato ai suoi creditori personali, i quali non possono farvi affidamento.

propria *conformazione* della situazione dominicale, rallentando *la circolazione dei beni* e potenzialmente limitando - in modo anche più incisivo della vera e propria destinazione patrimoniale - la *responsabilità patrimoniale* a danno dei creditori del proprietario interinale (a maggior ragione quando si tratta di una condizione potestativa, il cui avveramento dipende dal disponente o dal trustee), *la legge non richiede alcuna «pregnanza causale» dell'interesse al cui soddisfacimento è finalizzata la condizione*⁹⁶. I negozi che danno origine alla proprietà risolubile richiedono *solamente un interesse meritevole di tutela nella limitata accezione dell'art. 1322 c.c., ossia un interesse lecito, serio ed apprezzabile*, che si accompagna - nell'ambito della causa concreta del negozio - all'interesse egoistico dell'acquirente sotto condizione o a termine iniziale a conseguire il diritto. Se si accogliesse l'interpretazione più rigorosa del requisito dell'interesse meritevole ex art. 2645-ter c.c. ne risulterebbe *una ingiustificata disparità di trattamento*, posto che chiunque può - stipulando un contratto sottoposto a condizione - conseguire risultati non molto differenti (quanto ai vincoli alla circolazione dei beni) da quelli derivanti dall'art. 2645-ter c.c., senza però che sia necessario giustificare la condizione con interessi pubblicistici o costituzionalmente rilevanti⁹⁷. La disciplina della proprietà temporanea e di quella risolubile costituisce quindi un forte argomento per dimostrare come *l'interesse meritevole* di cui parla l'art. 2645-ter c.c. non è altro che *l'interesse lecito caratterizzato, semplicemente, dalla sua necessaria alterità rispetto al mero interesse a proteggere il patrimonio*: o, detto in altri termini, *un interesse serio ed apprezzabile, causalmente distinto rispetto a quello (non lecito) a sottrarre i propri beni alla garanzia patrimoniale dei creditori, o a limitare la circolazione dei beni stessi*. Mentre, al contrario, deve considerarsi non meritevole di tutela il mero interesse a limitare la propria responsabilità patrimoniale, ed alterare la *par condicio creditorum*⁹⁸.

Il ragionamento estensivo, o analogico, può essere sviluppato anche in senso inverso: vi sono infatti *previsioni riguardanti la proprietà destinata suscettibili di essere applicate estensivamente, o analogicamente, alla proprietà risolubile*. In particolare, l'art. 2645-ter c.c. prevede un *limite di durata del vincolo di destinazione*, il quale attiene alla materia dei diritti reali e della relativa circolazione giuridica (che non si vuole limitare per un tempo eccessivo), più che alla destinazione vera e propria⁹⁹. Sembra che - alla luce delle rilevate

⁹⁶ Sotto il profilo assiologico e causale la condizione è da considerarsi tutt'uno con il contratto di cui fa parte, e di cui concorre a determinare la causa concreta: cfr., per la dimostrazione dell'assunto, G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico, cit., passim*. Nel senso dell'applicabilità del (meno intenso) controllo di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c. all'interesse di cui è espressione la clausola condizionale, cfr. G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico, cit.*, p. 158 e ss.; P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 765-766; F. CARRESI, *Il contratto*, I, Milano, 1987, p. 265; S. MAIORCA, *Condizione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 279; R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, Milano, 1996, p. 114 ss.; L. BRUSCUGLIA, *op. cit.*, p. 60-61; P. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1984, p. 88; E. ZERELLA, «Condizione potestativa e finzione di avveramento», in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 336 (questi ultimi tre autori limitatamente alla condizione potestativa). Per Cass., 12 maggio 1972 n. 1431, in *Giust. civ., Rep.* 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 82, «allorquando la condizione risulti da una espressa manifestazione di volontà dei contraenti non è necessario che dal contratto risultino anche i motivi che l'hanno determinata né che siano oggettivizzate le ragioni per cui le parti hanno avuto interesse a pattuire la condizione

stessa».

⁹⁷ Il vincolo di «destinazione» derivante dalla proprietà condizionata o a tempo appare in realtà più invasivo, e limitativo della circolazione giuridica, di quanto non sia quello derivante dalla destinazione ex art. 2645-ter c.c., che si caratterizza proprio per la sua maggiore «elasticità»: l'avente causa del proprietario risolubile o temporaneo è, infatti, in ogni caso pregiudicato dall'avveramento della condizione (art. 1357 c.c.) o dalla scadenza del termine, mentre l'avente causa dal fiduciario ex art. 2645-ter c.c. potrebbe anche conseguire il diritto pieno, ogni qualvolta l'atto di alienazione compiuto dal fiduciario sia compatibile con lo scopo di destinazione, o sia autorizzato dall'atto di destinazione. Questi rilievi sistematici (che dimostrano come il bene sia messo molto più «fuori mercato» dalla previsione di una condizione sospensiva o risolutiva che da un vincolo di destinazione) contraddicono in modo decisivo l'opinione che subordina il potere privato di conformazione della proprietà alla ricorrenza di interessi poziori, idonei a realizzare la funzione sociale della proprietà medesima (D'AMICO, *op. cit.*, p. 541 e ss.).

⁹⁸ Nel senso indicato nel testo, v. G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 179-180; U. LA PORTA, *I «formanti dell'ordinamento giuridico», il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, *cit.*, p. 134.

⁹⁹ L'art. 2645-ter c.c. ha segnato - quanto al profilo della

analogie, e in assenza di ragioni in contrario - possa ritenersi estensibile analogicamente alla *pendenza condizionale*, e quindi al *diritto di proprietà risolubile*, la *durata massima* prevista dall'art. 2645-ter c.c. Del resto, il problema del termine di durata del periodo di pendenza si era già posto all'attenzione della dottrina, perplessa circa l'eventualità che tale fase possa durare per un tempo indefinito e in tal modo paralizzare la circolazione dei beni¹⁰⁰.

Suscita serie difficoltà, invece, la questione dell'estensibilità alla proprietà risolubile (come a quella temporanea) della prescrizione di *forma pubblica* di cui all'art. 2645-ter c.c. Se si condivide l'idea che tale forma solenne sia volta ad assicurare l'univocità e la certezza del contenuto del vincolo di destinazione nei rapporti con i terzi¹⁰¹, risulta difficile ammettere una disparità di trattamento riguardo ai vincoli derivanti dalla condizione negoziale: in entrambi i casi, infatti, le limitazioni al contenuto del diritto dominicale (fiduciario o risolubile che sia) si riflettono nei confronti dei terzi *aventi causa* dal titolare del diritto, e l'eventuale oscurità o contraddittorietà delle clausole relative ai vincoli durante la pendenza della condizione potrebbe seriamente pregiudicare la circolazione giuridica. Lo stesso potrebbe dirsi, del resto, riguardo alle servitù, per la cui costituzione non è previsto alcun vincolo di forma pubblica, anche se la chiarezza del relativo contenuto appare non meno indispensabile nell'ottica di una sicurezza dinamica dei traffici¹⁰². La questione, con tutta evidenza, interseca quella della tassatività o meno delle forme solenni, e dei possibili spazi per un'estensione analogica delle corrispondenti prescrizioni normative: o si ritiene che l'art. 2645-ter c.c. abbia reso più rigoroso il requisito di forma per qualsiasi vincolo «di destinazione» - *lato sensu* inteso - che sia suscettibile di pregiudicare la circolazione giuridica; ovvero si aderisce all'orientamento prevalente - ancorché autorevolmente contestato¹⁰³ - che ritiene eccezionali le prescrizioni di forma, e si conclude per l'inapplicabilità della suddetta prescrizione di forma alle fattispecie non ricomprese nella previsione dell'art. 2645-ter c.c.

durata massima dei vincoli di destinazione - una decisa evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano, che tuttora prevede limiti di durata inferiori ad altri effetti (si pensi, in particolare, ai limiti di durata dei diritti di godimento sui beni, come usufrutto e locazione), e che devono ritenersi superati allorché l'attribuzione patrimoniale sia inserita nel contesto di un vincolo di destinazione (per il quale valgono esclusivamente i limiti di durata previsti dall'art. 2645-ter c.c.). Deve ritenersi che anche limitazioni riguardanti il diritto delle obbligazioni, la cui giustificazione è tradizionalmente rinvenuta nella idoneità di determinati vincoli ad incidere sulla pienezza del diritto di proprietà (si pensi, per tutti, al divieto di rendite successive ed a quello di obbligazioni perpetue; alla sostituzione fedecommissaria ed istituti affini; alla capacità giuridica dei nati, anche non concepiti) debbano ritenersi superate, e sostituite nell'ambito in esame dai limiti massimi di durata ex art. 2645-ter c.c. Cosicché, ad esempio, nel caso in cui l'atto di destinazione preveda una durata parametrata ad un termine fisso (fino ad un massimo di novanta anni), potrebbe essere individuato quale beneficiario della destinazione anche un nascituro non concepito, figlio di persona non vivente, a condizione che lo stesso nasca entro il termine previsto dal perfezionamento dell'atto di destinazione (vanno quindi integrate in questo senso le conclusioni raggiunte in G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 174 e ss.).

¹⁰⁰ M. FERRARIO HERCOLANI, *La durata delle*

obbligazioni di origine volontaria e la liberazione del debitore, Milano, 2009, p. 74 e ss.

¹⁰¹ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 163 e ss.

¹⁰² Non è un caso che già da tempo la dottrina abbia avvertito l'esigenza di affrontare lo spinoso tema del ruolo dell'autonomia privata nella costituzione convenzionale delle servitù prediali, tenuto conto dell'atipicità del relativo contenuto, ed alla luce delle esigenze di sicurezza della circolazione giuridica (che stanno alla base del tradizionale principio del *numerus clausus* dei diritti reali, e della relativa standardizzazione): cfr. in particolare P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974; ID., «Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù», in *Riv. dir. agr.*, 1972, p. 855.

¹⁰³ Il principio di libertà di forma è oggetto di sempre maggiori contestazioni, evidenziandosi come la necessità di forme solenni, a tutela della certezza della circolazione giuridica e comunque in rapporto ad interessi meritevoli di protezione, sfugga ormai alla dialettica regola-eccezione (e comunque non escluda l'applicazione estensiva o analogica delle prescrizioni di forma): cfr. soprattutto V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 379 e ss.; N. IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; P. VITUCCI, «Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni», in *Quadrimestre*, 1989, p.

La tutela dei creditori del disponente: vincolo di destinazione autodichiarato o alienazione sospensivamente condizionata

È interessante, a questo punto, comparare la *tutela dei creditori anteriori del disponente*^{103-bis} nel caso di (mero) vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c., senza trasferimento di proprietà ad un soggetto diverso dal disponente (c.d. *vincolo autodichiarato*), con l'ipotesi in cui, invece di sottoporre i beni ad un vincolo di destinazione, il disponente li alieni sotto *condizione sospensiva*. Si può, infatti, ipotizzare che almeno *in alcuni casi* i due strumenti possano essere impiegati per assolvere *funzioni similari*: si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui il disponente intenda trasferire i propri beni, invece che ad un *trustee*, direttamente ad un beneficiario finale, ma solo dopo il verificarsi di un evento futuro ed incerto. L'interesse della questione nasce dal fatto che anche nel caso dell'alienazione sospensivamente condizionata, come in quello del *trust* autodichiarato, il disponente mantiene, durante la pendenza della condizione, il controllo e l'amministrazione dei beni (art. 1356 c.c.), come pure il potere di disposizione sugli stessi, pur subordinato alla stessa condizione (art. 1357 c.c.). L'alienazione, d'altra parte, può ben essere subordinata ad una condizione sospensiva potestativa: in tale ipotesi, la decisione circa il relativo avveramento può essere rimessa al disponente (purché in questo caso la condizione non sia meramente potestativa) o all'acquirente.

Dottrina e giurisprudenza hanno avvertito l'esigenza di circoscrivere in vario modo l'ambito e l'operatività dei vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. - escludendo anche di recente la legittimità

55. Per lo stato attuale del dibattito, cfr. U. BRECCIA, *Formalismo degli antichi e dei moderni: critica del dogma della libertà di forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 498 e ss.

124

^{103-bis} Va evidenziato che il panorama normativo è mutato, successivamente all'elaborazione della presente relazione, con l'introduzione - ad opera dell'art. 12 del D.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in legge 6 agosto 2015, n. 32 - del nuovo art. 2929-bis c.c., il quale ha introdotto la possibilità per i creditori anteriori del disponente di pignorare il bene destinato entro l'anno successivo alla trascrizione del vincolo di destinazione o del trasferimento gratuito (al fiduciario). Detto art. 2929-bis conferma l'attenzione del legislatore nei confronti dei creditori anteriori del disponente, differenziandone nettamente il relativo status rispetto a quello dei creditori successivi alla destinazione: soltanto i primi, infatti, hanno la possibilità di pignorare i beni immobili e mobili registrati del disponente-debitore entro l'anno successivo alla trascrizione dell'atto di destinazione, a prescindere dalla proposizione di un'azione revocatoria, e con inversione dell'onere della prova a loro favore nel caso in cui i presupposti del pignoramento «successivo», quali previsti dal medesimo art. 2929-bis, vengano contestati in sede di opposizione all'esecuzione. Per altro verso, la novella ha equiparato la posizione dei creditori anteriori nelle due fattispecie di destinazione (vincolo autodichiarato, e vincolo accompagnato da trasferimento gratuito dal disponente al fiduciario), le quali erano anteriormente trattate in modo diverso: in entrambi i casi, i creditori anteriori godono oggi di una tutela efficiente, che può essere attivata assolvendo all'onere - relativamente agevole - di ispezionare almeno una volta ogni anno

i registri immobiliari, al fine di verificare se il debitore abbia posto in essere atti di destinazione pregiudizievoli, autodichiarati o con trasferimento ad un terzo fiduciario. A monte, l'art. 2929-bis c.c. presuppone ora, a differenza che in passato, che anche il vincolo autodichiarato sia idoneo - in linea di principio - a sottrarre i beni alla garanzia patrimoniale generica, al pari di un atto di alienazione: la novella individua così un ulteriore «caso previsto dalla legge» di limitazione della responsabilità patrimoniale, ex art. 2740, comma 2, c.c., del disponente nei confronti dei creditori anteriori alla destinazione. La neointrodotta limitazione della garanzia patrimoniale è accompagnata da un nuovo rimedio - esteso anche all'ipotesi del trasferimento gratuito e, quindi, alla destinazione «traslativa» - che consente ai creditori anteriori di «neutralizzare» più facilmente gli atti pregiudizievoli, posti in essere dal disponente-debitore in frode alle loro ragioni. Così facendo, il legislatore ha provveduto ad un nuovo e più equilibrato «bilanciamento» degli interessi, riferibili rispettivamente ai creditori anteriori ed ai beneficiari della destinazione: bilanciamento alla luce del quale si rivela, oggi, a maggior ragione eccessiva ed ingiustificata l'interpretazione restrittiva dell'art. 2645-ter c.c., che restringa indebitamente e *contra legem* l'area degli interessi meritevoli di tutela, il cui unico parametro è invece quello della relativa liceità ed «alterità» rispetto alla mera protezione del patrimonio del debitore. Un'interpretazione restrittiva che, con tutta evidenza, è stata elaborata al fine, non sempre inconfessato, di reprimere gli abusi della destinazione: quegli stessi abusi che ora l'art. 2929-bis c.c. consente di contrastare efficacemente, e con modalità maggiormente condivisibili.

del c.d. vincolo autodichiarato¹⁰⁴ - al fine più o meno manifesto di creare un *argine a difesa dei creditori anteriori del disponente*: è proprio quest'ultimo, infatti, che può avere un *interesse alla protezione del patrimonio*, tale da indurlo a sottrarre (abusivamente) dei beni alla garanzia patrimoniale dei propri creditori. È però mancato, finora, l'approfondimento basato su un'*interpretazione sistematica*, volta a determinare quale sia esattamente la posizione dei creditori anteriori del disponente nell'ordinamento giuridico italiano.

La norma fondamentale al riguardo è l'art. 2740 c.c., ai sensi del quale il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i *propri* beni, presenti e futuri, e *le limitazioni di responsabilità non sono ammesse «se non nei casi previsti dalla legge»*. Se si parla di *creditori del disponente*, occorre però rinvenire una norma di legge che limiti proprio la responsabilità del disponente nei loro confronti: in assenza di tale norma, i beni di esso debitore - ancorché siano oggetto di un vincolo di destinazione autodichiarato - continuano a far parte della garanzia patrimoniale generica. Una tale norma, in verità, non esiste, in quanto *tutte le disposizioni limitative della responsabilità patrimoniale fanno riferimento ai soli creditori del fiduciario e gestore della destinazione*¹⁰⁵, *mai ai creditori del disponente*.

Occorre, tuttavia, *comparare* la tutela accordata dall'ordinamento italiano ai creditori del disponente nel caso in cui vi sia un *trasferimento della proprietà* del bene dal disponente al fiduciario, e nella diversa ipotesi del *vincolo di destinazione autodichiarato*, in cui manca invece il trasferimento di proprietà ad un soggetto diverso dal disponente.

Nel primo caso, *il fiduciario è soggetto diverso dal disponente*, ed a seguito del trasferimento a suo favore della proprietà dei beni destinati, questi ultimi *fuoriescono dal patrimonio del disponente*, e cessano quindi di far parte della garanzia patrimoniale generica dei suoi creditori ex art. 2740 c.c. *La «barriera» creata rispetto ai creditori anteriori del disponente non nasce quindi dalla segregazione tipica del vincolo di destinazione* (che opera esclusivamente rispetto ai creditori personali del fiduciario), *ma soltanto dall'alienazione del bene da parte del disponente-debitore*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Per l'inammissibilità di un vincolo di destinazione autodichiarato ex art. 2645-ter c.c., cfr. di recente Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, n. 399, in *Trusts*, 2015, p. 274; Trib. S. Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013, in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 713.

Alla base della diffidenza, se non ostilità, nei confronti del vincolo autodichiarato sta tra l'altro la convinzione della eccezionalità della previsione ex art. 2645-ter rispetto alla disciplina generale della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.), ma il ragionamento appare frutto di un'inversione di metodo: come è stato correttamente osservato, nessuna norma codifica il presunto principio di unicità del patrimonio, e sono numerosissime le norme che anzi lo contraddicono (A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, cit., p. 670 e ss.). Per cui l'asserzione dell'eccezionalità dell'art. 2645-ter c.c. viene ricavata da un pregiudizio dogmatico, anziché da un completo esame del dato positivo.

¹⁰⁵ Lo stesso avviene in relazione al trust: l'art. 11 della Convenzione dell'Aja distingue tra separazione patrimoniale, che concorre ad individuare il contenuto minimo essenziale del trust (art. 11, § 2), e segregazione rispetto ai creditori, che costituisce invece un effetto speciale (eventuale) del medesimo trust (art. 11, § 3, lett. a) e b), della Convenzione). Mentre la separazione patrimoniale opera in via generale e senza distinzioni sul patrimonio del trustee, la segregazione dei beni destinati

è prevista dalla Convenzione dell'Aja unicamente rispetto ai creditori personali del trustee. La distinzione emerge chiaramente dai lavori preparatori della Convenzione, nel corso dei quali il relatore ha ben chiarito, riguardo all'art. 11, che *«l'alinéa 2 pose le principe très général que les biens du trust sont distincts de ceux du trustee; l'alinéa 3 spécifie les modalités de cette séparation, lesquelles modalités peuvent aller plus ou moins loin»* (*Procès verbal* n. 8, in *Actes et documents de la Quinzième session, II - Trust - Loi applicable et reconnaissance*, La Haye, 1985, p. 283-284). Nessuna segregazione è quindi prevista dalla Convenzione dell'Aja - né, a ben vedere, dalle singole leggi regolatrici dei trusts - nei confronti dei creditori anteriori del disponente.

¹⁰⁶ Il problema della tutela dei creditori del disponente, in caso di trasferimento della proprietà al fiduciario, si colloca esclusivamente sul piano della possibile contestazione della validità o efficacia dell'atto di disposizione-dotazione: i rimedi sono rappresentati dall'azione revocatoria dell'atto di alienazione, e dall'eventuale azione di simulazione o di nullità (ricorrendone i presupposti). Appare comunque scontato che il trasferimento gratuito al fiduciario non possa essere trattato, agli effetti della tutela dei creditori, in modo peggiore rispetto a un qualsiasi atto traslativo, anche a titolo gratuito: decorso il termine di legge entro il quale i creditori del disponente hanno l'onere di agire in revocatoria (art. 2905 c.c.), ed in assenza di simulazione o di cause di nullità, l'atto traslativo diviene inattuabile

Diverso è il caso del *vincolo di destinazione autodichiarato*, in cui la suddetta barriera di protezione - rappresentata dall'atto di alienazione dal disponente al fiduciario - non sussiste: cosicché, in assenza di una deroga ex art. 2740, comma 2, c.c. i beni continuano a far parte della garanzia patrimoniale generica dei creditori anteriori del disponente. A conferma di tale principio, si rinvencono nell'ordinamento italiano diversi *indici normativi*, i quali escludono inequivocabilmente l'idoneità della mera destinazione patrimoniale a sottrarre i beni alla garanzia patrimoniale dei creditori anteriori alla destinazione.

In caso di *cessione dei beni ai creditori* - la quale, come è noto, dà origine ad un vincolo di destinazione senza trasferimento della proprietà - è sempre consentito ai creditori anteriori, i quali non abbiano partecipato alla *cessio bonorum*, il pignoramento dei beni del debitore (art. 1980, comma 2, c.c.)¹⁰⁷.

Sempre in tema di vincoli di destinazione, la disciplina dell'accettazione dell'eredità con *beneficio d'inventario* accorda ai creditori del defunto (anteriori alla separazione patrimoniale) preferenza sulla massa ereditaria rispetto ai creditori dell'erede (art. 490, comma 2, n. 3, c.c.). Lo stesso vale per la *separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede* (art. 512 c.c.)¹⁰⁸.

In tema di *patrimoni destinati* di SpA, l'art. 2447-*quinquies* c.c. prevede un breve termine (60 giorni) entro il quale i creditori possono fare opposizione alla destinazione. Tale termine - lo stesso previsto in relazione ad altre vicende societarie, che incidono sul regime della responsabilità patrimoniale e quindi coinvolgono anch'esse la posizione dei creditori anteriori¹⁰⁹ - ha una *ratio* del tutto peculiare, riconducibile all'esigenza prevalente di salvaguardia delle ragioni dell'impresa, a tutela delle quali viene parzialmente sacrificato l'interesse dei creditori. Da queste norme, a ben vedere, si ricava a *contrario* un'ulteriore conferma della regola che - in assenza di una norma di legge che attribuisca prevalenza ad interessi poziori, limitando l'azione dei creditori - consente ai *creditori anteriori del disponente di aggredire i beni destinati senza essere pregiudicati dalla destinazione patrimoniale*, e dalla conseguente separazione¹¹⁰.

126 Dal complesso delle norme richiamate si evince un principio generale di ordine pubblico, in forza del quale - in assenza di una norma che disponga la segregazione nei loro confronti - i creditori anteriori del disponente non possono essere pregiudicati dalla mera destinazione dei beni ad uno scopo. Un principio che deve ritenersi vigente anche in tema di fondo patrimoniale, e di destinazione patrimoniale atipica: quando, infatti, gli artt. 170 e 2645-*ter* c.c. dichiarano impignorabili i beni destinati da parte dei creditori personali del titolare per debiti non «contratti» per lo scopo di destinazione, non possono evidentemente che riferirsi ai debiti del titolare assunti *successivamente* alla destinazione, la quale per definizione non esiste prima dell'atto che la determina¹¹¹. Opinare diversamente equivarrebbe, infatti, ad affermare che *tutti* i creditori *anteriori* del disponente (divenuto poi gestore-fiduciario) debbano

dai creditori. La circostanza che il trasferimento sia accompagnato da un vincolo di destinazione non può in alcun modo penalizzare la posizione dell'acquirente del diritto reale (ancorché a titolo gratuito), nel conflitto con i creditori del disponente.

¹⁰⁷ Cfr. anche - per il trattamento privilegiato riservato ai creditori anteriori in sede di procedure concorsuali - gli artt. 135, comma 2, 140, comma 3, 167, comma 2, 168, comma 2, e 184, comma 1, secondo periodo, l. fall. La stessa partecipazione al concorso fallimentare presuppone, pacificamente, l'antiorità del credito rispetto al fallimento: Cass., 14 ottobre 2010, n. 21251, in *Foro it., Rep.* 2010, voce *Fallimento*, n. 459; Cass., 28 agosto 1990, n. 8879, in *Fallimento*, 1990, p. 1225.

¹⁰⁸ Si consideri anche - ancorché non atinente specificamente alla materia della destinazione patrimoniale - la norma che, in tema di simulazione, attribuisce preferenza ai creditori anteriori del simulato alienante, rispetto a quelli del simulato acquirente (art.

1416, comma 2, c.c.): è stato correttamente evidenziato che questi ultimi sono sacrificati perché «non avevano fatto alcun affidamento previsionale sui beni oggetto dell'acquisto simulato, al momento della concessione del credito» (U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico"*, il diritto anglosassone e l'iperuranio ..., cit., p. 136).

¹⁰⁹ Cfr., in particolare, gli artt. 2487-*ter*, 2500-*quinquies*, 2500-*nonies*, 2503, 2504-*bis*, ult. comma, c.c.

¹¹⁰ Un esempio in cui, in presenza di interessi di grado pozioro, è sacrificata - in forza di una precisa norma di legge in deroga all'art. 2740 c.c. - la garanzia patrimoniale dei creditori anteriori è quello dell'art. 189, ultimo comma, c.c., che a tutela degli interessi familiari prevede la prelazione dei creditori della comunione (ex art. 186 c.c.) sui creditori anche anteriori del coniuge, riguardo ai beni della comunione legale.

¹¹¹ Per condivisibili osservazioni sulla responsabilità dei beni del fondo patrimoniale nei confronti dei creditori anteriori, cfr. G. FANTICINI, «Il divieto di agire sui

essere *sempre ed in ogni caso sacrificati*, in quanto per definizione i corrispondenti rapporti obbligatori sono estranei al fine di destinazione: conclusione, questa, evidentemente *inaccettabile*. In definitiva, occorre distinguere nettamente tra creditori del disponente *anteriori* alla destinazione (in nessun caso pregiudicati dalla destinazione), e creditori del disponente-gestore del vincolo autodichiarato posteriori a quest'ultimo, a loro volta da distinguersi - in base alla previsione dell'art. 2645-ter c.c. - in creditori personali e creditori della destinazione.

Le conclusioni suesposte - inidoneità della mera destinazione ad uno scopo, a differenza del trasferimento della proprietà, a pregiudicare i creditori anteriori del disponente - risultano confermate da una valutazione delle diverse fattispecie in chiave assiologica: mentre in caso di *alienazione* sorge un *conflitto tra creditori (chirografari) anteriori* all'atto di disposizione *e acquirente di un diritto reale sul bene* (conflitto che - salve le azioni revocatorie o il pignoramento, e le relative formalità pubblicitarie - è sempre risolto a beneficio dell'acquirente del diritto reale, in conformità ai principi generali), nell'ipotesi di *mera destinazione patrimoniale* si configura invece un *conflitto tra creditori anteriori all'atto di destinazione e beneficiari*, la cui posizione giuridica può oscillare da quella di titolari di una mera aspettativa a quella più pregnante di creditori chirografari del fiduciario. In altri termini, nella fattispecie del vincolo di destinazione autodichiarato il *conflitto* si configura, nella migliore delle ipotesi, *tra due categorie di creditori entrambi chirografari*, e conseguentemente non può che essere *preferito*, in conformità ai principi generali (inderogabili) dell'ordinamento giuridico italiano *il creditore anteriore alla destinazione* (arg. ex artt. 490, n. 3, 512, 1416, comma 2, e 1980, comma 2, c.c.), con conseguente *inefficacia della separazione patrimoniale nei suoi confronti*.

L'esigenza di colpire *l'uso abusivo dei vincoli di destinazione* (che il più delle volte ha luogo mediante la costituzione di vincoli autodichiarati), e di proteggere i creditori anteriori del disponente, *non necessita* quindi di un filtro costruito ad arte e privo di agganci di diritto positivo, come quello - finora utilizzato da dottrina e giurisprudenza - fondato sul presunto *rilievo costituzionale dell'interesse meritevole di tutela*: per la semplice ragione che costoro *godono già di piena tutela*¹¹².

Occorre ora verificare quale tutela sia accordata ai creditori anteriori del disponente nella diversa

beni in fondo e un possibile equilibrio tra la tutela della famiglia e le ragioni dei creditori (nota adesiva a Trib. Lecce, 24 agosto 2012)», in *Giur. mer.*, 2013, p. 810 e ss. Nel medesimo senso, Trib. Ragusa, 21 dicembre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2755; Trib. Milano, 5 novembre 1990, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1991, II, p. 681. *Contra*, per il divieto di esecuzione su beni del fondo anche per i crediti anteriori estranei ai bisogni della famiglia, salva l'azione revocatoria, Cass., 7 luglio 2009, n. 15862, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2845; Cass., 9 aprile 1996, n. 3251, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2959. Specularmente, è stata ritenuta possibile l'esecuzione forzata sui beni del fondo per un credito anteriore inerente ai bisogni della famiglia: Cass., 26 agosto 2014, n. 18248, in *Riv. not.*, 2014, p. 979. Le pronunce in tema di fondo patrimoniale, comunque, non assumono rilievo determinante ai fini in oggetto, in assenza di *eadem ratio*: i bisogni della famiglia, oggettivamente considerati, possono ben preesistere al fondo patrimoniale, mentre nelle fattispecie atipiche di destinazione patrimoniale quest'ultima, per definizione, non è neanche ipotizzabile anteriormente al compimento dell'atto che ne costituisce il presupposto.

Per completezza, va segnalato il dibattito riguardante la tutela dei c.d. creditori involontari (fatta salva espressamente dall'art. 2447-*quinquies*, comma 3,

secondo periodo, c.c., ed affermata da parte della dottrina e della giurisprudenza rispetto alla destinazione patrimoniale ex artt. 170 e 2645-ter c.c., che parlando soltanto di debiti «contratti» sembrano riferirsi alle sole obbligazioni di origine contrattuale). Cfr. sulla questione M. ANTINOLFI, «Separazione patrimoniale e tutela dei creditori "involontari"», in *Riv. not.*, 2010, p. 1281; R. PARTISANI, «I patrimoni separati e la tutela dei creditori da fatto illecito nella legislazione recente», in *Resp. civ.*, 2007, p. 2227; ID., «Trust interno e responsabilità civile del disponente», in *Resp. civ.*, 2005, p. 547 e ss.; ID., «I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito», *ibidem*, p. 42 e ss. A ben vedere, i creditori anteriori sono tutti creditori involontari, in quanto al momento del sorgere del loro credito il vincolo di destinazione non esisteva, ed essi non avevano quindi la possibilità di contrattare la loro posizione su tali basi. La giurisprudenza della Cassazione ha esteso ai creditori da fatto illecito la possibilità di agire sui beni del fondo patrimoniale, in presenza di un nesso dell'obbligo con i bisogni della famiglia (cfr. Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, in *Giur. it.*, 2004, p. 1615; Cass., 5 giugno 2003, n. 8991, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3097).

¹¹² L'interpretazione sistematica e le norme positive contraddicono, quindi, le conclusioni raggiunte da

ipotesi dell'*alienazione sotto condizione sospensiva*. A parte l'azione revocatoria per l'ipotesi di frode (artt. 2901 e 2905 c.c.), *i creditori anteriori possono sempre pignorare i beni del disponente anche durante il periodo di pendenza della condizione*, considerato che in tale fase l'alienante rimane titolare del diritto. Deve, però, tenersi conto della previsione dell'art. 1357 c.c., a norma del quale gli atti di disposizione compiuti durante la pendenza della condizione sono sottoposti alla «*stessa condizione*»: considerato che l'alienante è titolare di una proprietà risolubile, l'avveramento della condizione sospensiva ne determina la caducazione e, di conseguenza, vengono meno anche i diritti acquistati nei confronti del medesimo alienante (*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*), compreso quello del creditore pignorante. Il disposto dell'art. 1357 c.c., quindi, è conforme ai principi generali degli acquisti a titolo derivativo, e come tale trova applicazione non solo agli atti di disposizione compiuti dal debitore, ma anche agli atti compiuti nei confronti dello stesso da parte di terzi, come per l'appunto il pignoramento¹¹³. Del resto, l'art. 2919 c.c. esprime in modo chiaro questa regola, nel momento in cui dispone che la vendita forzata trasferisce all'acquirente (soltanto) i diritti che sulla cosa spettavano a chi ha subito l'espropriazione¹¹⁴. Il tutto, ovviamente, fatte salve le regole sull'acquisto in buona fede dei beni mobili, e quelle sulla trascrizione per gli immobili. Ne consegue che *l'alienazione sotto condizione sospensiva, trascritta* (con menzione della condizione, ex art. 2659, ult. comma, c.c.) *anteriamente alla trascrizione del pignoramento, comporta - subordinatamente all'avveramento della condizione sospensiva - la prevalenza dell'acquirente del diritto reale sul creditore (chirografario) dell'alienante sotto condizione*¹¹⁵.

La prevalenza dell'acquirente sotto condizione sospensiva rispetto ai creditori chirografari anteriori dell'alienante evidenzia quindi la *maggiore «efficienza»*, sotto il profilo della tutela del beneficiario, *dell'alienazione sotto condizione sospensiva rispetto al vincolo di destinazione autodichiarato*, avuto riguardo evidentemente all'ipotesi in cui la condizione poi si avveri. In entrambi i casi l'alienante-disponente conserva il possesso, l'amministrazione ed il controllo sui beni destinati ad un determinato acquirente, o ad una determinata finalità (nell'alienazione condizionata, solo ovviamente durante la pendenza della condizione). Nel caso del vincolo autodichiarato, ciò avviene però a prezzo dell'assenza di qualsiasi protezione nei confronti dei creditori anteriori; mentre nel caso dell'alienazione condizionata (presupponendo ovviamente l'avveramento della condizione), i creditori chirografari anteriori soccombono, in linea di principio, rispetto all'acquirente-beneficiario finale, come in ogni caso di alienazione di un diritto reale.

autorevole dottrina (A. FALZEA, «Introduzione e considerazioni conclusive», in *Destinazione dei beni allo scopo ...*, cit., p. 30), secondo la quale la destinazione patrimoniale agirebbe sul patrimonio e non sulla responsabilità, ed opererebbe alla medesima stregua di un'alienazione, rimanendo così soggetta al solo rimedio dell'azione revocatoria e pregiudicando, per il resto, i creditori del disponente.

¹¹³ Per l'applicabilità dell'art. 1357 c.c. anche al pignoramento ed alla vendita forzata, cfr. A. BELFIORE, *op. cit.*, p. 201, nota 61; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 121, e p. 264 ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 177.

¹¹⁴ È pacifica l'applicabilità alla vendita forzata dei principi sugli acquisti a titolo derivativo: cfr. tra le altre Cass., 22 settembre 2010, n. 20037, in *Foro it.*, *Rep.* 2010, voce

Esecuzione per obbligazioni pecuniarie, n. 76; Cass., 5 gennaio 2000 n. 27, in *Foro it.*, *Rep.* 2000, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 2.

¹¹⁵ Durante la pendenza della condizione sospensiva, il titolare dell'aspettativa condizionale può proporre opposizione di terzo, ex art. 619 c.p.c., nel procedimento di espropriazione forzata a carico del titolare del diritto risolubile: A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 267, nota 153. In caso di mancato avveramento della condizione sospensiva, invece, il contratto di alienazione rimane definitivamente inefficace, gli eventuali atti dispositivi o comunque afferenti il bene o diritto oggetto dell'atto (compreso il pignoramento) producono definitivamente i propri effetti nei confronti dell'alienante, e la procedura espropriativa può seguire il suo corso, pregiudicando in ultima analisi il disponente.

Inefficacia o inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dal titolare del diritto in violazione del vincolo di destinazione o dell'aspettativa condizionale

L'art. 2645-ter c.c. prevede la *trascrizione* del vincolo di destinazione al fine di renderlo «*opponibile ai terzi*». Nell'interpretazione di tale disposizione, la dottrina si è divisa: alcuni ritengono che la trascrizione in oggetto non valga a rendere opponibile il vincolo ai terzi aventi causa dal fiduciario, mentre altri - argomentando dall'ampia lettera della norma, che menziona i terzi in genere, oltre che dalla sua *ratio* - sostengono invece che la trascrizione del vincolo valga anche a risolvere i conflitti tra beneficiari (e loro aventi causa) e terzi aventi causa dal proprietario fiduciario¹¹⁶.

Alla luce sia della lettera della legge, sia delle conclusioni raggiunte in ordine alla conformazione della proprietà destinata, ed alla conseguente limitazione «reale» della facoltà di disposizione del fiduciario, deve ritenersi maggiormente corretta la seconda impostazione: il fiduciario che alieni i beni affidatigli in violazione del vincolo di destinazione - ovvero non ponga in essere le procedure previste dall'atto di destinazione (disponendo, ad esempio, senza il prescritto consenso del guardiano) - deve considerarsi privo della *facoltà di disporre*, e della relativa *legittimazione*. Il difetto di legittimazione in capo al fiduciario determina, in base ai principi generali, l'*inefficacia* radicale dell'atto compiuto: si tratta di fattispecie equiparabile *quoad effectum* all'alienazione compiuta a non domino¹¹⁷ (paragonabile per certi aspetti all'ipotesi in cui il titolare di un diritto reale limitato alieni il diritto di piena proprietà). Sul punto è peraltro opportuna qualche ulteriore precisazione.

Per le ragioni suesposte, *l'atto compiuto dal fiduciario in violazione del vincolo di destinazione - nel caso in cui il vincolo sia trascritto e quindi reso «opponibile» - non è solo «relativamente inefficace»* (nei confronti dei beneficiari), ma deve piuttosto ritenersi «*assolutamente inefficace» nei confronti di tutti i terzi* (del resto genericamente indicati dallo stesso art. 2645-ter c.c.)¹¹⁸; salve ovviamente le norme poste a tutela dei terzi aventi causa in conformità alla legge di circolazione dei singoli beni¹¹⁹.

Nell'ipotesi (opposta a quella sopra descritta) in cui il vincolo di destinazione non sia stato pubblicizzato, l'art. 2645-ter c.c. - affermando che la trascrizione del vincolo è finalizzata a rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione - *a contrario* statuisce che *il vincolo non pubblicizzato è «inopponibile» ai terzi*: questi ultimi possono in tal caso «fare affidamento» sulla piena titolarità del fiduciario, e fare quindi

129

¹¹⁶ Sul problema della ricomprensione fra i terzi, indicati nell'art. 2645-ter c.c., degli aventi causa dal fiduciario - e quindi sull'idoneità della norma a risolvere i conflitti circolatori tra beneficiario della destinazione ed aventi causa dal fiduciario - cfr., per una rassegna degli orientamenti dottrinali, S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., p. 75 ss.

¹¹⁷ Per tale esito, cfr. S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 516 ss.; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 119; U. LA PORTA, «L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.», cit., p. 1069 e ss.; R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 311 e ss.; P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 27 e ss. *Nulla quaestio*, invece, allorché il fiduciario alieni i beni nell'esercizio dei poteri conferitigli dall'atto di destinazione: ipotesi nella quale il terzo acquirente acquista la piena proprietà dei beni in oggetto (R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 296, nota 11).

¹¹⁸ Cfr., quanto all'articolazione del regime di

inopponibilità dei singoli atti compiuti in violazione del vincolo di destinazione, G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 194 e ss. (ed ivi, a p. 197 e ss., le peculiari questioni riguardanti i limiti di opponibilità ai terzi di buona fede della congruenza, o meno, dell'atto, rispetto allo scopo della destinazione).

¹¹⁹ L'inefficacia dell'atto dispositivo posto in essere in violazione del vincolo di destinazione può essere opposta ai terzi nei soli limiti consentiti dalle norme poste a tutela della sicurezza giuridica. Pertanto:

a) trattandosi di beni mobili, il terzo di buona fede (che non conosca l'esistenza del vincolo e la violazione dello stesso), che acquisti in forza di un titolo idoneo il possesso consegue la proprietà a titolo originario, a norma dell'art. 1153 c.c. (R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 313);

b) trattandosi di beni immobili, mentre il terzo a cui il vincolo sia «inopponibile» (in quanto non trascritto) acquista la proprietà immediatamente a norma dell'art. 2645-ter c.c., invece il terzo a cui il vincolo sia «opponibile» (perché trascritto), può acquistare la proprietà a titolo originario (per usucapione) soltanto dopo dieci o venti anni, a norma rispettivamente degli artt. 1158 e 1159 c.c.,

immediatamente salvo il proprio acquisto (come avviene nel caso dell'art. 2644 c.c.), prevalendo nel conflitto con i beneficiari del vincolo. Il che equivale a dire che *l'art. 2645-ter deroga* - nei termini suindicati - *all'art. 2652, n. 6, c.c.*¹²⁰.

Occorre quindi evitare di confondere tra «opponibilità del vincolo» e «opponibilità dell'atto compiuto in violazione del vincolo»: se il vincolo è opponibile ai terzi (perché trascritto), l'atto compiuto in violazione è radicalmente inefficace; se il vincolo è inopponibile (perché non trascritto), l'atto in violazione è immediatamente efficace nei rapporti con i terzi, nonostante il difetto di legittimazione del dante causa ed in deroga all'art. 2652, n. 6 c.c.

Nel caso di vincolo trascritto ed opponibile ai terzi, e quindi in presenza della inefficacia dell'atto compiuto in violazione di tale vincolo, il fiduciario, come pure i beneficiari, il disponente ed ogni interessato (i quali tutti hanno la legittimazione ad agire per la realizzazione del fine di destinazione, ex art. 2645-ter c.c.) possono pertanto «rivendicare» i beni vincolati dal terzo acquirente che li possieda «senza titolo»¹²¹.

Si consideri, ora, la fattispecie dell'*illegittima alienazione del diritto di piena proprietà da parte del titolare della proprietà risolubile* (alienante sotto condizione sospensiva, o acquirente sotto condizione risolutiva). È noto che il congegno predisposto dall'art. 1357 c.c. comprime fortemente la *facoltà di disposizione* del proprietario risolubile, ed accanto ad essa limita anche l'efficacia degli atti che possono essere contro di lui compiuti da parte dei terzi (pignoramenti, sequestri, domande giudiziali e simili). *Il titolare della proprietà risolubile è «limitato» nella propria facoltà di disposizione*, come lo è il titolare della proprietà destinata, e tale limitazione - desumibile chiaramente dall'art. 1357 c.c., su cui si fonda la *conformazione* del diritto risolubile¹²² - ha indubbiamente efficacia «reale»: il proprietario interinale è *privo della legittimazione*

130

ricorrendone i rispettivi presupposti (R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 315);

c) trattandosi di cessione di crediti da parte del fiduciario, invece, il terzo non acquista in nessun caso il diritto di credito, di cui il fiduciario non aveva la facoltà di disporre.

¹²⁰ In base al diritto sostanziale l'alienazione da parte del non legittimato, equiparabile ad una alienazione a *non domino*, dovrebbe rimanere totalmente inefficace, e quindi pregiudicare il terzo subacquirente, anche di buona fede. Peraltro, nel caso in cui sia stato in precedenza trascritto un trasferimento a favore del fiduciario, senza pubblicizzare nel contempo il vincolo di destinazione a suo carico, dovrebbe ritenersi che la *pubblicità* sia *inesatta* (in quanto evidenzia l'acquisto di un diritto di proprietà «pieno» e «non limitato»), e quindi *invalida*: il terzo subacquirente di buona fede, a fronte dell'*invalidità della trascrizione* a favore del suo dante causa, potrebbe al limite usufruire della tutela di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. (decorsi *cinque anni* dalla suddetta trascrizione, alle condizioni previste dalla norma da ultimo citata), ma negli altri casi soccomberebbe. Questa disciplina è però derogata dall'art. 2645-ter c.c., come illustrato nel testo.

¹²¹ Questa tutela è per certi aspetti più incisiva rispetto a quella accordata per il *trust* dalla legge inglese (che reagisce alla violazione del *trust* non sul piano reale (il terzo acquirente diviene comunque proprietario), ma mediante l'imposizione di un *constructive trust*, e quindi di una situazione giuridica obbligatoria, in capo al terzo acquirente di mala fede o in colpa, che è obbligato a ritrasferire il bene al *trustee*). In Italia, invece, la tutela opera sul piano reale. Per altro verso, invece, la tutela accordata

dalla legge italiana è meno completa, in quanto il terzo acquirente ha solamente gli obblighi del possessore, e non ha obblighi positivi di amministrazione e gestione dei beni acquistati (a differenza che nel *trust*, ove l'acquirente diviene *constructive trustee* nell'interesse dei beneficiari).

¹²² La dottrina più recente ha evidenziato che l'art. 1357 c.c. si fonda su «una peculiare conformazione della vicenda traslativa discendente dal negozio condizionato», in quanto «norma volta a risolvere il conflitto di interessi tra il titolare dell'aspettativa ... e il titolare del diritto risolubile ... inserendo, tra le posizioni giuridiche rilevanti, l'aspettativa»; e correlativamente ha respinto l'idea dell'eccezionalità di detto art. 1357 c.c., negandone il collegamento con la regola di retroattività ex art. 1360 c.c. (G. AMADIO, *op. cit.*, p. 374 ss.). In senso decisamente contrario alla tesi dell'eccezionalità dell'art. 1357 c.c., con ampie argomentazioni, cfr. anche A. BELFIORE, *op. cit.*, p. 181 e ss., nonché la dottrina ivi indicata a p. 189, nota 24, e la giurisprudenza citata a p. 193, nota 37; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 251, nota 121.

Per la distinzione tra l'ambito di operatività della retroattività rispetto a quello disciplinato dall'art. 1357 c.c., cfr. U. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, Firenze, 1948, p. 431-432, e p. 478 (il quale esattamente evidenzia l'operatività dell'art. 1357 c.c. anche in caso di deroga convenzionale alla retroattività); A. BELFIORE, *op. cit.*, p. 186 e ss., e nota 15; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 118 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 1984, p. 524; C. PINELLINI, «Il trattamento del contratto condizionale», in *Arch. giur.*, 1986, p. 324 e ss.; G. AMADIO, *op. cit.*, p. 371 e ss.

ad alienare il diritto di piena proprietà¹²³. Per effetto dell'opponibilità ai terzi della condizione, l'atto di alienazione del diritto pieno da parte del proprietario risolubile deve quindi ritenersi inefficace, come se fosse posto in essere da un *non dominus*, allo stesso modo dell'alienazione compiuta indebitamente dal titolare della proprietà destinata. Per contro, in mancanza di opponibilità della condizione (e della conseguente compressione del potere di disposizione del proprietario), l'acquisto del diritto pieno da parte del terzo - nel conflitto con il titolare dell'aspettativa condizionale - è fatto salvo, e l'atto produce pertanto immediatamente i propri effetti. *Sul piano dei conflitti circolatori, la disciplina delle situazioni giuridiche condizionate è quindi analoga a quella delle situazioni destinate*¹²⁴. In entrambi i casi, all'inefficacia dell'alienazione compiuta dal proprietario fiduciario, o risolubile, consegue l'obbligazione legale di restituzione del bene da parte del terzo avente causa, peraltro operante anche oltre i limiti fissati dall'art. 2038 c.c.¹²⁵

La medesima analogia si riscontra in relazione alla *pubblicità legale*, ed ai relativi effetti. La legge (art. 2659, ult. comma, c.c.) richiede la menzione della condizione nella nota di trascrizione degli atti relativi a beni immobili; e si discute sul *valore* di tale pubblicità, tra chi ritiene che abbia valore di mera pubblicità notizia e non sia idonea, quindi, a risolvere conflitti circolatori¹²⁶, e chi invece considera tale menzione indispensabile ai fini dell'*opponibilità ai terzi* della condizione (e del carattere risolubile del diritto di proprietà oggetto di alienazione)¹²⁷. Si riscontra, quindi, una situazione analoga a quella già esaminata a proposito della proprietà destinata, la quale - anche senza voler considerare gli ulteriori consistenti argomenti che depongono in tal senso - non può che essere disciplinata alla stregua dei

¹²³ È stato incisivamente affermato che il bene oggetto di contratto condizionato non può dirsi «definitivamente immesso nel flusso circolatorio», e che detto contratto non produce in nessun caso effetti pieni e definitivi, ma solo effetti precari e risolubili (G. AMADIO, *op. cit.*, p. 376 e ss., e p. 412). Il titolare del diritto risolubile non è, di conseguenza, legittimato ad alienare il diritto pieno, che non gli appartiene.

¹²⁴ L'art. 1357 c.c. comporta che gli atti posti in essere dal proprietario risolubile, ma anche tutti gli atti e provvedimenti emessi nei suoi confronti, sono destinati ad essere caducati per effetto dell'avveramento della condizione: l'opponibilità del vincolo derivante dalla condizione sospensiva opera quindi nei confronti di tutti i terzi, ivi compresi gli aventi causa dal proprietario risolubile, e gli aventi causa dal titolare dell'aspettativa.

¹²⁵ Cfr. *supra*, alla nota 61. Per l'applicazione della disciplina dell'indebito all'obbligazione restitutoria, conseguente all'avveramento della condizione risolutiva, cfr. Cass. 7 febbraio 1962, n. 234, in *Foro it.*, 1962, I, c. 676.

¹²⁶ Per la natura di pubblicità notizia della menzione della condizione nella nota di trascrizione, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956 p. 119, nota 63; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 74, e p. 89; ID., *La trascrizione*, III, Milano, 1977, p. 211 e ss.; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, p. 115; L. MENGONI, «La pubblicità immobiliare», in *Jus*, 1986, p. 5; L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione*, Bologna-Roma, 1977, p. 410 e ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1998, p. 147 e ss. Si ipotizza da parte di questa dottrina, quale rimedio a favore del terzo acquirente che abbia subito un danno dalla trascrizione incompleta, il diritto

al risarcimento del danno stesso nei confronti delle parti o del notaio rogante.

¹²⁷ Cfr. A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro della tutela dei diritti*, VI, Torino, 1942, p. 46; R. SCOGNAMIGLIO, «Nota ad App. Napoli 10 aprile 1948», in *Dir. e giur.*, 1948, p. 285; U. NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, Torino, 1971, p. 189; F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 645 e ss.; S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, II - *L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Milano, 1989, p. 358 («se non vengono indicati gli *accidentalia negotii*, i terzi hanno il diritto di ignorarli, e quindi di considerare il negozio privo di accidentalità ... Se non risulta, si può dire non già che sia irregolare la trascrizione del negozio, ma che non si sia attuata la trascrizione rispetto alla clausola: perciò, di fronte ai terzi, il negozio deve considerarsi e opera come negozio puro e semplice, e non già come negozio condizionale»), e p. 467 e ss. (ove un'accurata ricognizione del problema, risolto in senso negativo, dell'opponibilità delle clausole negoziali non riportate nella nota di trascrizione); A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 260 e ss.; R. TRIOLA, «La trascrizione del negozio condizionato», in *Vita not.*, 1975, p. 665 e ss.; G. BARALIS e G. METTIERI, «Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile», in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 371 (che parlano di «pubblicità la cui omissione ha l'effetto di far diventare «puro» il negozio nei confronti del terzo»); G. GABRIELLI, «Pubblicità degli atti condizionati», in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 22 e ss.; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, Torino, 2012, p. 92; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 216 e ss. Nel medesimo senso, in giurisprudenza, Cass., 21 maggio 1954, n. 1631, in *Foro*

medesimi criteri, valorizzando l'*analogia* tra le due ipotesi¹²⁸, e superando in tal modo le residue incertezze presenti in dottrina e giurisprudenza: *in entrambi i casi, la trascrizione del vincolo* (derivante dalla condizione, o dalla destinazione ad uno scopo) *costituisce pubblicità dichiarativa*, indispensabile ai fini della relativa opponibilità ai terzi (compresi tra questi ultimi gli aventi causa dal proprietario interinale, o dal titolare dell'aspettativa).

128 Pubblicità immobiliare del vincolo di destinazione, delle situazioni giuridiche condizionate e delle relative vicende

L'indagine svolta ha dimostrato che la proprietà fiduciaria o destinata - al pari della proprietà risolubile (nella quale si inquadrano il diritto dominicale dell'alienante sotto condizione sospensiva o dell'acquirente sotto condizione risolutiva, il diritto del compratore con riserva di proprietà o con patto di riscatto, o ancora quello dell'istituto nella sostituzione fedecommissaria) - è una proprietà *conformata*, dogmaticamente configurabile come una *situazione giuridica unitaria* in cui confluiscono non solo le facoltà attive di godimento e di disposizione, ma anche i vincoli e gli obblighi accessori previsti dalla legge. L'analogia tra le due figure non può non riflettersi sulla disciplina della rispettiva *pubblicità legale*¹²⁹, alla quale occorre ora dedicare alcuni rapidi cenni.

In caso di *atto sottoposto a condizione*, la legge richiede un'*unica formalità pubblicitaria*: la trascrizione con *menzione* della condizione nella nota ex art. 2659, ult. comma, c.c. (con gli effetti dell'art. 2644 c.c., trattandosi di atto traslativo). Esistono tuttavia «speciali» figure di proprietà risolubile, come quella dell'acquirente con patto di riscatto¹³⁰, o quella dell'alienante con patto di riservato dominio¹³¹, in merito alle quali si discute circa la formalità da eseguirsi (*autonoma trascrizione* del patto di riscatto, o di riservato dominio, ovvero *menzione* di tali patti nella nota di trascrizione dell'atto traslativo)¹³².

132 Nella misura in cui si privilegi un'ottica attenta alla ponderazione degli interessi in conflitto ed alle ragioni della sicurezza della circolazione giuridica, appare corretto applicare un criterio di *fungibilità* delle diverse possibili modalità di esecuzione della pubblicità, a condizione che ne emerga la *piena*

it., *Mass.* 1954, c. 334; Cass., 14 dicembre 1965, n. 2005, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 530; Cass., 29 agosto 1995, n. 9066, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3094, ed in *Riv. not.*, 1996, p. 256 (in motivazione).

¹²⁸ Per un parallelo tra proprietà destinata e proprietà risolubile, quanto all'inefficacia dell'atto compiuto dal titolare del diritto in violazione del vincolo, cfr. già U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, cit., p. 153.

¹²⁹ L'analogia di cui si discorre nel testo si fonda sulla valutazione in termini assiologici delle due situazioni di interesse, e non sulla rispettiva costruzione dogmatica. Chi scrive condivide infatti, sul piano metodologico, l'invito a non far influenzare le soluzioni in materia di pubblicità dalle qualificazioni dogmatiche relative agli istituti di diritto sostanziale (G. BARALIS, «Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione dichiarata dal cedente e atti dispositivi», in *Studi e materiali*, 2003, 2, p. 544 e ss.; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 282 e ss.), dovendosi

piuttosto aver riguardo - oltre che ad argomentazioni di natura sistematica ed assiologica - alle esigenze della circolazione giuridica, e della relativa sicurezza.

¹³⁰ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 277 e ss.

¹³¹ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 189 e ss.

¹³² Per le diverse opinioni circa l'individuazione delle formalità pubblicitarie idonee ai fini della trascrizione del patto di riscatto, cfr. tra gli altri F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 152 e ss.; L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione*, Bologna-Roma 1997, p. 86 e ss., e p. 360; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, III, 1977, cit., p. 211 e ss.; U. NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, cit., p. 54; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 164 e ss., e p. 647; S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina, 1943, p. 7.

Sulla trascrizione del patto di riservato dominio, cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 146 e ss.; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 128 e ss.; A. GERINI, «La trascrizione della vendita con riserva di proprietà», in *Riv. dir. ipot.*, 1978, p. 174; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 155; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, *Libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 47; S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, cit., p. 11.

conoscibilità legale della vicenda giuridica realizzatasi¹³³. Del resto, la legge contempla delle ipotesi in cui sono previste, alternativamente ma con parità di effetti, la menzione di un dato atto o fatto nella nota, e la successiva annotazione a margine della nota originaria, a seconda che il verificarsi dell'evento sia concomitante o successivo alla formazione dell'atto principale (art. 2662 c.c.): non si vede perché l'*alternativa* non possa lasciarsi alla scelta delle parti, sul presupposto ovviamente che non vi siano riflessi sulla conoscibilità legale e quindi sulla posizione dei terzi.

A conclusioni non dissimili deve giungersi riguardo alla pubblicità della *proprietà destinata* e delle relative vicende. La tecnica legislativa impiegata nella redazione dell'art. 2645-ter - oltre agli altri noti difetti¹³⁴ - rivela la mancata comprensione del complesso contenuto del diritto dominicale: il legislatore ha «isolato» il vincolo di destinazione, quasi ad ipotizzarne l'autonomia rispetto alla proprietà (di cui costituisce, invece, un limite). Un'operazione che non condiziona evidentemente l'interprete (le qualificazioni dogmatiche, come è noto, non competono al legislatore), ma che è sicuramente produttiva di notevole confusione concettuale, come confermato dal dibattito dottrinale successivo all'introduzione della norma. È conseguenza di tale confusione l'*orientamento della prassi verso modalità pubblicitarie di tipo «atomistico»*: solitamente si procede, infatti, a *trascrivere l'attribuzione patrimoniale a favore del fiduciario* indicando come oggetto della stessa il *diritto di (piena) proprietà*, per poi trascrivere autonomamente, *a carico del fiduciario stesso, il vincolo di destinazione*. In modo non dissimile da quanto erroneamente si praticava nella fase immediatamente successiva alla prima informatizzazione della pubblicità immobiliare, quando si trascriveva la vendita con riserva di usufrutto eseguendo due formalità: la prima a favore dell'acquirente per la piena proprietà, e la seconda a carico dell'acquirente ed a favore del venditore indicando come oggetto un inesistente trasferimento del diritto di usufrutto¹³⁵. Un'analogia evoluzione ha avuto la prassi relativa alla *trascrizione del trust*. In una prima fase, gli operatori si sono orientati ad eseguire un'unica trascrizione a favore del *trustee*, con l'indicazione aggiuntiva della qualità di *trustee* nel quadro «C», o anche nel quadro «D» della nota: in tal modo si intendeva «far risultare» tale qualifica agli effetti dell'art. 12 della Convenzione dell'Aja. Le obiezioni ed i dubbi circa l'idoneità di una formalità siffatta a rendere opponibili ai terzi i limiti ai poteri del *trustee* hanno indotto un mutamento di prospettiva, suggerendo l'esecuzione di una *duplice trascrizione*: la prima avente ad oggetto il trasferimento della «piena» proprietà (a carico del disponente ed a favore del fiduciario), e la seconda riguardante la costituzione del vincolo (a carico del fiduciario)¹³⁶.

133

La trascrizione del vincolo di destinazione a carico del fiduciario è, indubbiamente, l'unica modalità praticabile per il *vincolo autodichiarato*: si tratta infatti di una *modifica del diritto di proprietà* (che da piena diviene fiduciaria), la quale correttamente è da trasciversi soltanto a carico del titolare, al fine di segnalare la privazione di alcune facoltà dominicali. Per quanto concerne, invece, *il trasferimento della*

¹³³ G. BARALIS, «Negozi accertativi in materia immobiliare ...», *cit.*, p. 544 e ss. (ed *ivi*, note 97 e 98).

¹³⁴ Per la critica al *drafting* ed alla collocazione della norma, cfr. già G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 162.

¹³⁵ Cfr. per tutti, nel senso indicato nel testo, U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, *cit.*, p. 1098 e ss.; ID., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperurario ...*, *cit.*, p. 139 e ss. (il quale - a p. 148 - parla di «scissione soltanto logica» tra il momento dell'attribuzione traslativa al fiduciario e quello della costituzione del vincolo di destinazione, che sarebbe peraltro sufficiente a giustificare la doppia trascrizione); nonché la Circ. Agenzia territorio 7 agosto 2006, n. 5/T.

Sulle modalità della trascrizione in presenza di riserva

di diritti reali di godimento, cfr. F. ANGELONI, «Trascrizione della donazione con riserva di usufrutto e registri immobiliari meccanizzati», in *Contr. e impr.*, 1993, p. 823; U. TAFURI, «Inopponibilità della clausola di riserva di usufrutto non trascritta», in *Dir. e giur.*, 1990, p. 570; R. TRIOLA, «La trascrizione della vendita "deducta servitute"», in *Riv. not.*, 1970, p. 847; G. STOLFI, «Se e come debba rendersi pubblico l'atto traslativo con riserva di servitù», in *Foro pad.*, 1965, I, c. 923, ed in *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, 1981, p. 248; G. STOLFI, *Sulla trascrizione del negozio traslativo con riserva di servitù prediale*, in *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, *cit.*, p. 254.

¹³⁶ Cfr. M.L. CENNI, «Acquisto immobiliare e duplice formalità», in *Trusts*, 2002, p. 305; F. STEIDL, M.L. CENNI e G. GALLIZIA, «Trascrizione di atti attributivi

proprietà dal disponente al fiduciario, con contestuale costituzione del vincolo di destinazione, la modalità più corretta consisterebbe nell'esecuzione di un'unica trascrizione a favore del fiduciario, indicando come oggetto della formalità non già il diritto di proprietà *tout court*, bensì la «proprietà destinata», o fiduciaria. Quest'ultima modalità incontra però un ostacolo nella attuale «tecnica» di informatizzazione della pubblicità immobiliare: la codificazione dei «diritti» oggetto di trascrizione¹³⁷ contempla *sic et simpliciter* il diritto di proprietà, senza consentire specificazioni o aggiunte. Si potrebbe, in realtà, trascrivere senza indicare alcun codice di diritto nel quadro «C», specificando l'intero contenuto del negozio - comprensivo di quello dei vincoli di destinazione nel quadro «D» della nota. Soluzione che però, comprensibilmente, crea perplessità ed incertezze negli operatori, sia per gli irrisolti (ancorché infondati) dubbi riguardo alla valenza giuridica del suddetto quadro «D»¹³⁸, sia per il rischio che una trascrizione semplicemente «a favore» del fiduciario possa essere ritenuta non idonea a pubblicizzare obblighi e vincoli a carico del proprietario.

Fermo restando che la trascrizione del vincolo, in qualsiasi modo effettuata, lo rende opponibile ai terzi - in conformità al criterio di fungibilità delle formalità pubblicitarie nell'ottica del «raggiungimento dello scopo», che si ritiene applicabile alla pubblicità legale - si pone soprattutto il problema di verificare quali possano essere gli ulteriori riflessi sulla circolazione giuridica della omissione di pubblicità del vincolo nei due casi. Ipotizzando la necessità di una trascrizione unitaria del trasferimento della proprietà fiduciaria, non segnalare il vincolo equivarrebbe a realizzare una «pubblicità inesatta», e quindi *invalida* agli effetti dell'art. 2652, n. 6, c.c.: sarebbe come se si indicasse nella nota di trascrizione un diritto di piena proprietà, in luogo del diritto di usufrutto realmente trasferito. Ove, invece, si considerasse necessaria una *duplice trascrizione*, la mancata segnalazione del vincolo (in presenza di una trascrizione autonoma dell'atto traslativo), costituirebbe una «pubblicità omessa», cui conseguirebbe l'*inopponibilità* del vincolo rimasto occulto¹³⁹. In entrambi i casi il terzo avente causa dal fiduciario contrarrebbe con un soggetto non legittimato (*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*). Come già visto, peraltro l'art. 2645-ter c.c. deroga all'art. 2652 n. 6 c.c., e nell'ipotesi in cui il vincolo non sia trascritto tutela con efficacia immediata il terzo avente causa dal fiduciario (proprietario limitato): ma ciò significa che la concreta modalità impiegata ai fini dell'effettuazione della trascrizione è *ininfluente* agli effetti della relativa validità ed efficacia, purché dall'unica o duplice trascrizione si evinca con chiarezza il reale mutamento giuridico verificatosi.

134 Quanto alla *pubblicità accessoria* delle successive vicende del vincolo, la legge la disciplina espressamente con riferimento all'eventualità dell'avveramento, o mancato avveramento, della *condizione*, sotto forma di *annotazione* (art. 2655 c.c.) o *cancellazione* della menzione della condizione (art. 2668 c.c.)¹⁴⁰. Le vicende che possono riguardare la *proprietà destinata* non sono dissimili da quelle della condizione: anche sotto questo profilo, proprietà destinata e proprietà risolubile appaiono come due istituti «gemelli». Ciò consente di applicare *estensivamente*, o *analogicamente* le disposizioni dettate per una di tali figure

di beni immobili al *trustee*», in *Trusts*, 2002, p. 350.

¹³⁷ Cfr. al riguardo la Circ. Min. Fin. 2 maggio 1995, n. 128. In dottrina, cfr. in particolare sulle problematiche dell'informatizzazione del procedimento di trascrizione S. DE VOGLI, *Tecnologie informatiche e regime di pubblicità dei beni immobili*, Padova, 2002; A.M. BIANCO, *La pubblicità immobiliare e l'automazione nella legge 27 febbraio 1985 n. 52*, Roma, 1988; A. MARZOCCHI, «Il caso "Grosseto" e prime riflessioni sulla Tavola Rotonda di Grosseto», in *Riv. not.*, 1998, p. 795.

¹³⁸ Cfr. sulla questione G.A. DI VITA, «Il valore delle indicazioni inseribili nel quadro «D» della nota di trascrizione ai fini della opponibilità», in *Il Notaro*, 2007, p. 93; L. MISEROCCHI, «"Nuova" meccanizzazione dei

registri immobiliari e "invalidità" della trascrizione per vizi della nota», in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 296.¹³⁹ Nel caso di pubblicità inesatta, secondo i principi generali il terzo di buona fede che acquistasse dal fiduciario farebbe salvo il suo acquisto soltanto *decorsi cinque anni* dalla data della trascrizione invalida (art. 2652, n. 6, c.c.); invece, in caso di pubblicità omessa, dovrebbe concludersi per l'*immediata inopponibilità del vincolo al terzo (di buona o mala fede)*, in quanto si privilegia la logica della pubblicità legale (viceversa, basandosi sul principio di diritto sostanziale *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, dovrebbe ritenersi che il terzo comunque non acquisti il diritto dal non legittimato, salva l'*usucapione decennale o ventennale*).

¹⁴⁰ Su tale pubblicità accessoria, cfr. G. GABRIELLI,

anche all'altra, considerato che in materia di proprietà destinata non esistono norme dedicate alla pubblicità delle vicende modificative o estintive del vincolo di destinazione. Ancorché si condivida l'idea che soprattutto in materia di pubblicità accessoria non possa parlarsi di tassatività delle formalità pubblicitarie¹⁴¹, la possibilità di estensione alla proprietà destinata delle norme dettate in materia di proprietà risolubile (in particolare, gli artt. 2655 e 2668 c.c.) si rivela preziosa.

La *cessazione della destinazione, per scadenza del termine o per qualsiasi altra causa*, è quindi soggetta ad *annotazione* a norma dell'art. 2655 c.c., allorché ne derivi retrocessione della proprietà destinata a favore del disponente: in tale ipotesi, l'annotazione rileva ai fini della continuità delle trascrizioni, ai sensi del terzo comma di detto art. 2655. Nell'eventualità, invece, in cui alla cessazione della destinazione consegua (automaticamente) il trasferimento della proprietà ad un beneficiario, il mutamento giuridico deve ritenersi soggetto a trascrizione, agli effetti dell'art. 2644 c.c.¹⁴². Ai fini della pubblicità deve ritenersi necessaria la prestazione (con atto autentico) del consenso da parte del fiduciario e dei beneficiari (ed eventualmente del disponente¹⁴³); ovvero un ordine di annotazione con sentenza esecutiva, ancorché - secondo l'orientamento diffuso - non ancora passata in giudicato. Deve, invece, provvedersi a *cancellazione* della trascrizione del vincolo di destinazione ogni qualvolta la destinazione stessa venga meno con effetto retroattivo¹⁴⁴, purché in tal caso la cancellazione sia consentita dal fiduciario e dai beneficiari (o anche dal disponente) con atto autentico, ovvero sia ordinata con sentenza passata in giudicato.

Ulteriori interazioni tra proprietà fiduciaria e situazioni giuridiche condizionate

Per completezza di indagine, occorre infine analizzare alcuni possibili impieghi dell'istituto della condizione, che sono stati proposti, o attuati nella prassi, al fine di risolvere vere o presunte criticità del fenomeno della destinazione patrimoniale.

Viene, in primo luogo, in considerazione il possibile utilizzo del congegno condizionale nel procedimento diretto alla *sostituzione del fiduciario* (con peculiare riguardo all'evento *morte del fiduciario* stesso). In sede di prima lettura dell'art. 2645-ter c.c., si è fatta rilevare l'assenza nell'ordinamento giuridico italiano di una disposizione che - sulla scia delle leggi richiamate dall'art. 11, comma 3, della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sui *trusts* - escluda dalla successione del fiduciario i beni destinati¹⁴⁵. È stato quindi suggerito - almeno in alcuni casi - di condizionare risolutivamente l'attribuzione patrimoniale a favore del fiduciario, al fine di evitare tale indesiderato esito (con la precisazione che si tratterebbe di condizione risolutiva non retroattiva)¹⁴⁶. A tale attribuzione risolutivamente condizionata potrebbe poi affiancarsi un'ulteriore attribuzione (a favore del sostituto del primo fiduciario), sospensivamente condizionata alla cessazione del primo titolare dell'ufficio. I successivi approfondimenti hanno,

135

La pubblicità immobiliare, cit., p. 167 e ss.; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 173 e ss.

¹⁴¹ Per tale impostazione, cfr. G. GABRIELLI, «Pubblicità degli atti condizionati», in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 29 e ss., spec. p. 33 e ss.; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 173 e ss.

¹⁴² Cfr. anche S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di cessazione del vincolo», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., p. 277 ss.; G. BARALIS, «Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.», in *Negoziò di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in questa rivista, 2007, p. 154 e ss.

Appare interessante, riguardo all'alternativa posta nel

testo (annotazione ex art. 2655 c.c., o trascrizione ex art. 2644 c.c.), anche il parallelo con la pubblicità delle vicende relative al contratto a favore di terzo: cfr. per tutti F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 358 ss., spec. p. 361.

¹⁴³ Per la necessità di consenso anche del disponente, da verificarsi peraltro alla luce delle concrete previsioni dell'atto di destinazione, cfr. G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 193.

¹⁴⁴ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 195 ss.¹⁴⁵ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 168.

¹⁴⁶ Per il possibile impiego della condizione risolutiva, cfr. M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO e C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-*

tuttavia, evidenziato come il carattere strumentale della proprietà destinata ne escluda la destinazione finale a beneficio degli eredi del fiduciario¹⁴⁷, salva comunque la devoluzione ad essi della proprietà dei beni destinati, con obbligo di ritrasferimento a favore del nuovo fiduciario, o del beneficiario finale. Non si rende quindi necessario l'utilizzo del congegno condizionale, il quale si dimostra del resto non efficiente: sia perché alla risoluzione conseguirebbe il rientro del bene nel patrimonio del disponente (che non ha senso se il vincolo è destinato a proseguire anche dopo la morte del primo fiduciario); sia per l'inadeguatezza di soluzioni di tipo automatico ad un problema - quello della sostituzione del gestore - caratterizzato da importanti risvolti di tipo fiduciario¹⁴⁸.

Per la medesima ragione suesposta, l'utilizzo della condizione risolutiva non è apparso efficiente con riferimento all'ipotesi della *violazione da parte del fiduciario degli obblighi impostigli con l'atto di destinazione*: si tratta, più precisamente, della deducibilità in condizione risolutiva dell'eventuale *alienazione indebita* da parte del fiduciario. È vero che in presenza di un vincolo reale di destinazione - con il cui scopo l'alienazione dei beni destinati risulti incompatibile - non sembrano trovare applicazione i limiti sanciti dall'art. 1379 c.c.¹⁴⁹, e vengono conseguentemente meno anche le obiezioni avanzate nei confronti della condizione risolutiva di non alienare¹⁵⁰. Si tratterebbe però, come già illustrato a proposito del caso della morte del fiduciario, di uno strumento il più delle volte non efficiente, e contrastante con gli scopi di destinazione (alla risoluzione dell'alienazione conseguirebbe infatti il rientro del bene nel patrimonio del disponente). Oltre al fatto che la condizione risolutiva, operando automaticamente, non consentirebbe un'adeguata valutazione né dell'imputabilità al fiduciario della violazione, né della posizione del terzo acquirente (soprattutto nei casi in cui appare dubbia la congruenza degli effetti

ter del codice civile, Milano, 2006, p. 13. Cfr. anche G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 199 e ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, *cit.*, p. 613.

¹⁴⁷ Per l'esclusione dei beni destinati dalla successione del fiduciario, cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, *cit.*, p. 315 e ss.

¹⁴⁸ Cfr. al riguardo S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, *cit.*, p. 43 e ss.; S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di attuazione del vincolo», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, *cit.*, p. 262 e ss. Anche negli ordinamenti di *common law* non si ha esclusione *tout court* dei beni in *trust* dalla successione del *trustee*, quantomeno nel senso che il personal representative di quest'ultimo subentra anche nella titolarità dei *trust assets*, ed è obbligato a trasferirli al nuovo *trustee*, come si è già evidenziato (*supra*, § *Vincoli di destinazione e proprietà fiduciaria nell'interesse altrui. Paralleli in diritto comparato*).

¹⁴⁹ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 198 e ss.

¹⁵⁰ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 199 e ss. Per le obiezioni avanzate e prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. - all'utilizzo della condizione risolutiva nel contesto della destinazione patrimoniale e dell'attribuzione dei beni al fiduciario, v. R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 205 e ss. (ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina).

Al di fuori del contesto della destinazione ex art. 2645-ter c.c., la condizione non può essere «direttamente» volta a creare un limite alla circolazione dei beni, tant'è vero

che si ritiene, prevalentemente, invalida la condizione risolutiva consistente nella violazione di un divieto convenzionale di alienazione ex art. 1379 c.c., come dimostrazione del fatto che non è possibile utilizzare il congegno condizionale al fine «diretto» di creare vincoli reali alla circolazione: cfr. per tutti G. ROCCA, «Il divieto testamentario di alienazione», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 468 e ss., sulla base della considerazione - condivisibile - che il meccanismo della c.d. retroattività reale della condizione (ed in particolare il regime dell'art. 1357 c.c.) sarebbe in contrasto con il principio desumibile dall'art. 1379, per cui il divieto di alienazione è valido nei limiti in cui abbia efficacia meramente obbligatoria. Nello stesso senso G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 191-192 (il quale ritiene necessario, con riferimento alla prelazione testamentaria, che con la condizione che commini la decadenza dal lascito in caso di inosservanza della prelazione stessa «non si miri a conseguire quell'efficacia reale che più di una ragione spinge a ritenere preclusa»); E. MOSCATI, *Alienazione (divieto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5; ID., *Il testamento, lineamenti*, Padova, 1995, p. 138 e ss.; N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, p. 145 ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, p. 163 e ss. (ivi ulteriori citazioni di dottrina); R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, *cit.*, p. 158 (i quali dubitano - alla luce del disposto degli artt. 1379 e 1458 c.c. - che i limiti posti alla creazione di diritti reali atipici «possano serenamente venir aggirati mediante il ricorso alla costituzione di diritti condizionati»).

dell'atto compiuto rispetto al fine di destinazione¹⁵¹).

Un'ipotesi, in linea di principio lecita oltre che potenzialmente molto utile, di utilizzo del meccanismo condizionale è quella in cui il *trasferimento a favore del fiduciario*, e quindi il *vincolo di destinazione*, siano *sospensivamente condizionati* al sopravvenire di un evento futuro ed incerto afferente la sfera giuridica del disponente (quale, ad esempio, la sua futura incapacità di amministrare; ovvero, la cessazione di un fondo patrimoniale o altro vincolo in precedenza costituito). La questione è stata da tempo analizzata dalla giurisprudenza anglosassone, la quale ha riconosciuto - senza particolari problemi - la validità del *trust* istituito sotto condizione sospensiva, purché si tratti di condizione lecita¹⁵². Questo tipo di condizione non presenta criticità particolari, salva l'opportunità di regolamentare patteggiatamente, con adeguati dettagli, gli obblighi ed i vincoli del disponente in pendenza della condizione, in conformità - o in parziale deroga - agli artt. 1356 e seguenti del codice civile¹⁵³. Occorre, peraltro, tener conto del fatto che il periodo di pendenza della condizione viene a sommarsi, cronologicamente, alla durata del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. (limitando, in definitiva, la circolazione del bene per il totale di entrambi i periodi). Tenendo conto della *ratio* del termine di durata del vincolo - diretto ad evitare limitazioni eccessive alla libera circolazione dei beni - deve allora ritenersi che *il termine di durata*, previsto dal medesimo art. 2645-ter c.c., *debba in ogni caso decorrere dalla stipula dell'atto di destinazione*, in modo da ricomprendere in sé sia il periodo di pendenza, sia la fase successiva all'avveramento della condizione.

La condizione sospensiva, alla quale sia subordinata l'efficacia del vincolo di destinazione e dell'attribuzione patrimoniale al fiduciario, può invece essere ritenuta *illecita* in alcuni casi: ci si riferisce, in particolare, alla condizione di premorienza del disponente ad un beneficiario, che come ogni altra condizione *si praemioriar* incorre nel sospetto di violazione del *divieto di patti successori*¹⁵⁴, essendo piuttosto difficile distinguere i casi in cui l'evento morte del disponente abbia *rilievo causale* ai fini dell'attribuzione patrimoniale, da quelli in cui detto evento rappresenti solamente una *modalità accessoria* dell'atto. Anche perché quasi sempre la condizione - lungi dal rappresentare elemento meramente «accidentale» dell'atto - ne connota causalmente la funzione concreta¹⁵⁵. Un'ipotesi nella quale deve, invece, affermarsene con sicurezza la *validità* è quella in cui non sia dedotto in condizione l'evento morte in quanto tale, ma siano piuttosto indicati una *pluralità di eventi futuri ed incerti, tra i quali sia eventualmente compresa anche la premorienza* del disponente. Come pure non appare dubbia la liceità della condizione costituita da un *evento accidentale o improvviso* (incidente, malattia, e simili) che possa, a sua volta, determinare la premorienza o l'incapacità del disponente. In tali casi, non può sostenersi che la morte abbia rilievo causale nell'ambito della fattispecie attributiva, poiché la stessa è solo una delle eventuali conseguenze degli eventi dedotti in condizione.

137

¹⁵¹ Cfr. anche S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di attuazione del vincolo», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., p. 252 e ss.

¹⁵² Non deve essere, in particolare, resa dubbia - per effetto del condizionamento dell'atto istitutivo - alcuna delle c.d. tre certezze del *trust*: certezza della volontà di istituire il *trust*, dell'oggetto di esso e dei beneficiari. Per l'ammissibilità, su tali presupposti, del condizionamento anche sospensivo del *trust*, cfr. D. HAYTON, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, London-Dublin-Edimburgh 1995, p. 80 e ss., e p. 202; D. HAYTON e C. MITCHELL, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London, 2005, p. 171 e ss.; J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON e J. BRIGHTWELL, *Lewin on Trusts*, London, 2008, p. 101, 123 e ss.; P.H. PETTIT,

Equity and the Law of Trusts, Oxford, 2009, p. 47 e ss., 76 e ss.; G. MOFFAT, G. BEAN e R. PROBERT, *Trusts Law. Text and Materials*, Cambridge, 2009, p. 268 e ss.

¹⁵³ In caso di sottoposizione a condizione sospensiva dell'atto di destinazione, il disponente mantiene provvisoriamente, durante la pendenza della condizione, la titolarità e l'amministrazione dei beni destinati, che verranno trasferiti al fiduciario solo con il relativo avveramento.

¹⁵⁴ Cfr., tra gli altri, D. CUPINI, «A proposito di patti successori e donazioni con clausola "si praemioriar"», in *Notariato*, 2005, p. 639; F. PENE VIDARI, «Trust e divieto dei patti successori», in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 851; Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, p. 582.

¹⁵⁵ G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, cit., *passim*.

I negozi aventi ad oggetto diritti edificatori e la loro trascrivibilità¹

di Giuseppe Trapani
Notaio in Zagarolo

Gli interessi in gioco

La perequazione è l'equa ripartizione tra più proprietari dei vantaggi ed oneri derivanti dalla trasformazione in senso edificatorio delle aree, ottenuta attraverso il ricorso a tecniche che permettono

138

¹ Sulla cessione di cubatura tra i tanti si ricordano i contributi di A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura*, in *Digesto disc. priv., sez. priv.*, (aggiornamento), Torino, 2000, p. 735; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento della volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici ed al recesso*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano 1994, p. 211; A. CECCHERINI, «Funzione ed efficacia della cessione di cubatura», in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 103; A. CECCHERINI, «Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 557; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2001, p. 65-67; A. CHIANALE, «Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di volumetria», in *Giur. it.*, 1989, I, i, p. 1545; N.A. CIMMINO, «La cessione di cubatura nel diritto civile», in *Riv. not.*, 2003 p. 1113; R. COLLETTI, «Le servitù e le cessioni di cubatura», in *Nuova rass.*, 1996, I, p. 68; *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, Milano, 2009, p. 413; V. DE LORENZI, «Sul cd. trasferimento di cubatura», in *Corr. giur.*, 1989, 3, p. 276 (nota alla sentenza della Cassazione del 14 dicembre 1988 n. 6807); M. MARIANO, «La cessione di cubatura», in www.altalex.it, n. 3102 del 10 gennaio 2011; P. DE MARTINIS, «Asservimento di area e cessione di cubatura», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 213; P. DE MARTINIS, «Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 342 (nota alla sentenza della Suprema Corte del 22 febbraio 1996, n. 1352); M. DI PAOLO, «Trasferimenti di cubatura d'area e numero chiuso dei diritti reali», in *Riv. not.*, 1975, p. 547; *Il contratto*, a cura di P. Fava, Milano, 2012 (in particolare p. 826); F. FELLS, «Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura», in *Contr. e impr.*, 2011, p. 632 (contributo che precede di pochissimo la novella); C. FRANCO, «Appunti sulla cd. cessione di cubatura», in *Vita not.*, 1997, p. CXC; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, op. cit.*, p. 527; ID., *Il diritto di proprietà, op. cit.*, p. 309; A. GAMBARO, «Compensazione urbanistica e diritti edificatori Alcuni prolegomeni», Prolusione ai corsi della Scuola di notariato di Milano in Milano il 25 novembre 2009 (testo dattiloscritto al quale sono fatti i richiami contenuti nel presente volume), poi pubblicato

in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 3; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Tomo I, artt. 2643-2644, in *Il codice civile comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 655 e ss.; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, p. 246; ID., «La cessione di volumetria», in *Il Notaro*, 1998, p. 105; N. GRASSANO, «La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata», in *Riv. not.*, 1992, p. 1070, (ed in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 383); A. IANNELLI, «La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento», in *Giur. mer.*, 1977, IV, p. 740; M. LANGELLA, «Brevi cenni in tema di cessione di cubatura», in *Vita not.*, 2007, p. 428; M. LEO, «Il trasferimento di cubatura», in *Studi e materiali*, VI, t. 2, 1998-2000, Milano, p. 669; M. LEO, *Trasferimento di volumetria*, voce del *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, Roma, 2002, vol. V, p. 710; M. LEO, «Cessione di volumetria edificabile – fattispecie, quesito n. 777-2008 della Commissione di studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato», in <https://webbrun.notariato.it>; D. LAVERNICCOLA, «La cessione di cubatura e l'asservimento di aree tra presente e futura pianificazione», in *Urb. e app.*, 2006, 8, p. 943; M. LIBERTINI, «Sui trasferimenti di cubatura», in *Contr. e impr.*, 1991, p. 73; M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, t. 3, Torino, 1995, p. 2253; M. MARÈ, «Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica», in *Riv. not.*, 1990, p. 1347; M.A. MAZZOLA, *Le servitù in Proprietà e diritti reali*, a cura di G. Cassano, Padova, 2007, tomo II, p. 1815; A. PAGANO, «In tema di cd. trasferimento di cubatura», in *Corr. giur.*, 1996, 11, p. 1284; F. PATTI e F. RUSSO, «La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico», in *Vita not.*, 2001, p. 1675; G.B. PICCO e A.M. MAROCCO, «I cosiddetti "trasferimenti di cubatura"», in *Riv. not.*, 1974, p. 626; P. PITTEr, «Limiti di volumetria e vincolo di edificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)», in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 426; F. ROSELLI, «Nota a Cass. 4285/1981», in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 685; S. SCARLATELLI, «La cd. cessione di cubatura, problemi e prospettive», in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 287; R. TRIOLA, «La "cessione di cubatura":

Natura giuridica e regime fiscale», in *Riv. not.*, 1974, p. 115; P.L. TROJANI, «Tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali e cessione di cubatura Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale», in *Vita not.*, 1990, p. 285; V. VANGHETTI «Profili civilistici della cd. "cessione di cubatura"», in *Notariato*, 1996, p. 417; G. VIOTTI, «Vincoli di destinazione convenzionali e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici», in *Vita not.*, 2001, p. 148, nota a Corte App. Ancona 19 giugno 1999.

Per le monografie in argomento si rinvia in epoca anteriore alla novella a G. CECCHERINI, *Il cd. trasferimento di cubatura*, Milano, 1985; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994; S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; C. TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria, op. cit.*, p. 575 ed in epoca successiva alla novella A. BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012; B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013.

Per comodità di lettura si segnala che in tutti i richiami alle opere precedenti all'entrata in vigore del Testo Unico dell'Edilizia i richiami al permesso di costruire si intendono fatti dal rispettivo Autore alla licenza edilizia o alla concessione edilizia (salvo espresso riferimento in contrario).

Deve, poi, essere richiamato l'originale ed interessante contributo di A. FUSARO, *La determinazione convenzionale circa l'uso dei beni immobili nel diritto inglese e nel diritto italiano*, Genova, 2002, ricevuto per la consueta cortesia dell'Autore, per l'ampiezza di vedute e di spunti che contiene e la chiarezza espositiva.

Si rinvia per un inquadramento generale dal punto di vista urbanistico delle fattispecie urbanistiche in esame alle monografie di D. ANTONUCCI, *Manuale di diritto urbanistico*, Arzano, 2004; N. ASSINI, *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, Padova, 2000, p. 148 e ss.; N. ASSINI - P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007; N. CENTOFANTI, *Le convenzioni edilizie*, Milano, 2002, p. 204 e ss.; N. CENTOFANTI, *Diritto a costruire pianificazione urbanistica espropriazione*, Milano, 2005; N. CENTOFANTI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2008; N. CENTOFANTI, *Il piano regolatore nella legislazione regionale*, Milano, 2010; N. CENTOFANTI - M. FAVAGROSSA - P. CENTOFANTI, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, Milano, 2012; G. D'ANGELO, *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, Padova, 2006; A. LIBERATI, *Edilizia ed urbanistica*, Padova, 2011; P. MANTINI, *Le trasformazioni del diritto urbanistico*, Padova, 2012; E. MICELLI, *Perequazione urbanistica. Pubblico e privato per la trasformazione della città*, Marsilio, 2004; G.C. MENGOLI, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 2012; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010 (al quale si rinvia per un efficace quadro di sintesi della materia sia pure anteriore

alla novella a p. 158); P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, 2012, seconda edizione (la prima edizione è del 2010; si segnala al proposito che tutte le citazioni vengono fatte alla seconda edizione dell'opera); P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Bollati Boringhieri, 2000; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Bollati Boringhieri 2011; AA.VV., *Urbanistica e perequazione*, a cura di S. Carbonara e C.M. Torre, Franco Angeli, 2008 (del quale si segnalano in specie i contributi sugli argomenti generali di S. CARBONARA, *Perequazione urbanistica: un progetto complesso*, p. 11; S. POMPEI, *Il lungo viaggio verso la perequazione urbanistica*, p. 27; S. STANGHELLINI, *Obiettivi, modelli e tecniche di perequazione urbanistica*, p. 56; P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, p. 77; e sulle esperienze regionali di F. FORTE e F. FORTE, *Esperienze perequative nella pianificazione urbanistica in Campania*, p. 96; F. SELICATO, *Legislazione regionale e perequazione urbanistica in Puglia*, p. 115 e sulle esperienze comunali G. GUADAGNO, *La perequazione territoriale nel Ptcp di Bologna*, p. 119; G. MARCHI, *Applicazioni perequative nel piano urbanistico di Cagliari*, p. 129; G. LAS CASAS, B. MURGANTE e P. PONTRANDOLFI, *Pianificazione perequativa e territorio extraurbano: il Piano delle campagne di Potenza*, p. 158; A. BARBANENTE e C. M. TORRE, *Il progetto pilota di comparto perequativo di Cozze*, p. 188 ed infine in ordine all'applicazione delle metodiche perequative alla materia agricola S. CARBONARA e V. FABIETTI, *Un approccio perequativo per le aree agricole*, p. 174); G. COLOMBO F. PAGANO M. ROSSETTI, *Manuale di urbanistica*, Milano, 2013.

In ordine alla riforma dell'edilizia dopo il 2010 si rinvia alla monografia di A. FIALE, *Il permesso di costruire dopo la legge 22 maggio 2010, n. 73*, Edizioni Simone, luglio 2010.

Si richiamano alcuni contributi del volume collettaneo a cura di A. GAMBARO e U. MORELLO, *Trattato di diritti reali*, vol. IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, a cura di S. Bellomia, G. Pagliari e M.A. Sandulli, Milano, 2012, ed in particolare: G. CIAGLIA, *La pianificazione territoriale*, p. 111; S. BELLOMIA, *Il piano urbanistico di Roma capitale e le speciali funzioni urbanistiche della Capitale*, p. 135; S. DE PAOLIS, *La pianificazione consensuale, premiale e per gli accordi: perequazione, compensazione, altre forme di urbanistica contrattata e di premialità urbanistica*, p. 345; G. FARRI, *Gli standard urbanistici*, p. 445; G. GRAZIOSI, *I programmi di riqualificazione urbana*, p. 653; G. SAPORITO, *L'edilizia sociale*, p. 719; R. INVERNIZZI, *Il Piano casa*, p. 737.

Per i notevoli spunti che offre anche in materia di diritti edificatori, si richiama la monografia di A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, A. Cicu, F. Messino e L. Mengoni, 2012.

In relazione al riparto in ordine alla competenza legislativa tra Stato e Regioni si rinvia specificamente al volume di A. LONGO, *Governo del territorio*, Milano, 2009. Su tale ultima questione dopo la Riforma del Titolo V della Costituzione M. BREGANZE, «Governo del territorio ed

enti locali», in *Riv. giur. urb.*, 2002, p. 596; S.A. FREGO LUPPI, «Il governo del territorio tra stato, regioni ed enti locali: aspetti problematici della legge lombarda (L.R. n.12 del 2005)», in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 57; P.L. PORTALURI, «Riflessioni sul "Governo del territorio" dopo la riforma del titolo V», in *Riv. giur. ed.*, 2002, p. 359; M. LUCIANI, «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia urbanistica e edilizia», in *Riv. giur. ed.*, 2009, p. 17. In tema di urbanistica e meccanismi perequativi, compensativi ed incentivanti: S. BELLOMIA, «Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio», in *Riv. giur. ed.*, 2008, p. 71; A. BORELLA, «La difficoltà di attuare la perequazione urbanistica (nota a margine della nuova legge urbanistica veneta)», in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 635; E. BOSCOLO, «Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (Il caso del Prg di Reggio Emilia)», in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 21; E. BOSCOLO, «Dalla zonizzazione alla perequazione», in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 5; E. BOSCOLO, «Una conferma urbanistica (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 2003, 3, p. 823; E. BOSCOLO, «La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio 'a strati'», in *La nuova disciplina del paesaggio: commento alla riforma del 2008*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, p. 57; C. CANATO, «Esperienze di perequazione "sostenibile": modelli e strumenti a confronto», in *Riv. giur. urb.*, 2007, p. 426; L. CASINI, «Perequazione e compensazione del nuovo piano regolatore di Roma», in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 203; M. CHIERICHETTI, «Moduli consensuali nella concertazione urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 2002, p. 281; G. CIAGLIA, «Della 'compensazione urbanistica' ovvero di come rivoluzionare l'urbanistica senza che nessuno se ne accorga», in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 446; S. DE PAOLIS, «Pianificazione di dettaglio e perequazione», in *Riv. giur. ed.*, 2008, p. 527; A. GAMBARO, «Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori», in *Riv. giur. ed.*, 2010, 1, p. 3; R. GAROFOLI, «La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa», in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, in questa rivista, 2011, 3, p. 30; A. GATTO, «Il comparto edificatorio: da istituto emergenziale a strumento perequativo», in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 1644; B. GRAZIOSI, «Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità», in *Riv. giur. ed.*, 2007, p. 149; A. MARI, «La perequazione urbanistica: finalità generali e disciplina regionale in Campania», in *Riv. giur. ed.*, 2009, p. 125; G. MORBIDELLI, *Della perequazione, introduzione a Governo e mercato dei diritti edificatori*, a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Atti del Convegno Aidu di Perugia del 30 novembre 1997, Napoli, 2009; F. PAGANO, «Sulla pianificazione per accordi», in *Riv. giur. ed.*, 2008, p. 93; S. POMPEI, *Il piano regolatore perequativo*, Milano 1998;

G. SABBATO, «La perequazione urbanistica», in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi; A. SAVATTEI, «La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione», in *Urb e app.*, 2013, 4, p. 377; P. STELLA RICHTER, «La perequazione urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 169; P. STELLA RICHTER, «Nuove norme per la perequazione urbanistica e la determinazione dell'indennità di esproprio. Proposta legislativa dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico», in *Riv. giur. ed.*, 2007, p. 418; P. URBANI, «I problemi giuridici della perequazione urbanistica», in *Riv. giur. urb.*, 2002, p. 587; P. URBANI, «Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione nei piani urbanistici», in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 509; P. URBANI, «La perequazione urbanistica», in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 169; P. URBANI, «Pianificare per accordi», in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 179; P. URBANI, «Governo del territorio e agricoltura. I rapporti», in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 117; P. URBANI, «Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione dei suoli», in *Urb. e app.*, 2005, p. 905; P. URBANI, «La perequazione tra ipotesi riforma nazionale e leggi regionali relazione del 18 luglio 2008» (dattiloscritto) in www.pausania.it/files/perequazione; P. URBANI, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, (dattiloscritto) in *I rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale*, Atti del XI Convegno nazionale Aidu in Verona 10-11 ottobre 2008; P. URBANI, «Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa», in *Riv. giur. ed.*, 2009, p. 47; P. URBANI, «Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell'attività economica», in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 29; P. URBANI, «La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali», in www.pausania.it/files/perequazione; P. URBANI, «La crisi della pianificazione urbanistica generale. Nodi e prospettive», Convegno di Barletta del 28 maggio 2010 (dattiloscritto); P. URBANI «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale», in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, cit., p. 8. Inoltre, in tema di diritti edificatori dal punto di vista civilistico a G. AMADIO la cui opinione espressa autorevolmente verbalmente in numerosi interventi dall'Autore è stata poi pubblicata nel volume collettaneo *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, cit., con il titolo «I diritti edificatori la prospettiva del civilista», p. 42; e di seguito a A. ALAMANNI, «Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori», in *Contr. impr.*, 2014, p. 653; A. BALLOTTIN, *Cubatura*, in *Formulario commentato degli atti notarili inter vivos*, a cura di F. Colletti e G. Cassano Maggioli editore, 2012 p.741; E. BERGAMO, «La cessione di diritti edificatori», in *Corr.*

mer., 2012 p.119; G. P. CIRILLO, «La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi», in *Riv. not.*, 2013, p. 601; M. CEOLIN, «Trascrivibile la cessione di cubatura», in *Studium iuris*, 2011, p. 1265; P. COLNAGHI, *Perequazione urbanistica*, relazione tenuta alla Giornata di studio organizzata a Como dal Collegio dei distretti Riuniti di Como e Lecco in data 8 aprile 2011 (i riferimenti son fatti al dattiloscritto); B. CRETELLA, «Trascrizione degli atti relativi a diritti edificatori (cd. cessione di cubatura o di volumetria)», in *Gazz. not.*, 2011, p. 481; F. D'ANGELO, «Riflessioni in tema di diritti edificatori: spunti ricostruttivi per una nuova interpretazione dell'istituto», in *Riv. giur. ed.*, 2014, p. 62; S. DE PAOLIS, «Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria», in *Riv. giur. ed.*, 2011, 5, p. 199; G.A. DI VITA, «Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella», in *Il Notaro*, 2011, p. 89 e ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, tomo 1, in *Trattato della trascrizione*, Torino, 2012, p. 205 e ss.; F. GAZZONI, «Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione», in *Giust. civ.*, 2012, p. 101; G. MARENA, «L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori», in *Riv. not.*, 2013, p. 893; U. MATTEI, *I diritti reali*, 2, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco Torino, 2015, p. 310 e ss.; A. M. MINERVA, «La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643 n. 2-bis c.c.», in *Riv. not.*, 2013, 1, p. 102; G. PETRELLI, «Rassegna novità normative 1° semestre 2011», in www.gaetanopetrelli.it; G. RIZZI, «I diritti edificatori/crediti edilizi: il loro riconoscimento e la loro circolazione (slides)» in www.fondazione-notariato.it; L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, in Wikipedia.it; SAVATTIERI, «La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione», in *Urb e app.*, 2013, 4 p. 377; C. SIANO, «Circolazione dei diritti edificatori e trascrizione dei relativi atti», in *Imm. e propr.*, 2014, 8/9, p. 500; E. SMANIOTTO, «La cubatura e la trascrizione della cessione di cubatura», in *Imm. e propr.*, 2012, 6 p. 374; F. SUCCI, «La cessione di cubatura alla luce dell'art. 2643, n. 2-bis c.c.», in *Vita not.*, 2014, p. 1109; R. TRIOLA, *I diritti edificatori e la cd. cessione di cubatura, nell'opera collettanea diretta da G. Visintini, I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, Padova, 2013; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, terza edizione in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2012. In ordine ai cd. crediti edilizi si rinvia a A. BARTOLINI, «Profili giuridici del cd. credito di volumetria», in *Riv. giur. urb.*, 2007, p. 302; M.M. FRACANZANI, «Il Credito edilizio nella L.r. Veneto n. 11/04 Emissione di carta moneta relazione al convegno La perequazione urbanistica nella legislazione statale e regionale veneta», del 1-2 luglio 2005 in Cortina d'Ampezzo, in dattiloscritto; P. MARZARO GAMBA, «Credito edilizio compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta», in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 64;

P. URBANI «Conformazione della proprietà diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli», in *Urb. e app.*, 2006, p. 905.

In relazione all'adempimento di obbligazioni discendenti da convenzioni M. SOLLINI «Spunti di riflessione in punto all'adempimento di obblighi nascenti da convenzioni urbanistiche», in *Riv. giur. ed.*, 2007, p. 753.

Si richiama inoltre E. BOSCOLO, «Le perequazioni e le compensazioni», relazione pubblicata in Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma tenuto nel mese di marzo 2009 in Milano e nel mese di aprile 2009 in Roma, pubblicato in *Riv. giur. urb.*, 2010, p. 104; E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione», in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, cit., p. 57; A. BARTOLINI «I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)», (pubblicato anche in *Giust. amm.*, 2008, 4, p. 163); G. GUZZO, *La pianificazione urbanistica*, Milano, 2012; G. GUZZO G. PALLIGGIANO, *L'attività edilizia*, Milano, 2011; E. MICELLI, *La perequazione urbanistica in alcune esperienze di piani e progetti (slides)*, A. MUSIO, G. SABBATO G. SALITO, *Il piano casa*, Torino, 2011, p. 1 e ss.; A. QUAGLIA, «Gli strumenti di concertazione pubblico-privato nelle politiche di rinnovamento urbano», G. RIZZI, «I crediti edilizi: l'esperienza della legge regione Veneto n. 11 del 2004»; P. URBANI, «La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali», relazioni pubblicate tutte negli Atti del ricordato Convegno organizzato dalla società Paradigma nel mese di febbraio 2009 in Milano. I riferimenti ai contributi appena citati si intendono fatti alle pagine del rispettivo dattiloscritto pubblicato, ad eccezione del saggio di A. Bartolini, per il quale varranno i richiami al testo pubblicato in *Giustizia Amministrativa*.

Con riguardo ai numerosi interessi in gioco di rango costituzionale, S. SETTIS, *Paesaggio, costituzione, cemento La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010 e con particolare riguardo alle relazioni tra la bolla immobiliare e il cd. Piano Casa.

Per i numerosi spunti che offre si richiama anche l'opera a cura di G. BONILINI e M. CONFORTINI, *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013 ed in particolare i contributi di M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti perequativi e compensativi*, p. 791 e di L. PASSERI, *Il Piano nazionale di edilizia abitativa e il piano casa*, p. 1654.

In relazione all'emersione pubblicitaria delle operazioni su cubatura si rinvia alla relazione tenuta al convegno di Arce del 27 settembre 2013 da B. BRIANTE, «La trascrizione degli atti di cessione di diritti edificatori», ricevuta in bozza cartacea per la cortesia dell'Autore.

In tema di lettura della fattispecie dal punto di vista fiscale l'importante contributo di F. RAPONI, «Profili fiscali nella circolazione dei diritti edificatori», in *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza*

di giungere all'indifferenza delle situazioni proprietarie rispetto agli effetti conformativi delle scelte discrezionali di allocazione delle diverse funzioni territoriali, redistribuendo tra i proprietari medesimi delle aree oggetto di trasformazione i vantaggi derivanti dalla realizzazione dell'edificato e gli oneri pubblici discendenti dalla urbanizzazione. Il potere conformativo della proprietà in capo alla pubblica amministrazione è peraltro affermato proprio dall'articolo 42 della Costituzione, nella parte in cui statuisce che «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e il renderla accessibile a tutti».

Si tratta della espressione del principio della giustizia redistributiva applicato alla pianificazione urbanistica, principio che ha costituito il vero motore della silenziosa rivoluzione tuttora in corso nella materia urbanistica diretta al superamento delle rigide tecniche dello *zoning*, che pure ha permesso un'ordinata distribuzione degli interessi pubblici e privati sul territorio e degli *standards* assistiti da un presidio di vincoli di natura preespropriativa, che conducono a generare una profonda (ed illegittima) discriminazione tra proprietari, in relazione alla capacità edificatoria potenziale identica di determinati immobili², generando sempre maggiori oneri per le già esauste casse comunali nel tentativo di attenuare tali intollerabili differenze soggettive³.

L'obiettivo della tecnica perequativa è proprio ottenere l'indifferenza degli assetti proprietari rispetto alle scelte di pianificazione dell'amministrazione del territorio comunale⁴.

L'abbandono progressivo della zonizzazione importa, inoltre, - come è stato acutamente e plasticamente segnalato⁵ - il passaggio da uno strumentario molto rigido che ricorda le "camere stagne" ad un sistema complesso di "vasi comunicanti" che permette non solo il riconoscimento dell'edificabilità virtuale ai titolari, ma anche la circolazione della capacità edificatoria sull'intero territorio astrattamente oggetto di trasformazione.

142 Sono destinati allora ad essere un residuo del passato "i proprietari sconfitti o premiati dal piano", in quanto il sistema urbanistico deve tendere sempre più a rimuovere le rendite di posizione o marginali, ricomponendo in modo effettivo gli interessi tra proprietari⁶, rendendo indifferenti i proprietari dinanzi alle scelte di pianificazione. È evidente, infatti, che la migliore allocazione delle risorse edificatorie presuppone la libera possibilità di circolazione della volumetria: solo in tal caso vi è spazio per un accordo efficiente che impieghi gli schemi tipici della permuta della compravendita o della dazione in pagamento per ottenere una migliore e più soddisfattiva realizzazione degli interessi sul campo («Caia

delle contrattazioni, cit., p.155, approfondito dall'Autore in occasione dello studio della imposizione diretta in *Plusvalenze immobiliari: aspetti notari*, op. cit., p. 850; nonché gli interventi di A. BUSANI, *L'imposta di registro*, Milano, 2009, p. 699; A. PISCHETOLA, «La circolazione di cubatura, crediti edilizi e diritti edificatori: profili fiscali», in *Il fisco*, 2011, 17, p. 2667; A. PISCHETOLA, «Utilizzo di volumetria perequativa e ipotesi di applicabilità delle agevolazioni ex lege n. 10 del 1977», in *Studi e materiali*, 2006, p. 556. In epoca anteriore alla riforma A. COSTA, «Ai "trasferimenti di cubatura" spettano i benefici di cui all'art. 14 della legge 2 luglio 1949, n. 408», in *Dir. prat. trib.*, 1982, II, p. 976.

Per un'interessante lettura della situazione tecnica progressa, allo scopo di apprezzare la modulazione e la capacità di adeguamento alla concreta realtà sociale dei nuovi strumenti si rinvia a F. SALVIA e F. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 1986.

² P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in

materia di governo del territorio ...», cit. p. 9 segnala che con la sentenza della Corte Costituzionale n. 348 del 2007 ossequiosa dei principi espressi dalla giurisprudenza della Cedu l'indennizzo pre-espropriativo va rapportato al valore venale del bene. La legge finanziaria per il 2008 (legge n. 247 del 2007) ha stabilito al proposito che l'indennità di espropriazione deve essere appunto rapportata al valore venale del bene (art. 2 commi 89 e 90), con una riduzione del 25% quando l'intervento è diretto ad attuare interventi di rilievo economico sociale. Sulla questione anche G.C. MENGOLI, op. cit., p. 137.

³ Rileva P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», cit., p. 9 che ormai il peso degli indennizzi espropriativi è proibitivo.

⁴ R. GAROFOLI, op. cit., p. 30.

⁵ P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», cit., p. 11.

⁶ P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», cit., p. 11.

acquisterà da Tizio la cubatura che Tizio non utilizzerebbe o permuterà con Tizio cubatura contro metratura»⁷).

Le esigenze di sviluppo e, talora, anche di riqualificazione più o meno intensa del territorio richiedono, allora, oggi l'adozione di nuove metodiche più rispettose dell'assetto di interessi sostanziali alla cui soddisfazione queste ultime sono rivolte, che coniughino la ricerca di un minor esborso monetario con la difficoltà di non dissipare la moneta territoriale, generando meccanismi inflattivi.

Accanto a tali interessi, il ricorso allo strumento perequativo permette, nelle aree di trasformazione o di riqualificazione urbana, in occasione dell'edificazione «di assicurare adeguate dotazioni territoriali e di prevedere al loro interno la *mixité* delle funzioni»⁸.

La distribuzione del plusvalore fondiario per effetto delle scelte perequative dell'amministrazione comunale consente, allora, di tentare di riequilibrare il costo sociale della trasformazione medesima, indipendentemente dalle destinazioni d'uso, coniugando tali esigenze con il principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.⁹: non vi è contraddizione alcuna, in tale prospettiva, tra le esigenze pubbliche che trova espressione nelle nuove metodiche di pianificazione e gli interessi dei privati coinvolti nell'accordo¹⁰.

L'innesto poi di meccanismi compensativi nelle metodiche di stampo perequativo permette di ottenere la soddisfazione di una congerie di interessi, che altrimenti godrebbero solo di una parziale tutela¹¹.

In tal modo si ottiene, come già evidenziato, accanto all'eliminazione in radice del vincolo espropriativo nel processo di urbanizzazione delle aree urbane, anche la realizzazione a carico dei proprietari delle opere di urbanizzazione previste e la cessione gratuita delle aree necessarie, coniugando la salvaguardia dell'interesse pubblico alla realizzazione delle opere con l'interesse privato ad ottenere un ristoro serio del sacrificio subito.

A ciò possono affiancarsi sia l'affermarsi della *mixité* in luogo della rigidità funzionale delle zone¹² sia il superamento dei limiti degli oneri concessori a favore di una maggiore solidarietà dei proprietari verso la città pubblica, in uno con la espressione della necessità della riconformazione dei piani urbanistici progressi in chiave perequativo-compensativa soprattutto nelle ipotesi nelle quali le leve conformative strutturate su metodiche superate appaiano inadeguate¹³.

La difficoltà applicativa delle nuove metodiche discende proprio dalla complessità dell'oggetto dell'intervento urbanistico. L'auspicato *accorciamento della filiera del diritto amministrativo*¹⁴ frutto di una legislazione meno complessa, permetterebbe di coniugare la semplificazione con una «maggiore efficienza e semplicità delle decisioni»¹⁵.

143

⁷ Gli esempi sono tratti da U. MATTEI, *op. cit.*, p. 311, secondo il quale l'assenza della possibile libera circolazione dei diritti edificatori significherebbe comunque determinare uno spreco di risorse in quanto le parti potrebbero in primo luogo non trovare l'accordo oppure dover ricorrere ad operazioni giuridiche complesse (ad esempio, costituire una comunione e poi disciplinarne contrattualmente l'uso).

⁸ L'espressione è di P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», *cit.*, p. 9.

⁹ G. COLOMBO - F. PAGANO - M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 394.

¹⁰ U. MATTEI, *op. cit.*, p. 312.

¹¹ Secondo P. MANTINI, *op. cit.*, p. 3, va immaginata una revisione della sistemazione concettuale alla luce dei seguenti criteri: a) nell'ambito dei piani e degli interessi di settore va fatta preliminarmente una fondamentale

distinzione tra gli interessi differenziati considerati sempre prevalenti dall'ordinamento (destinati alla conservazione dei valori insiti nell'oggetto) e gli interessi anch'essi di settore da coordinare e non sovrapporre alla pianificazione urbanistica; b) la risoluzione delle antinomie e dei conflitti è svolta con riguardo all'interesse differenziato che prevale, indipendentemente dalla sua successiva specificità maggiore o minore.

¹² R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 31.

¹³ In questo senso, E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 62.

¹⁴ P. MANTINI, *op. cit.*, p. 12, il quale osserva che la gerarchia degli interessi non può più essere scritta nei piani ma va ricercata altrove con altri occhi ed aggiunge *legal pluralism is in the fact. Legal centralism is myth, an ideal, a claim, an illusion*, mutuando l'espressione di J. Griffiths.

¹⁵ P. MANTINI, *op. cit.*, p. 12.

Il territorio, è stato osservato¹⁶, è, infatti, una risorsa tipicamente di natura multidimensionale, in quanto accanto ai tessuti urbani consolidati, per i quali rileva «il valore d'uso per i proprietari e per gli utilizzatori urbani, e rispetto ai quali occorre regolare le trasformazioni (con un *favor* per il riuso e la ricucitura degli spazi interstiziali) con il fine della massima efficienza dei sistemi urbani», vi sono «gli areali agro-naturali», che manifestano «valenze ecologiche e di unità di paesaggio», da preservare «secondo le logiche ed i principi propri del diritto ambientale»¹⁷ anche sulla base di indicazioni provenienti dalla normazione di rango comunitario¹⁸; ed il rischio evidente di un tale assetto è che l'analisi di siffatti elementi non si coniughi purtroppo in alcun modo con la logica eccessivamente semplificatoria di alcune scelte di stampo perequativo¹⁹ proprio per la molteplicità degli interessi dei quali le scelte pianificatorie sono certamente espressione e nel contempo strumento di salvaguardia. Per converso anche la eccessiva complessità dei piani ne costituisce un limite²⁰: a tacer del linguaggio tecnico, spesso di difficile comprensione al di fuori della ristretta cerchia degli addetti ai lavori²¹, anche le metodiche impiegate man mano che i piani acquistano un maggior grado di difficoltà, divengono meno limpide e chiare; si pensi al passaggio dalle perequazioni endoambito²² che solo astrattamente appaiono tecniche semplici, ad ipotesi nelle quali aumentano numericamente i soggetti coinvolti sino ad immaginare meccanismi nei quali ricorrano strumenti non omogenei tra di loro e nei quali è previsto addirittura l'«atterraggio» dei diritti edificatori provenienti da aree esterne agli ambiti perequati. Sino a giungere alle fattispecie delineate nei piani a perequazione diffusa, nei quali alla grande parcellizzazione delle aree interessate ed al conseguente gran numero dei soggetti che ne sono titolari coinvolti, fa da contrappunto la difficoltà di individuare strumenti convenzionali²³ che realizzino in uno con gli interessi pubblici sottesi anche le esigenze delle parti coinvolte. Le soluzioni pratiche da adottare richiedono, allora, una loro piena valutabilità ed un'ampia sindacabilità²⁴.

¹⁶ E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 61.

¹⁷ Le espressioni sono di E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 61, secondo il quale i principi da rispettare che costituiscono dati essenziali della pianificazione urbanistica perequativo compensativa sono «la responsabilità intergenerazionale, l'affievolimento della dimensione dominicale e micro-particellare ed il riconoscimento che il suolo ha natura di bene comune, in quanto garantisce servizi a fruizione indivisa».

¹⁸ Sono un utile riferimento, al riguardo, la Carta Urbana Europea 'Manifesto per una nuova urbanità', approvata dal Consiglio d'Europa il 27 maggio 2009, nella quale la relazione inscindibile «tra le dotazioni territoriali e le politiche dell'inclusione», introduce nella dimensione urbana un elemento essenziale per la realizzazione della *coesione sociale*; ed ancora nella direttiva 2001/42/Ce in tema di Vas, può essere rinvenuta l'indicazione della necessità di politiche attive per gli spazi aperti salvaguardati soprattutto dalle metodiche di tipo perequativo-compensative e della esigenza di limitare le previsioni incrementali in vista di una efficiente allocazione delle risorse, al pari dei continui richiami della Cedu al rispetto al contenuto del diritto di proprietà (in specie con riguardo alla determinazione dell'indennità di esproprio).

¹⁹ E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 62 lamenta che scelte egalaritarie troppo semplicistiche quale l'idea dell'indice unico nascondono

in realtà autentici arbitri espressione di scelte senz'altro esclusivamente ideologiche. Aggiunge al proposito che «il caso Milano sembra in tal senso decisamente emblematico»: si assiste in particolare all'eccessiva enfasi delle *performance* di questi piani che un attento monitoraggio invece rivelerebbe essere strumenti meno efficienti. Un tale esame, continua l'Autore sarebbe «doveroso, anche in chiave autocorrettiva» e farebbe emergere che sovente proprio «nei piani con perequazione diffusa, la formazione 'a mosaico' della città pubblica prosegue a rilento, con tempi non compatibili con le esigenze di flessibilità dell'urbanistica moderna».

²⁰ E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p.63 afferma che siffatti piani hanno sovente un'attitudine «a generare *compliance costs* in capo ai proprietari che siano interessati a conformarsi agli scenari di valorizzazione immobiliare prefigurati» dallo strumento urbanistico.

²¹ Il richiamo è non solo all'impiego di termini di lingua inglese o tedesca, ma anche al ricorso a parole di significato non comune quali, solo in via meramente esemplificativa, fondi sorgente; 'fondi accipienti'; 'atterraggi'; 'voli'.

²² Si noti che tali tecniche astrattamente più semplici sono in concreto già complesse nella loro lettura.

²³ Il richiamo è allo strumentario paraboristico al quale si è fatto riferimento in alcune aree del Paese.

²⁴ In questo senso, E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 62.

Se, dunque, da un punto di vista teorico, l'eguaglianza sostanziale tra proprietari (e la rimozione degli ostacoli che la impediscono) è l'obiettivo delle nuove metodiche, in concreto, la sua realizzazione appare di difficoltosa attuazione non solo perché il territorio è articolato in modo complesso (dal punto di vista orografico e di distribuzione degli insediamenti umani), ma anche perché numerosi ed eterogenei sono gli interessi in campo (residenziali, produttivi, industriali, artigiani, turistici, agricoli, in via meramente esemplificativa).

Residua, insomma, una "dose di diseguaglianza" che è insita nella definizione della pianificazione urbanistica²⁵ e che sarà tanto maggiore quanto minore sarà il grado di attuazione della metodica perequativa adottata²⁶: le tecniche di perequazione attenuano, allora, le diseconomie distributive della capacità di edificazione, mitigando le discriminazioni, ma non le annullano completamente.

Vi è però in una tale prospettiva un effetto per così dire indiretto che non può essere taciuto. La creazione di diritti edificatori, espressione della misura dell'esercizio dello *ius aedificandi*, separabili dal fondo di decollo e circolanti in modo autonomo, incide inevitabilmente sul diritto di proprietà, il cui contenuto minimo è appunto costituito proprio dalla capacità edificatoria che promana da un certo lotto. La separazione della volumetria dall'area dalla quale discende modifica allora lo statuto proprietario. Ed una tale incisione può avvenire solo per effetto di una norma di legge statale o come accade nelle nuove metodiche (perequative, compensative o incentivanti) mediante un atto di disposizione volontario di colui che ne è titolare e che costituisce evidentemente una concreta prerogativa del *dominus*.

Ecco perché allora lo svuotamento del diritto dominicale per effetto della separazione dal lotto di decollo dei diritti edificatori non importa la illegittimità costituzionale degli strumenti che lo introducono e lo regolano²⁷.

La pluralità di specie di diritti edificatori e l'esigenza di una loro tipizzazione

145

Le tipologie di diritti edificatori non possono essere accomunate in unica specie, pur appartenendo al medesimo genere²⁸.

Essi possono trarre origine da vicende riconducibili negli alvei delle metodiche perequative, compensative, incentivanti o semplicemente rientrare nell'ambito di semplici operazioni di micro pianificazione privata.

È stato però osservato che i legislatori regionali non hanno di frequente tenuto in considerazione le tra le diverse metodiche urbanistiche, generando una notevole incertezza terminologica e concettuale. In particolare, se da un punto di vista astratto, le tecniche sono perfettamente distinte ed individuabili, in concreto le soluzioni accolte non appaiono sovente essere ispirate dalla chiarezza.

È evidente poi che la natura peculiare di un certo diritto edificatorio è del tutto indipendente dalle regole circolatorie adottate. Eventuali titoli volumetrici risentiranno così della metodica di volta in volta adottata.

I dubbi in ordine alla qualificazione del diritto edificatorio si possono verificare soprattutto in occasione

²⁵ Sul punto diffusamente, P. URBANI, «Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio ...», *cit.* p. 11; E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 62.

²⁶ Sottolinea E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 63 che «solo dall'attuazione integrale del piano perequativo può derivare il perseguimento degli obiettivi di utilità collettiva che si riconnettono al dispiegamento delle potenzialità

insediative (risultati non raggiungibili mercé l'attuazione soltanto di alcune di tali previsioni: quelle di maggior interesse economico o connotate da maggior facilità di attuazione)».

²⁷ S. DE PAOLIS, «Riflessioni in tema di trasferimenti ...», *cit.*, p. 209.

²⁸ Per un efficace quadro di sintesi della materia dei diritti edificatori si rinvia a G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, *cit.* p. 158.

delle tecniche perequative e compensative. Va, infatti, al proposito ricordato che tali fattispecie non sono tra di loro fungibili, salva peculiare previsione delle norme che li conformano²⁹.

Possono essere individuate, da un punto di vista teorico tre differenze essenziali.

1) Le due tipologie differiscono, innanzi tutto, dal punto di vista teleologico in relazione alle finalità alle quali sono destinate³⁰.

Ai diritti edificatori di fonte perequativa ricorre l'amministrazione comunale per l'allocatione delle dotazioni volumetriche per consentire ai proprietari di concorrere comunque alla distribuzione dei benefici economici indotti dal piano allo scopo di realizzare l'eguaglianza sostanziale di cui all'art.3 della Costituzione. Tali diritti edificatori di origine perequativa generati *dal* fondo, non possono essere spesi *sul* fondo. La redistribuzione di tali diritti permetterà poi di "spalmare" le differenze derivanti dal diverso statuto edificatorio dei suoli.

I diritti edificatori di fonte compensativa hanno, invece, funzione squisitamente indennitaria, in quanto sono rivolti allo scopo di ristorare i proprietari di specifici fondi degli obblighi di dare o di *facere* imposti su di loro e da loro adempiuti. Hanno, insomma, la funzione di riequilibrare la lesione subita dal titolare del diritto reale sul fondo colpito dai vincoli pre-espropriativi o gravato da obblighi di riqualificazione, sia pure non immediatamente, ma in un tempo differito o attraverso la cessione onerosa a terzi del diritto edificatorio così generato o attraverso la sua utilizzazione diretta su un fondo³¹.

2) I diritti edificatori di specie perequativa e compensativa hanno poi una fonte diversa l'uno dall'altro. I primi sono assegnati direttamente dal piano e possono formare oggetto di scambio dal momento della approvazione del piano dal quale discendono in modo diretto. I secondi pur rinvenendo nel piano la regola determinatrice della loro misura quantitativa verranno assegnati al soggetto proprietario del fondo vincolato o gravato da obblighi di *facere* solo rispettivamente all'esito della concreta cessione del fondo o dell'esatto adempimento dell'obbligazione di riqualificazione paesaggistico-ambientale. A differenza dei primi di fonte perequativa, tali diritti edificatori compensativi potranno essere scambiati solo dopo la loro generazione, per effetto della condotta tenuta dall'accipiente³².

146

3) Le due diverse tipologie di diritti edificatori sono, poi, diversamente esposte all'esercizio del potere pianificatorio da parte dell'amministrazione. Se i diritti edificatori perequativi sono sempre immanentemente sottoposti al potere di ritiro da parte dell'amministrazione³³, ciò non accade per i diritti di stampo compensativo, generati da una prestazione che il privato ha già assolto³⁴.

²⁹ G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico, cit.*, p. 159 afferma che i diritti edificatori residenziali o produttivi o diversamente qualificati possono avere un'utilizzazione solo conforme con siffatta loro qualità.

³⁰ In tal senso, E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 71 il quale definisce tale differenza "diversità teleologico-causale".

³¹ Rileva acutamente E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 71 che «il sintagma 'credito compensativo' esprime quindi con pregnanza i tratti di un sequenza entro la quale il proprietario che adempie ad una obbligazione urbanistica ottiene il ristoro non mediante una contestuale controprestazione da parte dell'amministrazione (come accadrebbe in caso di immediata liquidazione di una indennità in numerario o come accade quando al privato viene assegnata in permuta un'altra area), bensì tramite l'assegnazione di un titolo che garantisca a tale soggetto un soddisfacimento differito, conseguente ad un'altra vicenda giuridica di circolazione del suddetto titolo. Anche in questo

caso è una redistribuzione privata a garantire il controvalore dell'obbligazione urbanistica adempiuta e l'amministrazione risparmia il costo dell'indennizzo».

³² Non può essere aprioristicamente esclusa durante il procedimento (espropriativo o di riqualificazione) e prima della concreta cessione del fondo o dell'esatto adempimento dell'obbligazione di riqualificazione paesaggistico-ambientale la possibilità di una cessione degli insorgenti diritti edificatori. Qualora essi vengano qualificati quali beni, si applicherà la disciplina prevista dall'ordinamento per la circolazione dei beni futuri.

³³ Segnala E. BOSCOLO, «La compensazione e l'incentivazione ...», *cit.*, p. 71 che fa eccezione il caso in cui il comune - alla stregua di un autolimito - non dichiara di voler tenere ferma tale attribuzione per un certo numero di anni, magari già preannunciando il dissolvimento progressivo dei diritti decorso tale periodo di stabilità garantita.

³⁴ Si tratta appunto della cessione della propria area o della riqualificazione del proprio manufatto.

L'attuale testo del n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. concerne infatti i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale³⁵. Gli atti aventi ad oggetto la costituzione, il trasferimento o la modificazione dei diritti edificatori, quale sia il loro *nomen iuris* devono essere trascritti.

La norma si limita, insomma, a delineare quali siano gli atti aventi ad oggetto diritti edificatori che devono essere trascritti, senza nulla aggiungere in ordine alle diverse tipologie di essi.

Si tratta, infatti, di ipotesi aventi una diversa fonte (non solo legislativa statale o regionale, ma spesso, semplicemente derivante da norme comunali di piano), alla quale è necessario fare un immediato riferimento per potere regolare al meglio contrattualmente i rapporti tra le parti e conseguentemente tra costoro e la pubblica amministrazione, limitando i rischi di un contenzioso che potrebbero discendere dalla difettosa qualificazione della fattispecie.

Vengono *quoad effectum* in definitiva accomunate ipotesi diverse in ordine alla fonte dalla quale promanano; vanno trascritti infatti i contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale; in sede di conversione del decreto legge è stato soppresso l'inciso «nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative».

Mancava nel testo originario del decreto il riferimento alle normative statali nella indicazione della disposizione oggi vigente, introdotto in sede di conversione; è evidente però che ben la norma avrebbe potuto essere completa anche se il tenore di essa fosse stato semplicemente «*vanno trascritti infatti i contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati*».

In senso inverso, del tutto ultroneo appariva il riferimento alle convenzioni urbanistiche, che difficilmente costituiscono la fonte prima dalla quale i diritti edificatori promanano. Più corretto sarebbe stato il riferimento agli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale.

Del tutto condivisibile appare, allora, la soluzione normativa adottata.

147

La disposizione aveva riguardo alla trascrizione dei contratti traslativi dei diritti edificatori, ma tralasciava qualsiasi riferimento alle fattispecie modificative e costitutive degli stessi.

A prima lettura avrebbe potuto sembrare una svista del legislatore. Può invece esprimersi una considerazione di segno opposto.

Ebbene, certamente con riguardo alle prime fattispecie può agevolmente sostenersi che la modificazione operata dalla pubblica Amministrazione del contenuto del diritto edificatorio come conformato in origine dalla fonte dalla quale promana, è frutto dell'azione esclusiva dell'attività urbanistica comunale, non potendo in alcun modo su di esso incidere la condotta delle parti.

Di tale evenienza se ne dovrà tenere conto nella modulazione delle garanzie contrattuali allo scopo di predeterminare il reale impatto di tali alterazioni sul rapporto sinallagmatico.

È stato osservato prima che la distinzione nella qualificazione della fattispecie tra diritto soggettivo (nei rapporti tra le parti, atteggiato a sua volta nei termini richiesti da ciascuna fattispecie) ed interesse legittimo (nei riguardi della pubblica Amministrazione), permette, allora, di realizzare anche lo scopo di porre accanto al chiaro richiamo allo strumentario del contrattualista nella predisposizione dell'atto negoziale, che curerà l'emersione dei profili di realtà³⁶, il riferimento evidente ai meccanismi di salvaguardia specifici della situazione giuridica lesa nei confronti dell'ente pubblico.

³⁵ Si riporta per comodità di lettura il testo contenuto nel D.l. prima della conversione «2-*bis*) i contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative».

³⁶ L'inquadramento della fattispecie di volta in

volta all'esame dell'interprete in termini di realtà o obbligatorietà non è scevra di effetti; sulla questione diffusamente A. GUARNIERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, p. 54 e ss.; in particolare, senza pretese di esaustività, nelle due ipotesi mutano le regole di circolazione, le tecniche di rinuncia al diritto, le ipotesi di estinzione (confusione per i diritti

In tale luce, qualsiasi variazione contenutistica dei diritti edificatori, qualunque ne sia la loro origine, non deve trovare emersione necessaria dai registri immobiliari, avendo una colorazione squisitamente urbanistica.

Ciò che rileva dal punto di vista della pubblicità immobiliare sono evidentemente le vicende concernenti il trasferimento di siffatti beni e non i provvedimenti amministrativi che li conformano, pur potendo questi ultimi trovare fondamento nell'accesso al sistema pubblicitario per il generale riferimento normativo contenuto nell'art. 2645 c.c.³⁷

Le vicende che riguardano i permessi di costruire, dal rilascio all'eventuale ritiro in autotutela all'annullamento non devono avere emersione pubblicitaria presso i registri dell'Agenzia delle entrate, sezione territorio, ma solo evidentemente le vicende descritte nell'art. 2643 c.c.

Allo stesso modo, nessun rilievo pubblicitario devono avere le vicende inerenti il contenuto del diritto edificatorio. In questo senso, allora la vicenda estrema dell'estinzione del diritto edificatorio per effetto di successivi provvedimenti amministrativi non ha nessun rilievo pubblicitario, pur avendo grande rilevanza urbanistica e contrattuale in relazione alla caducazione del contratto stesso.

Del pari, per le stesse ragioni nessun rilievo pubblicitario è necessario che abbia l'evento costitutivo del diritto edificatorio qualificabile in termini di provvedimento amministrativo, pur potendo in tal caso proprio in virtù del ricordato riferimento all'art. 2645 c.c. anche tale ipotesi trovare emersione pubblicitaria con valenza appunto di mera pubblicità notizia.

Alcune di tali questioni trovano espressione nell'emendamento n. 5.47³⁸ (primo firmatario Morassut) che proponeva un nuovo testo dell'art. 2643, n. 2-*bis* c.c. del seguente letterale tenore: «vanno trascritti infatti i contratti che trasferiscono costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali o da strumenti di pianificazione territoriale» ed un art. 2645-*quater* c.c. in virtù del quale si imponga la trascrizione degli atti anche unilaterali aventi ad oggetto «beni immobili (siano essi convenzioni o contratti) con i quali vengono costituiti a favore
148 dello Stato delle Regioni o degli altri enti pubblici territoriali ovvero degli enti svolgenti un servizio di interesse pubblico vincoli di uso pubblico e comunque ogni altro vincolo a qualsiasi altro fine richiesti dalle normative statali e regionali, dagli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche ad essi relative».

Tale ultima disposizione proposta chiariva i limiti dell'impiego dell'atto di destinazione in materia urbanistica, che numerose critiche ha trovato, soprattutto in considerazione della presenza di un termine novantennale di efficacia del vincolo.

Il volo e l'atterraggio dei diritti edificatori

Le diverse conformazioni delle prassi adottate nelle singole regioni dai diversi comuni delle ipotesi di perequazione, di compensazione e di incentivazione hanno quale effetto immediato una concreta ricaduta in ordine alla modulazione delle regole di circolazione dei diritti edificatori³⁹.

Possono essere, in concreto, individuate tre fasi nella circolazione della cubatura.

In primo luogo, il decollo che afferisce il tempo, successivo naturalmente alla loro origine, del distacco dei diritti edificatori dall'area di pertinenza.

di credito e consolidazione per i diritti reali) le regole di protezione sul piano della tutela aquiliana e sul piano possessorio, ed infine le regole processuali. È, poi, discusso se l'atto emulativo, l'abuso del diritto, la funzione sociale e le regole di correttezza siano indistintamente applicabili ad ambedue le categorie.

³⁷ G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. di dir.*

civ. it., diretto da R. Sacco, Torino, 2012, p. 89.

³⁸ Il riferimento è al testo delle commissioni riunite V (Bilancio, tesoro e programmazione) e VI (Finanze) alla data del 7 giugno 2011.

³⁹ S. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 71; A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 664.

La fase del volo è, per così dire, intermedia ed attiene alla circolazione dei diritti edificatori immediatamente dopo il decollo ma anteriormente al concreto sfruttamento edificatorio degli stessi. In tale fase, non è previsto, nella generalità dei casi, né un limite soggettivo in relazione alla qualità dell'acquirente, né numerico dei passaggi traslativi della cubatura, ben potendo ipotizzarsi una pluralità di trasferimenti da un soggetto ad un altro⁴⁰. Una tale ricostruzione è possibile solo ove si abbandonino evidentemente impostazioni teoriche che richiamano posizioni giuridiche obbligatorie o condizionate, che non appaiono in linea con la ricostruzione teorico pratica della fattispecie⁴¹: i negozi aventi ad oggetto i diritti edificatori sono di per sé già perfetti da un punto di vista giuridico indipendentemente dal rilascio del titolo abilitativo, come è palese nell'ipotesi di un loro acquisto prima ancora di avere individuato le aree di atterraggio.

È, in tale luce, evidente il ruolo del Comune in una siffatta indagine svolge, ruolo a sua volta temporalmente successivo alla fase del trasferimento dei diritti edificatori tra privati e precisamente da attuarsi proprio nel momento in cui l'avente causa decide di far atterrare la propria volumetria nell'area di atterraggio individuata: sarà, infatti, il titolare contemporaneo del fondo di destinazione e delle cubature chiamato ad attivare il procedimento amministrativo diretto al rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'articolo 20 del testo unico dell'Edilizia. Pertanto, oggetto degli atti traslativi che intervengono tra i privati, sono diritti assoluti che hanno ad oggetto a loro volta il bene diritti edificatori; resta invece qualificabile come interesse legittimo la posizione dell'acquirente che intende richiedere alla pubblica amministrazione il permesso di costruire maggiorato, ogniqualvolta le condizioni legislative e urbanistiche lo consentano⁴².

Come è stato in precedenza osservato, non muta in ipotesi di cessione in volo dei diritti edificatori, la loro natura giuridica. La circolazione di questi ultimi, infatti, in tale fase, opera mediante una sorta di frattura del legame genetico con il fondo che li ha originati⁴³ e non richiede neppure la titolarità di un'area sulla quale programmare il loro atterraggio⁴⁴.

Non sempre però la fase del volo presuppone un'origine spaziale.

149

I diritti edificatori possono, infatti, svolgere anche una funzione di finanziamento del Comune che li genera, proprio ad un tal fine, a prescindere da un qualsiasi collegamento con un qualsivoglia terreno di partenza. Il volo, in questo caso, prescinde addirittura da un decollo e viene anche impiegato dall'amministrazione come speciale strumento di scambio per soddisfare il sacrificio sopportato da un privato nella tenuta di un particolare comportamento o di una particolare condotta, giungendo al caso, neppure del tutto eccezionale nelle previsioni di piano diffuse sul territorio, in cui i diritti di edificazione generati per autoipoiesi, sono venduti dietro pagamento di un corrispettivo in danaro (cd. contributo straordinario)⁴⁵.

⁴⁰ In questo senso, F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 80. Secondo l'Autrice se l'oggetto del diritto è un bene, appare difficile negare invece che esso sia un diritto assoluto suscettibile di formare a sua volta oggetto di una pluralità di trasferimenti consecutivi da un privato all'altro.

⁴¹ F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 80, la quale richiama la possibilità di applicare l'art. 1470 c.c. Qualora al contrario si reputasse che il provvedimento comunale determini effettivamente il trasferimento del diritto, i negozi tra privati che li abbiano ad oggetto sarebbero in realtà privi di qualsiasi efficacia traslativa ad eccezione dell'ultimo che sarebbe l'unico in grado di legare l'efficacia traslativa all'incremento della capacità edificatoria.

⁴² F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 82.

⁴³ F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁴ A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 664.

⁴⁵ F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 72 il quale segnala che una siffatta pratica appare di dubbia costituzionalità in quanto attribuisce al comune un potere concessorio che richiederebbe una legge che espressamente lo preveda. R. GAROFOLI, *op. cit.* p. 37 ricorda la questione posta all'attenzione della giurisprudenza amministrativa in relazione al Prg di Roma ed in particolare le due pronunce del Tar del Lazio (n. 1524 e n.2383 del 2010) che hanno imposto una particolare prudenza nel ricorso alle metodiche perequative e compensative. In particolare, il contributo straordinario integrerebbe un'imposizione patrimoniale, seppur di natura non tributaria, in aperto contrasto con la riserva di legge ex art. 23 Cost. L'art. 14 comma 16 lettera f) del D.L. 78 del 2010 ha introdotto la possibilità per il comune di Roma di introdurre un contributo straordinario sulle valorizzazioni immobiliari

Resta, infine, la fase per così dire finale della circolazione della volumetria nella quale l'acquisto dei diritti edificatori viene impiegato per consentire l'incremento della capacità volumetrica di un fondo diverso rispetto quello che gli aveva in origine generati; un tale momento viene comunemente definito da un punto di vista tecnico come "atterraggio".

Non basta, insomma, essere titolari dei diritti edificatori per costruire, ma è necessario altresì che la volumetria atterri in un'area⁴⁶.

La determinazione del luogo di atterraggio dei diritti edificatori deve essere predeterminata in ogni caso dagli strumenti urbanistici.

Non esistono, neppure su tale punto, regole che abbiano sul territorio nazionale il pregio della omogeneità. Può essere, infatti, disposto in occasione della loro adozione ed approvazione che i diritti edificatori possano circolare all'interno di un comparto⁴⁷, o ancora tra comparti contigui o addirittura tra comparti non contigui, sino a giungere perfino, laddove sia stato introdotto un piano di tipo intercomunale a circolare anche tra territori comunali appartenenti a diversi comuni.

A differenza dei piani tradizionali la metodica perequativa deve funzionare in modo libero nel rispetto di regole prefissate per essere efficienti; se nel primo caso, è l'amministrazione comunale a realizzare la Città pubblica gestendo l'attuazione dell'intera filiera del processo attuativo, nei nuovi Piani l'Amministrazione pubblica comunale stabilisce gli obiettivi e predispose i meccanismi attuativi, lasciando ai privati il compito di realizzare il processo trasformativo attuando le regole fissate *ex ante* in base alle leggi di mercato⁴⁸. Si tratta, insomma, di applicare alla circolazione dei diritti edificatori ed alla realizzazione degli interessi pubblici principi di tipo squisitamente economico.

L'acquirente dei diritti edificatori può aggiungere la cubatura acquistata alla cubatura di cui egli è già titolare in virtù della proprietà di un lotto che la sviluppa o per averla acquistata a sua volta da terzi.

Tale intera volumetria potrà essere fatta atterrare in tutto o in parte su una determinata area al fine dello sviluppo edificatorio; tale atterraggio non ha però il crisma della definitività: l'atterraggio

generate da modifiche dello strumento urbanistico. L'effetto evidente è stata la sanatoria delle previsioni di piano *sub iudice*. Sul punto, P. MANTINI, *op. cit.*, p. 31 e ss. La pronuncia del Consiglio di Stato del 13 luglio 2010, n. 4545 (pubblicata in *Riv. giur. ed.*, 2010, 5, p. 541, *cit. ed in Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, p. 964), ha, invece, affermato la legittimità dell'operato del Comune di Roma in quanto «da un lato, la potestà conformativa del territorio di cui l'Amministrazione è titolare nell'esercizio della propria attività di pianificazione; dall'altro, la possibilità di ricorrere a modelli privatistici e consensuali per il perseguimento di finalità di pubblico interesse».

⁴⁶ F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 75, afferma l'edificabilità in concreto «dipende dall'unione di due beni distinti, il terreno e il *quantum* di trasformazione urbanistica realizzabile su di un dato suolo le disposizioni di legge e di piano».

⁴⁷ La modalità della circolazione dei diritti edificatori all'interno di un unico comparto è la fattispecie più semplice che è dato rinvenire nella prassi; è una modalità fondata su pratiche in certo qual modo assimilabili alla lottizzazione; la differenza consiste nel fatto che l'indice di edificabilità e le tipologie edilizie devono essere tali da permettere la cessione al Comune di una quota aggiuntiva rispetto a quella che deve essere assolta per adempiere agli standard urbanistici, a seguito di apposite attente verifiche preliminari. In questo senso,

S. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 71, il quale ricorda l'esperienza del piano regolatore di Ravenna elaborato negli anni novanta con due progetti strategici collegati (la darsena e la cintura verde). È stato costruito per ottenere un tale scopo un meccanismo che prevedeva l'attribuzione ai terreni della cintura verde un indice di edificabilità molto basso (0,10 mq/mc) vincolando l'impiego dei diritti edificatori così generati al loro trasferimento nella Darsena che richiedeva interventi di riqualificazione urbanistica. Creata l'offerta di diritti edificatori si è generata anche la domanda, tanto che i proprietari delle aree site nella Darsena hanno acquisito siffatti diritti edificatori generati dalla cintura verde proprio per realizzare al meglio le nuove opere. Afferma ancora l'Autore che l'apparente contraddizione dell'attribuzione di diritti edificatori a suoli destinati a verde pubblico si spiega con un incentivo ai proprietari di tali aree a rispettarne la funzione, ottenendo l'attuazione evidente delle politiche di natura ambientale. Il meccanismo ravennate si conclude in definitiva con l'intervento di tre soggetti, il privato della Darsena che acquista i diritti edificatori, il privato della cintura verde che li cede ed il Comune che riconosce un premio edificatorio nella Darsena e nel contempo acquisisce a fronte di una assegnazione di diritti edificatori i terreni da destinare agli scopi ambientali che si prefigge.

⁴⁸ S. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 72.

potrebbe essere, infatti, impedito, in concreto, dalla mancanza o dalla scarsità delle aree o ancora da sopravvenienze di tipo normative o addirittura di fatto.

Solo con la costruzione del manufatto assentito regolarmente, infatti, si verifica la definitiva consumazione di tali diritti edificatori acquistati dal cessionario, il quale potrebbe peraltro anche cedere eventuali diritti non spesi a favore di un ulteriore cessionario o ancora riservarsi per spenderli in occasione della realizzazione di un altro intervento edilizio nelle aree a ciò destinate delle quali egli sia appunto il titolare. L'ulteriore edificazione mediante l'impiego di diritti edificatori è insomma possibile solo laddove questi non siano stati interamente spesi.

La volumetria residua deve poi essere calcolata deducendo la volumetria già utilizzata e quella eventualmente trasferita a terzi. La perdita della cubatura originaria per effetto della edificazione non preclude, poi, ulteriori interventi edilizi in ipotesi di ulteriori acquisti volumetrici.

Una peculiare ipotesi può verificarsi in ipotesi di frazionamento dell'area originaria di decollo tra vari proprietari; una volta realizzata la costruzione costoro sono contitolari della cubatura residua in proporzione alle rispettive quote indivise di spettanza⁴⁹. La volumetria residua discenderà dalla somma algebrica tra quella consumata e quella sviluppata dal lotto come diviso tra di loro.

È per altro verso altrettanto immaginabile che l'atterraggio dei diritti edificatori in un'area della quale l'acquirente sia proprietario potrebbe essere provvisoria, sia per effetto di un'autonoma decisione da quest'ultimo assunta o ancora per effetto di una (sempre possibile, ove l'interesse pubblico lo richieda) variazione delle decisioni assunte in occasione dell'adozione degli strumenti urbanistici all'epoca vigenti.

Per ricorrere ad un'espressione enfatica l'atterraggio può non essere definitivo ed in presenza delle ricordate condizioni può precludere ad un nuovo volo dei diritti edificatori.

La decisione del titolare dei diritti edificatori in ordine alla loro destinazione spaziale funzionale al loro impiego può avere origine sin dal momento del decollo o può sorgere durante il volo.

È stato posto dagli interpreti e dai pratici il dubbio in ordine al ruolo dei riferimenti catastali nella nota di trascrizione⁵⁰ e la questione in attesa di una soluzione condivisa è parsa essere quella della loro indicazione nella sezione D della nota⁵¹, dovendosi escludere per le ragioni teoriche e pratiche appresso indicate l'indicazione di tali elementi nella sezione B della nota stessa.

Non si tratta però di un dato essenziale, né necessario per la completezza dell'informazione⁵².

Il volo può non solo essere più o meno temporalmente lungo, ma può anche verificarsi l'ipotesi in cui l'acquirente di diritti edificatori, che nel contempo sia anche proprietario di un lotto nel quale astrattamente essi potrebbero atterrare decida di non farli confluire su di esso, per le ragioni più diverse.

È la realizzazione della costruzione a determinare la spendita dei diritti edificatori, solo però laddove essi siano stati integralmente impiegati, potendo certo essere sempre ipotizzabile che per effetto di una variante in corso d'opera, ad un minore impatto urbanistico del manufatto realizzando consegua un risparmio in termini di volumetria.

Un simile risultato sarà giuridicamente evidente sino a quando sul terreno insisterà la costruzione che abbia esaurito in tutto o parzialmente la capacità edificatoria in conformità al rilasciato permesso di costruire⁵³.

In ipotesi, poi, di demolizione di tale ultimo manufatto, sia per effetto espresso dell'accordo obbligatorio di ripristino della situazione *quo ante*, sia quale effetto implicito della definitività della caducazione

⁴⁹ A. SAVATTIERI, *op. cit.*, p. 382.

⁵⁰ La questione è riecheggiata soprattutto in ambiti congressuali e non ha sinora trovato emersione scritta nei contributi offerti.

⁵¹ In questo senso, G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 90 che ha affrontato in una precedente occasione la valenza della

sezione D della nota di trascrizione.

⁵² In contrario, G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93.

⁵³ Reputa ammissibile in tale caso l'esercizio dell'azione generale di arricchimento senza causa M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *I contratti del commercio ...*, *cit.*, p. 2265.

dell'accordo traslativo originario, la volumetria, salvo eccezioni espressamente regolate dal punto di vista urbanistico, potrà nuovamente circolare, con nuovi decolli, voli ed atterraggi⁵⁴, atti che dovranno rispettare le formalità pubblicitarie imposte dalla nuova disposizione.

Il n. 2-bis dell'art. 2643 c.c. fa poi riferimento solo alle ipotesi in cui si costituiscano trasferiscano o modificano diritti edificatori; l'art. 2643, n. 14 c.c. riprende quasi specularmente la stessa previsione con riferimento però alle sentenze.

Manca, insomma, il riferimento testuale alla pubblicità immobiliare delle ipotesi di estinzione dei diritti edificatori, proprio perché la loro spendita concreta (una volta conclusa la loro circolazione) discende essenzialmente proprio da una vicenda di tipo amministrativo ed urbanistico (quale la realizzazione conforme al titolo dell'opera) che fuoriesce dall'alveo disegnato dalla norma.

Non è, poi, sufficiente il riferimento applicativo all'art. 2645 c.c.

Devono in base a tale ultima norma trascritti solo gli atti ed i provvedimenti aventi ad oggetto diritti edificatori dai quali discende un effetto sovrapponibile a quello indicato nel n. 2-bis dell'art. 2643 c.c., poiché solo essi rientrano del perimetro normativo della disposizione.

È necessario circoscrivere allora rigidamente la platea di tali ipotesi, in funzione non dell'atto (come nell'art. 2643 c.c.), ma dell'effetto, tipico e formale; devono senz'altro essere quindi espunte tutte le fattispecie estintive dei diritti edificatori, qualsivoglia forma o natura abbiano assunto, siano esse definitive o temporanee⁵⁵. Non vanno, invece, trascritti gli atti ed i provvedimenti dai quali non discende un tale effetto, proprio in quanto espressamente posti al di fuori del perimetro normativo della disposizione in commento.

Può a questo punto rilevarsi che il meccanismo che risolve con la trascrizione il conflitto tra più aventi causa dallo stesso dante causa trova il suo limite proprio nell'utilizzazione dei diritti edificatori in concreto; è in definitiva proprio la spendita della volumetria a rappresentare il limite alla possibilità di beneficiare dei vantaggi della pubblicità immobiliare nella circolazione della cubatura⁵⁶.

152 È stato, allora, suggerito acutamente⁵⁷ di utilizzare la metodica alla quale si è già fatto ricorso in occasione della concentrazione o accorpamento di cubatura. In tale caso, la stipulazione di un atto d'obbligo mediante il quale si dà emersione pubblicitaria di un tale evento può senz'altro rappresentare un buon suggerimento da introdurre in una ipotetica prassi virtuosa; solo allorché il cessionario della volumetria in volo abbia individuato con sufficiente grado di definitività l'area di atterraggio solo allora di tale fatto potrà darsi emersione pubblicitaria con la stipulazione di un atto unilaterale d'obbligo che ne sia la cartina di tornasole⁵⁸.

E non è certo necessario perché ciò avvenga l'intervenuto rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato, dal momento che è più opportuno che la formazione di tale atto amministrativo segua e non preceda la stipulazione e la trascrizione del relativo atto d'obbligo.

⁵⁴ M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 2276; N. A. CIMMINO, *op. cit.*, p. 1122-1123.

⁵⁵ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 485.

⁵⁶ In questo senso, R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, cit. con riferimento al paragrafo intitolato "la cd. cessione di cubatura".

⁵⁷ G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 94. la soluzione è stata ripresa da G. RIZZI, «I diritti edificatori/crediti edilizi ...», cit., p. 21.

⁵⁸ Non sembra che il ricorso ad altre soluzioni possa essere inteso quale appagante; il riferimento è alla postulata

previsione dell'obbligo di annotare a margine della trascrizione che riconosce i diritti edificatori all'ultimo cessionario che poi li impiegherà in concreto, l'avvenuta concreta utilizzazione parziale o totale, al momento del rilascio del permesso di costruire che determina la volumetria davvero utilizzata; in questo senso, G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 94, il quale suggerisce anche l'altra soluzione che appare invero preferibile. Può trovarsi riscontro nella pronuncia del Consiglio di Stato della sezione IV in data 6 luglio 2010, n. 4333, citata, commentata in *Il Sole 24Ore* 22 agosto 2010, n. 229, nella quale la stipulazione di un siffatto atto assume rilievo cogente.

Diritti edificatori e diritti parziari

Resta, poi, impregiudicata la possibilità di costituire diritti reali parziali sui diritti edificatori.

L'adesione alla impostazione che qualifica come beni i diritti edificatori consente, in concreto, di ammettere una tale possibilità, sebbene sia evidente che l'analisi concreta della fattispecie come postulata sia in realtà difficilmente realizzabile in concreto⁵⁹. Deve però ammettersi che una tale ipotesi discende invero direttamente dall'accettazione dell'impostazione che reifica la cubatura che qui si preferisce, e non tanto invece dalla lettura nominalistica della nuova disposizione introdotta nel codice civile dalla riforma. Non sempre infatti condivisibile ammettere una tale ipotesi sulla base del termine "costituire" diritti edificatori (introdotta in occasione della conversione del decreto legge) che enfaticamente evocherebbe proprio il distacco o la compressione del diritto di proprietà proprio per effetto della nascita di un diritto reale minore⁶⁰.

In realtà, la questione si pone in particolare solo per il diritto di usufrutto⁶¹, ma è evidente che la soluzione dipende non solo dalla ricostruzione che si accoglie in ordine alla natura giuridica dei diritti edificatori, ma anche dall'impostazione alla quale si accede in tema di oggetto del diritto di usufrutto stesso.

L'usufrutto è un diritto reale di godimento su cosa altrui avente contenuto generale, in quanto il titolare può godere della cosa e far propri i frutti civili e naturali di essa senza mutarne la destinazione economica ed è caratterizzato da assolutezza, da immediatezza, da inerenza alla cosa (ossia opponibilità a chiunque divenga proprietario del bene) ed ha un contenuto legalmente tipico⁶².

Sono, in tal senso, precluse all'usufruttuario tutte le forme di godimento incompatibili con la destinazione economica impressa: ciò vale a differenziare l'istituto rispetto alla proprietà in genere ma anche rispetto alla proprietà temporanea (nella quale il proprietario, pur potendo godere del bene in ogni possibile forma, ha un fermo limite temporale di tipo turnario).

La funzione dell'usufrutto consiste nel permettere la separazione temporanea del godimento ossia che un soggetto diverso dal proprietario tragga alcune delle utilità spettanti al proprietario per un certo tempo; tale scissione non può tuttavia essere perpetua poiché ostacolerebbe gravemente lo sfruttamento razionale dei beni e la loro circolazione, con evidenti conseguenze antieconomiche.

Un ulteriore limite è costituito dal rispetto della destinazione economica, la cui violazione non dà luogo soltanto alla possibilità di utilizzare il rimedio dell'abuso di cui all'art. 1015 c.c., ma in particolare ad una lesione dell'obbligo di non ingerenza che grava su tutti i consociati, alla cui salvaguardia è azionabile il meccanismo dell'azione negatoria.

La destinazione economica non va intesa solo in senso oggettivo, avuto riguardo alla funzione alla quale essa è oggettivamente idonea nella vita comune, ma in senso soggettivo, dovendo essere rispettata la funzione alla quale il bene era adibito prima della costituzione dal proprietario pieno o alla costituzione impressa nell'atto costitutivo medesimo.

La circolazione del diritto di usufrutto, successiva alla sua costituzione, è indipendente dalla circolazione della nuda proprietà, il cui contenuto è limitato al rispetto del diritto dell'usufruttuario, al potere di disposizione del diritto ed alla espansione del diritto in proprietà per effetto del consolidamento al tempo della cessazione dell'usufrutto stesso.

L'usufrutto può poi essere costituito da un ente collettivo che sia titolare della proprietà o di un diritto

⁵⁹ In questo senso, A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 663.

⁶⁰ La ammette A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 663 nota 28. L'Aurice argomenta tale opinione sul piano letterale dal verbo "costituire", che «parrebbe invero proprio richiamare la logica del diritto reale minore che, originandosi per distacco o compressione dalla proprietà, non è fenomeno derivativo ma appunto

costitutivo».

⁶¹ Non sembra possano essere configurati altri diritti reali quali la superficie, l'enfiteusi, l'abitazione, l'uso o la servitù, per incompatibilità degli schemi legali con le caratteristiche del bene "volumetria".

⁶² G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 2010, p. 930.

reale minore che ne consente la costituzione o a favore di una ente collettivo giuridica, in quest'ultimo caso con il limite trentennale di cui all'art. 979 c.c. Qualora beneficiario della costituzione sia un ente collettivo è sufficiente che lo stesso sia dotato di un'autonoma soggettività giuridica a prescindere dalla circostanza che abbia chiesto ed ottenuto la personalità giuridica.

L'usufrutto, nell'impostazione tradizionale, poteva avere ad oggetto solo cose corporali, mobili o immobili purché non consumabili⁶³; va, però, segnalato da una parte che il concetto di bene corporale ha subito un'evoluzione rispetto al tempo dei romani, tant'è che vengono tra queste ultime vengono comprese anche cose non visibili, come l'energia elettrica e il gas non conosciute a quell'epoca e pertanto ovviamente non considerate entità economiche.

Dall'altra, hanno assunto sempre un maggior valore sociale quei beni incorporali che formano oggetto in via esemplificativa di proprietà letteraria, artistica, industriale e commerciale sia da un punto di vista economico sociale (in relazione alla loro possibilità di utilizzazione) sia da un punto di vista assiologico (in relazione alla salvaguardia degli interessi in gioco).

È, allora, configurabile l'usufrutto su beni incorporali come il diritto di autore nelle sue manifestazioni economiche, nonché i diritti di brevetto e l'usufrutto di azienda (regolato espressamente dall'art. 2561 c.c.).

La questione della configurabilità dell'usufrutto sui diritti edificatori è del tutto nuova, proprio per effetto della vicinanza temporale ad oggi della novella del 2011.

L'adesione alle impostazioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza e sin qui ricostruite in relazione alla natura giuridica dei diritti edificatori (diverse dalla riconduzione della fattispecie nell'alveo del bene, ivi compresa la tesi del diritto reale), conduce, senza dubbio alcuno, ad escludere una siffatta possibilità di configurazione.

154 Solo l'adesione alla tesi della reificazione della volumetria permette, invece, di valutare positivamente la costituzione del diritto di usufrutto sui diritti edificatori, bene mobile immateriale di origine immobiliare, al pari della sua riserva in occasione della loro cessione onerosa o gratuita della nuda proprietà, proprio in considerazione del valore economico socialmente apprezzato della volumetria⁶⁴. Tale ultima ragione conduce alla soluzione favorevole in ordine al fatto che anche la cubatura possa formare oggetto di usufrutto, fatte salve naturalmente eventuali pur ipotizzabili esclusioni o limitazioni che le regole urbanistiche ponessero localmente⁶⁵.

⁶³ Ove l'oggetto sia un bene consumabile si avrà la fattispecie del quasi-usufrutto, la cui peculiarità consiste nel fatto che il titolare non acquista solo il diritto di godere di tali beni ma la proprietà degli stessi e l'obbligo di restituire alla scadenza il *tantundem eiusdem generis* ovvero il corrispondente valore.

⁶⁴ Ammette l'usufrutto sui diritti edificatori E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 121, così come L. RESTAINO, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁵ È stato posto in dubbio (E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 121) se vi siano effetti peculiari al momento del consolidamento dell'usufrutto come costituito sui diritti edificatori, una volta realizzati il meccanismo del consolidamento; e che verosimilmente si avrà accessione della costruzione al terreno. La questione è in concreto ben più complessa. Aderire, infatti, alla soluzione favorevole alla costituzione dell'usufrutto sui diritti edificatori lascia impregiudicato il problema della modulazione degli effetti dell'atterraggio di una volumetria come gravata di usufrutto a favore di un soggetto terzo. L'ipotesi, sinora inesplorata in dottrina ed in giurisprudenza, è quasi espressione di un fisiologico principio di corrispondenza nel caso (pacifico)

in cui anche l'area di atterraggio sia gravata di usufrutto (temporalmente di eguale durata) a favore del medesimo soggetto beneficiario.

La ricerca di una plausibile ricostruzione solleva, invece, dubbi allorquando l'area di atterraggio non spetti simmetricamente in nuda proprietà e in usufrutto ai medesimi titolari degli stessi diritti che spettano loro sulla cubatura che si intende far atterrare.

In tal caso, laddove del terreno di atterraggio sia pieno proprietario colui che è il nudo proprietario della cubatura destinata ad atterrare su di esso, potrà trarsi utile spunto dalla disciplina del quasi usufrutto per affermare che in tal caso all'atto della consumazione della volumetria con il rilascio del permesso di costruire e la edificazione del manufatto sorge per il titolare dell'area che acquista l'obbligo di restituire alla scadenza il *tantundem eiusdem generis* ovvero il corrispondente valore.

Possono essere risolte allo stesso modo spostando l'accento sul piano obbligatorio, allora, anche le seguenti due ipotesi nelle quali: A) dell'area di atterraggio siano A e B titolari rispettivamente dell'usufrutto e della nuda

Nessun problema sorge, poi, in ordine al rispetto della destinazione della volumetria, che discende direttamente dalle regole urbanistiche e non può subire alterazioni di sorta.

L'usufrutto può, inoltre, essere costituito inoltre non solo a mezzo negozi tra vivi a titolo oneroso o a titolo gratuito, ma anche con testamento o sentenza⁶⁶.

La forma dell'atto tra vivi costitutivo dell'usufrutto è in funzione dell'oggetto di esso o del tipo di negozio adottato dalle parti.

Costituiscono fattispecie diverse, tutte leggibili alla luce dei principi generali le ipotesi di riserva della cubatura in piena proprietà in occasione della vendita o della donazione dell'area dalla quale essa promana, al pari della riserva di usufrutto dell'area ceduta al titolare della quale viene altresì trasferita la volumetria integrale scessa dal peso di un siffatto diritto.

Questione ancora diversa è la legittimazione attiva alla vendita della cubatura nel caso in cui il bene dal quale promana il diritto edificatorio che viene ceduto sia gravato di usufrutto (di qualsivoglia durata temporale); nell'atto di cessione dovranno opportunamente intervenire, nel loro rispettivo titolo, entrambi usufruttuario e nudo proprietario.

L'efficacia della trascrizione nei registri immobiliari degli atti aventi ad oggetto i diritti edificatori

Devono subito essere individuati gli ambiti nei quali trova applicazione la nuova disposizione che impone la trascrizione nei registri immobiliari di alcune tipologie di atti aventi ad oggetto diritto edificatori, per potere poi discernere l'efficacia della formalità come eseguita, atteso che non tutte le ipotesi danno luogo ad una pubblicità di tipo dichiarativo. La ricerca richiede quindi un esame delle singole fattispecie che le norme e la prassi ha creato, per disegnare i contorni dell'obbligo di trascrizione⁶⁷.

Va, a questo punto ricordato, ancora una volta, che i diritti edificatori di origine perequativa trovano origine direttamente nel piano regolatore e dal momento dell'approvazione di quest'ultimo strumento possono formare oggetto di negozi, diretti alla concentrazione della volumetria nelle aree predeterminate a tal fine.

I diritti edificatori di fonte compensativa discendono, invece, direttamente dalla cessione volontaria (dettata da esigenze ambientali o legate ai procedimenti ablatori) all'amministrazione comunale del fondo che li genera⁶⁸.

I diritti edificatori di natura incentivante traggono origine in una norma di fonte statale, regionale o ancora semplicemente di piano (sia essa originaria o attuativa) e possono circolare al verificarsi delle condizioni normative dalle quali derivano.

Il presupposto per l'obbligo di esecuzione della formalità della trascrizione, a norma dell'art. 2643 c.c. n. 2-bis per il notaio incaricato della stipula dell'atto è, quindi, la formazione di un contratto che

proprietà e solo B sia proprietario della volumetria; B) dell'area di atterraggio siano A e B titolari rispettivamente dell'usufrutto e della nuda proprietà e solo A sia proprietario della volumetria. Per effetto dell'atterraggio sull'area in questione, l'edificio spetterà ad A e B titolari rispettivamente dell'usufrutto e della nuda proprietà in entrambe le ipotesi. Ed in ambedue i casi sorgerà un rapporto obbligatorio corrispondente nei confronti del titolare della cubatura, che avrà un credito di corrispondente valore economico.

⁶⁶ Il favore per l'ammissibilità dell'usucapione dei diritti

edificatori (per la piena proprietà) permette di risolvere positivamente anche la questione della possibilità astratta di usucapire solo l'usufrutto dei diritti edificatori stessi.

⁶⁷ Per un quadro completo e frizzante della pubblicità immobiliare G. BARALIS, «La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità», in *I quaderni della Riv. dir. civ.*, 17, 2010.

⁶⁸ R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 35 il quale aggiunge per completezza che i diritti edificatori di fonte premiale o incentivante sono attribuiti a seguito dell'esecuzione dell'intervento di riqualificazione urbanistica o ambientale.

trasferisca, costituisca o modifichi i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale.

Ogni qualvolta il *diritto edificatorio* formi oggetto di una di tali ipotesi contrattuali, anche nella forma di convenzione urbanistica⁶⁹, il notaio rogante o autenticante (al pari di ogni altro pubblico ufficiale rogante o autenticante) dovrà senz'altro procedere alla formazione di un siffatto adempimento da eseguirsi presso l'Agenzia del territorio competente.

Nessuna importanza dal punto di vista dell'adempimento dell'obbligo di effettuare la trascrizione nei registri immobiliari, avrà peraltro né la qualificazione dei diritti edificatori in ordine alla sua fonte o appartenenza categoriale (di tipo perequativo, compensativo, incentivante o misto), né il fatto che esso sia o meno in volo.

Qualche dubbio lo pongono le questioni di diritto intertemporale. Appare irrilevante il tempo dell'origine dei diritti edificatori oggetto di trasferimento; sia che essi abbiano avuto origine anteriore o posteriore alla novella del 2011, i relativi atti dei quali formino oggetto, successivi alla novella medesima, devono avere emersione nei registri immobiliari⁷⁰.

Non rileva, insomma, in alcun modo, il tempo dell'origine dei diritti edificatori; le operazioni che li hanno ad oggetto effettuate dopo l'entrata in vigore della novella in commento devono trovare necessariamente emersione nei registri immobiliari⁷¹.

È sorto il dubbio se possano essere trascritti oggi atti aventi ad oggetto diritti edificatori recanti la data anteriore all'entrata in vigore della novella. Una tale evenienza non solo non può essere esclusa in presenza di peculiari indicazioni provenienti dagli strumenti urbanistici, ma appare talora addirittura opportuna per consentire efficacemente che trovino attuazione i principi di opponibilità e continuità che animano i registri immobiliari. Pertanto, la trascrizione dei titoli precedenti inibisce un'eventuale soccombenza in ipotesi di conflitto con altro avente causa dallo stesso dante causa⁷².

156 Nessun rilievo avrà, poi, l'intenzione dell'avente causa di cedere tali diritti edificatori o di incorporarli in un'area di cui è titolare o ancora di non spenderli, in attesa di tempi successivi.

Il piano dell'esercizio del diritto va, infatti, nettamente distinto dal piano della titolarità di essi e della sua modificazione.

Devono, a questo punto, essere prese in considerazione le diverse ipotesi alle quali il legislatore ha fatto riferimento.

Devono, infatti, essere innanzi tutto trascritti gli atti che costituiscono diritti edificatori. Va al proposito evidenziato un dato testuale della disposizione in commento piuttosto curioso; la norma contiene un'elencazione nella quale il concetto di "trasferimento" precede inopinatamente le nozioni di "costituzione" o di "modifica" dei diritti edificatori, frutto certamente di poca attenzione nella redazione.

Si tratta, in realtà, di una categoria di atti (costitutivi) introdotta dal legislatore in occasione della conversione dell'originario decreto legge n. 70 del 2011 nella legge n. 106 del 12 luglio 2011, sulla cui utilità è stato posto qualche dubbio⁷³; è stato sostenuto⁷⁴ al proposito che la costituzione del diritto edificatorio si identificerebbe, in realtà, con la prima cessione di cubatura e che il trasferimento

⁶⁹ Atto della cui natura squisitamente contrattuale è possibile discutere.

⁷⁰ Può al riguardo porsi semmai il dubbio se il precedente o i precedenti titoli anteriori al 2011 debbano essere *ex post* riproposti per la esecuzione della formalità presso i registri immobiliari; la risposta positiva è quella più in linea con la costruzione del sistema e la sicurezza dei traffici commerciali.

⁷¹ In questo senso, E. SMANIOTTO, *op. cit.*, p. 376.

⁷² Rileva A. SAVATTIERI, *op. cit.*, p. 380 che anche prima

della novella siffatti atti andavano comunque trascritti.

⁷³ Condivide le perplessità sul punto, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 229, in quanto la potestà in materia di governo del territorio spetta alla pubblica amministrazione, non essendo neppure immaginabile che i diritti edificatori possano essere costituiti (o modificati) tra privati al pari della cessione.

⁷⁴ G. PETRELLI, «Trascrizione degli atti relativi a diritti edificatori ("cd. cessione di cubatura o di volumetria)», in <http://www.gaetanopetrelli.it>, p. 8.

tout court concernerebbe senz'altro la circolazione successiva, ipotizzando "una sorta di monopolio privato nella disciplina della fattispecie, con un contratto derivativo - costitutivo, evidentemente del tipo servitù prediale, suscettibile però di circolazione"⁷⁵.

Può osservarsi, in senso contrario, che l'origine della volumetria non può mai dipendere dalla volontà delle parti, ma è sempre devoluta alla mano pubblica⁷⁶.

Secondo un'altra impostazione recente⁷⁷, del tutto condivisibile, solo per la cessione di diritti edificatori ha un senso l'emersione pubblicitaria del fenomeno e *misterioso* è il motivo per il quale la disposizione è stata così conformata⁷⁸; l'amministrazione pubblica, infatti, - a differenza ad esempio del nudo proprietario costituente un diritto di usufrutto - non potrebbe cedere lo stesso diritto edilizio due volte a soggetti diversi; in ogni caso, qualsivoglia conflitto tra costoro dovrebbe essere risolto non alla luce delle regole della pubblicità immobiliare, bensì con la disciplina dell'autotutela amministrativa.

Il risultato della novella del 2011 è allora ben strano: nella stessa disposizione coesisterebbero una trascrizione ai fini dell'opponibilità (per il trasferimento dei diritti edificatori) e una quale pubblicità notizia (per la loro costituzione e la loro modificazione)⁷⁹.

Ed aderendo ad una tale ricostruzione, atteso che la pubblicità notizia è estranea alla filiera di cui all'art. 2650 c.c. comma 1 c.c., l'atto costitutivo che è posto all'origine della catena dei successivi trasferimenti, non dovrebbe allora necessariamente essere trascritto nei registri immobiliari⁸⁰ (al pari dell'atto modificativo).

Nonostante la difficoltà interpretativa, il riferimento normativo alle fattispecie costitutive del diritto edificatorio, inserito nella norma in commento per effetto di una sorta di *forzatura*⁸¹ in occasione della conversione del decreto legge (laddove la norma originaria richiamava solo i «contratti che trasferiscono diritti edificatori»), è evidentemente diretto a tutte le ipotesi convenzionali nelle quali la cubatura origini dall'esigenza di ristorare una minorazione o una lesione subita dal privato o premi una sua condotta ritenuta in tal senso meritevole, latamente riconducibili all'alveo della volumetria di fonte compensativa⁸².

Tali fattispecie devono trovare emersione pubblicitaria anche allorquando siano innestate in ipotesi miste di tipo perequativo e compensativo.

È stata proposta⁸³, proprio allo scopo di generare la catena delle trascrizioni a favore dell'ultimo avente causa, la trascrizione del provvedimento amministrativo iniziale di assegnazione dei diritti edificatori a favore di colui che, poi, li cederà.

Una tale opinione, invero, pur trova senz'altro conferma nel dettato dell'articolo 2645 c.c. secondo il quale devono rendersi pubblici «ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni

⁷⁵ G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, p. 7, il quale segnala che il diritto edificatorio può essere attribuito ad una certa persona, laddove la servitù impone un vincolo rispetto ad un altro fondo.

⁷⁶ L'acquirente del diritto edificatorio non può disporne a favore di qualsiasi fondo di sua proprietà.

⁷⁷ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 231.

⁷⁸ Secondo F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 232 che utilizza appunto l'aggettivo misterioso per indicare l'oscurità delle ragioni, il legislatore, nel caso di specie, ha sommato cavalli e (non a caso) asini.

⁷⁹ La trascrizione con efficacia dichiarativa si accompagna fisiologicamente alla regolazione di un sistema pubblicitario su base squisitamente personale. La dichiaratività della formalità e la personalità del sistema

sono intimamente connesse. Sul punto, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 399.

⁸⁰ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 232 afferma poi che non si crea alcun problema di ricostruzione dei passaggi successivi poiché dall'esame del titolo allegato alla nota di trascrizione si può stabilire se quello del dante causa è proprio il provvedimento amministrativo dal quale promanano tutti gli step successivi.

⁸¹ L'espressione è di F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 230.

⁸² G. MARENA, *op. cit.*, p. 915 nota 67 afferma che il riferimento è alla cessione volontaria in luogo di esproprio a fronte della quale sono ceduti dall'ente cessionario diritti edificatori.

⁸³ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, *cit.*, p. 225.

immobili o a diritti immobiliari alcuno degli effetti e dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c., salvo che dalla legge non risulti che la trascrizione non sia richiesta o che è richiesta a scopi diversi⁸⁴.

Il rapporto tra le due disposizioni da ultimo ricordate può essere plasticamente ricondotto in estrema sintesi all'espressione che se la seconda «elena una serie di atti tipici», la prima fa riferimento «agli effetti prodotti da questi atti»: in particolare, in un caso la tipicità concerne gli atti, in un altro gli effetti⁸⁵. L'art. 2645 c.c. ha allora solo la funzione di rendere irrilevante «il tipo di atto ai fini della trascrizione, sul piano della natura e struttura», con la conseguenza che qualsiasi atto che produca gli effetti di cui all'art. 2643 c.c. può essere appunto trascritto.

Dalla cattiva coordinazione normativa (probabilmente sfuggita ad un legislatore distratto) discende, allora, che devono essere trascritti anche i provvedimenti amministrativi dai quali origini la cubatura della quale si intende poi disporre.

Tale questione è, peraltro, espressione del più generale ed ora ricordato problema dell'ambito di applicazione dell'art. 2645 c.c.

Andranno allora trascritti gli atti ed i provvedimenti aventi ad oggetto diritti edificatori dai quali discende un effetto sovrapponibile a quello indicato nel n. 2-bis dell'art. 2643 c.c., poiché solo essi rientrano del perimetro normativo della disposizione.

Sulla scia dell'impostazione preferibile che afferma essere necessario circoscrivere rigidamente la platea delle ipotesi che possono essere trascritte, in funzione non dell'atto (come nell'art. 2643 c.c.), ma dell'effetto, tipico e formale, devono senz'altro essere espunte le fattispecie estintive, qualsivoglia forma o natura abbiano assunto⁸⁶. Non vanno, allora, trascritti gli atti ed i provvedimenti dai quali discende un tale effetto, poiché sono posti al di fuori del perimetro normativo della disposizione.

È però evidente che il dato normativo appena ricordato che richiede la trascrizione non solo per gli atti convenzionali, ma anche per gli atti provvedimenti, si scontra con la difficoltà pratica di trascrivere atti amministrativi di grande complessità quali piani regolatori o anche semplicemente

158 piani attuativi che concernono talora aree territoriali enormi.

È, pertanto, preferibile affermare, a tale riguardo, che la trascrizione di tali atti amministrativi aventi carattere generale da ultimo citati, la cui esecuzione nei registri immobiliari avrebbe peraltro solo un mero effetto di pubblicità notizia, è rimessa alla valutazione dell'ente territoriale, sul quale grava un tale obbligo, che per trovare attuazione richiede la presenza di alcuni dati informativi in esso contenuti. L'esecuzione di una tale formalità andrà allora esclusa in concreto nella maggior parte della ipotesi, proprio per l'assenza del dato soggettivo in ordine alla titolarità dei diritti reali delle aree comprese nel piano, dal momento che gli strumenti urbanistici sono essenzialmente costruiti su base oggettiva. Va, invece, precisato che devono essere certamente trascritte anche eventuali convenzioni meramente riproduttive dell'atto amministrativo che ha dato luogo alla nuova volumetria, con accettazione della stessa da parte del privato titolare, al pari degli atti delle convenzioni aventi magari contenuto di tipo ricognitivo del fatto, della condotta o dell'atto (amministrativo) che la ha generata.

È evidente che una tale soluzione, dettata essenzialmente da un'esigenza di tipo pubblicitario (in senso ampio), sia pure orientata in senso pratico, prescinde dalla qualificazione di ciascuna fattispecie *strictu sensu* quale contratto (inteso appunto ai sensi dell'art. 1321 c.c. quale accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale). A tacer, poi, della difficoltà concreta di discernere le ipotesi aventi sostanzialmente natura contrattuale (da trascrivere) dalle ipotesi prive di una tale qualità (da non trascrivere), il richiamo all'articolo 2645 c.c. appare in tal senso dirimente.

⁸⁴ Deve essere esclusa, tuttavia, la possibilità di trascrivere il piano regolatore generale dal quale discendano diritti edificatori di natura perequativa. In questo senso, B. BRIANTE, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁵ L'espressione è di F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 481.

⁸⁶ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 485.

Il contenuto pretensivo dei diritti edificatori, che va anche *per relationem* precisato nei contratti che li hanno ad oggetto e nelle relative formalità trascrittive, trova in realtà la sua esatta configurazione proprio negli atti amministrativi che ad essi danno origine.

Ed è anche in tali atti aventi carattere squisitamente amministrativo che ha la fonte anche qualsiasi modifica del contenuto dei diritti edificatori, che sfugge naturalmente alla regolazione convenzionale dei privati (a meno di non immaginare che la disposizione abbia riguardo all'ipotesi residuale in cui la modifica del contenuto dei diritti edificatori sia contenuta in una speciale convenzione da stipularsi con l'ente territoriale).

Resta, pertanto, qualche perplessità tale peculiare previsione contenuta nel ricordato n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. in ordine alla trascrivibilità di atti aventi ad oggetto contratti che modificano diritti edificatori, non potendo appunto le parti private in alcun modo regolarne, modificandolo, il loro contenuto pretensivo, oltre all'ipotesi residuale ora ricordata.

È opportuno, allora, riferire un tale caso all'ipotesi in cui esse abbiano modulato i diritti edificatori diversamente rispetto ad un precedente atto traslativo intervenuto tra di loro, in specie in ordine alla misura della volumetria traslata o in relazione al suo luogo di atterraggio o ancora in funzione di eventuali riserve a favore dell'originario disponente o di un soggetto terzo.

Devono essere, altresì, trascritte anche eventuali convenzioni meramente riproduttive dell'atto amministrativo che ha dato luogo alla modifica volumetrica, con accettazione della stessa da parte del privato titolare, al pari degli atti delle convenzioni aventi magari contenuto di tipo ricognitivo del fatto, della condotta o dell'atto (amministrativo) che la ha modificata⁸⁷. Dall'esame dell'art. 2645 c.c. si evince con chiarezza, poi, che devono essere trascritti specularmente i provvedimenti amministrativi dai quali origini la modificazione dei diritti edificatori sia pure con mera efficacia di pubblicità notizia. Diversa è, però, l'efficacia dell'atto modificativo trascritto. Laddove il contenuto dell'atto modificativo impinga nei rapporti di natura squisitamente contrattuale è evidente la natura dichiarativa dell'effetto della formalità, residuando l'efficacia della mera pubblicità notizia nelle altre ipotesi, senza dubbio ben più diffuse.

159

Resta aperta la questione della emersione pubblicitaria della estinzione per consumazione dei diritti edificatori di cui si è avvalso il cessionario.

È stato osservato criticamente⁸⁸ al riguardo che il provvedimento amministrativo di revisione o di revoca potrebbe essere sul piano funzionale a norma dell'art. 2655 c.c. annotato a margine della trascrizione; va, però, al riguardo, in modo condivisibile, aggiunto che in realtà le vicende estintive dei diritti edificatori non richiedono una loro rilevazione dai registri immobiliari⁸⁹. Inoltre, la sanzione prevista dal terzo comma della disposizione stessa, sarebbe del tutto inapplicabile alla fattispecie dal momento che non sarebbe assolutamente ipotizzabile un effetto restitutorio tra le parti, quanto piuttosto un effetto integralmente estintivo⁹⁰.

Può osservarsi che la peculiarità dei diritti edificatori è costituita dal fatto che la loro spendita non è definitiva; la realizzazione del fabbricato che "consuma", per così dire la volumetria della quale il proprietario del lotto era titolare, non è un fatto "definitivo", ben potendo, nel rispetto delle norme di

⁸⁷ È evidente che una tale soluzione, analoga a quella suggerita per i contratti costitutivi di diritti edificatori e dettata essenzialmente da un'esigenza di tipo pubblicitario, prescinde dalla sua qualificazione *strictu sensu* quale contratto (inteso appunto ai sensi dell'art. 1321 c.c. quale accordo di due o più parti per costituire regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale) di ogni singola fattispecie. La difficoltà concreta di discernere le ipotesi aventi sostanzialmente natura contrattuale (da trascrivere) dalle ipotesi prive di una tale qualità (da non

trascrivere) corrobora una tale opzione.

⁸⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 219 negativamente sul punto.

⁸⁹ In questo senso, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 219, il quale afferma che ove la cessione non sia stata trascritta, sarà la trascrizione dell'atto di asservimento a produrre gli stessi effetti.

⁹⁰ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 227, propone quale soluzione definitiva la cancellazione della trascrizione di cui all'art. 2668 c.c..

legge tempo per tempo vigenti demolire e ricostruire il manufatto, utilizzando anche solo parzialmente la volumetria sviluppata dal lotto medesimo.

Un tale fenomeno non ha emersione nei registri immobiliari, in quanto non rientra in alcuna delle ipotesi di cui al n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. (trasferimento, costituzione o modifica)⁹¹.

Nessuna peculiare considerazione merita la fattispecie del trasferimento dei diritti edificatori che deve pacificamente avere accesso nei registri immobiliari, con pieno effetto dichiarativo della formalità.

Deve a questo punto essere segnalata una lacuna nel sistema della pubblicità: solo di rado le modificazioni normative dell'ordinamento civile vengono estese con apposite disposizioni di adeguamento al settore della pubblicità sui libri fondiari; nonostante la previsione contenuta nell'art. 12 ultimo comma del R.d. n. 499 del 1929 (per la quale tutti i riferimenti contenuti in norme di legge a formalità pubblicitarie nei registri immobiliari valgono per le corrispondenti iscrizioni nei libri fondiari) e nell'art. 20 lettera h) legge tavolare (secondo il quale ogni atto per il quale norme di legge anche sopravvenute dispongono la pubblicità nei registri immobiliari del codice deve averla anche nei libri fondiari) e la chiarezza dell'intento del legislatore nazionale sono insorte spesso difficoltà interpretative in ordine alla estensione dell'una disciplina al campo dei libri fondiari. Paradigmatica è la previsione della pubblicità degli atti condizionati, regolata per i registri immobiliari dagli articoli 2659 secondo comma e 2660 secondo comma n.6 del codice civile e ritenuta non applicabile anche ai libri fondiari⁹².

È preferibile, nonostante il mancato richiamo relazionale, ritenere che la previsione del n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. in materia di circolazione di diritti edificatori debba potersi applicare anche ai libri fondiari⁹³.

La soluzione dei conflitti ed il principio di continuità

160

La pubblicità mediante trascrizione nei registri immobiliari è organizzata, come è noto, su base personale e non reale. La trascrizione deve infatti essere sempre eseguita contro ed a favore una persona (fisica o giuridica)⁹⁴.

Ad un sistema di tipo personale, si accompagna il carattere dichiarativo e non costitutivo della trascrizione⁹⁵.

Nell'alveo delle fattispecie descritte dal n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. vanno distinte le ipotesi aventi efficacia di pubblicità notizia da quelle alle quali è ricondotto invece un effetto di tipo dichiarativo. In tale ultimo caso, l'inserimento dei contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati, o li costituiscono o li modificano, tra gli atti che si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione reca in sé, anche l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2644 c.c.⁹⁶ che statuisce il cd. effetto di prevalenza secondo il quale gli atti di cui all'art. 2643 c.c. non hanno effetti riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dei medesimi.

⁹¹ Non può essere accomunato alle ipotesi di modifica un tale problema, poiché il contenuto dei diritti edificatori permane eguale in ipotesi di successiva ricostruzione parziale dell'originario manufatto e cessione a terzi della volumetria residua.

⁹² G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 204. Un tale risultato è definito dall'Autore aberrante, tale da sollecitare la questione specifica di legittimità costituzionale. Analoga difficoltà è posta dagli articoli 561 e 563 c.c., nonché dall'art. 2645-*ter* c.c. in tema di vincoli di destinazione.

⁹³ G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 204-205.

⁹⁴ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 399 ricorda le novità introdotte dalla legge 27 febbraio 1985, n. 52 in relazione alle associazioni non riconosciute o alle società semplici.

⁹⁵ Diffusamente in relazione alla origine dell'efficacia delle formalità da eseguirsi nei registri immobiliari, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 399.

⁹⁶ In questo senso, pacificamente A. SAVATTIERI, *op. cit.*, p. 380.

È, pertanto, conseguente che una volta eseguita la trascrizione, in tutti i casi in cui essa non abbia appunto il mero carattere della pubblicità notizia, la stessa non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore, fatta naturalmente salva l'ipotesi di diritti edificatori originati o modificati dalla pubblica amministrazione.

L'introduzione del n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. costituisce, insomma, in tutte le ipotesi nelle quali l'effetto della trascrizione è dichiarativo, la chiave di lettura per la soluzione dei conflitti che dovranno d'ora in poi essere risolti solo alla luce dell'art. 2644 c.c.⁹⁷

In realtà, ove non si aderisse ad una tale lettura, il cessionario, che dovrebbe prevalere in base all'art. 2644 c.c., potrebbe doversi accontentare in base alla data certa di un mero risarcimento del danno, qualora il cedente inadempiente avesse proposto una domanda edilizia incompatibile con l'intervenuta cessione dei diritti edificatori. Al contrario, invece, una volta curata con tempestività la trascrizione dell'atto traslativo dei diritti edificatori, il cessionario può direttamente chiedere al Comune il permesso maggiorato, senza avvalersi in alcun modo del consenso del cedente.

La mancata trascrizione degli atti reca in sé inoltre la violazione del principio di continuità sancito dall'art. 2650 c.c.⁹⁸. In base al primo comma di tale ultima disposizione del codice civile, se un atto è soggetto a trascrizione le successive trascrizioni ed iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto. Il secondo comma dispone poi che per effetto della trascrizione del primo atto non originariamente trascritto le successive trascrizioni ed iscrizioni prendono effetto secondo il loro ordine rispettivo, fatto salvo sempre l'art. 2644 c.c.

L'applicazione alle ipotesi in esame di tale assunto ormai codificato permette di rimediare alla tendenza (ancora diffusa sul territorio) di non trascriverli, disponendo accanto alla sanzione fiscale una ben più grave sanzione di tipo sostanziale che determina conseguenze negative in ordine alla opponibilità del diritto in oggetto.

La continuità della trascrizioni, intesa «completezza delle risultanze dei registri immobiliari, relativamente ad un determinato bene»⁹⁹ consente a colui che li consulta di risalire da un proprietario all'altro fino al proprietario originario, ricostruendo gli anelli di un'immaginaria catena da un passaggio all'altro. Ove mancasse un anello di una siffatta catena, non vi sarebbe più certezza e l'avente causa rischierebbe di soccombere nel conflitto con un terzo, giusta il richiamo all'art. 2644 c.c. contenuto nell'art. 2650 c.c. 161

Il cessionario non potrà opporre il proprio atto traslativo di diritti edificatori ad un terzo che abbia già trascritto in precedenza il proprio atto di acquisto, indipendentemente dalla data nella quale l'atto è stato stipulato¹⁰⁰. In caso di doppia cessione a prevalere non sarà chi ha ottenuto per primo il relativo provvedimento edilizio dall'amministrazione comunale, ma chi avrà per primo eseguito la formalità della trascrizione¹⁰¹.

Colui che intende acquistare a titolo derivativo diritti edificatori in oggetto deve accertare l'esistenza di un titolo regolarmente trascritto in capo al suo dante causa ed in caso di sua mancata esecuzione ne deve curare la effettuazione presso i registri immobiliari; è infatti legittimato alla trascrizione di un titolo qualsivoglia interessato e non solo le parti o i soggetti di cui all'art. 2671 c.c. Se Tizio trasferisce a Caio i suoi diritti edificatori con atto non trascritto e Caio cede con atto trascritto a Sempronio i medesimi diritti edificatori, quest'ultima trascrizione non ha effetto pieno se non è stata preventivamente curata la trascrizione dell'atto precedente con il quale Tizio li ha trasferiti a Caio, ma produce un mero effetto di tipo prenotativo.

⁹⁷ M. D'ANGELOSANTE, *op. cit.*, p. 810.

⁹⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 400.

⁹⁹ L'espressione è di F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti*

e delle sentenze, cit., p. 400.

¹⁰⁰ A. SAVATTIERI, *op. cit.*, p. 380.

¹⁰¹ In questo senso, E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 121.

È vero che Caio ha acquistato i suoi diritti edificatori anche senza la esecuzione della precedente formalità a suo favore, in esecuzione del principio consensuale espresso nell'art. 1376 c.c., avendo la trascrizione efficacia dichiarativa; si pone però il dubbio dell'efficacia dello stesso acquisto di Mevio da Caio con atto regolarmente trascritto degli stessi diritti edificatori, sia pure in tempo successivo; in tal caso, con l'esecuzione della formalità mancante Sempronio prevarrà su Mevio, avendo quest'ultimo trascritto il suo acquisto successivamente¹⁰².

La prima trascrizione, insomma, non è priva di effetti, ma avrà valore pieno non appena sarà stata assicurato il rispetto del principio di continuità, come fosse sottoposta alla condizione sospensiva della trascrizione degli acquisti precedenti¹⁰³.

Una tale ricostruzione vale naturalmente purché nessuno abbia acquistato diritti incompatibili con i trasferimenti successivi dal punto di vista temporale contro il primo dante causa. Nell'esempio riportato qualora Mevietto acquisti i medesimi diritti edificatori oggetto di tutti i suddetti atti contro Tizio, prima della regolarizzazione della catena degli acquisti, nel rispetto del principio di continuità, prevale sugli acquisti irrispettosi dello stesso principio nonostante sia cronologicamente successivo. In difetto del principio di continuità è inapplicabile l'assunto desumibile dall'art. 2644 c.c.; solo per il primo avente causa l'effetto di prenotazione permette di prevalere sugli aventi causa dallo stesso dante, solo purché la continuità della filiera trascrittiva sia stata rispettata.

Va, al riguardo, espressamente chiarito che l'adempimento di esecuzione delle formalità traslative precedenti, va curato anche nell'ipotesi in cui la provenienza dei diritti edificatori oggetto di cessione sia anteriore all'entrata in vigore della norma che ha introdotto nell'art. 2643 c.c. il numero 2-bis. Una tale accortezza è fondamentale per il rispetto del principio di continuità che non può subire minorazioni a seguito del succedersi temporale delle novelle legislative¹⁰⁴.

I terzi hanno l'esigenza di fare affidamento su un sistema informativo che abbia il crisma della completezza.

162 Per l'art. 2650 c.c. ora ricordato assumono rilievo tutti gli atti oggetto delle "disposizioni precedenti", con sicura esclusione delle sentenze di accertamento degli acquisti a titolo originario (ai quali si riferisce dall'art. 2651 c.c.).

Secondo l'opinione preferibile¹⁰⁵, tale ultima disposizione, che è in stretta connessione con l'art. 2644 c.c., conduce ad escludere dalla catena della continuità oltre agli acquisti per usucapione, anche le fattispecie di cui all'art. 2647 c.c. (in tema di regime patrimoniale della famiglia), entrambi casi di pubblicità notizia.

Assumono rilievo in tale ambito anche le trascrizioni degli acquisti *mortis causa*, non tanto per risolvere conflitti tra più aventi causa di tipo successorio (atteso che solo all'interno delle disposizioni per causa di morte vanno rinvenute tali norme e non all'interno delle norme in materia di pubblicità), quanto in funzione del rispetto del ricordato principio di continuità di cui all'art. 2650 c.c.

La esecuzione della formalità dell'acquisto per causa di morte non assume rilievo tanto (o soltanto) nella fase (statica) della successione, quanto nella fase (dinamica) della circolazione dei diritti edificatori¹⁰⁶. Sarà l'avente causa ad avere massimo interesse al rispetto del principio di continuità, poiché costui potrà avvalersi del carattere decisivo dell'art. 2644 c.c. solo dopo che l'esecuzione della formalità per

¹⁰² Si rinvia a F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 405 in relazione alla descrizione di ipotesi di conflitto per il mancato rispetto del principio di continuità.

¹⁰³ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 406.

¹⁰⁴ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 403 segnala che il principio di continuità si atteggia in modo diverso laddove la pubblicità sia fondata sul sistema

della intavolazione; in tal caso i libri fondiari daranno «un quadro immediato ed esauriente della circolazione» del singolo bene immobile «e la continuità dei vari passaggi è assicurata dal fatto che solo ciò che è iscritto o intavolato è all'uopo rilevante».

¹⁰⁵ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit. p. 414.

¹⁰⁶ La modulazione della frase è stata coniata da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 420.

causa di morte sia stata eseguita, nel rispetto dell'art. 2650 c.c.¹⁰⁷

L'inserimento nel 2643 c.c. della norma in tema di diritti edificatori appare allora particolarmente proficua, poiché accentua in uno con l'accesso alle informazioni, una maggiore sicurezza nella circolazione dei diritti edificatori. L'acquirente di diritti edificatori sarà garantito maggiormente nel suo acquisto laddove gli assunti sin qui esposti siano stati rispettati.

Resta, a questo punto, da chiarire la posizione del Comune, in ipotesi di conflitto tra più acquirenti, che ha assunto colorazioni di particolare delicatezza.

Ove si accedesse alla soluzione che non rimanda all'applicazione dell'art. 2644 c.c. si dovrebbe ammettere che il Comune non possa rilasciare il permesso cd. maggiorato indipendentemente dall'avvenuta prioritaria trascrizione, con il limite non scritto della mancata consumazione della cubatura trasferita al primo cessionario non trascrivente che potrebbe inibire l'impiego della volumetria maggiorata al secondo avente causa dal primo trascrivente.

Nell'esempio dottrinale¹⁰⁸ in cui Tizio trasferisce i diritti edificatori a Caio che non trascrive, ma costruisce e poi Tizio cede gli stessi diritti a Sempronio che subito trascrive ed invoca nei confronti della P.A. la mancata trascrizione della prima cessione, sono possibili, insomma, due diverse letture.

La prima pone il limite non scritto della mancata concreta utilizzazione della cubatura proprio per evitare che possano essere realizzati accordi fraudolenti in danno della cosa pubblica. La seconda, invece, replica alla prima che la mala fede non impedisce al secondo avente causa dal primo trascrivente di prevalere in ipotesi di doppia alienazione, imponendo in caso di doppia cessione di cubatura, la demolizione, in virtù di provvedimento autoritativo del fabbricato realizzato, dal primo cessionario non trascrivente. Nulla muterebbe insomma in caso di intervenuta edificazione del manufatto, poiché la salvaguardia delle ragioni del secondo avente causa dal primo trascrivente impone la caducazione dell'atto amministrativo o il suo ritiro.

Una diversa soluzione finirebbe per depotenziare la novella del 2011, riducendo a mera pubblicità notizia l'esecuzione *tout court* delle relative formalità (e non solo nelle ipotesi di costituzione o modifica 163 dei diritti edificatori, in gran parte delle quali un tale effetto minore è del tutto pacifico).

Il Comune è, insomma, vincolato dalle risultanze nei registri immobiliari in ordine valutazione della titolarità dei diritti legittimanti il rilascio del permesso maggiorato, ferme restando le valutazioni di carattere pubblicistico ed urbanistico¹⁰⁹.

Se prima della Novella del 2011 qualche dubbio poteva sussistere in ordine alla esistenza di un dovere di effettuazione delle visure ipocatastali per valutare la priorità della legittimazione, tali perplessità a far tempo dall'introduzione della nuova disciplina paiono essere del tutto svanite.

Né sarebbe sufficiente un'autocertificazione della parte istante, né l'imposizione dell'obbligo di produrre la documentazione ipocatastale in capo al richiedente il permesso di costruire, atteso che tale documentazione è da considerarsi pubblica provenendo dalla pubblica amministrazione stessa.

Nasce, in conclusione, dalla riforma del 2011 uno specifico dovere in capo al Comune di verificare la legittimazione attiva dell'istante alla luce del rispetto del principio della continuità delle trascrizioni, con la conseguenza che il provvedimento emesso senza l'esecuzione di un tale accertamento potrà essere caducato¹¹⁰.

La disposizione si riferisce poi non solo ai conflitti tra più atti aventi ad oggetto il trasferimento di

¹⁰⁷ Questioni analoghe in tema di continuità si pongono con riguardo ai vincoli di indisponibilità, ai pignoramenti, ai sequestri e all'ipoteca legale; le conclusioni raggiunte su tali punti dalla dottrina possono essere agevolmente trasferite alla materia della circolazione dei diritti edificatori. Sulla questione in generale, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 430 e ss.

¹⁰⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p.

217 riporta l'esempio tratto dal Triola.

¹⁰⁹ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 218.

¹¹⁰ Segnala F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 219 che un tale effetto è ben maggiore delle conseguenze derivanti da un vizio dell'atto di asservimento, con la conseguenza che ora della trascrizione e dei suoi vizi dovrà occuparsi il giudice amministrativo.

diritti edificatori (come nell'ipotesi della cd. doppia alienazione, con conseguente configurazione della *responsabilità contrattuale* del secondo acquirente primo trascrivente), ma anche al caso in cui il conflitto sorga con diritti reali minori; si pensi all'ipotesi di concessione dell'ipoteca a garanzia di un mutuo iscritta anteriormente alla trascrizione di un contratto di cessione di volumetria ai sensi del citato n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c. o alla concessione di diritti reali minori che possono incidere - sia pure astrattamente - sulla legittimazione alla cessione della cubatura medesima.

L'esecuzione della formalità della trascrizione permette, altresì, di risolvere i conflitti tra l'acquirente del terreno dal cedente e cessionario della relativa cubatura, non più secondo l'analoga regola che si applica anche all'ipotesi in cui contrastino l'acquirente del bene destinato con il beneficiario della destinazione, ma secondo la regola propria dei contratti ad effetti reali¹¹¹.

Se la definizione di atti che trasferiscono diritti edificatori evoca naturalmente qualsiasi ipotesi nella quale tali beni sono traslati da un dante causa a favore di un avente causa, non pare revocabile in dubbio che debbano essere trascritti gli atti divisionali aventi ad oggetto esclusivo diritti edificatori o aventi tra i loro oggetti anche i diritti edificatori.

La pubblicità da eseguirsi mediante trascrizione è, come è noto eseguita su base personale e non reale, dovendola appunto eseguire a favore e contro una persona (fisica o giuridica)¹¹².

L'art. 2650 c.c. dispone poi che nelle ipotesi in cui un atto di acquisto è soggetto a trascrizione come nell'ipotesi dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della cubatura, le successive trascrizioni od iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto e che quando siffatto atto è trascritto le successive iscrizioni e trascrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo¹¹³.

L'inefficacia delle trascrizioni ed iscrizioni in difetto di continuità è solo temporanea, potendosi più propriamente definire il fenomeno quale espressione di una forza prenotativa della formalità eseguita, atteso che esse riprendono vigore ed efficacia secondo il loro ordine rispettivo quando eseguita la trascrizione del passaggio omissivo sia stata ripristinata la continuità¹¹⁴. Colui che infatti trascrive senza rispettare la continuità prenota in concreto il numero d'ordine che varrà non appena la continuità sarà stata assicurata¹¹⁵.

Il principio di continuità delle trascrizioni, ignoto alla codificazione del 1865, deve, insomma, essere letto in relazione al principio di prevenzione di cui all'art. 2644 c.c., in modo da assicurare la completezza delle risultanze dei registri immobiliari, consentendo di determinare la consecuzione temporale dei diversi titolari sino all'originario dal quale la circolazione dei diritti edificatori promana e con ciò unitamente alla previsione di cui all'art. 2671 c.c. «di limitare al massimo l'esistenza di atti di trasferimento occulti»¹¹⁶.

In tal modo, chiunque consulti i registri immobiliari, potrà risalendo dall'ultimo acquirente i tasselli di un'immaginaria catena, giungere a conoscere l'originario proprietario. La rottura di una simile catena impedirebbe di completare una tale indagine, proprio perché il sistema pubblicitario è fondato su base personale. Ecco perché colui che intendesse divenire avente causa dall'ultimo acquirente dei diritti edificatori, non solo non avrebbe la sicurezza dell'origine dei passaggi traslativi precedenti, ma

¹¹¹ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 212, secondo il quale oggi la fattispecie non può essere ricostruita applicando l'art. 2915 c.c. richiamato dall'art. 2645-ter c.c.

¹¹² F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 399, diffusamente sulla questione con speciale riguardo alla possibilità di trascrivere a favore e contro una associazione non riconosciuta o una società semplice.

¹¹³ In ordine all'applicazione dell'art. 2650 c.c. ove i diritti edificatori abbiano avuto ulteriore circolazione, F.

GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 216.

¹¹⁴ Diffusamente sulla questione, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 405 e ss.

¹¹⁵ Secondo F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit. p. 406 si tratta più propriamente di una sorta di condizione sospensiva, o un effetto preliminare di una fattispecie in situazione di pendenza.

¹¹⁶ L'espressione è di F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 400.

rischia di essere soccombente nei confronti di un soggetto terzo a norma del ricordato art. 2644 c.c. e, quindi, di non comprare bene.

Spetterà all'ultimo acquirente rendersi parte diligente nel completare la detta catena, inserendo l'atto mancante tra le formalità, attività che proprio per la salvaguardia di tali interessi può essere svolta da qualsiasi interessato e non solo dalle parti o dai soggetti obbligati a norma dell'art. 2671 c.c.¹¹⁷

È però evidente che nell'ipotesi dei diritti edificatori la continuità è assicurata a far data dalla trascrizione del primo atto di trasferimento della cubatura non essendo per nulla necessaria l'emersione dai registri immobiliari di qualsivoglia atto amministrativo della pubblica amministrazione dal quale sia promanata la nuova volumetria o più in generale la volumetria ceduta, fatte salve alcune rare fattispecie avendo in tali casi la formalità di trascrizione, come ricordato, valore di mera pubblicità notizia.

Può trarsi utile argomento sul punto proprio dal fatto che il principio di continuità riguarda solo gli acquisti a titolo derivativi e non quelli a titolo originario (come si desume dall'art. 2651 c.c.); se, dunque, la trascrizione dell'atto dal quale promana la costituzione dei diritti edificatori ha l'efficacia di una mera pubblicità notizia, la esecuzione di una siffatta formalità serve a rendere la consultazione dei registri immobiliari più esauriente ed affidabile costituendo un punto di partenza che abbrevi indagini del tutto inutili e defatiganti, eventuali atti o provvedimenti amministrativi generanti diritti edificatori sono del tutto esclusi dall'applicazione della nuova disciplina pubblicitaria¹¹⁸.

Può tuttavia rilevarsi che il meccanismo che risolve con la trascrizione il conflitto tra più aventi causa dallo stesso dante causa trova il suo limite proprio nell'utilizzazione dei diritti edificatori in concreto; è in definitiva proprio la spendita della volumetria a rappresentare il limite alla possibilità di beneficiare dei vantaggi della pubblicità immobiliare nella circolazione della cubatura¹¹⁹.

Un tale meccanismo salvaguarda, insomma, la corretta circolazione delle volumetrie nei rapporti tra le parti solo sino alla spendita della volumetria circolante.

Muta, in conclusione, la posizione giuridica dell'ente territoriale, che dovrà verificare prima del rilascio del permesso di costruire non solo allora il rispetto del principio di continuità delle trascrizioni, ma anche l'inesistenza di pregiudizievoli contro il disponente relativamente al fondo la cui volumetria è oggetto di cessione quali pignoramenti o pregresse ipoteche¹²⁰. In occasione dell'atterraggio dei diritti edificatori il Comune dovrà controllare che l'istante vanta una continua serie di trascrizioni del proprio e dei danti causa più remoti¹²¹.

Devono, poi, trovare emersione pubblicitaria, nonostante l'espressione testuale della norma che contiene un difetto relazionale i contratti preliminari di trasferimento della volumetria.

Il contratto preliminare, pur preordinato ad un mutamento della titolarità di un immobile, importa invero semplicemente la costituzione di un'obbligazione di trasferire ed ha pertanto natura squisitamente obbligatoria¹²².

La questione si pone altresì nelle rare ipotesi nelle quali i contratti preliminari concernano anche la costituzione o la modificazione dei diritti edificatori.

¹¹⁷ Quanto più remoto è il titolo quanto più difficoltosa sarà una siffatta indagine.

¹¹⁸ Il principio di continuità sulla base del dato testuale sarebbe inapplicabile al preliminare (art. 2643-bis c.c.) al negozio di destinazione (art. 2645-ter c.c.) alla divisione (art. 2646 c.c.) ed alla cessione dei beni al creditore (art. 1649 c.c.); in realtà secondo F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 414 una tale conclusione non pare essere appagante, con conseguente applicazione della sanzione di inefficacia della trascrizione in caso di difetto di continuità alle ipotesi da ultimo ricordate,

con esclusione delle convenzioni matrimoniali e della fattispecie di cui all'art. 2651 c.c.

¹¹⁹ In questo senso, R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, cit., con riferimento al paragrafo intitolato "la c.d. cessione di cubatura".

¹²⁰ Sul punto, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 220.

¹²¹ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 224.

¹²² L'art. 2645-bis c.c. dispone che possono essere trascritti solo i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione

Tecniche di emersione pubblicitaria: la compilazione della nota

Alla polverizzazione delle opportunità perequative, compensative e premiali corrisponde una parcellizzazione di “modalità consensuali”, nella definizione delle quali le regole rischiano di dover essere definite secondo canoni viziati dall’occasionalità, ottenendo un risultato che è «l’esatto contrario della giustizia redistributiva e dell’indifferenza dei proprietari che si intende raggiungere con alcuni degli strumenti richiamati».

Si è assistito prima della novella del 2011 alla ricordata dematerializzazione (o la smaterializzazione) dello *ius aedificandi* (intendendo per tale la tecnica circolatoria dei titoli rappresentativi della stessa), diretta in prospettiva ad una irrealizzata cartolarizzazione della cubatura rispetto al lotto che la ha generata.

L’effetto di tali tecniche urbanistiche è che siffatti diritti edificatori circolano scissi da qualsivoglia legame aprioristico con il fondo di partenza e con il fondo accipiente (addirittura ancora oggettivamente da individuare tra i fondi posti nelle aree a ciò deputate).

È quindi necessario individuare delle metodiche che consentano di coniugare la serietà e la certezza auspicate della negoziazione con l’efficienza urbanistica alla quale tali regole di piano aspirano.

La trascrizione andrebbe formulata, secondo una prima lettura, con caratteristiche tipologiche ordinarie; codice 100 per il tipo di atto in conformità con la circolare n. 5 del 2006 dell’Agenzia del territorio; tra i soggetti contro il disponente e nel quadro (*rectius* sezione) D, la regolamentazione della destinazione; a tale formalità dovrà far seguito la trascrizione della avvenuta cessione a favore del Comune¹²³.

166 I successivi trasferimenti dovrebbero emergere dalle annotazioni a margine dell’originaria trascrizione dell’atto di destinazione solo contro l’originario cedente; in ogni caso, i beneficiari successivi dovranno procedere ad annotare l’originario atto che è sempre connesso alla area ceduta al Comune. La situazione non muterebbe nel caso in cui la trascrizione dell’atto di destinazione si ritenga che debba essere effettuata a favore del Comune.

Andrebbe poi prevista nella sezione D la coincidenza di destinante e beneficiario quale causa espressa di estinzione della fattispecie.

Le obiezioni a siffatte indicazioni sono le medesime rivolte all’adozione del tipo, nonostante alcune indicazioni utili possano essere tratte da tali suggerimenti, quali ad esempio proprio l’impiego del codice generico 100.

Un siffatto meccanismo non tiene in considerazione non solo il fatto che talora l’incremento di cubatura è semplicemente collegato al mero impegno alla cessione e non alla cessione *tout court*, ma anche l’assenza di qualsivoglia profilo destinatorio.

Tuttavia, anche, qualora fosse stata ceduta l’area al Comune, un siffatto meccanismo tecnico giuridico non è praticabile, atteso il rilievo giuridico della serie di annotazioni non conferente alla fattispecie in esame nella quale con le formalità successive non si ha alcuna modificazione del contenuto della

di taluno dei contratti di cui ai numeri 1) 2) 3) e 4) dell’art. 2643 c.c. anche se sottoposti a condizione o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione; la preclusione della tassativa enunciazione numerica nell’incipit della disposizione non può essere neppur superata mediante il richiamo alla disciplina degli immobili da costruire, attesa l’assoluta inconferenza del richiamo con la materia dei diritti edificatori.

Si tratta piuttosto di un banale difettoso coordinamento dispositivo, che in concreto non inibisce ovviamente la stipulazione dei contratti preliminari di trasferimento

della cubatura; sembrerebbe tuttavia contraddittoria una siffatta interpretazione ed in contrasto con una previsione normativa che tipizza il contratto di cessione di cubatura, ma che nel contempo inibisce esclusivamente la loro emersione pubblicitaria. È preferibile allora un’interpretazione favorevole all’estensione al preliminare avente ad oggetto un obbligo di cedere la cubatura la possibilità di accesso ai registri immobiliari. In questo senso, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 238.

¹²³ G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93.

formalità alla quale ciascuna di esse rispettivamente accede, bensì l'emersione di una serie di atti costitutivi, traslativi o estintivi di diritti edificatori.

L'imedoneità della formalità dell'annotazione a segnalare la successione degli atti traslativi è, quindi, evidente.

La soluzione di cui all'art. 5 più volte citato della novella del 2011 va nella direzione della certezza delle regole che presidono la circolazione della volumetria.

Restano da determinare le regole pratiche di attuazione; la creazione di un apposito codice catastale per l'individuazione diretta dei diritti edificatori e di un codice negozio per la trascrizione permetteranno di dare attuazione concreta al disegno del legislatore¹²⁴. Il secondo dei due auspici si è oggi realizzato con la circolare dell'Agenzia delle entrate del 17 giugno 2015, n. 24/E che ha introdotto i codici negozio 169, 170 e 171.

L'introduzione di un codice catastale legato al bene immobile dal quale la volumetria promana e di un codice catastale rappresentativo dell'arrivo della cubatura aggiuntiva sul fondo di destinazione costituirebbe senz'altro uno strumento che coniugherebbe la marginalità dei costi tecnici con l'efficienza, proprio perché attribuirebbe al fenomeno un'apparenza non solo dai registri catastali, ma anche immobiliari¹²⁵, offrendo un grado di certezza alle contrattazioni ancora superiore, requisito indispensabile per la creazione di mercato funzionale ed efficiente.

In attesa di una soluzione concreta e pratica derivante dalla auspicabile prossima circolare dell'Agenzia del territorio, resta da valutare la soluzione da offrire oggi per permettere la emersione pubblicitaria della fattispecie.

Va a questo punto considerata la tecnica maturata nella prassi per ottenere l'emersione pubblicitaria delle operazioni aventi ad oggetto la cubatura, alla luce delle regole dettate dall'art. 2659 c.c.

Va subito allora affrontato subito il caso tipico della cessione di diritti edificatori dal soggetto A al soggetto B.

Nulla è indicato nelle norme di legge in relazione alle modalità di compilazione delle note di trascrizione. 167

La questione è però evidentemente di grande importanza in particolare in considerazione del dettato dell'art. 2665 c.c. secondo il quale le omissioni e le inesattezze contenute nella nota di trascrizione possono essere causa di invalidità della nota medesima qualora inducano incertezza in relazione al bene oggetto dell'atto traslativo.

Il codice da indicare nella sezione A della nota di trascrizione in assenza di indicazioni specifiche è 100 con indicazione della menzione «Trasferimento (o costituzione o modifica) di diritti edificatori» nonché degli estremi del titolo trascrivendo e del pubblico ufficiale rogante o autenticante.

Non va naturalmente richiesta la voltura automatica¹²⁶.

L'art. 2659 n.4 c.c. dispone che debba essere indicata la natura e la situazione dei beni a cui si riferisce il titolo con le indicazioni di cui all'art. 2826 c.c.

Secondo una recente condivisibile impostazione¹²⁷, il terreno iniziale dal quale promanano i diritti edificatori andrà descritto non solo nella sezione B della nota che concerne il primo trasferimento, ma anche nelle note relative alle cessioni successive.

¹²⁴ L'auspicio è anche di A. GAMBARO, *I beni*, in *op. cit.*, p. 136.

¹²⁵ È dubbioso sul punto, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 225, e critica aspramente la posizione del Gambaro (*I beni*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo op. cit. p. 136) secondo il quale appunto l'accatastamento dei diritti edificatori agevolerebbe in concreto la trascrizione, fornendo ampie garanzie di certezza grazie all'intervento del notaio. Afferma, al riguardo, che un tale affidamento sarebbe

di natura fideistica, fondato sulla base di criteri ai quali nemmeno si accenna.

Può invero agevolmente rilevarsi che è del tutto evidente la conseguenza pubblicitaria della individuazione catastale dei diritti edificatori in termini di certezza della circolazione.

¹²⁶ G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93 afferma che è auspicabile l'introduzione di un codice catastale per l'individuazione dei diritti edificatori.

¹²⁷ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 224.

È stato poi affermato¹²⁸ che andrà indicato nella stessa sezione anche il terreno concreto di atterraggio ove conosciuto; depongono contro un tale suggerimento ragioni teoriche e pratiche; invero, dal primo punto di vista, un siffatto dato non solo è difficilmente conosciuto *ex ante*, essendo magari determinata solo la zona o una delle zone nelle quali il meccanismo potrà avere luogo, ma potrebbe anche mutare nel corso del tempo anche semplicemente per un mutamento delle intenzioni del cessionario dei diritti edificatori. L'indicazione degli estremi catastali del fondo di atterraggio nella sezione D potrebbe poi ingenerare dubbi in sede di analisi dei dati pubblicitari. Appare preferibile nelle ipotesi in cui ciò si verifichi una indicazione all'interno della sezione D della nota di trascrizione.

In ipotesi, invece, di assenza di predeterminazione del terreno di atterraggio, dovranno continuare ad essere indicati solo i dati tecnici identificativi del terreno *a quo* di decollo.

Tali elementi identificativi, come ricordato, del fondo di origine andranno indicati anche nelle ipotesi di trasferimento dei diritti edificatori in volo dal primo cedente a favore dei successivi cessionari¹²⁹.

Una siffatta soluzione è, poi, da preferire anche se la volumetria promana da atti risalenti ad epoca anteriore della novella e pertanto non trascritti nei registri immobiliari; in tal caso, è forse opportuno sollecitare la prassi virtuosa di ritrascrivere tali atti proprio per permettere in uno con l'attuazione del principio della continuità delle trascrizioni una maggiore completezza delle informazioni desumibili dai registri immobiliari e per consentire, come rilevato ai principi di continuità ed opponibilità dell'acquisto di operare al meglio.

Non è possibile, poi, escludere che in ipotesi di autopoesi o di variazione del Prg possano essere assegnati dalla pubblica amministrazione diritti edificatori privi di un terreno dal quale derivino; tali diritti edificatori potrebbero, poi, essere di volta in volta ceduti a soggetti che siano (sia pure temporaneamente) privi della titolarità di aree idonee all'atterraggio o addirittura non intenzionati ad una tale operazione¹³⁰.

La soluzione di un tale caso nel quale mancano addirittura i dati catastali del terreno, sarebbe a prima vista quella della intrascrivibilità.

In realtà, una siffatta scelta appare, condivisibilmente, "inappagante"¹³¹ solo se si pone mente ad un confronto con la possibilità pacifica di trascrizione degli atti di circolazione della volumetria in volo, con un semplice, mero riferimento al fondo di origine.

Ebbene, anche tali ipotesi, allora, dovranno trovare emersione pubblicitaria atteso che il sistema pubblicitario immobiliare è fondato proprio su base personale¹³²; la questione può, semmai, porsi per le regioni, province e comuni nei quali vale ancora il registro tavolare.

Un'indicazione localistica nel meccanismo originatorio non potrà certo mancare: esiste infatti sempre in qualsiasi ipotesi di tal fatta il richiamo ad un luogo, nonostante rispetto ad esso il beneficiario del diritto edificatorio non vanti alcuna situazione riconducibile ad un diritto di tipo reale.

È stato suggerito al proposito anche l'idoneità dei dati del comparto a rappresentare un elemento inseribile in nota¹³³.

Il riferimento allora a tale luogo potrà essere sufficiente a completare la nota.

Nella sezione C della nota di trascrizione dovranno poi essere indicati il soggetto cedente e il soggetto

¹²⁸ G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁹ In questo senso, B. BRIANTE, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁰ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 224. A. MUSIO, G. SABBATO G. SALITO, *Il piano casa, op. cit.*, p. 59 affermano esistere una «genesi oscura dei diritti edificatori».

¹³¹ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 224, afferma che nelle ipotesi nelle quali il diritto è in volo la trascrizione è possibile sulla base di un falso, atteso il riferimento ai dati catastali di un terreno che non è di

proprietà del cedente ma di un terzo oggi estraneo al rapporto contrattuale.

¹³² F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 225 si tratta di una vera e propria ipocrisia giuridica "a fin di bene" giungendo alla possibilità di trascrizione del provvedimento amministrativo iniziale che origina i crediti generando una catena completa a favore di chi poi a sua volta li cederà.

¹³³ In questo senso, dubitativamente B. BRIANTE, *op. cit.*, p. 30.

cessionario, laddove l'atto oggetto della formalità sia appunto un trasferimento di cubatura. Se nella prima cessione il soggetto contro coinciderà con il titolare del fondo dal quale il diritto edificatorio promana, nelle successive dovrà essere inserito nella nota il rispettivo cedente al quale spetterà il diritto edificatorio in volo¹³⁴.

Nessun richiamo dovrà nella sezione C essere fatto a diritti e quote¹³⁵. Per coloro che accedono alla soluzione dei diritti edificatori quali diritti reali è stato suggerito di indicare il codice 09 quale codice diritto apponendo la specificazione nell'apposito campo libero di diritto edificatorio, nonostante la perplessità di un siffatto riferimento¹³⁶.

È utile dal punto di vista della definizione dei diritti edificatori che formano oggetto dell'atto e delle informazioni che la pubblicità può offrire, la individuazione dei luoghi o zone di atterraggio di essi, o delle regole in base alle quali le aree di destinazione possono essere individuate.

Una tale indicazione però non sempre è possibile in modo analitico, con esatta previsione del lotto finale con specificazione del foglio e della particella che lo contraddistinguono; il problema, infatti, non si pone certamente nel caso in cui il cessionario abbia già individuato le aree esatte di atterraggio della volumetria che ha comprato, nella quale ipotesi è certo immaginabile la esatta previsione di un lotto con i suoi dati catastali attuali; potrebbe però ben verificarsi l'ipotesi diversa e più frequente nella quale i diritti edificatori siano in volo ed il loro cessionario non abbia ancora immaginato né se sarà lui in prima persona a fruirne in modo diretto, magari anche in un lotto ancora da individuare e poi da acquistare, o se piuttosto un tale acquisto è stato effettuato al solo scopo commerciale di cedere tali beni a terzi ulteriori aventi causa¹³⁷.

Una tale indicazione non essenziale, ma fortemente opportuna va apposta solo in ipotesi di assoluta certezza, potendo generare certamente confusione.

A nulla infatti varrebbe l'indicazione dell'ambito di atterraggio ove non sia certa, atteso che i diritti edificatori potrebbero appunto atterrare dopo molto tempo o addirittura circolare senza atterrare proprio per la mancanza di interesse economico o di suoli idonei¹³⁸.

In particolare, andrà allora indicata la fonte del diritto edificatorio nonché gli ambiti nei quali esso può essere speso.

Qualora sia stato rilasciato, nelle regioni in cui è previsto, un titolo rappresentativo dei diritti edificatori appare essenziale la indicazione dei suoi estremi di riferimento nella sezione D nella quale andranno allora indicate tutte le notizie utili a permettere una corretta identificazione del diritto edificatorio ceduto. Andrà colà indicata altresì il tempo (massimo o minimo di spendita) e la misura del diritto edificatorio ceduto¹³⁹, pur rilevando tale elemento solo come pubblicità notizia e non valendo quindi ai fini dell'opponibilità¹⁴⁰. Il proprietario del fondo Tuscolano che sviluppa una certa volumetria

¹³⁴ E ciò proprio per la sua natura di bene e non di diritto in re aliena, come sostiene G.A. DI VITA, *op. cit.*, p. 93, il quale non si pone allora alcun dubbio in ordine alla inerenza reale di tale supposto diritto.

¹³⁵ Secondo E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 122 ove si acceda alla tesi del bene la trascrizione dovrebbe implicare il ricorso al codice della proprietà; una tale indicazione importerebbe in assenza di uno specifico codice di trascrizione una confusione tra le ipotesi in cui oggetto del trasferimento sia il terreno e le ipotesi in cui sia il diritto edificatorio. In ipotesi di adesione alla impostazione del diritto reale, allora si dovrebbe fare riferimento secondo l'Autore al diritto di superficie; invero è evidente la non logicità di un tale assunto, visto che non è configurabile una ipotesi di tale fatta.

¹³⁶ B. BRIANTE, *op. cit.*, p. 30. Il riferimento è alla

servitù il cui codice 09 verrebbe impiegato in tale caso; sono evidenti le perplessità in ordine ad una tale scelta praticata.

¹³⁷ È evidente allora che tale indicazione può essere molto proficua dal punto di vista concreto proprio perché talora la minore platea di spazi di allocazione della cubatura decollata o in volo, impone l'attribuzione ad essa di un corrispondente inferiore valore economico; in altre parole, quanto maggiore è la possibilità di spendita dei diritti edificatori, quanto maggiore è il loro valore commerciale.

¹³⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit.*, p. 225 afferma che il richiamo ai confini o al suolo di atterraggio sarebbe una soluzione anomala e perfino abnorme.

¹³⁹ E. BERGAMO, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁰ Secondo F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle*

potrebbe, mantenendo la proprietà dell'area, cedere la cubatura complessiva a due diversi soggetti (nella esatta misura poi individuata in tale quadro) oppure cedere la stessa cubatura a due diversi soggetti, con un conflitto risolvibile solo mediante lo strumento di cui all'art. 2644 c.c.

È necessario, poi, indicare eventuali pattuizioni in relazione alle conseguenze derivanti dalla modifica del contenuto del diritto edificatorio oggetto di trasferimento successive alla cessione stessa, per effetto della variazione degli strumenti urbanistici vigenti, i termini nei quali il diritto edificatorio dovrà essere speso, gli eventuali estremi di iscrizione del diritto edificatorio nei registri comunali, ove esistenti e i dati di emissione del titolo che porta siffatto diritto ove emesso.

È necessario poi indicare qualsiasi altra notizia che possa contribuire a identificare il diritto edificatorio oggetto del trasferimento e la sua conformazione.

È evidente che nell'ipotesi di compensazione, poiché la costituzione dei diritti edificatori sorge per effetto della cessione volontaria in luogo di espropriazione al Comune, dovranno essere redatte due note di trascrizione, la prima avente ad oggetto il terreno e la seconda (contro il Comune ed a favore del beneficiario, originario cedente), avente ad oggetto i diritti edificatori.

Resta da affrontare la questione della riserva di cubatura da parte del cedente il terreno dal quale essa promana.

In tali casi¹⁴¹, dovranno essere redatte due diverse note: la prima concernente ad esempio il negozio di vendita o di donazione dell'area richiederà l'indicazione a favore del cessionario acquirente della stessa; la seconda nota, invece, nella quale andrà indicato ancora una volta nella sezione B l'immobile oggetto di trasferimento, dovrà recare nella sezione C i soggetti in formazione inversa rispetto alla prima nota: soggetto a favore sarà il riservatario dei diritti edificatori cedente l'area, soggetto contro il cessionario, con la particolarità che nessun codice diritto andrà indicato nella relativa casella.

La sezione D darà poi emersione delle peculiarità della fattispecie contrattuale.

La questione assume un maggior grado di complessità nelle ipotesi nelle quali l'area dalla quale promana la volumetria all'atto del decollo sia - ad esempio - gravata dal diritto di usufrutto (di qualsivoglia durata temporale); così come nell'atto di cessione dovranno intervenire nel loro rispettivo titolo usufruttuario e nudo proprietario, del pari della riserva dovranno beneficiarne entrambi, proprio in considerazione della natura di bene dei diritti edificatori.

sentenze, cit., p. 226 la sezione D della nota di trascrizione è un vero e proprio *refugium peccatorum*. Riprende la questione, G. P. CIRILLO, «La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi», in *Riv.*

not., 2013, p. 626.

¹⁴¹ Va comunque fatta salva la possibilità di ricorrere ancora una volta allo schema già ricordato della riserva di servitù di totale o parziale in edificazione.

Condominio e Notariato: un percorso comune

di *Enrico Marmocchi*

Notaio in pensione

L'incontro tra condominio e Notariato può attestarsi attorno alla metà del secolo scorso - e quindi in epoca relativamente recente - risalendo a quegli anni il lavoro negoziale che i notai venivano compiendo sull'istituto "Del condominio negli edifici" a seguito della sistemazione normativa del codice civile del 1942 e dell'avvio della ricostruzione postbellica.

Certamente la proprietà condominiale - intesa in allora essenzialmente come proprietà verticale o per piani - era ampiamente praticata ma possono qui trascurarsi gli scarni precedenti normativi del R.D.l. 15 gennaio 1934, n. 56 e dell'art. 562 e ss. c.c. del 1865. Seguendo la traccia degli atti notarili di trasferimento della proprietà edilizia negli anni a cavaliere del nuovo codice civile, si nota infatti una marcata semplificazione redazionale rispetto all'oggi, che può trovare una ragione nella normale irrilevanza della destinazione alla quale la 'cosa' urbana era pur considerata nella intenzione delle parti. E quindi come 'cosa', o come semplice oggetto materiale, piuttosto che come 'bene' giuridicamente qualificato e tutelato per la sua specifica destinazione e fruizione.

In questa prospettiva il condominio degli edifici si identifica, quasi a sovrapporsi, con il bene-casa, come diritto al bene primario dell'abitazione (o sull'abitazione) come l'ambiente più intimo della persona e della famiglia; ma anche come luogo in cui le persone vivono a stretto contatto, con una necessaria limitazione dei diritti proprietari, a tutela reciproca della loro vita privata.

E questa sostanziale identificazione tra condominio e abitazione riceve conferma da un costante dato statistico che registra al di sopra dei due terzi la percentuale dei fabbricati pluriabitativi - e così condominiali nella pressoché totalità - rispetto ai fabbricati ad una sola abitazione.

171

In quegli stessi anni nei quali si veniva formando e consolidando l'interpretazione sulla nuova normativa introdotta dal codice civile del 1942 il Notariato consolidava a sua volta la propria figura professionale attorno alla nozione del "notaio-interprete", quale riformulata dall'art. 2700. Il notaio traduce la volontà delle parti nel linguaggio tecnico del diritto, attribuendo predicati giuridici a fatti storici. Come 'autore' del documento egli compie quindi una tipica attività interpretativa, per significato tecnico e piena validità giuridica a seguito di un rigoroso controllo di legalità.

Questo partire dal 'fatto' qualifica il notaio come "interprete applicativo" e ci riporta - seppure in contesti assai diversi - a quella stessa plurisecolare attività, fiorita in special modo nelle città italiane del nord dal basso medioevo, con la quale i notai (e altri giurisperiti) elaboravano formulari e schemi di contratto destinati con il tempo a realizzare la progressiva tipizzazione dei negozi di più comune impiego. I formulari notarili come ripetizione seriale: come topoi, buoni da usare.

E non è allora soltanto una notazione storica ma ci riporta direttamente ad una forma di proprietà condominiale, questo passo della *Summa* di Rolandino databile attorno alla metà del XIII secolo (Venetiis, apud Juntas, 1546, p. 18): «*Venditio partis pro diviso. Antonius dedit, vendidit, tradidit iure proprio in perpetuum Conrado, pro se et suis heredibus recipienti et ementi, tertiam partem cuiusdam domus positae in Vivario. Cuius totalis domus tales dicuntur esse confines ... Quae pars tertia est in anteriori facie latitudinis quinque pedum et in posteriori totidem*».

Da queste due nozioni, del notaio "interprete applicativo" e della "ripetizione seriale", nasce - ripeto, indicativamente, dal secondo dopoguerra - la c. d. prassi notarile che, specificamente per l'istituto del condominio di abitazione, sarà portatrice di numerosi e rilevanti contributi alla sua evoluzione.

Togliendo così alla parola 'prassi' - lo osservavo ormai tanti anni fa - quei caratteri di passività e staticità che da sempre l'hanno accompagnata.

La vicenda della 'prassi' condominiale presenta - come si cercherà di vedere - aspetti fortemente innovativi, di certo favoriti dalla vigenza del nuovo codice civile. In linea generale si può sin d'ora osservare come essa abbia sempre operato all'interno del diritto positivo (né poteva essere altrimenti, per il temporale e sottordinato rapporto dell'interpretazione notarile rispetto a quella giudiziale), utilizzando quindi gli strumenti normativi a disposizione, senza essere tentata da un uso alternativo del diritto. A seconda dei casi tramite la rivitalizzazione di forme giuridiche obsolete, reinterpretandone la funzione in relazione alle mutate esigenze sociali; ovvero (e sempre più spesso) mediante una funzione propositiva in seguito sovente recepita sul piano normativo. Nella costante finalità di quella "canalizzazione del traffico giuridico" (*channeling function*) che nella forma dell'atto pubblico e del formalismo negoziale ha la sua "cornice ideale" per l'agire delle persone e l'espressione legale delle loro intenzioni.

La ricchezza della materia di questo percorso comune tra condominio e Notariato pone semmai qualche problema di ordine da seguire nella esposizione che, anziché sotto il profilo temporale (il più lineare e naturale) si è qui preferito ripartire per aree d'intervento, più utili anche per segnalare eventuali punti di criticità che tuttora si presentano all'operare quotidiano del notaio.

La formazione di una prassi notarile così rilevante attorno alla figura del condominio è stata certamente favorita da alcuni silenzi (direi, intenzionali) del legislatore del 1942 - e che ancora persistono dopo la riforma del 2012 - il cui lavoro sistematico si è applicato pressoché esclusivamente alla individuazione e regolazione delle parti comuni dell'edificio e al funzionamento degli organi condominiali.

172 Sono state così codificate - e poi rivedute - regole di specie rispetto alla normativa generale sulla comunione ma senza alcun riferimento specifico alla 'conformazione' delle proprietà separate e alla funzione abitativa alla quale il condominio è pur 'naturalmente' destinato. Sono rimaste nell'ombra alcune questioni fondamentali dell'istituto, quali principalmente la definizione della natura e del contenuto delle proprietà separate in relazione alle esigenze abitative dei condomini; e la qualificazione della soggettività del condominio nell'ambito delle formazioni associative, essendo tuttora da escludere - nonostante il segnale portato dalla riforma - il riconoscimento della sua personalità giuridica. Ed è all'interno di questi generali confini che hanno potuto operare, secondo le rispettive funzioni, gli interpreti applicativi, i giudici e i notai.

La documentazione di questo lavoro applicativo si ritrova allora, per un verso, nei repertori della giurisprudenza, chiamata con frequenza sempre maggiore a risolvere conflitti attorno al bene-casa e ai rapporti di vicinato; e, per il versante notarile, nelle principali riviste di categoria, pronte a dar conto dei contributi che la prassi veniva elaborando. Ma due date almeno occorre sin d'ora tener presente, riferite a convegni per la riforma del condominio - e quindi con la fattiva presenza della dottrina - nei quali (o attorno ai quali) la prassi notarile mostrò tutta la propria capacità organizzativa e creativa per l'evoluzione dell'istituto. Mi riferisco al biennio 1972/1974 con i due convegni di Venezia e di Bari in punto di acquisizione della proprietà della casa di abitazione ma con profonde radici sulla natura stessa delle proprietà separate; e all'anno 1986 con il convegno di Milano dedicato alla casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive, per cura congiunta della Università cattolica e del Consiglio nazionale del Notariato, in punto specialmente - ma è difficile scegliere nel corposo materiale - di 'destinazione' abitativa (e con il condono edilizio appena approvato). E questi due punti - acquisto della casa e sua destinazione d'uso - individuano anche le aree di intervento entro le quali sono ordinate alcune specifiche considerazioni sull'operare della prassi notarile.

A differenza da altri istituti che, nella loro evoluzione, si sono frazionati in autonomi tipi legislativi (così ad es. la proprietà immobiliare), la casa di abitazione, pur modificandosi in figure diverse con il mutare delle esigenze abitative e delle tecniche costruttive, ha mantenuto la propria identità nel contesto del condominio negli edifici, resistendo ancor di recente alla tentazione di uno statuto specifico, nella linea già indicata da Lino Salis sul finire degli anni '60, e più in generale ribadita da Pietro Rescigno al ricordato convegno milanese del 1986, della «discutibile necessità di tradurre in tipi legislativi ogni fatto nuovo che proviene dalla realtà».

Avviene così che noi oggi utilizziamo figure diverse di condominio - sempre rientranti nell'art. 1117 e ss. - che nel tempo la prassi notarile è venuta elaborando nella lettura di fatti nuovi della realtà edilizia. Figure in seguito recepite, con minime voci dissonanti, da una ormai consolidata giurisprudenza, e da ultimo acquisite in punti specifici della recente riforma.

All'originario condominio verticale si sono così allineati via via: il condominio orizzontale, nell'esempio tipico delle villette "a schiera" che sono pur sempre "piani o porzioni di piani", ed ora unità immobiliari" nella nuova dizione (non priva di equivoci) della riforma; il condominio in profondità (o nel sottosuolo) dopo iniziali riserve della giurisprudenza; il super-condominio, o condominio di condomini, e il condominio parziale, con utilizzo separato di parti comuni, come nel caso di edificio con più corpi di scale; figure ora riconosciute dall'art 1117-*bis* ma per le quali si possono richiamare, nell'ordine e di recente, Cass. n. 2305/2008 e Cass. n. 21246/2007; il condominio minimo, infine, composto da due sole unità ma anch'esso rientrante nella previsione dell'art. 1117, pur nelle incertezze tra condominio e comunione nel funzionamento dell'assemblea.

All'origine di questa progressiva estensione dell'istituto condominiale si rinviene sempre un dato costante che ha guidato negli anni il lavoro della prassi notarile nell'assegnare ai 'fatti' nuovi della realtà abitativa quella stessa qualificazione giuridica portata dall'art. 1117 e ss.: l'utilità meramente strumentale delle parti comuni che il condominio tutela in funzione del godimento dei piani o delle porzioni di piano di proprietà esclusiva dei singoli condomini. Una relazione di 'accessorietà' che ha consentito una progressiva estensione di significato dell'istituto condominiale a queste situazioni nuove e non previste.

173

L'acquisto della casa di abitazione per la via più breve e sicura è sempre stato uno degli intenti dell'attività notarile, fortemente condizionata dal mercato immobiliare con immediate ripercussioni sulla prassi negoziale. E così in questo nostro tempo di scarse risorse, riemerge la locazione con patto di futura vendita, ora nella forma tipica c. d. del *rent to buy*. In anni ormai lontani - gli anni '50 e '60 e i primi anni '70 fino ai ricordati convegni di Venezia e Bari - la situazione era ben diversa. C'erano le aree edificabili, i costruttori e numerosi acquirenti, con l'effetto che prima ancora che iniziasse la costruzione, tutte le varie porzioni del futuro edificio erano già vendute "sulla pianta", come allora si diceva.

I futuri condomini acquistavano per quote millesimali, corrispondenti alle previste quote condominiali, la proprietà dell'area edificabile e contestualmente regolavano le future proprietà esclusive mediante reciproche concessioni *ad aedificandum*, inquadrabili nel diritto di superficie (c.d. condominio precostituito o in fase di attuazione); procedevano quindi ad appaltare la costruzione e, ad ultimazione dell'opera, identificavano catastalmente le rispettive proprietà e le parti comuni dell'edificio.

L'originalità del procedimento - al quale si affiancarono diverse varianti - è consistita (lo ripeto, per comune opinione, pur a distanza di molti anni) nell'aver reso partecipi, fin dall'inizio, del diritto reale *in fieri* (area in procinto di edificazione) tutti i futuri proprietari-condomini, assicurando loro situazioni di realtà. I committenti-compratori si trovavano nella favorevole condizione di vedere edificato il proprio appartamento sulla base di un diritto reale già acquisito e trascritto - molto più tardi sarebbe arrivata la trascrizione del preliminare e ancor più la normativa sugli edifici da costruire - con l'effetto di fare loro acquistare la proprietà man mano che procedeva la costruzione senza il rischio della

aspettativa conseguente al rapporto “preliminare-edificazione-definitivo” e di poter far valere verso l'appaltatore più efficaci garanzie rispetto al venditore.

A questa efficace ed elegante costruzione della prassi notarile si associa, per tutti, il nome del notaio Giuseppe Benacchio, animatore del ricordato convegno di Venezia, da cui scaturì un progetto di legge ad iniziativa dei senatori Carraro e Follieri e, a Bari due anni dopo, sulla riforma del condominio, l'apprezzamento di Nicolò Lipari per il lavoro di quel gruppo di notai, «unico punto di riferimento serio di un tema (l'acquisto della casa in costruzione) che ha dato occasione ad infinite controversie giudiziali».

E la vitalità della costruzione riaffiora oggi, a quarant'anni di distanza, nella tendenza urbanistica a preservare il consumo del suolo da nuove cementificazioni, a favore di una riconversione dell'esistente, con demolizioni e ricostruzioni che sembrano proiettare sul nuovo edificio le proprietà condominiali nonostante la trasformazione dell'oggetto. E quindi con il recupero - in termini nuovi ovviamente - dell'antica figura del condominio in fase di attuazione.

Mentre, con i primi anni '70, l'impiego del condominio precostituito andava spegnendosi, la prassi notarile, sempre attenta alle indicazioni del mercato di fronte ad una progressiva rarefazione della liquidità delle imprese, riutilizzava l'istituto della permuta nella figura, che ancora ci accompagna, della permuta di cosa presente con cosa futura. Da un lato una permuta che, nei repertori del dopoguerra, era ormai inaridita con rare sentenze in tema di permuta di animali o di permuta con conguaglio. Dall'altro l'esigenza di una collaborazione economica tra proprietario, che immette sul mercato un bene presente nell'aspettativa di ricavare dal bene futuro una valorizzazione per superficie utile o per rendimento; e imprenditore, che acquisisce un bene edificabile senza esborsi che potrebbero compromettere il proprio equilibrio finanziario.

174 Questa collaborazione tra proprietà e impresa, dopo una iniziale oscillazione tra *do ut des* e *do ut facias*, si è poi consolidata, nella prassi notarile confermata dalla giurisprudenza, nella rinnovata figura della permuta di cosa presente con cosa futura. Accanto a questa originaria qualificazione si sono nel tempo sviluppate - specialmente negli anni più recenti - figure negoziali più articolate che hanno portato a ritenere normalmente preferibile una scomposizione del tipo unitario della permuta in due distinte vendite tra loro collegate. E si deve ricordare la sopravvenuta trascrivibilità del contratto preliminare. Esigenze di circolazione soggettiva del contratto, a fronte della fissità strutturale della permuta, hanno portato dapprima a considerare i tipi del contratto preliminare e del contratto a favore di terzo - nella forma, quest'ultimo, di 'stipulante' per l'originario proprietario, di 'promittente' per il costruttore, e di 'beneficiari' per i terzi indicati - per poi procedere al suo frazionamento in due negozi autonomi seppure collegati. Si consentiva così al costruttore al centro della operazione maggiore libertà di movimento nella formazione del condominio, cui sin dall'inizio l'operazione stessa era stata preordinata.

In un importante convegno svoltosi a Messina nell'ottobre 2008, dedicato a “Strumenti negoziali di edilizia privata: l'esperienza del Notariato tra tradizione e nuove soluzioni”, il notaio Federico Tassinari analizzava esperienze e svantaggi della permuta rispetto alla doppia vendita nell'ottica di ciascuna delle parti coinvolte; ed a quelle considerazioni non possiamo che fare riferimento.

Accanto all'acquisto della casa di abitazione, l'operare della prassi notarile è stato particolarmente intenso in quella che si è chiamata la “destinazione d'uso” delle abitazioni. Si trascorre così dall'aspetto strutturale all'aspetto funzionale della abitazione e alla esigenza - rilevata in modo particolare da Umberto Breccia nei primi anni '80 - di ricondurre la valutazione astratta degli schemi della proprietà individuale e della comunione alla effettività delle esigenze abitative dei condomini, quale che sia il titolo formale del godimento. E quindi, in estrema sintesi, al 'fatto' dell'abitare, dello 'stare' in condominio, nella linea - per quanto si è venuti dicendo - della tutela costituzionale riservata alla casa

di abitazione.

Il contributo della prassi notarile è qui meno scandito ed evidente di quanto si è detto per il profilo strutturale. Certamente favorito dal segnalato silenzio del nuovo codice sulla ‘*conformazione*’ delle proprietà esclusive e sulla ‘*destinazione*’ delle parti comuni, che la recente riforma ha soltanto precisato nella consistenza.

Così ad esempio - e per soli casi a campione si può qui accennare - le prime limitazioni di destinazione, a mia memoria, dopo l’entrata in vigore del codice del 1942, possono farsi risalire a questa clausola, che si rinviene in forme molto simili negli atti di vendita dal costruttore; e quindi nella quasi totalità delle vendite di abitazioni nate dalla ricostruzione post-bellica: il divieto di adibirle «a scuole di canto, ballo e musica, a gabinetti medici per malattie infettive, a sede di partiti politici o di associazioni da essi dipendenti e in genere a qualsiasi attività che possa turbare la tranquillità dei condomini o sia contraria all’igiene, al decoro e alla incolumità degli occupanti l’edificio».

A ben vedere questa clausola - nella sua ingenuità che oggi ci fa quasi sorridere - è un prodotto dell’autonomia negoziale filtrato dalla prassi notarile, in quell’epoca post-bellica nella quale il quadro normativo e regolamentare di limitazioni di diritto pubblico alla proprietà fondiaria era certamente più lacunoso e meno ‘conformato’ di quello attuale. A metà degli anni ’90 Antonio Gambaro scriverà di “controllo privo di regole”.

Difficile valutare l’efficacia di quei divieti (troppo generici, direbbe Francesco Alcaro); poi tralattivamente acquisiti dai regolamenti condominiali. Certamente più dissuasiva che prescrittiva. E, per di più, problematica - come altre di analoga finalità - nella sua qualificazione e opponibilità.

Il notaio, come interprete delle esigenze della vita condominiale, si trova di fronte a quella zona incerta di confine tra realtà e personalità che si richiama a sua volta ad istituti di ugualmente incerta collocazione: dagli oneri reali alle obbligazioni *propter rem*, dalle servitù irregolari alle semplici regolazioni del “diritto di godere” spettante ai proprietari e il connesso diritto di “servirsi della cosa comune”. Qualificazioni via via prospettate ma non immuni da critiche, e non sempre confermate dalla giurisprudenza, nella artificiosa ricerca di stringere sotto il profilo della realtà - e quindi di successione nei rapporti condominiali e di generale opponibilità al condomino subentrante - situazioni fortemente connotate sotto il profilo personale.

175

Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della nozione di destinazione dell’uso abitativo è ancora più palese se, dalle limitazioni nell’uso delle proprietà esclusive, si trascorre alle modalità dell’uso delle parti comuni dell’edificio. In questi casi infatti occorre considerare che nell’«uso della cosa comune» ciascun partecipante ha l’obbligo di non impedire agli altri «di farne parimenti uso secondo il loro diritto» (art. 1102 applicabile al condominio in forza dell’art. 1139).

Ma il principio codificato del “pari-uso” deve pur sempre tener conto di esigenze concrete, di quel ‘fatto’ - si è detto - dal quale procede pur sempre il notaio nella sua attività di interpretazione e di ‘canalizzazione’ del traffico giuridico. Esigenze diverse - come la particolare configurazione e disposizione delle parti comuni ovvero la loro relazione di accessorietà rispetto alle proprietà esclusive o ancora il mutamento delle esigenze abitative (si pensi soltanto al rapporto tra cortili e aree di parcheggio) possono far ritenere preferibile, in casi determinati e per un godimento più ordinato, un ‘uso’ non più collettivo e promiscuo ma ripartito fra i condomini secondo criteri organizzativi diversi, senza alterare il regime di proprietà che rimane condominiale.

Operando sempre - come si è detto - con gli strumenti normativi a disposizione, si è così avviata da alcuni decenni una pur problematica qualificazione di queste esigenze dell’uso abitativo, nuovamente in quella zona di confine tra realtà e personalità, quantomeno ricorrente nel regime condominiale delle abitazioni.

Il primo orientamento, anche in ordine cronologico, si è rivolto ovviamente ai diritti *in re aliena*, in forma di servitù o di diritto (reale) di uso, per entrambi non congruenti per la tipicità, non solo dei

diritti, ma anche degli interessi astratti che a ciascuno di questi diritti si riconosce.

Un orientamento più recente - certamente meno invasivo e personalmente da preferire - si è spostato in quella zona di confine di cui si è detto, tra realtà e personalità, sviluppando la nozione stessa di 'uso' - inteso tecnicamente come facoltà e non come diritto autonomo - e così trascorrendo gradualmente (attraverso i casi legali dell'uso frazionario e dell'uso turnario, ancora rispettosi della paritarità) dalla regola dell'uso collettivo e promiscuo alla eccezione dell' "uso esclusivo". Esso richiede ai condomini una univoca volontà negoziale che si forma normalmente alla costituzione del condominio mediante le vendite frazionate dell'edificio da parte dell'unico proprietario o costruttore; negli atti stessi o nel regolamento così predisposto e richiamato. Accordi bilaterali a catena con i singoli acquirenti, con i quali il proprietario 'conforma' i diritti dominicali sulle parti comuni, definendone il godimento con specifiche limitazioni. E per ciò solo opponibili ai successivi acquirenti per «l'esistenza di un vincolo obbligatorio *propter rem*» (Cass., n. 6474/2005), che pur tra varie posizioni si va consolidando all'interno della disciplina del condominio.

L'uso esclusivo, entrato ormai nell'applicazione notarile del condominio, riguarda normalmente piccoli spazi condominiali quali cortili, giardini, corridoi, sottotetti, anditi e simili. E la nozione di "uso esclusivo" - già presente nell'art. 1126 in relazione ai lastrici solari - trova oggi ulteriori riscontri normativi (alternata alla locuzione sinonimica di "uso individuale"), sia nella legge sugli immobili in costruzione sia nella recente riforma del condominio, con riguardo alle opere su parti di uso individuale.

Ci si può chiedere, a chiusura di queste considerazioni, dove possa collocarsi un ideale punto di contatto tra condominio e prassi notarile - tra esigenze nuove e soluzioni adeguate e poi confortate dalla giurisprudenza e, se del caso, sempre prontamente allineate a precedenti indicazioni giudiziali -
176 per qualificare 'percorso' questo reciproco alimentarsi che prosegue ormai dal secondo dopoguerra. E alle figure considerate se ne possono aggiungere altre: dalla "destinazione oggettiva" (come criterio sussidiario di individuazione delle parti comuni) alla 'sopraelevazione' (almeno fino a quando è stata normalmente possibile); dalla "riserva di costruire" (per consentire costruzioni a stati di avanzamento) al regolamento di condominio (nella definizione delle competenze tra contratto e assemblea, tra disposizione e gestione in ambito condominiale).

Come "interprete applicativo" - si è detto - il notaio parte sempre dal "fatto storico", indagando la volontà delle parti. Questo vale anche per il "fatto-condominio" che prende forma con l'atto notarile di vendita frazionata dell'edificio e il proprietario 'conforma' i diritti dominicali sulle parti comuni, definendone la struttura con specifiche limitazioni. Il notaio - ho detto scherzosamente in altra occasione - come 'levatrice' del condominio.

Ora questa 'immediatezza' tra "fatto storico" e posizione del "notaio-interprete" sembra essere - al di là delle prerogative notarili (*fides* e *auctoritas*) - il punto di contatto essenziale dell'operare notarile in genere e, specificamente, del percorso comune tra condominio e Notariato.

Questo punto di osservazione fenomenico-applicativo, in una sostanziale 'contestualità' tra il fatto considerato e la sua rappresentazione, ci riporta a un luogo caro agli umanisti del Rinascimento: il ritorno alle fonti. E a un passo del Vico, che riprendo da uno scritto di Emilio Betti: «Ove avvenga che chi fa le cose, esso stesso le narri, ivi non può essere più certa l'istoria».

Diritto di usufrutto congiuntivo e successivo, usufrutto di partecipazioni e relative tecniche redazionali*

di *Pietro Boero*
Notaio in Torino

Nella relazione ci si concentrerà principalmente sugli aspetti redazionali e su una certa prassi notarile che ha contribuito ad introdurre in concreto delle fattispecie a tutt'oggi discusse sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

In materia di usufrutto delle partecipazioni sociali, bisogna tener conto di due recenti decisioni giurisprudenziali - che casualmente hanno la stessa data, 26 febbraio 2015 -, una di un Tribunale e l'altra di un Giudice del registro, entrambe in corso di pubblicazione sulla "*Rivista del notariato*".

La prima decisione afferma la usucapibilità delle quote sociali (che, nella fattispecie, erano quote di Srl) svolgendo considerazioni più generali relativamente alle quote di partecipazione in tutti i tipi di società.

Il Decreto del Giudice del registro, invece, tornando su posizioni che si credevano superate, afferma la non legittimità di un usufrutto su partecipazioni sociali di quote di società di persone.

La prima decisione è interessante perché afferma in termini molto netti che la quota di partecipazione in una società, senza distinzione tra i vari tipi, va considerata come una *cosa mobile*. Torna qui il discorso sull'oggetto del diritto reale e sulla possibilità di configurare, nel caso specifico delle partecipazioni societarie, un diritto reale come l'usufrutto e, più in generale, la proprietà e quindi il possesso e l'usucapibilità sulle quote di società di persone.

Questa sentenza ripete l'argomentazione tradizionale che fa riferimento alla nozione delle quote sociali come posizioni contrattuali obiettivate e, quindi, suscettibili di un valore di scambio (in tal senso, si possono leggere, fra le tante, Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409 e Cass., 19 agosto 1996, n. 7614); espressione che, per la verità, è sempre stata poco più che un *escamotage* verbale, ma che corrisponde a esigenze concrete nella realtà dei traffici. Tuttavia, essa individua un percorso argomentativo in parte nuovo, facendo riferimento all'esplicita considerazione da parte del legislatore (della legge 58/1998) di «una delle forme d'investimento di natura finanziaria che si configurano come rapporti contrattuali che hanno ad oggetto lo scambio tra il denaro (bene presente) e somme di denaro (bene futuro). Queste costituiscono un prodotto finanziario e quindi un'entità suscettibile di appartenenza e di negoziazione». In altri termini, dice il Tribunale di Milano, questo prodotto finanziario può essere oggetto di negoziazione, perché lo dice la legge, ma non è una *cosa mobile* in senso tradizionale e per questo la disciplina dei diritti reali può trovare applicazione anche al di là della nozione classica di "cosa" o "bene", ovvero sulla base di un'interpretazione estensiva di tale nozione. 177

La decisione del Giudice del Registro, invece, rappresenta una sorpresa, perché riprende argomentazioni che si potevano ritenere superate in merito alla stessa ammissibilità di un usufrutto sulle quote di partecipazioni di società di persone.

Bisogna preliminarmente ricordare, in materia, che, nella legislazione attuale, l'usufrutto sulle quote di società di capitali è espressamente ammesso dall'art. 2352 c.c. per le società per azioni e dall'art. 2471-*bis* c.c., introdotto successivamente, per quanto riguarda le quote di società a responsabilità limitata, superandosi così, per espressa disposizione legislativa, i dubbi che erano sorti proprio con riferimento alle quote di Srl. NdR. Si segnala che gli Autori, ove ritenuto di interesse, hanno integrato

* Trascrizione autorizzata dell'intervento al Convegno "Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali" organizzato dalla Fondazione italiana del Notariato e tenutosi a Firenze l'8 maggio 2015.

il proprio contributo scritto tenendo conto di novità normative sopravvenute.

Senza entrare nell'esegesi di queste due norme, può essere interessante accennare alla possibilità di introdurre negli statuti clausole derogative rispetto al regime legale previsto negli articoli citati, che attribuisce il diritto agli utili all'usufruttuario, il diritto di voto anche all'usufruttuario salvo convenzione contraria (tra l'usufruttuario e il nudo proprietario) e gli altri diritti amministrativi, come per esempio il diritto di ispezione, in linea di massima congiuntamente a entrambi i soggetti.

Le due possibilità di deroga sulle quali la dottrina si è interrogata, arrivando a conclusioni abbastanza uniformi, riguardano: la possibilità di introdurre negli statuti una clausola che vieti la costituzione di usufrutto o di altri diritti reali eventualmente ipotizzabili sulla quota sociale (clausola che viene ritenuta pacificamente ammissibile); l'attribuzione al nudo proprietario di diritti più ampi rispetto a quelli che gli sono riservati dalla legge: ciò corrisponde spesso proprio a una esigenza concreta che viene prospettata dalle parti al notaio, quando l'usufruttuario che intenda appropriarsi degli utili, ossia della parte economica della partecipazione societaria, non ha difficoltà a vedere attribuiti tutti i diritti di carattere amministrativo (in particolare, il voto) al nudo proprietario. Questa deroga statutaria è ritenuta in linea di principio ammissibile, con alcuni dubbi, peraltro, manifestati in dottrina a proposito dell'eventuale carattere imperativo di taluni diritti di tipo amministrativo, come ad esempio il diritto di ispezione, che non potrebbero essere rinunciati, secondo le interpretazioni più rigorose, da parte dell'usufruttuario.

In merito all'ammissibilità o meno dell'usufrutto su quote di partecipazione in società di persone, gli argomenti tradizionali contro l'ammissibilità (che si ritrovano, per esempio, in un decreto assai spesso citato del Giudice del registro del Tribunale di Trento del 1996 - il quale è stato però poi successivamente riformato dallo stesso Tribunale -) si ricollegano alla considerazione che l'usufrutto è un diritto reale tipico e può essere costituito solo su beni patrimoniali suscettibili di essere oggetto di diritto di proprietà, nonché sull'osservazione che la quota di partecipazione di una società di persone non è rappresentata da un titolo¹. Inoltre, continua il decreto, la partecipazione in società di persone è caratterizzata dall'*intuitus personae* e dalla responsabilità illimitata; e si aggiunge un argomento *a contrario* derivante dal fatto che l'usufrutto è espressamente previsto per le società di capitali e non per le società di persone (non è necessario, tuttavia, spendere troppe parole sull'intrinseca debolezza di tutti gli argomenti *a contrario*).

Il riferimento all'*intuitus personae* si collega con altri aspetti che investono anche la tecnica redazionale e l'impostazione generale di un atto di costituzione di usufrutto su quote societarie. È vero, infatti, che la posizione di un socio in una società di persone, perlomeno quando è caratterizzata da responsabilità illimitata, è ricollegabile con quelle caratteristiche che vengono tradizionalmente riassunte nell'espressione ora citata; però è anche vero che non è attraverso la costituzione di un usufrutto su una quota di società di persone che si può raggiungere il risultato di far entrare in società una persona nei confronti della quale, in ipotesi, non sussistano i rammentati elementi di *intuitus*. Questo perché, a differenza delle società di capitali, l'opinione dominante è nel senso che la costituzione dell'usufrutto su una quota sociale di una società di persone configuri una modifica dei patti sociali e che come tale abbisogni, come nel caso di una cessione della quota, del consenso di tutti gli altri soci (o dei soci che rappresentino la maggioranza del capitale, nel caso di accomandante).

L'orientamento restrittivo menzionato non è, dunque, condivisibile, e rimane opportuno confermare la prassi, che è stata sviluppata proprio negli atti notarili, di una possibilità di costituzione di usufrutto

¹ Questa argomentazione, tra l'altro, benché venga ripetuta dal più recente decreto sopra menzionato, presenta la discrasia che anche per le quote di società a responsabilità limitata sicuramente non si può parlare di titolo; d'altra parte il diritto reale che viene esercitato non è specificamente sul titolo inteso come documento

cartaceo, che spesso non esiste più neanche per le società per azioni, ma, per usare la terminologia cara alla Suprema Corte, su una posizione sociale obbiettivata. Si tratta, dunque, di un'argomentazione suggestiva, ma non particolarmente probante.

anche sulle quote di società di persone. Va, però, precisato, in conformità alla giurisprudenza, che la qualifica formale di socio resta al nudo proprietario, dal momento che la costituzione del diritto di usufrutto non presuppone la volontà di attribuire tale qualifica all'usufruttuario, mentre il problema, semmai, è quello che si ricollega a una tematica più generale², ossia alla possibilità di attribuire o meno poteri di amministrazione e di rappresentanza ad un soggetto non socio, quale è l'usufruttuario.

L'obiezione più evidente rispetto a questa possibilità è data appunto dal fatto che, poiché è pacifico che l'usufruttuario non sia in senso tecnico socio della società, si rientra nella problematica della possibilità o meno dell'attribuzione a soggetti che non sono soci (estranei) dei poteri di amministrazione e di rappresentanza. Tale questione è variamente discussa e si ricollega anche all'individuazione o meno di una responsabilità illimitata nei confronti di questo soggetto che non è socio, ma ha poteri di usufrutto sulla quota sociale.

È noto che la teoria tradizionale, che risale in particolare a Galgano, la quale si contrappone alla posizione, altrettanto tradizionale, che fa capo a Giuseppe Ferri sr., trae argomenti proprio dal discorso sulla responsabilità: in sostanza, si afferma che, non essendo possibile attribuire una responsabilità illimitata a un soggetto che non è socio e che è estraneo alla società (salvo che non si ricada nella tematica del socio apparente, il che sposterebbe l'angolo visuale), non si possono attribuire anche poteri di amministrazione e di rappresentanza a tale soggetto, dal momento che tali poteri e la responsabilità illimitata sono strettamente collegati tra di loro anche da un punto di vista funzionale e teleologico.

Sebbene questa sia una tesi a mio avviso condivisibile e che ben si ricollega alle tematiche trattate, occorre tenere presente che essa è stata fortemente contrastata sia in dottrina che in alcune decisioni giurisprudenziali: il che può condurre, nella prassi operativa, a ritenere ammissibili anche tecniche redazionali ispirate alla tesi opposta, purché si dia alle parti adeguata informazione circa le problematiche sottostanti ed i rischi di un'eventuale invalidità.

Quanto al tema dell'usufrutto congiuntivo e successivo, è opportuno segnalare da subito una recente risposta a quesito, molto ben articolata, da parte del Consiglio nazionale del Notariato³, su questa fattispecie: ricevibilità di un atto di compravendita col quale una persona fornisce la provvista per l'acquisto di un immobile la cui intestazione però andrebbe fatta a favore del coniuge di tale persona per il diritto di abitazione vitalizio, mentre il coniuge che acquista e fornisce il denaro si riserva il diritto di usufrutto vitalizio successivo per se stesso con decorrenza dalla morte del coniuge e a condizione di premorienza, mentre, infine, il figlio minore viene designato come nudo proprietario.

In questa fattispecie si trovano varie tematiche collaterali: per esempio, per quanto riguarda il figlio minore, la possibilità di un contratto a favore di terzo incapace senza autorizzazione; oppure la possibilità di estendere al diritto di abitazione le stesse problematiche che si avrebbero per il diritto di usufrutto (possibilità che deve essere ritenuta ammissibile, in presenza di identità di *ratio* e di specifici richiami normativi, come l'art. 1026 c.c.).

Il quesito di fondo, però, è quello concernente l'ammissibilità di un usufrutto successivo configurato per effetto di un atto tra vivi.

Prima di esaminare tale tema, conviene tuttavia fare un cenno all'usufrutto congiuntivo, che consiste, come è noto, nella costituzione del diritto di usufrutto a favore di più persone contemporaneamente - non successivamente -, in maniera tale che l'estinzione del diritto di usufrutto di uno non determini il consolidamento in piena proprietà della sua quota, ma produca invece un fenomeno di accrescimento a favore del cousufruttuario. Tale clausola, elaborata dalla prassi notarile, viene richiesta assai di

² Sulla quale tra l'altro di recente è stato pubblicato anche uno studio del Consiglio nazionale del Notariato con riferimento alla società semplice: v. il quesito di impresa n. 98-2015/I «Amministratore estraneo nella società semplice», redatto da Boggiali e Ruotolo, cui si rinvia per

i riferimenti bibliografici.

³ Quesito n. 151-2014/C, redatto da Musto, «Ancora sui limiti ed ambiti del divieto di usufrutto successivo: una peculiare fattispecie di contratto di compravendita»: ivi ampi riferimenti bibliografici.

frequente nella prassi negoziale.

La normativa codicistica contiene una norma (l'art. 678 c.c.) riferita al legato di usufrutto lasciato a più persone in modo che vi sia diritto di accrescimento: la fattispecie è, dunque, espressamente prevista in questo caso particolare. La norma citata prevede che l'accrescimento abbia luogo anche quando una di queste persone viene a mancare dopo aver conseguito il possesso sulla cosa oggetto del diritto reale limitato. La disposizione ora menzionata è interessante, dal nostro punto di vista, perché ammette concettualmente l'usufrutto con diritto di accrescimento, aprendo la strada, per opinione sostanzialmente consolidata, alla sua operatività anche nei negozi *inter vivos*, sia a titolo gratuito, come la donazione, sia a titolo oneroso, a condizione tuttavia che venga pattuito espressamente.

Qui la tecnica redazionale deve essere particolarmente attenta, perché, siccome l'accrescimento rappresenta una deroga rispetto al normale meccanismo di funzionamento dell'usufrutto, occorre specificarlo in maniera non equivoca. Per esempio, si è ritenuto che non si possa parlare di usufrutto con diritto di accrescimento quando nell'atto costitutivo è scritto che esso viene costituito a favore di più persone congiuntamente accettanti. Espressioni di questo tipo, che non facciano riferimento espressamente al diritto di accrescimento, sono ritenute non sufficienti per configurare il diritto in questione. E ciò assume un notevole rilievo pratico, poiché molto spesso si trovano atti di provenienza nei quali la formulazione è un po' ambigua e non è sempre così facile stabilire se si tratta di un diritto con l'accrescimento.

Dal punto di vista fiscale, l'orientamento consolidato delle Commissioni tributarie è che nell'ipotesi di usufrutto congiuntivo costituito a titolo oneroso a favore di due soggetti col patto di accrescimento nessuna imposta sia dovuta al verificarsi dell'accrescimento nei confronti dell'usufruttuario superstite, poiché l'usufruttuario rimanente non viene a godere del diritto in conseguenza del trasferimento *mortis causa* bensì in virtù del meccanismo già originariamente configurato.

180 Naturalmente questo meccanismo non ha niente a che vedere con la richiesta, che pure spesso viene rivolta dalle parti, di un soggetto il quale pure voglia riservarsi il diritto di usufrutto ma che sia proprietario esclusivo del bene (ad esempio, la cessione della nuda proprietà con riserva di usufrutto del venditore, pacificamente ammessa). Spesso però il venditore è coniugato e richiede non solo di riservarsi l'usufrutto, ma che alla sua morte nasca un usufrutto a favore del coniuge o di altri soggetti. È chiaro che ciò non ha niente a che vedere con l'usufrutto congiuntivo di cui si è ora discusso, ma è una tematica che semmai è analoga a quella dell'usufrutto successivo e che quindi deve essere risolta con altri criteri.

Per quanto riguarda l'usufrutto successivo, si può richiamare il già menzionato parere del Consiglio nazionale del Notariato, che è redatto con notevole precisione e anche indicazione di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

L'usufrutto successivo è in linea di principio vietato, ovvero è ammesso soltanto con precisi limiti, nel codice civile. L'art. 698, in primo luogo, prevede che «la disposizione, con la quale è lasciato a più persone successivamente l'usufrutto ha valore soltanto a favore di quelli che alla morte del testatore si trovano primi chiamati a goderne». Quindi, non è ammesso per successione *mortis causa* l'usufrutto successivo nel senso più sopra indicato.

L'art. 796 c.c., invece, in tema di donazione, stabilisce che «è permesso al donante di riservare l'usufrutto dei beni donati a proprio vantaggio e dopo di lui a vantaggio di un'altra persona o anche di più persone, ma non successivamente». Viene ammessa, quindi, una specie di usufrutto successivo, ma limitatamente a un solo passaggio, senza la possibilità di configurare più passaggi successivi, che consentano magari di mantenere il bene nella stessa cerchia familiare nel corso delle generazioni. Si tratta, non a caso, di un istituto che ha molte affinità strutturali (anche se la dottrina ha avuto modo di sottolinearne le differenze, attinenti in particolare all'obbligo di conservazione e restituzione), con la sostituzione fedecommissaria, che è in linea di principio vietata al di fuori delle ipotesi specifiche

contemplate dall'art. 692 c.c.

La questione che si pone è se da queste norme si possa desumere un divieto di costituzione di usufrutto successivo nei negozi *inter vivos* a titolo oneroso, o comunque diversi dalle donazioni, che non sono espressamente disciplinati.

Si sono formati, a tal proposito, due orientamenti esattamente opposti: quello tradizionale, ancora oggi molto diffuso, nega radicalmente la possibilità di una costituzione di questo tipo di usufrutto perché contrastante con i principi generali, tra cui quello della necessaria attualità dell'attribuzione patrimoniale che costituisce il contenuto del diritto di usufrutto, e con la *ratio* restrittiva che emerge dalle norme sopra indicate; l'orientamento contrario, che trova anche qualche riscontro testuale in alcune sentenze seppure non più recenti della Corte di Cassazione (Cass. 19 ottobre 1957, n. 3985; Cass. 14 maggio 1962, n. 1024), si fonda, in primo luogo, sul fatto che il divieto dell'usufrutto successivo è posto dalle norme citate in funzione della natura dell'atto che lo costituisce (quindi testamento o donazione) e non del diritto costituito (quindi usufrutto successivo). Inoltre, il divieto dà luogo a un principio autonomo rispetto a quello di sostituzione fedecommissaria, quindi non è un corollario di quest'ultima, né può ravvisarsi un rapporto di regola/eccezione tra gli artt. 698 e 795, da un lato, e l'art. 796 c.c., dall'altro. In questa prospettiva, il divieto può essere applicato, per quanto riguarda gli atti tra vivi, soltanto alla donazione perché è soltanto a quest'ultima che il legislatore ha dato una specifica disposizione di divieto in virtù delle note analogie strutturali tra la donazione e la successione. La tecnica redazionale qui non è complessa dal punto di vista della formulazione del diritto, ma il problema preliminare è ovviamente quello dell'ammissibilità o meno di una formulazione di questo tipo.

Dato che gli unici riferimenti giurisprudenziali sono in questo senso e dato che esiste un consistente orientamento anche dottrinale che lo supporta, si possono ragionevolmente adottare delle formule contrattuali del tipo indicato, con le consuete cautele in tema di corretta informazione delle parti, ma non senza ribadire che, trattandosi di una questione discussa e discutibile, non può comunque sussistere una responsabilità per una ipotetica violazione dell'art. 28 della legge notarile o di altre norme in tema di responsabilità professionale, in applicazione di quel noto e consolidato orientamento giurisprudenziale che ritiene l'insussistenza di una responsabilità disciplinare e, più in generale, professionale ove sussistano consistenti orientamenti contrapposti su di una determinata questione.

CONCLUSIONI

Stamane, mi ha colpito una domanda che si poneva l'amico Graziadei: come sarà il diritto domani? Domanda solo apparentemente banale, perché, se non vedo male, tendeva a sottolineare che la rapidità dell'attuale transizione aveva reso e continuava a rendere assai instabile il terreno sotto i piedi dei giuristi; alla roccia sopra la quale si gloriava di poggiare il tranquillo giurista della modernità si è sostituita una sorta di malsicure sabbie mobili per l'operatore giuridico pos-moderno.

I nostri lavori congressuali hanno messo a fuoco la distanza fra norme ufficiali e prassi, spesso la assenza di norme idonee a regolare una effettività sempre più radicata. La fattualità imperversa perché i fatti - mobilissimi - corrono, si superano, si trasformano, e sulla trincea della quotidianità, come affermavo stamattina, solo, assolutamente solo si trova il notaio.

Il quale non può esimersi da *interpretare*, ossia mediare tra vecchiume cartaceo ed esperienza, o addirittura *inventare*, nel senso (cui accennavo nelle parole introduttive) di trovare una soluzione e colmare il vuoto: trasfigurazione di remoti istituti, conio di nuovi e novissimi. E giustamente per tutto il giorno si è parlato, non a torto, di sperimentazioni, dello sperimentare del notaio, il quale è chiamato a dare una sostanza e una veste tecnicamente possibili al nuovo assetto di interessi che le parti intendono realizzare.

Molte le direzioni; una tra le prevalenti è la funzionalizzazione della proprietà, arrivare a forme di proprietà funzionalizzata. Tornano alla scoperta attenzione dei giuristi teorici e pratici le intuizioni enunciate negli anni Trenta dalla allora appartatissima voce di Enrico Finzi, e si viene ad attenuare la illuministica ripugnanza per ogni miscuglio tra pubblico e privato in tema di proprietà.

182 Le convenzioni urbanistiche, di cui ci ha parlato Gambaro, ne sono la dimostrazione con tutta la loro ambiguità di realtà ancipiti ma anche con tutta la loro carica di storicità, cioè di corrispondenza speculare a un movimento oggi in atto. Ma v'è di più; le mescolanze si moltiplicano, ed un'altra riappare: quella tra le dimensioni del 'personale' e del 'reale', che la civilistica pos-pandettistica aveva creduto di poter relegare tra le aberrazioni dogmatiche dell'antico regime. Mi riferisco alle *obligationes propter rem* su cui ci informava lo stesso Gambaro.

È una riesumazione significativa. Significativa che quel pilastro portante della civilistica ora menzionata, ossia la rigida tipicità dei diritti reali che li rinserrava in un *numerus clausus* e che, in tal modo, ne permetteva un rigoroso controllo, se non è infranto, è almeno segnato da profonde incrinature. La atipicità delle figure giuridiche è la conseguenza prima della imperante fattualità, la quale, testimoniata da una numerosa schiera di assetti novissimi dell'esperienza giuridica, quasi tutti grezzi e informi per il loro nascere spontaneo nella prassi quotidiana, ci offre dei disegni elastici, appena abbozzati, ancora in attesa di quelle definizioni nette che solo il legislatore e la scienza possono delineare.

Parlare oggi di obbligazioni *propter rem*, come tranquillamente si fa, ci indica bene che è finito il tempo in cui il giurista poteva ricorrere a dei modelli stabili e chiari, definiti - se non per l'eternità - almeno per una durata lunghissima, modelli a lui imposti e che lui subiva senza porsi troppi problemi. Oggi, i problemi emergono continuamente, e lo palesa, per esempio, il modo del tutto insoddisfacente - perché inadeguato alle odierne richieste ordinarie - della disciplina codicistica della fiducia; da cui discendono scelte coraggiose della prassi nella costruzione di 'proprietà destinate'. La 'destinazione', che un tempo sarebbe stata concepita come un'insopportabile umiliazione per la libertà del proprietario, oggi appare - facendo il paio con la 'funzionalizzazione' - semplicemente come necessaria immersione in una società e in un mercato (sempre più globale) che la pretendono.

È il trionfo della prassi, come dicevo nel 2002 - e non per *captatio benevolentiae* - ai giovani allievi della Scuola fiorentina di specializzazione, una prassi che si è trasformata in un 'diritto vivente'. Come si sa bene, con questo sintagma si intende riferirsi a dei consolidamenti giudiziali. Credo, però, che sia giunta l'ora di chiamare anche la coralità notarile a un tipo di consolidazione extra-legislativa, che,

ai miei occhi di storico del diritto, appare come un segno caratteristico nello sviluppo dell'ordine giuridico.

Un'ultima notazione. Si è parlato - mi pare da Chiara Tenella - di 'dottrina notarile'. È verissimo, e basta una semplice e non preconcepita osservazione a dimostrarcelo. E qui ritorna una conclusione che mi è cara e che facevo stamane: la carnalità del diritto, il suo essere un disporre e un sapere proteso alla applicazione, rende inevitabile che regole tecnicismi teorizzazioni nascano dai conii elaborati nelle fertili officine del notaio italiano.

Amici notai, sulle Vostre spalle grava il peso di una non lieve responsabilità, che è non lieve perché è connessa alla vostra etica professionale; siete, infatti, investiti di un ruolo prevalentemente *inventivo*. Il pluralismo giuridico, che è secondo me la più rilevante conquista della civiltà novecentesca nell'Europa continentale, ha pluralizzato le fonti, le ha addirittura de-tipicizzate. Il diritto privato si attende, ormai, dal notaio, così come dal giudice e dall'uomo di scienza (Ascarelli aggiungerebbe ereticamente: perfino dagli uomini di affari, che sono portatori di sempre nuovi bisogni e possono essere considerati collaboratori preziosi nelle pratiche *inventive*), un contributo non minimo. Il giurista, ogni giurista, è coinvolto in una avventura costruttiva.

Come è scritto sin nel titolo di un mio volumetto pubblicato in questi giorni da Laterza, si ha un evidente '*Ritorno al diritto*', ritorno cioè alla complessità del diritto dopo tanti riduzionismi moderni statistici e legalistici. Si ha anche un inevitabile ritorno ai giuristi, a coloro che sanno di diritto e che, in grazia di questo loro sapere specifico, possono avere quella visione imparziale che sembra oggi essere una delle richieste più pressanti. Il notaio non può eludere una tanto onorevole chiamata.

Paolo Grossi

Emerito, Università di Firenze
Giudice della Corte Costituzionale

Appendice

Le servitù prediali

di Giuseppe Musolino
Cultore di Diritto privato, Università di Bologna

Dialettica fra tipicità e tensione all'evoluzione nella disciplina delle situazioni reali. Le servitù prediali

La disciplina delle servitù prediali¹, e dei diritti reali in genere, potrebbe apparire un campo in cui la prospettazione stessa di una 'evoluzione' presenta maggiori difficoltà rispetto ad altri ambiti dell'esperienza giuridica a seguito della presenza di diversi fattori 'stabilizzanti', che, tuttavia, anche attraverso la prassi notarile vengono composti e rimeditati per addivenire a soluzioni evolutive utili al soddisfacimento delle esigenze concrete via via manifestate dai privati.

L'importanza del ruolo della prassi notarile nell'evoluzione dell'ordinamento costituisce un fattore consolidato se già con riguardo all'opera di Rolandino si afferma che in essa troviamo «testimonianza del coraggio del giurista, che rifugge da sicuri, ma anche imprigionanti porti», e che essa «è anche un segno di comprensione della realtà e di rivendicazione del proprio ruolo di costruttore da parte del giurista, che certo non interpretava passivamente la sua posizione di depositario della *fides* e della *veritas*»².

Ricordato ciò, si può constatare che l'autonomia negoziale, che particolarmente in materia immobiliare si esprime attraverso l'opera di discernimento del notaio, può dispiegarsi in termini meno ampi rispetto alla materia delle obbligazioni e dei contratti, dovendo rispettare il principio del *numerus clausus*; per i diritti reali si individuano, poi, generalmente caratteri di tipicità, che non appaiono sempre permeabili alle eventuali esigenze di adattamento poste dai privati; e, infine, l'ordinamento vigente risulta più che in altri ambiti fortemente ancorato al modello delle fonti romane.

Circa il *numerus clausus* dei diritti reali (principio romanistico, sostanzialmente abbandonato nel diritto comune che conosce la moltiplicazione dei diritti sulle cose, ma riportato in auge nella codificazione napoleonica e nelle legislazioni ad essa ispirate), in questa sede, può ricordarsi brevemente che al legislatore rivoluzionario francese il permanere della varietà multiforme di situazioni reali appariva come un ostacolo alla libertà del singolo individuo e alla circolazione dei beni³.

¹ Al riguardo, R. TRIOLA, *Le servitù*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2008; A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007; G. BRANCA, *Servitù prediali*, 6 ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987; M. COMPORTELLI, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 8, Proprietà, t. II, Torino, 1982; P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, vol. XII, Milano, 1967; G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, 3 ed., in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1963; F. MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949; L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947; L. CARIOTA FERRARA, *Delle servitù prediali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di D'Amelio e Finzi, Libro della proprietà, Firenze, 1942.

² In questi termini, I. BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*,

in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di F. Macario e M.N. Miletta, Milano, 2006, p. 105.

³ In materia, *ex multis*, I. BIROCCHI, *op. cit.*, p. 126, secondo cui, caduta la visione gerarchica della società e venuta meno l'idea che questa rispondesse a una convergenza metafisica dei fini, la nuova concezione orizzontale del consorzio civile, basata sull'eguaglianza di diritto, comportava la ricostituzione della stessa intorno al valore terreno dei beni e all'iniziativa di ciascuno per raggiungere il proprio benessere. Di qui la centralità della proprietà, che, tendenzialmente libera da vincoli, rientra in una prospettiva dinamica, dove la tutela del godimento e della disponibilità è in funzione non solo della possibilità che i beni vengano messi a frutto, ma anche dell'«incessante movimento per scambiarsela». La proprietà, da perno dell'ordine economico naturale, assurgeva a fondamento dell'ordine sociale, poiché collegata al «commercio abbandonato a se stesso», cioè

Per tale motivo, il codice napoleonico, dopo le riforme che abolirono gli istituti feudali, procedeva ad esaltare la proprietà, quale diritto naturale fondamentale sui beni, liberandola dai precedenti numerosi vincoli. Con riguardo ai diritti reali su cosa altrui, il *code civil* ne semplifica al massimo gli schemi ammessi, ritornando sostanzialmente ai tipi previsti dallo *ius civile* romano (usufrutto, uso, abitazione, servitù prediali, garanzie reali) e limita ulteriormente l'incidenza di tali situazioni reali sulla proprietà sia nel contenuto, sia - ove possibile - nella durata.

Il codice civile italiano previgente riprende tali orientamenti, stabilendo pure il principio dell'affrancabilità dell'enfiteusi e di altre prestazioni e oneri perpetui; il codice vigente prevede, inoltre, la disciplina della superficie.

In base alla regola secondo cui i diritti reali di godimento costituiscono un *numerus clausus*, si è deciso, ad esempio, che non è configurabile un rapporto di così detto dominio utile (corrispondente a uno *ius in re aliena*), cioè un diritto di godere di un fondo altrui in perpetuo, non essendo, fra l'altro, consentiti, al di fuori dei casi previsti alla legge, rapporti di natura perpetua, in quanto contrari a interessi di natura pubblicistica⁴.

Il principio generale del numero chiuso dei diritti reali vale naturalmente solo per i privati: al legislatore è consentita la creazione di nuove figure, quali, da ultimo, la multiproprietà, di cui si è, fra l'altro, detto che costituisce un nuovo modello soggettivo di appartenenza, segnatamente nella forma tradizionale così detta immobiliare, nel quadro della legislazione speciale di derivazione comunitaria a tutela del consumatore⁵.

Il *numerus clausus* dei diritti reali acquista, poi, una sua valenza anche nell'ottica del diritto comunitario, ove (se si esclude l'art. 17 Carta dir. fond. Ue, circa la proprietà), in assenza di disposizioni specifiche (l'art. 345 Tratt. Fue⁶, ex 295 Tratt. Ce, prevede che il trattato stesso «lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»), i singoli Stati sono liberi di individuare le regole sui diritti reali.

al mercato, pensato come compositore dell'equilibrio tra le esigenze disparate nascenti da bisogni e aspettative individuali.

Sul numero chiuso dei diritti reali, fra gli altri: M. COMPORRI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, vol. II, Milano, 2006, p. 769; V. MANNINO, «La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme», in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 945; A. FUSARO, «Il numero chiuso dei diritti reali», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 439; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, vol. I, Milano, 1980, p. 421; A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979; P. VITUCCI, «Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù», in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 855. Per una ricostruzione critica dal diritto romano al codice vigente, V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei iura in re aliena ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992, passim.

⁴ Cfr. Cass., 26 settembre 2000, n. 12765, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Proprietà*, n. 16; Cass., 1 aprile 2003, n. 4914, *ivi*, 2003, voce *Agricoltura*, n. 103, precisa che, circa i contratti agrari, l'art. 8, comma 1, L. 26 maggio 1965, n. 590, è norma di stretta interpretazione, poiché apporta speciali limitazioni al diritto di proprietà, e contempla, dunque, un

numero chiuso di situazioni soggettive protette: essa non può trovare applicazione oltre i casi previsti (si tratta della medesima ratio, in base a cui i privati non possono creare *iura in re aliena* ulteriori rispetto a quelli *ex lege*).

⁵ Si veda G. DI ROSA, *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà*, Milano, 2002. In materia, anche: E. MALAGOLI, «La direttiva 2008/122/Ce sulla multiproprietà», in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 984; U. MORELLO e G. TASSONI, voce *Multiproprietà* [aggiornamento-2003], in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, t. II, Torino, 2005, p. 896; G. ALPA, «Il recepimento della direttiva comunitaria in materia di multiproprietà: un'analisi comparativa», in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 193; G. DE NOVA, «Multiproprietà e disciplina dei contratti», in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 5; G. CASELLI, *La multiproprietà*, Milano, 1999; U. VINCENTI, *Multiproprietà immobiliare*, Padova, 1992; A. DE CUPIS, «Multiproprietà e comproprietà», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 1024; F. SANTORO PASSARELLI, «Multiproprietà e comproprietà», *ibidem*, p. 19.

⁶ La denominazione di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea sostituisce quella di «Trattato che istituisce la Comunità europea» ed è prevista dall'art. 2, punto 1, L. 2 agosto 2008, n. 130 (ratifica e esecuzione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, modificante il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi).

Si fa riferimento, comunque, al principio di mutuo riconoscimento in tema di libera circolazione dei beni (art. 34 Tratt. FUE, ex artt. 28 e 29 Tratt. CE) e alle deroghe al principio medesimo, previste per circostanze, giustificate da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale (art. 36 Tratt. FUE, ex art. 30 Tratt. CE).

Tali disposizioni, se, da un lato, impongono, per quanto possibile, la libera circolazione degli strumenti giuridici, dall'altro, riconoscono la possibilità di misure restrittive, per preservare aspetti importanti di ciascun ordinamento nazionale. Per questo, si è individuata «una naturale tensione tra la funzione protezionistica del numero chiuso e la visione europeizzante del mutuo riconoscimento»⁷.

Principi romanistici ed evoluzione della disciplina delle servitù: le servitù reciproche nel regolamento di condominio e negli atti di lottizzazione

La materia delle servitù prediali costituisce un esempio di come l'eredità romana permanga non solo nella riproduzione da parte del legislatore di singole norme o nella ripresa di singoli principi (talvolta non espressi, ma sottostanti alla soluzione individuata dai giuristi romani), quanto nell'accoglimento degli istituti e delle categorie stesse del diritto, così come sono state create dalla giurisprudenza del periodo classico e rielaborate nella compilazione giustiniana⁸; non è un caso che la dottrina che si è prevalentemente occupata delle servitù prediali è quella dei civilisti romanisti, quali Biondi, Branca, Burdese, Grosso.

Si può constatare che l'affermazione della concezione romana dei diritti reali coinvolge i legislatori dell'Europa continentale, contribuendo a prefigurare una sorta di diritto comune europeo, a cui si è giunti non attraverso l'Unione sorta dal Trattato di Roma, ma sulla base del fondamento romanistico delle legislazioni dei singoli Stati, per la persuasione che le regole romane esercitano.

187

⁷ Così, C. COSENTINO, *Forme di appartenenza e interessi protetti. Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, Napoli, 2010, p. 182. Sulla possibilità di applicare i principi della normativa comunitaria nella disciplina dei diritti reali, caratterizzata dalla regola del numero chiuso, si veda B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, p. 525.

Circa i diritti reali e, in particolare, la proprietà nel diritto europeo e comunitario, a cura di G. D'Amico, *Proprietà e diritto europeo*, Napoli, 2013; C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, *Proprietà, obbligazioni, contratti*, Milano, 2007, p. 2; e, in generale, sulla Carta dei diritti fondamentali UE, P. GROSSI, «Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la 'carta di Nizza', il progetto di 'costituzione europea', e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)», in *Jus*, 2003, p. 405.

⁸ *Ex multis*, F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 32; e, per la dottrina notarile, E. MARMOCCI, *Presentazione del tema*, in *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, a cura di Marmocchi, Milano, 2012, p. 9 e ss., che qualifica i brocardi, attraverso cui si esprime la disciplina delle servitù, meccanismi concettuali di stabilizzazione.

Per il diritto romano, fra gli altri: F. TUCCILLO, *Studi su*

costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano, Napoli, 2009; M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999; A. BURDESE, voce *Servitù prediali (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1976, p. 118; G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, 2 ed., Milano, 1954; ID., *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938.

Più in generale, per elementi di interpretazione storica sui diritti reali, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006; ID., *Il dominio e le cose - Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Milano, 1992; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970; ID., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944.

Sull'importanza della tradizione giuridica, in generale, si veda, per tutti, P. GROSSI, *Introduzione*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., p. 10, che afferma: «Il richiamo alla tradizione significa diffidenza verso ogni improvvisazione e volontà di costruire non sull'effimero, facendo tesoro di quei momenti dialettici, che sono la ricchezza dei tempi trascorsi, che consolidano il presente grazie a un prezioso contrappunto comparativo».

Deve, anzi, osservarsi che fra i fattori di possibile evoluzione della disciplina delle servitù prediali non può, all'attualità, menzionarsi la normativa comunitaria (in altre materie molto sviluppata)⁹, come, del resto, neppure si pone il legislatore nazionale, che non è intervenuto ulteriormente dopo il codice del 1942.

Il permanere dei principi romani non impedisce, comunque, l'evoluzione della disciplina delle servitù, come, per esempio, dimostra l'accoglimento delle servitù reciproche, rispetto alle quali si era inizialmente opposta la regola romanistica *nemini res sua servit*, classificandosi l'obbligo *in non faciendo* come onere reale.

Successivamente, la giurisprudenza ha ammesso che le servitù reciproche non contrastano in realtà con le regole provenienti dal diritto romano, e tali servitù si sono diffuse e sviluppate nella prassi notarile con il regolamento di condominio predisposto dall'originario unico proprietario dell'edificio, che ponga clausole limitanti i poteri dei singoli condomini sulle loro proprietà esclusive; e con la lottizzazione di aree fabbricabili, in cui ciascun fondo di cui il lotto si compone è al tempo stesso servente e dominante rispetto a tutti gli altri.

Con riguardo al primo esempio, una volta accettato dagli iniziali acquirenti e trascritto, il regolamento condominiale vincola, a seguire, tutti gli altri acquirenti¹⁰; e, nelle vendite a lotti di aree fabbricabili, le limitazioni menzionate sono efficaci se nei singoli atti di acquisto venga richiamato il piano di lottizzazione con i diritti e gli obblighi in esso previsti; le servitù sono operanti, dopo la vendita dei primi lotti, anche sulla restante proprietà del venditore senza che sia necessaria una loro imposizione formale¹¹.

Tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale. Servitù prediali e servitù personali

188 Come si è accennato, oltre alla regola del *numerus clausus*, la stessa disciplina legislativa dei diritti reali tipici sembrerebbe lasciare margini non particolarmente ampi ai privati (e conseguentemente al notaio, che cura le operazioni adeguate, anche preparatorie e successive all'atto da compiere¹², per la creazione, la modificazione, il trasferimento di diritti) nella regolazione degli interessi di cui sono portatori e, quindi, anche nel possibile emergere di fattori evolutivi nella regolazione delle situazioni soggettive in esame.

In particolare, con riguardo ai diritti reali su cosa altrui, se nel codice del 1865, l'art. 476 dispone che le servitù personali - usufrutto, uso e abitazione - siano regolate dal titolo da cui derivano e che la legge non supplisca che a quanto non provveda il titolo (salvo che essa disponga altrimenti), nel codice attuale, tale norma non è stata riprodotta.

⁹ La stessa giurisprudenza non ha avuto occasione di pronunziarsi in materia, se non con Corte giust. Ce, grande sez., 16 luglio 2009, n. 428, H. c. Secretary of State for Food, in *Dir. economia*, 2009, p. 831, e *Riv. dir. agr.*, 2009, 3, p. 208, secondo cui uno Stato membro può comprendere nelle proprie norme per le buone condizioni agronomiche e ambientali ai sensi dell'art. 5 e dell'all. IV, regolamento Ce del Consiglio 29 settembre 2003, n. 1782 (che stabilisce norme comuni sui regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune, istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e modifica precedenti regolamenti), requisiti di manutenzione dei sentieri visibili gravati da servitù di passaggio pubblico, purché detti requisiti contribuiscano a mantenere tali sentieri come elementi caratteristici del paesaggio o,

eventualmente, a evitare il deterioramento degli *habitat*.

¹⁰ Cfr. Cass., 15 aprile 1999, n. 3749, in *Vita not.*, 1999, p. 778.

¹¹ Cfr. Cass., 10 ottobre 2000, n. 13487, in banca dati Leggi d'Italia; Cass., 2 giugno 1992, n. 6652, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1029. Sulle servitù reciproche, BRANCA, *op. cit.*, p. 65; BIONDI, *Le servitù, cit.*, p. 116; TRIOLA, *op. ult. cit.*, p. 29.

¹² Per quanto riguarda la funzione, le obbligazioni e le relative responsabilità del notaio, si rimanda, da ultimo, a G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, 2 ed., in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2014, p. 541 e ss.; fondamentale rimane F. CARNELUTTI, «La figura giuridica del notaio», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 921.

La disposizione abrogata derivava dall'art. 628 c.c. francese (secondo cui *Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue*) e dall'art. 629 (*Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits ils sont réglés ainsi qu'il suit*), ripresi anche dal codice spagnolo, per il quale l'uso e l'abitazione sono regolati nell'ordine: dal titolo costitutivo (art. 523 c.c. spagnolo); in mancanza di disposizioni negoziali, dalla legge; e, infine, dalle norme sull'usufrutto in quanto compatibili¹³.

Il progetto preliminare del codice civile italiano attuale aveva sostanzialmente riproposto nell'art. 115 il contenuto del menzionato art. 476 c.c. abr.; la legislazione vigente non ha comunque accolto la disposizione sulla preminenza del titolo nelle servitù personali e la Relazione al codice sottolinea l'intendimento di non svuotare di contenuto il diritto reale con la creazione, ad esempio, di figure anomale di esso. Sembrerebbe, dunque, potersi concludere che la volontà del legislatore sia nel senso di attribuire allo schema dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione una tipicità più rigorosa, rispetto a quella concepita dal codice previgente, riducendo corrispondentemente l'ambito dell'autonomia negoziale nell'apportare variazioni al tipo *ex lege*¹⁴.

In quest'ottica, si è giunti ad affermare che l'usufrutto e l'uso hanno un carattere determinato e certo, per cui si hanno solo due casi concreti di servitù personali: l'usufrutto e l'uso, che per gli edifici può assumere carattere di abitazione. Si afferma che le servitù personali possiedono oggi struttura tipica e manca, dunque, una categoria generale di "servitù personali", poiché esistono solo l'usufrutto e l'uso, come diritti reali di godimento a contenuto determinato¹⁵.

In definitiva, per ciò che riguarda la possibilità dei privati di utilizzare, nell'ambito che più direttamente consideriamo, le libertà negoziali riconosciute dall'ordinamento (art. 1322 c.c.), il codice vigente sembrerebbe porsi in una prospettiva differente rispetto a quello abrogato, e, comunque, secondo l'impostazione complessivamente scaturita dalla codificazione napoleonica (e acquisita e affinata anche nel nostro ordinamento), i diritti reali tendono a presentarsi quali modelli in larga parte prestabiliti e indipendenti dal titolo dal quale sorgono¹⁶.

¹³ A questo riguardo, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, 2 ed., t. III, vol. 2, Barcelona, 1973, p. 363.

Rispetto al codice del 1865, G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Dir. civ. it.*, a cura di Fiore, continuato da Brugi, 2 ed., vol. II, rivisto da Maroi, Napoli-Torino, 1936, p. 914, osserva che il titolo può dare un regolamento più esteso, conferendo facoltà proprie dell'usufrutto (facoltà di vendere i prodotti del fondo; o di locare la casa), o può restringere o determinare la misura del frui, ma non fino a sottrarre l'uso alle sue cause necessarie di estinzione. I privati potrebbero, poi, modificare i limiti negativi *ex lege* (destinazione economica del bene, soddisfacimento di bisogni attuali dell'utente), ma non attribuire solo singole facoltà (si creerebbe un diritto atipico e obbligatorio) o consentire la facoltà di cessione, che snatura l'uso in usufrutto.

Per B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. di Fadda e Bensa, vol. I, rist., Torino, 1930, § 207, p. 743 e ss., se il diritto di uso è il diritto di usare di una cosa altrui, impiegandola agli scopi raggiungibili senza appropriazione dei frutti, tuttavia il soggetto a cui è concesso il diritto «non è limitato necessariamente al suindicato contenuto; egli può benissimo in un dato caso avere anche un diritto di godimento dei frutti più o meno esteso, come pure la facoltà di cedere l'uso ad altri. È cioè possibile che il concedente abbia voluto di più di quanto portano le

espressioni: diritto d'uso, uso; in questo caso l'interprete può ben far valere, di fronte all'espressione imperfetta, la vera volontà del concedente», particolarmente in materia testamentaria.

¹⁴ Sul punto, in questo senso: D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, p. 52; G. GROSSO, *Questioni in materia di usufrutto con riguardo al nuovo codice civile*, in *Scritti storico giuridici*, t. II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, Torino, 2001, p. 407. In materia, anche G. MUSOLINO, *L'usufrutto, nella collana Strumenti del diritto. Diritti reali*, a cura di Boero e Musolino, Bologna, 2011, p. 143.

¹⁵ In questo senso, si esprime L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947, p. 110.

¹⁶ Si veda A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1982; M. COSTANZA, «Realità e relatività della situazione proprietaria», in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1260, comunque, rileva che l'affermazione di principio circa la tipicità dei diritti reali non appare trovare sempre pieno riscontro: lo stesso legislatore «non ha escluso la modulazione delle relazioni fra il soggetto e la *res* quale conseguenza di specifiche determinazioni convenzionali attraverso le quali le regole della titolarità reale si intensificano o si attenuano, generando diritti e obblighi che relativizzano la situazione soggettiva in funzione delle esigenze dei singoli interessati».

Circa il diritto di uso, G. PALERMO, *L'uso*, in *Tratt. dir.*

All'interno di queste coordinate generali, veniamo, ora, alle servitù prediali, per le quali l'art. 1063 c.c. prevede che l'estensione e l'esercizio delle servitù stesse sono regolati dal titolo - e, solo in mancanza di questo, dalle disposizioni ex artt. 1064 e ss. c.c.¹⁷ - (con formula inversa, per l'enfiteusi, l'art. 957 c.c. stabilisce che le disposizioni *ex lege* si applicano salvo che il titolo disponga altrimenti).

Il quadro prospettato dal l'ordinamento, nella lettura che di esso compiono l'interpretazione dottrinale e quella giurisprudenziale sembrerebbe presentarsi, dunque, almeno in parte differente rispetto a quanto si è detto con riguardo all'usufrutto: nelle servitù prediali, fermo il principio dell'*utilitas*, l'autonomia privata si esplica con maggiore ampiezza, spettando alla volontà delle parti definire i limiti entro i quali si comprimono le facoltà dominicali del proprietario del fondo servente e si ampliano le prerogative a vantaggio del fondo dominante¹⁸.

Per questo, si è giunti a osservare che solo partendo dal titolo e, dunque, dall'atto costitutivo della servitù prediale volontaria «è consentito stabilirne i tratti che il legislatore ha disegnato solo nei contorni, affidando agli autori dell'atto costitutivo la determinazione e di conseguenza la regolamentazione.

Lo statuto del diritto reale trova nell'atto negoziale la sua fonte e la sua regola con una sovrapposizione fra impegni e facoltà che dalla relazione obbligatoria si distingue per il confronto che si instaura fra i *praedia* anziché fra i soggetti»¹⁹.

La regola dell'atipicità delle servitù prediali. La servitù che realizza la cessione di cubatura e la servitù per gli impianti eolici

190

In generale, la possibilità che si presenta ai privati di conformare la realtà giuridica secondo gli interessi di cui sono portatori trova la propria principale espressione in materia di servitù prediali nella duttilità e varietà del loro oggetto: tale duttilità consente alle servitù medesime di evolversi in relazione alle necessità via via emergenti (da ultimo, come stiamo per vedere, è sorta la servitù per gli impianti eolici).

Le servitù, fermo restando il carattere indispensabile dell'utilità a favore di un fondo, possono avere qualsiasi oggetto: si parla di atipicità delle servitù²⁰, pur in presenza di tipi che possiamo definire normali, secondo la pratica e la tradizione romanistica (per esempio, servitù di passaggio, servitù di acquedotto, servitù di stillicidio).

L'atipicità delle servitù prediali volontarie costituisce un elemento che è giunto eccezionalmente a

priv., diretto da Rescigno, 2 ed., vol. 8, *Proprietà*, t. 2, Torino, 2002, p. 144, rileva che l'uso «non si riduce a singole forme di utilizzazione, anche se il titolo - legale o negoziale - di acquisto originario o derivativo del diritto può in certa misura condizionare, e variamente circoscrivere, la sfera di libera attività, riconosciuta al titolare».

¹⁷ Cfr. Cass., 10 maggio 2004, n. 8853, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Servitù*, n. 12.

Cass., 25 gennaio 1992, n. 820, in *Arch. civ.*, 1992, p. 791, opportunamente precisa che, a differenza delle servitù volontarie (che possono avere a oggetto una qualsiasi utilitas, purché ricavata da un fondo a vantaggio di un altro fondo appartenente a diverso proprietario), le servitù prediali coattive formano un *numerus clausus*, sono cioè tipiche (ciascuna di esse ha il contenuto predeterminato dalla legge), e non sono ammissibili altri tipi al di fuori di quelli espressamente previsti da una specifica norma, per il

soddisfacimento di necessità ritenute meritevoli di tutela. Così, ad esempio, è inammissibile la costituzione coattiva di una servitù di passaggio di tubi per la fornitura di gas metano, dovendosi escludere un'applicazione estensiva dell'art. 1033 c.c. sulla servitù di acquedotto, per la non assimilabilità delle due situazioni, per i caratteri peculiari di struttura e funzione di ciascuna di esse (in particolare, la pericolosità insita nell'attraversamento sotto terra delle forniture del gas non ricorre nella servitù di acquedotto).

¹⁸ In proposito, si veda, da ultimo, G. MUSOLINO, «Il contenuto delle servitù prediali: l'oggetto e il modo», in *Riv. not.*, 2011, p. 851.

¹⁹ Così, M. COSTANZA, «Realità e relatività della situazione proprietaria», *cit.*, p. 1262.

²⁰ In proposito, fra gli altri, P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, *cit.*, p. 47; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5 ed., vol. I, Torino, 1958, p. 598.

influenzare anche le servitù coattive (considerate generalmente tipiche) aventi natura pubblica, come dimostra una recente pronunzia, secondo cui, essendo consentito all'autorità amministrativa costituire una servitù di contenuto non previsto specificamente nell'ordinamento, ma indicato nel provvedimento amministrativo, è ammissibile la servitù prediale coattiva pubblica per gli impianti eolici²¹.

Osservato ciò, in mancanza di una regolazione legislativa che riguardi partitamente le singole servitù, soccorre generalmente la tradizione e l'elaborato sviluppo, che ha avuto ogni singola figura di servitù prediale, consentendo all'interprete di trarre profitto dalle categorie e dalle classificazioni romane, corrispondenti sostanzialmente alle servitù maggiormente usuali del diritto moderno²².

Se, dunque, permane una forte continuità fra i tipi conosciuti dalle fonti romane e gli attuali, la realtà giuridica - anche grazie al determinante contributo della prassi notarile - conosce la formazione di nuove servitù, che sorgono in relazione alle esigenze socio-economiche odierne.

Un esempio viene dato dalla cessione di cubatura: benché non sempre la giurisprudenza ne abbia riconosciuto la natura reale, proprio la prassi notarile ha spesso ritenuto comunque preferibile configurarla attraverso un atto costitutivo di servitù a favore del fondo dominante, che acquista la cubatura spettante a un'area limitrofa (fondo servente).

La fattispecie in esame appare classificabile come *servitus altius non tollendi* o *non aedificandi*: tale inquadramento ha consentito - rispetto alla soluzione di considerare la cessione di cubatura come un contratto a effetti meramente obbligatori - la trascrizione nei registri immobiliari e, quindi, la pubblicità a favore dei terzi²³.

Vincoli reali e obbligatori sugli immobili e prassi negoziale

Svolte le considerazioni di cui sopra circa i fattori che tendono a stabilizzare la materia dei diritti reali, si può osservare che il principio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c. (che si pone in rapporto con l'art. 41 Cost., secondo cui l'iniziativa economica privata è libera) consente anche di regolare gli interessi relativi allo sfruttamento delle utilità fondiari, evitando sostanzialmente il rigore della tipicità dei diritti reali su cose altrui, attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori. A questo riguardo, la facoltà attribuita, come conferma la giurisprudenza, dall'ordinamento vigente

191

²¹ Il riferimento è a Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3723, in *Vita not.*, 2009, p. 875, secondo cui l'art. 1056 c.c., in base al quale ogni proprietario è tenuto a dare passaggio per i suoi fondi alle condutture elettriche in conformità delle leggi in materia, integra il quadro normativo di riferimento nel senso che, se non si vuole che, in ogni occasione in cui si presenti un'innovazione tecnologica (idonea a consentire la produzione dell'energia elettrica e il suo trasferimento in modo diverso da quello tradizionale), il legislatore debba intervenire (definendo, volta per volta, le modalità di costituzione ed esercizio della servitù di sorvolo dell'area interessata), si deve coerentemente ammettere che il potere concesso all'autorità amministrativa dalle norme richiamate consenta la definizione di modalità e contenuti propri per ogni diversa tipologia di impianto produttivo di energia da fonte rinnovabile.

²² In proposito, già R. DE RUGGIERO, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1911, p. 523.

²³ Sulla cessione di cubatura è ricca la letteratura che

trova spazio nelle riviste promosse dal ceto notarile (ad esempio, N.A. CIMMINO, «La cessione di cubatura nel diritto civile», in *Riv. not.*, 2003, p. 1113; V. VANGHETTI, «Profili civilistici della c.d. cessione di cubatura», in *Notariato*, 1996, p. 417; P.L. TROJANI, «Tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale», in *Vita not.*, 1990, p. 285; P. GRASSANO, «La cessione di cubatura», in *Riv. not.*, 1992, p. 1069; M. DI PAOLO, «Trasferimenti di cubatura d'area e numero chiuso dei diritti reali», *ivi*, 1975, p. 547; G.B. PICCO e A.M. MAROCCO, «I così detti trasferimenti di cubatura», *ivi*, 1974, p. 626; R. TRIOLA, «La cessione di cubatura: natura giuridica e regime fiscale», *ivi*, 1974, p. 115). Si vedano, inoltre, A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Rescigno, VII, 1, Torino, 1982, p. 527; A. CANDIAN, voce *Trasferimento di volumetria*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, (aggiornamento), Torino, 2000, p. 735; oltre a R. COLLETTI, «Le servitù e la cessione di cubatura. Spunti e riflessioni», in *Nuova rass. leg. dott. e giur.*, 1996, p. 68.

trova ampio riscontro nella prassi negoziale romana, che non si limitava a seguire gli schemi già precostituiti delle servitù prediali. Si tendeva, infatti, a configurare negozialmente i rapporti per rispondere a esigenze concrete, moltiplicando i contenuti delle servitù latamente intese; la giurisprudenza romana provvedeva, poi, di volta in volta, ad accogliere il rapporto pratico nello schema dello *ius praedii* (servitù prediale: D. 8, 3, 3) o a porlo fra i rapporti obbligatori (D. 8, 4, 13 pr.; D. 33, 1, 12) oppure entro un diverso schema reale, come l'usufrutto o l'uso (D. 8, 3, 6 pr.; D. 7, 1, 32)²⁴. Nel diritto giustiniano, poi, fra l'usufrutto e l'uso, da una parte, e le servitù prediali, dall'altra, viene riconosciuta una figura intermedia: la *servitus personae* o *hominis*, comunque, elaborata sulla base di elementi classici e avente lo stesso contenuto della relativa servitù prediale²⁵.

Anche secondo l'ordinamento vigente, in cui, senz'altro per i diritti reali, un'opera di discernimento è posta in essere grazie all'intervento professionale del notaio, è possibile - invece di prevedere l'imposizione di un peso su un fondo (servente) per l'utilità di un altro (dominante), in una relazione di asservimento (che si configura come una *qualitas fundi*) del primo al secondo - stabilire un obbligo personale, avente natura di servitù irregolare, configurabile quando il diritto attribuito sia previsto per un vantaggio della persona indicata nel relativo atto costitutivo, senza alcuna funzione di utilità fondiaria²⁶.

Una tale convenzione negoziale può inquadrarsi nell'ambito del diritto reale di uso, oppure in uno schema obbligatorio (locazione o affitto, se il bene è produttivo, o - se a titolo gratuito - comodato, o, ancora, rapporto atipico)²⁷. In entrambi i casi, secondo la giurisprudenza, il diritto trasferito, attese la natura personale e - con riferimento alla sola ipotesi della locazione o del comodato - il carattere meramente obbligatorio, non può ritenersi ipso facto trasmissibile, in assenza di un'ulteriore, apposita convenzione stipulata dall'avente diritto con il nuovo proprietario del bene "asservito"²⁸.

La servitù irregolare può sorgere anche a causa dalla mancanza di forma scritta necessaria per la creazione della servitù prediale. Ad esempio, una volta provato un accordo verbale fra le parti relativo al passaggio, sul fondo di una di esse, della rete fognante proveniente dal fondo dell'altra, l'accordo stesso, pur inidoneo a configurare un valido contratto costitutivo di una servitù di scarico, per difetto della forma scritta richiesta *ad substantiam*, è apparso tuttavia idoneo a costituire una servitù irregolare, a carattere non reale ma obbligatorio, sussistendo i requisiti necessari per la conversione del contratto nullo ai sensi dell'art. 1424 c.c.²⁹.

²⁴ A questo riguardo, si rimanda a G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, p. 215.

²⁵ Così, B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938, p. 429.

²⁶ Fra le altre, Cass., 22 ottobre 1997, n. 10370, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Servitù*, n. 2, e, in dottrina, da ultimo, G. MUSOLINO, *Uso, abitazione e servitù irregolari, nella collana Strumenti del diritto. Diritti reali*, a cura di Boero e Musolino, Bologna, 2012, p. 505 e ss., oltre a G. BRANCA, *op. cit.*, p. 19. Nel senso dell'ammissibilità delle servitù irregolari, si veda comunque C. MAIORCA, *Comm. al Codice civile, Libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 54 e ss.; e, sotto il vigore del codice abrogato, F. SANTORO PASSARELLI, «I diritti di uso limitati», in *Riv. it. sc. giur.*, 1927, p. 101 e ss., secondo cui è possibile costituire vincoli reali di parziale godimento su un fondo a favore di una persona, come, ad esempio, il diritto reale di uso limitato alla caccia e alla pesca, il diritto di pascolo, il diritto di attingere acqua.

²⁷ In tal senso, Cass., 29 agosto 1998, n. 8611, in *Giur. it.*, 1999, c. 2267; Cass., 29 agosto 1991, n. 9232, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Servitù*, n. 4; Cass., 11 marzo 1981, n.

1387, *ivi*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 72, secondo cui il contratto con il quale una parte autorizza lo scarico di materiale di risulta su porzione di terreno di sua proprietà e l'altra si obbliga, per il caso in cui intenda effettuare lo scarico, di eseguire l'operazione in maniera da realizzare il livellamento della porzione del fondo con altra finitima (sita a livello più alto) e la sua coltivabilità, può ricondursi alla figura delle servitù irregolari.

²⁸ Così, Cass., 11 gennaio 1999, n. 190, in *Riv. not.*, 1999, p. 1215, e *Arch. civ.*, 1999, p. 999, secondo cui, ad esempio, non costituisce una duplice servitù, di passaggio e di parcheggio, una convenzione fra privati con la quale il venditore di un appartamento altresì conceda all'acquirente, in sede di stipula dell'atto pubblico di alienazione, il diritto di uso di uno scantinato al fine di parcheggiarvi un'autovettura - nonché il diritto di passaggio sull'area che ne consente l'accesso -, diritto non riconosciuto, in seguito, dagli eredi dello stesso venditore.

²⁹ Sul punto, Cass., 4 febbraio 2010, n. 2651, in *Mass. Foro it.*, 2010; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23145, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 556.

Servitù prediali, servitù irregolari e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.

La dottrina notarile ha ripreso la questione delle servitù prediali e delle servitù irregolari con riguardo all'introduzione nell'ordinamento dell'art. 2645-ter c.c., secondo cui - come noto - gli atti in forma pubblica, con i quali beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, vengono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiata, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione.

Sempre tale norma prevede, inoltre, che i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione³⁰.

Si è osservato che non si può negare che il meccanismo del vincolo possa essere adottato per avvicinarsi, 'imitandolo', a qualche singolo diritto reale, e «ottenere risultati ulteriori (magari in violazione) rispetto al diritto reale tipico»: il principio dell'art. 2645-ter c.c. presenta un «non disprezzabile significato nel superare certe attuali carenze riguardanti i diritti reali di godimento» e, in particolare, la norma menzionata viene proposta in relazione al disposto dell'art. 1028 c.c., riguardante la destinazione industriale del fondo.

Si ritiene, infatti, che possa essere utilizzato per realizzare una fattispecie rapportabile alla servitù aziendale³¹. La *ratio* del vincolo viene individuata nella possibilità di circolazione del diritto insieme con l'azienda, poiché la persona fisica beneficiaria appare tale anche per il suo collegamento con l'impresa. In tale fattispecie, la circolazione è, comunque, sempre collegata alla determinabilità di un certo beneficiario.

³⁰ Nell'ampia letteratura sugli atti di destinazione, fra gli altri: M. IEVA, «La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter c.c.) in funzione parasuccessoria», in *Riv. not.*, 2009, p. 1289; G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 2, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, p. 387; G. GABRIELLI, «Vincoli di destinazione importanti, separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari», in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 321; G. OPPO, «Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.)», in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 1; E. RUSSO, «Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2645-ter c.c.)», in *Vita not.*, 2006, p. 1238; F. GAZZONI, «Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.», in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165.

³¹ Così, G. BARALIS, «Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.», in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in questa rivista, 2007, p. 139 e ss., secondo cui la costituzione attraverso lo strumento indicato dall'art. 2645-ter c.c. di una tale servitù aziendale possiede «una formidabile valenza commerciale». Inoltre, «il discorso diventa più problematico quando il contenuto del vincolo si apparenta con il contenuto di un diritto reale». «Certamente può costituirsi una servitù il cui contenuto è mantenere a verde un fondo (servente) a vantaggio dell'amenità di immobili civili; può vincolarsi, però, a tali fini di amenità, ex art.

2645-ter c.c., il fondo che, nell'ipotesi di cui sopra, sarebbe servente a favore del titolare del fondo vicino? Direi sì perché il contenuto del vincolo non è eguale a quello del diritto reale (avremmo in questo caso, infatti, una servitù personale) e basta pensare alla diversa tutela della servitù, anche in sede possessoria, rispetto al vincolo e, quindi, come posso convenire in sede di diritto personale un limitato servizio a favore degli immobili civili, così potrei 'surrogare' la servitù con il vincolo speciale, 'intermedio' fra diritto personale e diritto reale. Ma il problema diventa assai più complesso in altri casi: se vincolo a favore di una persona una casa, destinandola alla sua abitazione e, dopo di lui, dei suoi eredi, con l'intesa che possono fruire dell'abitazione anche coloro che non facciano parte della famiglia di tale soggetto, e per la durata massima possibile, ho forti dubbi che il vincolo 'resista': esso infatti è contrario alla struttura del diritto di abitazione del quale in un certo modo il vincolo tende ad essere un surrogato, elusivo, di principi fondanti ed ineludibili del diritto reale. A mio parere in questo caso, pur dando atto della diversità delle due situazioni giuridiche dal punto di vista strutturale, il vincolo sarebbe, lo si ripete, in sostanziale contrasto con il diritto reale di abitazione e costituirebbe un mezzo indiretto per violare un aspetto fondante del diritto reale tipico in ragione della sua opponibilità che lo 'imparenterebbe', si fa per dire, al diritto reale. Analogamente la concessione di un vincolo di destinazione in ordine ad un immobile civile a favore di un certo soggetto, per lunga durata, con obbligo

«Ovviamente sarà l'autonomia privata che dovrà chiarire il punto (anche per quanto concerne la cedibilità per consenso anticipato del costituente il vincolo) e, sempre ovviamente, la trasmissibilità sarà apprezzata sotto il profilo del 'meritevole'. In altre parole, il costituente il vincolo può prevedere che la destinazione di un bene sia correlata ai bisogni di 'quel' beneficiario come fine primario e in questi casi, salvo eccezioni, la regola sarà l'inceditività. Ma può essere che la ragione del vincolo consista, invece, nell'esaltare gli aspetti valoristici di un bene (ad esempio quando il vincolo concerne un'azienda) in quanto collegato ad un soggetto che si vuole favorire e, in questi casi, mi sembra, la soluzione dovrà intendersi rovesciata e ben potrà ritenersi cedibile la posizione soggettiva, ad esempio, a favore del nuovo titolare dell'azienda»³².

L'*utilitas* e la questione della servitù di parcheggio

Un ulteriore (rispetto all'oggetto) possibile fattore evolutivo delle servitù prediali è dato dall'elemento dell'utilità: l'*utilitas* è fondamentale per individuare l'esistenza stessa e la possibilità di costituzione del diritto *de quo*.

Per determinare l'*utilitas*, nell'ordinamento vigente come in quello romano, è necessario avere riguardo al suo fondamento oggettivo e reale sia dal lato attivo, sia da quello passivo: essa deve costituire un vantaggio diretto del fondo dominante, uno strumento per migliorare l'utilizzazione di quest'ultimo. Rimane, quindi, attuale la definizione romana: l'*utilitas* è *qualitas fundi, ut bonitas, salubritas, amplitudo* (D. 50, 16, 86), che viene tenuta presente, ad esempio, dai passi in D. 8, 3, 4; D. 8, 3, 5 e D. 8, 3, 6, ove serve per distinguere fra servitù prediali e servitù personali (usufrutto e uso)³³.

194 A questo riguardo, prendiamo spunto da questioni con frequenza presenti nei rogiti notarili, occupandoci dell'utilizzo dei posti di parcheggio in edifici condominiali (e correlativamente della problematica delle servitù irregolari); ulteriori spunti verranno tratti dalla possibilità di applicazione dell'art. 1052 c.c., sul passo coattivo, alle abitazioni civili.

Il parcheggio dell'automobile (e, in genere, di veicoli) in spazi condominiali non viene considerato rientrare normalmente nello schema di alcun diritto di servitù: si è precisato che il parcheggio di autovetture su di un'area può costituire manifestazione legittima di un possesso a titolo di proprietà del suolo, ma non anche estrinsecazione di un potere di fatto riconducibile al contenuto di un diritto di servitù.

Quest'ultimo diritto è, infatti, contraddistinto dalla così detta *realitas* (intesa come inerenza al fondo dominante dell'utilità così come al fondo servente del peso), che nell'ipotesi in esame si ritiene difetti: si considera presente, infatti, una mera *commoditas* di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedano al fondo (anche numericamente limitate), *commoditas* che non appare in alcun modo integrare gli estremi dell'utilità inerente al fondo stesso, risolvendosi, viceversa, in un vantaggio personale dei proprietari³⁴.

Queste considerazioni comportano, fra l'altro, che, in tema di possesso, l'utilizzazione, da parte dei

di migliorarlo e di pagare un canone periodico ripete in un certo senso lo schema enfiteutico (con l'aggravante che viene meno ogni potere di affrancazione) e valgono quindi le considerazioni relative al caso precedente».

Sulle servitù industriali, si rimanda, da ultimo, a G. MUSOLINO, «Le servitù industriali e le servitù aziendali. La qualificazione della posizione soggettiva in considerazione del *modus servitutis* e della distinzione fra *utilitas* e *commoditas*», in *Riv. not.*, 2013, p. 72.

³² Il riferimento è nuovamente a G. BARALIS, *op. cit.*, p.

148.

³³ A questo riguardo, da ultimo, M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 230.

Sulla nozione di *utilitas*, fra gli altri, P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, *cit.*, p. 117; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 17.

³⁴ Cfr. Cass., 6 novembre 2014, n. 23708, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3416, con nota di BONA, «Per la servitù di passaggio»; Cass., 13 settembre 2012, n. 15334, in *Riv. not.*, 2012, 1134, con nota di G. MUSOLINO, «Il parcheggio fra servitù

condomini di uno stabile, di un'area condominiale ai fini di parcheggio, non è tutelabile con l'azione di reintegrazione del possesso di servitù prediale, nei confronti di colui che, nell'asserita qualità di proprietario, l'abbia, ad esempio, recintata o abbia apposto una sbarra all'ingresso del cortile, precludendone l'accesso ai terzi.

Al fine dell'esperimento dell'azione di reintegrazione occorre, infatti, un possesso qualsiasi anche se illegittimo e abusivo, purché avente i caratteri esteriori di un diritto reale, laddove il parcheggio dell'auto non rientra nello schema di alcun diritto di servitù prediale³⁵. La clausola negoziale con cui venga costituita una servitù di parcheggio può, così, dare luogo a una servitù irregolare (ricorrendone i presupposti) oppure essere nulla, per impossibilità dell'oggetto³⁶.

L'*utilitas* nelle servitù e i valori costituzionali

Quale esempio in senso evolutivo, questa volta positivo ai fini del riconoscimento dell'*utilitas* (e, quindi, della servitù prediale), si può portare la servitù coattiva di passaggio per fondo non intercluso, di cui all'art. 1052 c.c., secondo cui il proprietario di un fondo con accesso alla via pubblica inadatto o insufficiente ai bisogni del fondo medesimo e non ampliabile, ha diritto di ottenere il passaggio sul fondo vicino - comma 1 -, purché venga accertata la necessità della servitù per rispondere alle esigenze dell'agricoltura o dell'industria - comma 2 -³⁷.

In base alla norma in esame, dunque, il passaggio non spetta di diritto, poiché, come viene precisato nella relazione al Re (n. 498) e nella relazione della commissione reale (p. 87), la costituzione della servitù de qua viene subordinata alla presenza di un interesse collettivo.

Ciò costituisce un'innovazione sia con riguardo alla disciplina romana (D. 11, 7, 12) sia rispetto al codice previgente³⁸, poiché bastava un accesso insufficiente o inadatto e non ampliabile, affinché il richiedente avesse diritto alla costituzione del passaggio, senza necessità di esigenze di carattere generale. 195

A questo riguardo, per un'evoluzione attraverso il parziale ritorno su nuove basi all'antico, si evidenzia l'intervento giurisprudenziale che, dapprima seguendo puntualmente le indicazioni della Corte costituzionale, e poi generalizzandole, ha ampliato la gamma delle esigenze che consentono l'acquisizione della servitù di passaggio³⁹.

prediale, servitù irregolare e servitù personale (diritto di uso)», e *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2271; Cass., 23 settembre 2009, n. 20409, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2010, p. 279, con nota di ESPOSITO, «Considerazioni sull'ammissibilità della servitù di parcheggio»; Cass., 21 gennaio 2009, n. 1551, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Possesso*, n. 2; Cass., 28 aprile 2004, n. 8137, in *Arch. circolaz. e trasf.*, 2004, p. 972.

³⁵ Si esprimono in tal senso: Cass., 13 settembre 2012, n. 15334, *cit.*; Cass., 21 gennaio 2009, n. 1551, *cit.*

³⁶ Cfr. Cass., 6 novembre 2014, n. 23708, *cit.*, secondo cui tale nullità può essere dedotta per la prima volta anche in sede di legittimità ai sensi dell'art. 1421 c.c.

³⁷ In materia, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 226; A. BURDESE, *Le servitù prediali*, *cit.*, p. 242, nt. 172; M. G. GROSSO e G. DEIANA, *op. cit.*, p. 1752; M. COMPORTI, *Le servitù prediali*, *cit.*, p. 234; M. COSTANZA, «Il comma 2 dell'art. 1052 e la rispondenza alle esigenze dell'agricoltura e dell'industria», in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 687. Sulla le servitù di passaggio coattivo, anche G. MUSOLINO, «Servitù di passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso», in

Riv. not., 2007, p. 943; P. VITUCCI, «Per l'interpretazione razionale delle norme sull'ampliamento coattivo del passaggio e sul passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso», in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 1994, p. 268; D. BARBERO, «Il sistema degli artt. 1051 e 1052 c.c. nella determinazione del passaggio coattivo», in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 103.

³⁸ Per l'art. 593 c.c. abr., il proprietario del fondo circondato da fondi altrui, o che non ha uscita sulla via pubblica né può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione e l'uso conveniente del proprio fondo stesso (comma 1); la stessa disposizione si applica a chi, avendo un passaggio nei fondi altrui, abbisogni, al fine suddetto, di ampliarlo per il transito di veicoli (comma 3). Sulla corrispondenza fra D. 11, 7, 12 e la disciplina degli artt. 1051, 1052 e 1053 c.c., si veda L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, *cit.*, p. 215.

³⁹ Per P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, *cit.*, p. 119 e ss., peraltro, «l'utilità, caratteristica della servitù

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1052, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo possa essere concesso dall'autorità giudiziaria, se la domanda risponde alle esigenze di accessibilità - di cui alla legislazione riguardante i portatori di *handicap* - degli edifici destinati a uso abitativo⁴⁰.

Le esigenze abitative sono, infatti, riferibili agli interessi fondamentali della persona e l'omessa previsione dell'esigenza di accessibilità della casa di abitazione, da un lato, lede il principio personalista che ispira la Costituzione (fine ultimo dell'organizzazione sociale è lo sviluppo di ogni singolo soggetto); dall'altro, impedisce o ostacola la socializzazione degli handicappati, comportando anche una lesione del diritto di costoro alla salute psichica, tutelata come quella fisica (art. 32 Cost.).

Sempre alla luce del dettato costituzionale, la previsione della servitù in esame trova conferma considerando la funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.), poiché il peso imposto sul fondo altrui appare potersi annoverare fra i limiti alla proprietà privata determinati dalla legge per assicurarne la funzione sociale stessa⁴¹.

Quanto al requisito dell'*utilitas*, l'accessibilità propria degli edifici abitativi non è riferibile alla persona dei proprietari più che ad una *qualitas fundi* (e non difetta, quindi, il carattere della predialità proprio delle servitù): le norme sull'eliminazione delle barriere architettoniche hanno, infatti, posto l'accesso agevole agli immobili per persone con ridotta capacità motoria come requisito oggettivo ed essenziale degli edifici privati di nuova costruzione, a prescindere dalla loro concreta appartenenza a soggetti portatori di *handicap*.

Se l'accessibilità costituisce una *qualitas* essenziale degli edifici privati di nuova costruzione a uso di civile abitazione (art. 2, L. n. 13 del 1989; art. 2, D.m. 14 giugno 1989, n. 236)⁴², ciò può, tuttavia, risultare insufficiente rispetto allo scopo perseguito, qualora le innovazioni necessarie alla piena accessibilità dell'immobile risultino nel caso concreto impossibili oppure eccessivamente onerose o, comunque, di difficile realizzazione.

196 In relazione a tali fattispecie, la mancata previsione dell'accessibilità dell'immobile fra le esigenze che

controllata si dalla legge, ma foggiate dalle parti a mezzo del contratto e sulla misura del loro interesse, si presenta in funzione così spiccatamente individuale, da sfuggire al confronto con le più avanzate formule costituzionali: a queste manca tuttora quel tanto di rodaggio sul piano dei rapporti interprivati, che consenta di dire se il controllo possa esercitarsi sull'atto costitutivo, contrapponendo i limiti dell'art. 41 Cost. alla tradizione individualistica del contratto, ovvero a livello dell'effetto, cercando di modellare l'utilità della servitù sulla funzione sociale della proprietà o sul fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo (art. 42 e 44). Le idee nuove e la realtà normativa in cui esse si sono tradotte stentano insomma a far presa su materie che una tradizione di raffinato tecnicismo sembra voler mettere al riparo da ogni progresso ... davvero vitale deve dirsi l'idea di fondo dell'istituto, se neppure l'insensibilità di esso alle spinte dei tempi nuovi riesce a renderlo desueto».

⁴⁰ Cfr. Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, in *Riv. not.*, 1999, p. 978, con nota di F. GAZZONI, «Disabili e tutela reale», e *Giur. cost.*, 1999, p. 1615, con nota di P. VITUCCI, «Il passaggio coattivo e le persone handicappate», e *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688, con nota di P. PERLINGIERI, «Principio personalista, funzione sociale della proprietà e servitù coattiva di passaggio».

⁴¹ In tema di funzione sociale della proprietà, oltre a

RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Bologna, 1981, si segnalano: G. B. FERRI, «La formula "funzione sociale" dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942», in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 673; L. PERFETTI, «Libertà economiche e loro funzione sociale nel disegno della carta costituzionale», in *Iustitia*, 1989, p. 170; P. PERLINGIERI, «Proprietà, impresa e funzione sociale», in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 207; G. ALPA, «Funzione sociale della proprietà e potere di destinazione dei beni», in *Quad. reg.*, 1988, p. 37; U. NATOLI, «"Funzione sociale" e "funzionalizzazione" della proprietà e dell'impresa», in *Riv. giur. lav.*, 1973, p. 139; i tre diversi saggi di L. NIVARRA, U. MATTEI e M.R. MARELLA, raccolti sotto il titolo comune «Il ritorno della funzione sociale della proprietà», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 503 e ss.

⁴² Sul requisito legislativo sotteso all'art. 1052, comma 2, c.c. della necessità di un interesse generale, osserviamo che la normativa ha innalzato il livello di tutela dei portatori di *handicap*, segnando un mutamento di prospettiva (la tutela di tali soggetti è divenuta uno dei motivi di fondo della legislazione abitativa) rispetto al modo stesso di affrontare le questioni attinenti alle persone invalide, questioni considerate ora quali problemi non solo individuali, ma tali da dovere essere assunti dall'intera collettività.

ex art. 1052, comma 2, c.c., legittimano la costituzione della servitù coattiva di passaggio, dunque, lede i principi costituzionali che l'accessibilità dell'abitazione è intesa a realizzare.

La predialità non appare, inoltre, incompatibile con una nozione di *utilitas* che abbia riguardo, specie per gli edifici di civile abitazione, alle condizioni di vita dell'uomo in un determinato contesto storico e sociale, purché detta *utilitas* sia inerente al bene, così da potersi trasmettere a ogni successivo proprietario del fondo dominante.

Dopo la pronuncia costituzionale, la giurisprudenza ha fatto applicazione della nuova portata dell'art. 1052 c.c.⁴³: la medesima questione dell'interesse generale all'accessibilità delle abitazioni proprie o altrui, con riguardo alla tutela di soggetti con difficoltà motorie, si è proposta anche assumendosi che l'abbattimento o l'aggiramento di un ostacolo che si trova dinanzi alla soglia di casa costituisce, per tali soggetti, il superamento di un ostacolo sul cammino verso la normalità, per cui il giudice può ordinare a un condominio di astenersi dal porre autovetture o motocicli o altri mezzi meccanici nell'area antistante la proprietà del disabile e di consentire allo stesso il passaggio con autovettura per raggiungere la propria abitazione⁴⁴.

Nel varco apertosi con le pronunzie a favore di soggetti a vario titolo svantaggiati, si è poi fatta strada un'interpretazione ulteriormente estensiva dell'art. 1052, comma 2, c.c., che tende di fatto a riportare l'applicabilità della norma vigente a ogni fattispecie in precedenza possibile oggetto della corrispondente disposizione del codice del 1865: si ammette che la costituzione della servitù in esame possa avvenire, in genere, anche ai fini di consentire una piena accessibilità alla casa di abitazione, indipendentemente dai requisiti necessari per adibirla alle necessità di soggetti portatori di *handicap*⁴⁵ e la dottrina considera possibile l'applicazione analogica dell'art. 1052, comma 2, c.c., qualora si sia in presenza di scopi di rilevanza sociale non inferiore a quella delle esigenze agricole oppure industriali⁴⁶.

⁴³ Cfr. Cass., 28 gennaio 2009, n. 2150, in *Riv. not.*, 2009, p. 1521, con nota di G. MUSOLINO, «La servitù coattiva di passaggio per fondo non intercluso e gli interessi generali della collettività».

⁴⁴ Sul punto, Trib. Catanzaro, 9 febbraio 2010, n. 177,

ined., ma rinvenibile in banca dati *De Jure*.

⁴⁵ A questo riguardo, cfr. Cass., 16 aprile 2008, n. 10045, in *Vita not.*, 2008, p. 957.

⁴⁶ Si esprime in tal senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 684.

Soft law e orientamenti interpretativi dei Consigli notarili: sul ruolo delle massime notarili nel quadro delle fonti del diritto

di *Guglielmo Bevivino*
Assegnista di ricerca, Università di Firenze

Premessa

La visione monistica del diritto, intrisa dei suoi capisaldi teorici, si è affermata, come è noto, per passaggi successivi e graduali, a partire dal secolo XVII, in concomitanza all'affacciarsi sullo scenario europeo degli Stati Nazionali¹. L'epifania delle entità sovrane agevola le riflessioni dei giuristi che affidano il monopolio della giuridicità allo *ius positum*, relegato negli angusti confini territoriali di ogni singolo ordinamento statale.

Come di recente si è plasticamente posto in risalto, la «grande operazione illuministica ... consentì di identificare in modo pressoché esclusivo il diritto con la legge»².

Il processo di codificazione rappresenta l'espressione massima della cultura giuridica giuspositivistica³ che domina durante il secolo XIX e per buona parte del secolo scorso. I postulati teorici che discendono dal fenomeno della codificazione riguardano, da un lato l'esclusività della fonte di posizione della regola; dall'altro l'attribuzione al codice di un ruolo di primissimo piano «nell'individuazione del criterio idoneo a regolare, prima e indipendentemente dall'intervento del legislatore, le sopravvenienze e quindi a disciplinare quelle che si designano come lacune dell'ordinamento»⁴.

198 La *vulgata* schematicamente riproposta - quella cioè che prospetta il carattere autopoietico del diritto posto e raccolto dalla codificazione - nasce già in partenza viziata e con non poche ombre. Parte della letteratura giuridica ha opportunamente sottolineato come «nelle ricerche sulle codificazioni, sul formarsi del diritto positivo, sulle strutture dei modelli nazionali si tende, nelle esperienze dell'Europa continentale, a passare sotto silenzio l'apporto della giurisprudenza, che implica non solo l'apporto dei giudici, ma anche quello degli avvocati, che ne preparano l'intervento attraverso la strategia della causa, le domande, le prove, le conclusioni»⁵. Queste riflessioni paiono sottolineare, ad un livello più generale, il ruolo cruciale degli operatori del diritto nel processo di formazione delle regole giuridiche. La riduzione della produzione giuridica nelle mani dello Stato, narrata a mezzo della sua *vulgata*, subisce, ad ogni modo, un lento e graduale processo di infralimento che trova il suo fondamento in alcuni «formidabili e nuovissimi eventi» che imprimono una svolta decisiva alla storia giuridica del Novecento⁶, contribuendo a modificarne in modo rilevante il corso. Fra questi accadimenti si colloca,

¹ Per una ricostruzione di questi passaggi in chiave storica, P. GROSSI, «Scienza giuridica e legislazione nell'esperienza attuale del diritto», in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 175 e ss.; cfr., inoltre, G. ALPA, *Paolo Grossi: alla ricerca dell'ordine giuridico*, in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, XI e ss.

² Cfr. G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *La comprensione del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Roma-Bari, 2012, p. 31.

³ In arg., senza pretesa di completezza, U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1966, *passim*. Sul positivismo giuridico quale tradizione dottrinale, recentemente M. BARBERIS, «Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico», in *Materiali*

per una storia della cultura giuridica, 2011, p. 349 e ss.; sulle differenti classificazioni del positivismo giuridico, di recente, V. CARRIERO, «Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"», in *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 317 e ss.

⁴ N. LIPARI, «La codificazione nella stagione della globalizzazione», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 874.

⁵ Così G. ALPA, «La dialettica fra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura», in *Contr. impr.*, 2015, p. 646-647.

⁶ Sul punto P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in *Paolo Grossi, cit.*, p. 28 e ss.

seguendo un'essenziale tassonomia, in primo luogo l'introduzione della "nuova Costituzione"⁷, quale *præius* dello Stato e sintesi dei valori storici di un popolo che legislatore e legge sono tenuti a osservare. La funzione della Corte Costituzionale, quale giudice delle leggi⁸, si concretizza nel ruolo di «istituzione che può essere considerata come un autentico organo della coscienza sociale, preziosa valvola respiratoria dell'ordinamento giuridico italiano, cui dà respiro attingendo direttamente dalla società civile italiana»⁹.

Il fenomeno al quale ci riferiamo si apprezza anche per la cristallizzazione sul piano della rilevanza giuridica della c.d. etica sociale: si è parlato a riguardo di una forma di stabilizzazione, operata dalla Costituzione, «del punto di vista morale all'interno del diritto positivo come istanza di controllo della legittimità sostanziale delle leggi»¹⁰. La Costituzione quale "positivizzazione di principi morali" è in grado di stabilire i criteri interpretativi per mezzo dei quali attribuire significato alla normazione¹¹; consente l'integrazione delle lacune dell'ordinamento e al contempo riempie di contenuto le clausole generali¹², essendo immediatamente utilizzabile da ogni cittadino, oltre che da qualsiasi autorità giudiziaria¹³.

Il secondo fenomeno che realizza una chiara fuoriuscita dai rigidi schemi a mezzo dei quali si esprime la cultura giuspositivistica è rappresentato dal progressivo affermarsi del diritto europeo che, con l'attribuzione di ruoli di centrale rilevanza alla Corte di Giustizia e alle iniziative di accademici¹⁴, evidenzia come la comparazione, realizzata a mezzo del riferimento esplicito a questo innovativo e spesso a-sistematico quadro normativo, possa contribuire a chiarire l'importanza del pluralismo delle fonti¹⁵ attraverso il riconoscimento e la conseguente valorizzazione di una dimensione giudiziale e dottrinale del diritto.

Il crescente rilievo attribuito al livello internazionale e, in particolare, come si è detto, europeo della regolamentazione contribuisce a porre in risalto come il trattamento giuridico complessivo dei diversi istituti giuridici sia composto da una disciplina multilivello¹⁶, non più relegabile alla produzione

⁷ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999, *passim*.

⁸ In arg. G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, *passim*.

⁹ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *cit.*, p. 29 e ss.

¹⁰ Cfr. L. MENGONI, «Diritto e tecnica», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 7; in arg. anche V. SCALISI, «Per un'ermeneutica giuridica veritativa orientata a giustizia», in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1266; l'A. sottolinea in particolare come «l'etica non esaurisce l'intero sistema culturale della società, al quale attinge il legislatore nel momento genetico e formativo della formulazione delle norme positive, e del quale anche l'interprete è chiamato a tenere conto, allorché si tratti di integrare il contenuto generico o indeterminato delle stesse o di farne interpretazione evolutiva».

¹¹ L'introduzione della Costituzione contribuisce a rompere la logica della fattispecie poiché «il testo costituzionale individua principi che allargano l'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni o agli interessi implicati nel conflitto»: in questi termini N. LIPARI, «La codificazione nella stagione della globalizzazione», *cit.*, p. 875; in arg. anche, di recente, N. IRTI, «La crisi della fattispecie», in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 e ss.

¹² Sulle clausole generali quali tecnica di normazione e sulla loro presenza anche all'interno della Costituzione,

P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in *Manuale di diritto civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2000, p. 21.

¹³ G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴ Fra esse, esemplando, può farsi riferimento ai Pecl (*Principles of European Contract Law*) e al Dcfr (*Draft Common Frame of Reference*).

¹⁵ Per una rassegna degli usi del "pluralismo" cfr. M. BARBERIS, *Pluralismi*, in *Teoria politica*, 2007, p. 5-18; sul disordine che la stessa pluralità, per come affermatasi nella realtà contemporanea, creerebbe e sulla proposta di una sua ricomposizione attraverso l'immagine del "ritorno al diritto" cfr. U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato. Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, *passim* e spec. il saggio «Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto», p. 47 e ss., già in *Pol. dir.*, 2006, p. 361-384.

¹⁶ Sul significato dell'espressione I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited», in *36 Common Market Law Review*, 1999, p. 703 e ss; sull'influenza degli studi politologici sul concetto di sistema multilivello cfr., recentemente, S. PIATTONI, *The Theory of Multi-level Governance - Conceptual, Empirical and Normative Challenges*, Oxford, 2010, *passim*; già, fra gli altri, H. WALLACE, W. WALLACE (edited by), *Policy Making in the European Community*, Oxford, 1983, *passim*.

normativa statale¹⁷. La relazione fra diritto interno e diritto di fonte europea¹⁸ si consuma quindi «nella tendenza a cercare una nuova uniformità a più ampio raggio, salvaguardando tuttavia la specificità dei singoli contesti nazionali»¹⁹.

Il terzo passaggio al quale sembra opportuno fare riferimento rimanda all'affermarsi di fonti estranee all'ambito di produzione dei c.d. addetti ai lavori. Questa complessiva tendenza è ulteriormente scomponibile attraverso la ricognizione di due distinte, ma intimamente connesse, esemplificazioni.

Una di esse è certamente la globalizzazione giuridica²⁰. I vuoti normativi prodotti dalla globalizzazione economica²¹ e dalla, a quest'ultima conseguente, riconosciuta impossibilità delle istituzioni statali e internazionali di regolamentare con completezza lo svilupparsi dei diversi processi produttivi economici vengono coperti dalla c.d. *lex mercatoria*. Protagonisti di questa peculiare regolamentazione sono, come è noto, gli uomini d'affari²² che, attraverso la collaborazione di scienziati e pratici del diritto, delineano figure e assetti nuovi del traffico giuridico che «divengono istituti giuridici osservati nella pratica, quando non trovino la loro consolidazione in un *corpus* di principi»²³.

In secondo luogo occorre riferirsi alla crescente diffusione della codificazione etica. Il propagarsi a livello globale di questa forma di normatività attenuata è percepito quale strumento per garantire una regolamentazione dell'attività imprenditoriale che si traduce in modelli di condotta ispirati a valori etici condivisi²⁴.

Il dato della trasformazione progressiva del quadro delle fonti permette di riconoscere quale risultato oramai acquisito quello dell'«impossibilità di ridurre il sistema delle fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento di formazione ossia su un inquadramento preciso»²⁵.

La distinzione fra fonti formali e informali dotate di un certo livello di effettività²⁶ modifica e accresce i compiti dell'interprete. Il tradizionale ruolo di derivazione della norma dalla fonte viene progressivamente affiancato da quello di reperimento della fonte medesima nel caso in cui quest'ultima non sia disciplinata da regole sulla produzione giuridica, ma operi, come si è detto, sulla base di un certo grado di effettività.

¹⁷ Sulla generale esigenza che la comparazione affianchi «alla tradizionale componente orizzontale, cioè quella rivolta allo studio e confronto parallelo di più sistemi nazionali, anche una componente verticale, che si occupi di racciardare in maniera sistematica e sinergica i livelli nazionali, transnazionali ed internazionali», L. ANTONIOLLI, *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello: il diritto comparato*, in *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, a cura di V. Barsotti, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 13 e ss.

¹⁸ In arg. N. LIPARI, *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, *passim*; C. CASTRONOVO, «Spunti di riflessione sull'interazione tra fonti comunitarie e norme nazionali», in *Nuova rass.*, 2007, p. 972.

¹⁹ N. LIPARI, «La codificazione nella stagione della globalizzazione», *cit.*, p. 879.

²⁰ Parte della letteratura ha definito la globalizzazione nei termini di «superamento delle regole promananti esclusivamente dalla territorialità e nuovo configurarsi del diritto non più come voce esclusiva del sovrano, ma come esito di un sistema poliarchico in cui cresce l'importanza dei soggetti privati»: in questi termini G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 51.

²¹ Sul tema, senza pretesa di completezza, M.R.

FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, *passim*; P. GROSSI, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», in *Foro it.*, 2002, p. 163 e ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*.

²² Cfr. *ex multis*, J. ARATO, «Corporations as Lawmakers», in *Harvard International LJ*, vol. 56, 2015, p. 229 e ss.

²³ Cfr. P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *cit.*, p. 34 e ss.

²⁴ Sulla responsabilità sociale dell'impresa, nel contesto della dottrina interna, per una essenziale indicazione bibliografica, M. LIBERTINI, «Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa», in *Riv. soc.*, 2009, p. 1-33; F. DENOZZA, *Le aporie della concezione volontaristica della Csr*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, Torino, 2013, p. 49 e ss.; AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, a cura di G. Conte, Roma-Bari, 2008, *passim*;

²⁵ Cfr. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 2014, p. 32.

²⁶ Il superamento della nozione di validità sulla base dell'affermarsi del principio di effettività è evidenziato, fra gli altri, da P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *cit.*, p. 36 e ss.

Emerge così, in maniera evidente, l'importanza del quadro dei rapporti sociali entro e a mezzo del quale la fonte può essere riconosciuta come tale²⁷.

La distinzione fra fonti formali e fonti informali²⁸ - cioè legate all'accettazione da parte della comunità giuridica - è anche esplicabile riconoscendo come esistano fonti in grado di fornire all'interprete nell'immediatezza una norma valida e «fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo dai quali gli operatori devono trarre le norme»²⁹.

L'atto di interpretazione, così, mediando fra testo normativo ed esperienza, rende «effettivamente positiva la volizione generale e astratta contenuta nella legge»³⁰ e rappresenta il momento conclusivo del processo di produzione del diritto che cessa, quindi, di chiudersi con la mera promulgazione della norma³¹.

Come è stato di recente sottolineato «la regola giuridica non è mai preesistente all'interpretazione, ma è l'interpretazione che la costituisce e la foggia, eccitata dall'esigenza del caso della vita»³². La dottrina evocata evidenzia in maniera limpida la funzione creatrice dell'interpretazione sottolineando come essa non rappresenti «operazione di mera sussunzione o di apodittico sillogismo, ma un momento anch'esso interno al processo di produzione del diritto, costitutiva essa medesima del dover esser giuridico»³³.

La nozione di *soft law* e la sua rilevanza nel sistema delle fonti

Il mutato quadro delle fonti e il rinnovato ruolo dell'interpretazione si apprezzano anche rispetto alle nuove tassonomie che circoscrivono il giuridico, ricorrendo spesso a formule che rimandano, senza tema di anglofilia, ai sistemi di *common law*.

L'espressione *soft law*³⁴ è generalmente impiegata per identificare una serie di atti³⁵, disomogenei per origine e natura che, sebbene sprovvisti di effetti giuridici vincolanti, risultano, con modalità e sfumature differenti, provvisti di rilevanza giuridica. Il concetto di *softness* cela, tuttavia, almeno una duplicità di accezioni e di significati: da un lato rappresenta un'espressione dell'epistemologia post-moderna, esprimendo una particolare visione del diritto; dall'altro lato, in conformità alla nozione che in questa sede intendiamo adottare a livello stipulativo, rinvia alla sintesi di «alcune caratteristiche strutturali e funzionali della regolazione giuridica odierna, sia a livello interno che a livello globale e risulta, in tale contesto regolativo, dotata di specifiche potenzialità»³⁶.

201

²⁷ B. PASTORE, *op. cit.*, p. 33.

²⁸ Si è autorevolmente ribadito, di recente, «il nodo problematico connesso all'attuale crisi delle fonti, e cioè il nuovo pluralismo giuridico, la moltiplicazione dei canali di produzione del diritto, dove non scorre una giuridicità formale prodotta da organismi ufficialmente titolari del potere di produrla e presidiata dalla potestà di coazione propria degli Stati»: sul punto P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 35 e ss.

²⁹ B. PASTORE, *op. cit.*, p. 33.

³⁰ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 36.

³¹ Si è di recente sottolineata l'opportunità di «concepire il testo normativo non come un bozzolo irrimediabilmente chiuso dalla promulgazione del capo dello Stato, ma come una realtà aperta alle circostanze vigoreggianti nel momento della sua applicazione»: in questi termini P. GROSSI, «Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentissimo e sulle sue sollecitazioni)», in *Quad. fior.*, 2015,

p. 1049.

³² Cfr. V. SCALISI, «Per un'ermeneutica giuridica veritativa orientata a giustizia», in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1250-1251.

³³ V. SCALISI, *op. cit.*, p. 1252.

³⁴ Questa tecnica di regolazione incontra, sia sostenitori che detrattori; fra i primi, per una essenziale indicazione bibliografica, G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, 1999, *passim*; J. BRAITHWAITE, P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, 2000, *passim*; in senso critico, invece, fra gli altri, J. KLABBERS, «The Undesirability of Soft Law», in 67 *Nordic Journal of International Law*, 1998, p. 381-391.

³⁵ Una panoramica sugli strumenti di *soft law* nel contesto internazionale, europeo e nazionale è offerta da E. MOSTACI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, *passim*.

³⁶ Cfr. E. PARIOTTI, «“Soft law” e ordine giuridico ultra-

Nel contesto internazionale e comunitario gli strumenti di *soft law*³⁷ vengono impiegati al fine di realizzare unificazione, armonizzazione, coordinamento, cooperazione, ponendosi quale mezzo di *governance*³⁸.

Il fenomeno si palesa anche negli ordinamenti nazionali: fra le varie espressioni di questa particolare tipologia di normatività è, infatti, agevole fare riferimento alla diffusione di organismi, quali le autorità amministrative indipendenti e i comitati etici, che, a mezzo della formulazione di pareri, direttive, raccomandazioni, sono chiamati a fissare e a far rispettare regole deontologiche e comportamentali per determinate professioni o attività³⁹.

Il tratto comune a queste modalità di espressione di una “normatività leggera” è dato dalla tecnica di conformazione di un modello di regolazione «attento all’esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare verso particolari scopi il comportamento dei soggetti senza costringerli a tenerne uno specifico»⁴⁰.

Fra le differenti funzioni dello “strumentario giuridico” possono riconoscersi quella di indirizzo, di informazione e comunicazione, di socializzazione alle finalità e ai valori che le regole intendono mettere in moto, di orientamento del processo di interpretazione delle stesse regole⁴¹. Alla varietà funzionale corrisponde la c.d. relativizzazione del principio di tipizzazione delle forme e della forza normativa⁴².

L’appartenenza della *soft law* al *corpus* normativo generale contribuisce, tuttavia, a qualificarla quale fonte del diritto: elemento cioè in grado di produrre regole giuridiche. Si tratta di fonte non regolamentata da disposizioni sulla produzione giuridica (fonte *extra ordinem*), ma operante in virtù del principio di effettività e in grado di esplicare un’influenza rilevante in sede di interpretazione.

L’incontestabilità dell’esistenza del fenomeno non ha escluso, tuttavia, commenti rivolti a queste manifestazioni del dato normativo.

202 La critica, che si è concentrata, in particolare, sulla *soft law* quale tecnica di normazione, si appunta sulla *democratic bias* che impinge nell’attribuzione di un’ontologica preferibilità al diritto di origine legislativa, inteso quale fonte che scaturisce direttamente dalla volontà dello Stato.

A questa impostazione di chiara matrice giuspositivistica, si è efficacemente replicato affermando che «la *soft law* potrebbe, se opportunamente coniugata con i principi sia costituzionali che internazionali, presentare dei vantaggi precisamente dal punto di vista del principio democratico»⁴³. Nella stagione del pancontrattualismo⁴⁴ finanche la legge risulta, quanto meno nel suo momento genetico, il prodotto di un accordo fra sistema politico e parti sociali⁴⁵; ne deriva la possibilità di riconoscere la comune natura convenzionale di *hard law/soft law* e la conseguente attenuazione della contrapposizione.

statuale tra “*rule of law*” e democrazia», in *Ragion pratica*, 2009, p. 87.

³⁷ Per un’analisi multi-disciplinare cfr. AA.VV., *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2009, *passim*.

³⁸ Cfr. B. PASTORE, *op. cit.*, p. 108.

³⁹ B. PASTORE, *op. cit.*, p. 109; da una prospettiva tesa e evidenziare l’elemento sanzionatorio ha di recente sottolineato Marchetti come la modificazione del sistema sia oggi più che mai in atto; l’A. ha opportunamente posto in evidenza come «la minaccia che incute timore non è più la sentenza di condanna del Tribunale, quanto piuttosto un provvedimento della Consob, piuttosto che un intervento di Borsa italiana, piuttosto che, ancora, l’impossibilità di iscrivere una certa delibera, e quindi

renderla efficace, presso il Registro delle imprese»: in questo senso P.G. MARCHETTI, *Introduzione*, in *Massime notari in materia societaria. Consiglio Notarile di Milano*, Milano, 2014, XII.

⁴⁰ B. PASTORE, *op. cit.*, p. 110.

⁴¹ B. PASTORE, *op. cit.*, p. 110.

⁴² Sulla “de-tipizzazione” delle fonti tornano, di recente, le riflessioni di P. GROSSI, «Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentissimo e sulle sue sollecitazioni)», *cit.*, p. 1047-1048.

⁴³ E. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁴ In arg. F. GALGANO, «La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio», in *Contr. impr.*, 2000, p. 919 e ss.

⁴⁵ Cfr., di recente, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 152.

Il crescente ruolo delle prassi e le categorie degli operatori del diritto

Il mutato apparato delle fonti normative e la crisi del giuspositivismo assieme ai suoi postulati teorici favoriscono l'incremento progressivo dell'importanza riconosciuta alla prassi e al costante lavoro degli operatori del diritto che, nei diversi ambiti del giuridico e con modalità e apporti differenti, contribuiscono a dare forma a diverse modalità espressive dell'interpretazione del diritto.

Alla base di questo processo si colloca anche l'acquisizione, da parte della moderna cultura giuridica, del dato, apparentemente contraddittorio, per cui l'oggettività ermeneutica non è attuabile se non mediante la soggettività dell'interprete⁴⁶.

Il substrato culturale di questa constatazione discende dall'opera dal padre della svolta ontologica dell'ermeneutica⁴⁷.

L'affermazione della comprensione come momento necessario dell'analitica esistenziale dell'*Esserci* si esprime, nel contesto del giuridico, attraverso il riconoscere che «l'esito ermeneutico, quale risultato del comprendere, viene inevitabilmente e necessariamente a ritrovarsi a dipendere dalle stesse condizioni di possibilità del comprendere, quali rappresentate dal *vissuto* del soggetto interpretante, dalla sua *esperienza* di vita, dalla sua stessa *coscienza*, dai suoi *'pregiudizi'*, come pure da quella anticipazione di senso che precede la stessa attività riflessiva e che - come noto - prende il nome di *precomprensione* ...»⁴⁸. Questa impostazione culturale è assolutamente incapace di celare il rischio di valutazioni incontrollate e arbitrarie che dalle sue premesse dogmatiche possono discendere. Da qui emerge l'evidente necessità di rinvenire adeguati strumenti metodologici⁴⁹ al fine di evitare che la c.d. soggettività dell'interpretazione sfoci, in modo ineluttabile, «sul terreno di un temibile quanto nocivo relativismo nichilistico»⁵⁰.

Così se il ricorso alla lettura della normatività del fatto e il recupero dell'ordinamento e dei connessi valori possono, da un lato, qualificarsi quali possibili argini alle tendenze estreme sopra evidenziate, dall'altro lato non sono in grado di rimanere «indenni da possibili derive soggettivistiche o da atteggiamenti nichilistici sempre in agguato»⁵¹. 203

L'ineluttabilità di quest'ultima constatazione è stata di recente evidenziata affermando che «questo è il destino di ogni attività umana e di conseguenza neppure il diritto che può contare e fare affidamento solo ed esclusivamente sull'agire dell'uomo, neppure il diritto, allorché forma oggetto di attività ermeneutica, può sottrarsi e sfuggire al destino del *Forse*»⁵².

Pare agevole tuttavia evidenziare la presenza, accanto a rimedi metodologici a questo comune destino, di fenomeni che manifestano l'esigenza, soprattutto a livello teleologico, di procurare la sedimentazione dell'attività interpretativa e, in particolare, dei suoi risultati, favorendone al contempo l'uniformità.

Gli operatori del diritto si fanno così artefici di prassi, principalmente interpretative, variamente strutturate e organizzate, che, sebbene sprovviste di un'efficacia assolutamente vincolante, appaiono, tuttavia, in grado di indirizzare, con relativa certezza, determinate aree o settori dell'ordinamento giuridico.

⁴⁶ Sul punto già E. BETTI, *Le profusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, 2012, p. 2453 e ss.; più di recente, G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Scritti su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, passim; V. SCALISI, *op. cit.*, p. 1257.

⁴⁷ M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, trad. it. (con il titolo *Essere e tempo*) della settima ed. del 1953, a cura di A. Marini, Milano, 2006, passim; sul pensiero del filosofo le riflessioni di H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, trad. it. (con il titolo *Verità e Metodo*) della terza ed. del 1972, a cura di G. Vattimo, Milano, 2004, p. 308.

⁴⁸ Cfr. V. SCALISI, *op. cit.*, p. 1253.

⁴⁹ Sulla dottrina del metodo quale concezione delle condizioni di verità dell'interpretazione, per una essenziale indicazione bibliografica, F. VIOLA, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in *La controversia ermeneutica*, a cura di G. Nicolaci, Milano, 1989, p. 81; sulla disputa sui metodi N. BOBBIO, *Situazione e orientamenti*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, a cura di N. Bobbio, Roma-Bari, 2011, p. 21.

⁵⁰ V. SCALISI, *op. cit.*, p. 1253.

⁵¹ V. SCALISI, *op. cit.*, p. 1270.

⁵² V. SCALISI, *op. cit.*, p. 1270.

La funzione concreta di queste prassi si risolve nell'attività di orientamento rivolta alle prassi dei diversi operatori economici⁵³ che sono in grado di conoscere in anticipo quali operazioni possano ritenersi corrispondenti ai risultati interpretativi sedimentati e di conformare il proprio operare ai modelli comportamentali espressi a mezzo di questi medesimi risultati⁵⁴.

Si tratta, come di recente è stato posto in risalto, della vocazione a governare alcuni dei passaggi decisivi della realtà e dei processi economici⁵⁵.

L'articolo 32 della legge n. 340 del 2000 e il rinnovato articolo 2436 del codice civile

Il fenomeno delle prassi trova dei precisi referenti normativi in alcuni ambiti della legislazione nazionale.

Fra questi si colloca, per quello che in questa sede in particolare interessa, la riforma dell'omologazione degli atti societari, introdotta dall'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340 e nella sostanza recepita ad opera della riforma del diritto societario tratteggiata, come è noto, dal D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6⁵⁶.

Lo sviluppo diacronico degli eventi che hanno inciso in materia determinante sulle modifiche normative evocate⁵⁷ vede nell'emanazione della direttiva n. 151 del 1968 una tappa essenziale. Il provvedimento all'art. 10 sancisce, come è noto, che se «non vi è un controllo preventivo giudiziario o amministrativo la società deve essere costituita per atto pubblico». Il D.P.R. n. 1127 del 1969, emanato in attuazione della direttiva comunitaria, non spostò la competenza in tema di omologazione, in una temperie nella quale la tematica non era ancora percepita come centrale, né dal ceto professionale, né dalla letteratura giuridica.

204 Negli anni '70 il ruolo della giurisprudenza, e di alcuni tribunali in particolare - fra i quali, per la particolare sensibilità rispetto a questi temi, può certamente ricordarsi quello di Milano - diviene essenziale ai fini dell'emancipazione dell'omologazione dalla consuetudine di un mero controllo formale. La riscoperta dell'importanza della funzione dell'istituto accende il dibattito sui limiti del giudizio omologatorio e, in particolare, sull'assenza di uniformità delle soluzioni adottate dalle diverse corti.

Come si è di recente evidenziato «furono gli anni ottanta e novanta anni di ampio dibattito dottrinario, di convegni, ma anche anni in cui, grazie alla prassi inaugurata dal Tribunale di Milano di rendere note massime ufficiose che riflettevano orientamenti interpretativi, emerge una ricchissima casistica, ignota alla assai contenuta giurisprudenza in sede contenziosa»⁵⁸.

In questa temperie si inserisce a pieno titolo la voce del Notariato che, soprattutto attraverso la meritoria

⁵³ Queste prassi si articolano a mezzo di «una serie di regole di dettaglio, ma anche di principi, capaci di rendere questa responsabilità di governance più efficace ed al contempo più procedibile per i consumatori finali, vale a dire gli operatori»: in questi termini P.G. MARCHETTI, *op. cit.*, XII.

⁵⁴ Cfr. M. NOTARI, *Le massime notarili in materia societaria: dalla giurisprudenza onoraria agli orientamenti interpretativi dei consigli notarili*, in AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 952.

⁵⁵ Cfr. P. G. MARCHETTI, *op. cit.*, XXII.

⁵⁶ Senza pretesa di completezza, in arg. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, *passim*; P. MONTALENTI, «La riforma

del diritto societario: profili generali», in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 57 e ss.; AA.VV., *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di N. Abriani, Milano, 2004, *passim*; G. COTTINO, «Dal vecchio al nuovo diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti», in *Giur. comm.*, 2013, p. 5 e ss.

⁵⁷ Sul tema dell'omologazione delle società per azioni nell'Italia post-unitaria, di recente, A. PADOA SCHIOPPA, «Omologazione delle SpA nell'Italia post-unitaria: il ruolo del notaio», in *La modernità degli studi storici: principi e valori del Notariato*, in questa rivista, 3, 2014, p. 58.

⁵⁸ Cfr. P.G. MARCHETTI, «Il ruolo del notaio nella costituzione della SpA: la questione dell'omologa (1875-2003)», in *La modernità degli studi storici: principi e valori del*

attività convegnistica, fa prendere corpo a un'aspra critica rivolta all'omologazione strutturata quale istituto affidato all'autorità giudiziaria.

Accanto a questa soluzione si collocano posizioni più attenuate «che non escludono di mantenere l'omologazione per gli atti societari successivi alla costituzione, ovvero che non escludono un intervento dell'autorità giudiziaria in seconda battuta»⁵⁹.

Ulteriori voci di autorevoli rappresentanti, oltre che della categoria professionale, anche del mondo accademico, sostengono, subordinatamente all'affidamento della funzione omologatoria al solo notaio, la creazione di un'omologazione a richiesta entro pochi giorni dal deposito presso l'ufficio del Registro delle imprese.

La modifica organica approntata dal legislatore nel 2003 in materia di diritto societario ha di fatto trasformato in regime positivo un regime nato come transitorio pel tramite dell'art. 32⁶⁰ sopra richiamato. Mentre il dato del passaggio del controllo omologatorio dal giudice al notaio pare acquisito, anche in quanto sufficientemente esplicitato a opera del legislatore⁶¹; maggiori incertezze hanno accompagnato la precisa demarcazione del contenuto del controllo notarile in sede di omologazione degli atti societari.

Differenziando fra la fase costitutiva e quella modificativa dell'atto costitutivo, l'assenza, nella prima ipotesi, di un esplicito riferimento alla «verifica delle condizioni richieste dalla legge» ha fatto ritenere che l'obbligo di accertare la legittimità dell'atto costitutivo dovesse essere disciplinato in modo esclusivo dall'art. 28 della legge notarile⁶².

Con la soppressione dell'omologa giudiziale, la diminuzione del controllo di legittimità degli atti societari sarebbe da considerarsi inversamente proporzionale ai tentativi di estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 28 della legge notarile⁶³.

Il mantenimento dell'obbligo di verificare le condizioni richieste dalla legge è stato letto, in sede di modificazione dell'atto costitutivo, congiuntamente al contenuto precettivo dell'art. 138-bis, comma 1 della legge notarile. Il controllo notarile sarebbe così diretto a impedire l'iscrizione nel registro delle imprese nelle sole ipotesi in cui risultino manifestamente insussistenti le condizioni richieste dalla legge. Mancando, nelle altre ipotesi, una qualsiasi sanzione per il notaio che dopo la redazione del verbale abbia proceduto all'iscrizione, la sfera di applicazione del divieto di iscrizione sarebbe da restringersi ai soli casi nei quali la mancanza delle condizioni richieste dalla legge appaia manifesta.

Gli sforzi di restringere il contenuto del controllo notarile in sede di omologa degli atti societari si sono, tuttavia, rilevati vani; si è così consolidato l'orientamento per cui esisterebbe una sorta di identità di controlli fra notaio e giudice⁶⁴. Si è anche icasticamente affermato che «al giudice/pubblico ufficiale

Notariato, cit., p. 61.

⁵⁹ P. G. MARCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 61.

⁶⁰ Osserva Marchetti come la riforma del 2003 «rende definitiva la soluzione accolta provvisoriamente dalla legge di semplificazione Bassanini del 2000»: in questi termini, P. G. MARCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 60. Per ulteriori approfondimenti P. ZANELLI, *Liberalizzazioni, notariato, Europa*, Milano, 2008, p. 40 e ss.

⁶¹ Le ragioni di questo passaggio sono state messe in risalto facendo riferimento «allo scopo di velocizzare e snellire la procedura di costituzione delle società e di adeguamento delle stesse alle esigenze di mercato, senza rinunciare a un controllo imparziale, incondizionato e professionale sul rispetto delle condizioni previste dalla legge in materia»: in questi termini P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 39-40.

⁶² In arg. G. BUTA, «Le nullità dell'art. 28 n. 1 della legge notarile nell'interpretazione giurisprudenziale», in *Giust. civ.*, 1999, p. 313 e ss.

⁶³ Di recente, sul punto, M. NOTARI, *op. cit.*, p. 948.

⁶⁴ Parte della letteratura giuridica pone in evidenza come il controllo affidato al notaio abbia contenuto ed ampiezza del tutto corrispondenti al controllo esercitato in passato dal tribunale in sede di omologazione; si è quindi osservato che «il diritto vivente che si era consolidato con riferimento a quest'ultimo porta a ritenere che il controllo del notaio è un controllo di legalità (e non di merito); controllo di legalità che tuttavia non ha solo carattere formale, ma anche sostanziale in quanto volto ad accertare la conformità alla legge della costituenda società; ne consegue che il Notaio potrà e dovrà rifiutare di chiedere l'iscrizione nel registro delle imprese se l'atto costitutivo e lo statuto contengono clausole contrastanti con l'ordine pubblico e il buon costume, nonché con norme imperative della disciplina della società per azioni»: in questi termini G. F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2004, p. 23-24.

si è sostituito il notaio/pubblico ufficiale»⁶⁵.

Chiario indice a supporto di queste conclusioni sarebbe la previsione contenuta nell'art. 2436 c.c. che consente agli amministratori, a seguito della comunicazione del notaio, di ricorrere al Tribunale ai fini dell'ottenimento del decreto, soggetto a reclamo, con il quale l'autorità giudiziaria ordina l'iscrizione nel registro delle imprese.

L'identità degli effetti di richiesta notarile di iscrizione e decreto ai sensi dell'art. 2436, quarto comma c.c. testimonierebbe la perfetta sovrapposibilità del contenuto dei controlli effettuati dai diversi operatori giuridici.

Parte della letteratura giuridica ha affermato l'identità qualitativa dei controlli sulla base del conforto offerto dai lavori preparatori alla riforma societaria: le intenzioni del legislatore non sembravano, infatti, quelle di «svuotare di contenuto il controllo pubblico su atti così importanti e delicati della vita societaria»⁶⁶.

Sarebbe quindi assolutamente coerente con queste premesse constatare la presenza di un perfetto parallelismo, con riferimento al contenuto della verifica, fra i tre possibili gradi: il primo, da parte del notaio, in sede di ricevimento dell'atto, il secondo e il terzo rispettivamente da parte del Tribunale e della Corte d'Appello⁶⁷.

Il mantenimento della distinzione fra fase costitutiva e fase modificativa non avrebbe, inoltre, alcun pregio al fine di argomentare conclusioni diversificate sulla base dei diversi indici normativi: il novellato art. 138-*bis* della legge notarile pone, infatti, sul medesimo piano il notaio che iscriva un atto costitutivo o un verbale che non rispetti le condizioni previste dalla legge.

Giudice e Notaio quali operatori del diritto: identità di controlli e diversità di ruoli

206

Abbiamo fatto già riferimento all'accreditarsi dell'orientamento che predilige la tesi dell'identità dei controlli di giudice e notaio ai sensi dell'art. 2436 c.c.⁶⁸ Anche il notaio sarebbe investito del potere di negare l'iscrizione in tutte le ipotesi in cui, anche in modo non manifesto, manchino le condizioni stabilite dalla legge.

La sovrapposibilità contenutistica dei controlli, anche quando demandati a operatori giuridici differenti, non vale, tuttavia, a minimizzare o addirittura elidere la diversità dei ruoli. Come è stato di recente posto in risalto «mentre il giudice svolge esclusivamente la propria funzione nell'ambito del procedimento di volontaria giurisdizione, il notaio accompagna al controllo omologatorio anche la propria attività di libero professionista, che assiste le parti e le società *prima* del compimento degli atti e delle operazioni soggette ad omologazione»⁶⁹.

La duplicità del ruolo notarile ha dato adito a timori che si sono mossi in una direzione duplice e, per certi versi, opposta.

Da un lato si è paventato il rischio che non siano le imprese ad adeguare in modo preventivo le

⁶⁵ Cfr. P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁶ P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 45; la tesi dell'identità dei controlli è sostenuta, fra gli altri, da U. MORERA, *Dall'omologazione del tribunale all'omologazione del notaio. Prime riflessioni sull'art. 32 legge 340/2000*, in *Il controllo notarile degli atti societari*, a cura di A. Paciello, Milano, 2001, p. 21 e ss.; cfr., inoltre, la letteratura richiamata alla nota 64.

⁶⁷ M. NOTARI, *op. cit.*, p. 949.

⁶⁸ Per approfondimenti G. LAURINI, «Autonomie e controllo di legalità dopo la riforma delle società di

capitali», in *Riv. not.*, 2004, p. 15 e ss.; F. GUERRERA, *Commento sub. Art. 2436*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1101; M. NOTARI, *Contenuto ed estensione del controllo di legalità degli atti societari da parte del notaio*, in *Il controllo notarile sugli atti societari*, a cura di A. Paciello, Milano, 2001, p. 31 e ss.

⁶⁹ Cfr. M. NOTARI, *Le massime notarili in materia societaria: dalla giurisprudenza onoraria agli orientamenti interpretativi dei consigli notarili*, *cit.*, p. 949.

proprie scelte ai suggerimenti del notaio incaricato della stipula dell'atto, ma quest'ultimo, per non perdere l'incarico conferito, tenda ad allentare le maglie del proprio controllo; dall'altro lato si sono espressi timori circa un eccessivo irrigidimento dell'interpretazione della disciplina societaria, ad opera della classe notarile, in fase di omologa degli atti societari, funzionale all'azzeramento dei rischi legati soprattutto alla responsabilità professionale collegata a compiti che, nella tradizione, non hanno investito questi operatori del diritto⁷⁰.

L'esperienza degli anni di omologa notarile ha dimostrato che i timori legati alle degenerazioni richiamate non hanno concreto fondamento. L'esiguità delle ipotesi di atti costitutivi o modificazioni statutarie iscritti in assenza delle condizioni previste dalla legge e lo scarso numero di provvedimenti di diniego dell'omologazione dimostrano, per un verso, l'efficacia della riforma: l'investitura del controllo omologatorio in capo a un soggetto nuovo, ma molto addentro alle questioni giuridiche che gravitano intorno al controllo medesimo, non è valsa a dimezzare l'efficacia della verifica degli atti societari.

Per altro verso, l'esiguità del numero di provvedimenti di diniego è indice dell'importanza del ruolo assunto dal notaio nella fase propeudeutica di adeguamento da parte della società.

A questi effetti benefici della modifica legislativa deve aggiungersi lo sviluppo di un genere nuovo della produzione giuridica che ha di fatto soppiantato, seppur prendendone gradualmente il testimone, le massime ufficiose dei tribunali.

La crescente importanza attribuita dagli operatori giuridici alle massime notarili è testimoniata da alcuni rilievi empirici. Sempre più spesso, infatti, nei discorsi di avvocati e commercialisti si esprime il riconoscimento dell'importanza di questi provvedimenti e della loro qualità. Le tematiche trattate dalle massime e le soluzioni proposte divengono oggetto, sempre più frequente, dell'attenzione delle pagine delle riviste giuridiche.

Il fecondo dialogo che si instaura con la letteratura giuridica⁷¹ esprime il confronto fra categorie differenti di operatori giuridici nel quale la presenza, con un ruolo di primissimo piano, della prassi non è vista quale rinuncia a sufficiente meditazione e ponderazione delle tematiche trattate e delle soluzioni interpretative proposte. La crescente autorevolezza della "giurisprudenza notarile"⁷² deriva, inoltre, dalla considerazione della cultura notarile quale espressione di quel diritto vivente⁷³ che sale dal basso e che è fortemente legato alla concretezza storica⁷⁴ rappresentata dal variare delle strutture della società civile⁷⁵.

Natura e funzione degli orientamenti interpretativi dei Consigli notarili nel mutato quadro delle fonti giuridiche

Il riferimento più specifico alla natura e alla funzione delle massime notarili si rende necessario, a questo punto, se concepito in modo funzionale alla collocazione del genere nell'ambito del rinnovato

⁷⁰ M. NOTARI, *op. ult. cit.*, p. 949.

⁷¹ Per una disamina in chiave storica della relazione fra università e notai, le osservazioni di I. STOLZI, «Università e notai a colloquio: un profilo storico», in *Riv. not.*, 2009, p. 519 e ss.

⁷² Come ben dimostrato da alcune analisi storiche, la sapienza notarile fece del notaio un personaggio di rilievo oltre che nell'Alto Medioevo anche nel Basso Medioevo; nella formazione di questa peculiare cultura giuridica un ruolo essenziale fu svolto dalle scuole di notariato; esse furono in grado di produrre una letteratura del notariato, con caratteri assolutamente peculiari, nell'ambito della scienza civilistica: in questo senso U. SANTARELLI,

L'esperienza giuridica basso-medievale, Torino, 1991, p.146-147.

⁷³ F. D. BUSNELLI, «*Ars notaria* e diritto vivente», in *Riv. not.*, 1991, p. 3 e ss.

⁷⁴ Sulle interconnessioni fra diritto e storia cfr., classicamente, T. ASCARELLI, *Interpretazione della legge e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto comparato*, Milano, 1955, p. 482 e ss.; per un commento organico al pensiero di Ascarelli, N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, prefazione di G. Losano, Roma-Bari, 2007, p. 216 e ss.

⁷⁵ N. LIPARI, «La codificazione nella stagione della globalizzazione», *cit.*, p. 880.

quadro delle fonti giuridiche. Ogni indagine sul contenuto più dettagliato delle massime nei diversi settori del diritto che esse lambiscono crediamo non possa prescindere dalla valutazione di queste ultime nel contesto richiamato al fine di accertarne la rilevanza giuridica.

Certamente proficuo, in questa prospettiva, appare un confronto con le massime officiose dei tribunali, con particolare riferimento alla comune funzione di omologazione degli atti societari.

Come è stato di recente posto in risalto, a differenza delle sentenze «esse nascevano da una ricognizione collegiale da parte dei giudici che componevano la sezione cui era affidata la volontaria giurisdizione»⁷⁶. Il contegno conforme di tutti i giudici della sezione nei futuri procedimenti di omologazione diveniva, pertanto, più che probabile, addirittura certo⁷⁷.

La funzione di orientamento e, potremmo aggiungere, di disciplina delle prassi delle società era evidente; le imprese potevano verificare in anticipo quali clausole o quali operazioni più complesse e articolate avrebbero superato il giudizio omologatorio e quali invece non avrebbero ottenuto il medesimo *placet*.

Lo svolgimento di una analoga funzione rappresenta l'aspirazione principale delle massime notarili. Esistono, tuttavia, delle differenze sostanziali fra questi provvedimenti e le massime officiose dei tribunali: i primi non rappresentano, infatti, il prodotto dello stratificarsi di una serie di pronunce di omologazione; al contempo non provengono da una condivisione di tutti i notai del singolo collegio notarile⁷⁸.

Le massime notarili contengono gli orientamenti interpretativi espressi attraverso il lavoro di un numero ristretto di notai, investiti dal Consiglio notarile sulla base dell'esperienza professionale e della specifica preparazione accademica e scientifica. In virtù di questa investitura gli incaricati prendono espressa posizione su determinate questioni interpretative.

Questo modello definitorio, utile a delineare la natura delle massime, contribuisce a delineare due possibili, differenti letture del fenomeno: l'una frutto di un'impostazione che potremmo definire
208 minimalista, l'altra espressione di una tendenza volta alla valorizzazione del lavoro delle commissioni che conduce alla predisposizione delle massime.

Seguendo la prima prospettiva, il ruolo delle massime notarili sarebbe equiparabile a quello svolto da un orientamento interpretativo dottrinale⁷⁹; sulla base della seconda prospettiva, la circostanza che gli orientamenti interpretativi provengano da una commissione incaricata dall'organo territoriale dell'ordine professionale ha una precisa rilevanza sul fenomeno.

Questo aspetto, come di recente è stato sottolineato, «conferisce al lavoro della commissione una sorta di rappresentatività che, ben lungi dal creare alcun vincolo sui singoli notai chiamati a svolgere il controllo omologatorio, finisce per riflettersi in modo significativo sul loro comportamento»⁸⁰. Il tipo di rappresentatività evocato ben si concilia con l'idea di «diritto vivente che si riconduce al modello -

⁷⁶ M. NOTARI, *Le massime notarili in materia societaria: dalla giurisprudenza onoraria agli orientamenti interpretativi dei consigli notarili*, cit., p. 951.

⁷⁷ Parte della letteratura ha posto in evidenza come la ripetitività delle decisioni possa condurre alla trasformazione di un diritto vivente aperto in un diritto vivente uniforme caratterizzato da uniformità e imperatività: in questi termini G. ALPA, *Le prassi e i codici deontologici*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1995, p. 115.

⁷⁸ M. NOTARI, *op. ult. cit.*, p. 951; l'A. osserva come «rispetto alle massime officiose dei tribunali, pertanto, manca sia il carattere di precedente (seppur sui generis) sia il coinvolgimento di tutti i soggetti giudicanti cui sarà affidata la valutazione omologatoria nei casi concreti

successivi all'elaborazione della massima».

⁷⁹ Parte della letteratura giuridica esprime un atteggiamento sminuente del ruolo attribuibile a questi orientamenti; si afferma infatti che essi «sono semplici orientamenti di fatto non raccordabili al sistema normativo delle fonti»: in questi termini P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 68.

⁸⁰ M. NOTARI, *op. ult. cit.*, p. 952; sottolinea ancora l'A. come «anche sotto il profilo sanzionatorio, pur non derivando alcun effetto diretto, è ragionevole pensare che il consolidamento di uno o più orientamenti interpretativi massimati da tali commissioni possa influire sulla configurabilità dei presupposti delle sanzioni disciplinari, con particolare riguardo alla manifesta inesistenza delle condizioni stabilite dalla legge di cui all'art. 138-bis L.N.»

non facile da recepire per i giuristi di vecchia formazione - di una comunità interpretante»⁸¹.

I dati da cogliere a questo punto nei termini di attributi delle massime notarili appaiono essenzialmente due ed entrambi esprimono una evidente coincidenza con le caratteristiche rilevanti della massimazione ufficiosa dei Tribunali. In primo luogo va posta in risalto la comune funzione di uniformazione del controllo omologatorio; in secondo luogo la massimazione realizza la ulteriore funzione di «conoscibilità preventiva del presumibile comportamento (di una parte significativa) dei soggetti incaricati di tale controllo»⁸².

I due aspetti sono fortemente interconnessi: l'influenza delle massime sul comportamento della categoria professionale permette di fare della conoscibilità preventiva un adeguato strumento di *governance*, in quanto agisce direttamente sugli operatori economici influenzandone il comportamento.

Osservazioni conclusive

L'esperienza delle massime notarili pare confermare due degli aspetti che questa trattazione ha inteso porre in risalto quali passaggi essenziali dell'evoluzione più recente dei fenomeni giuridici.

Abbiamo già osservato come l'interpretazione rappresenti oggi il momento conclusivo del processo di produzione del diritto che, sulla base delle preferibili ricostruzioni scientifiche, cessa, quindi, di chiudersi con la mera promulgazione della norma. La massimazione notarile, nei termini in cui è stata indagata in questa sede, dimostra come produzione e interpretazione non possano essere considerati momenti autonomi e del tutto isolati.

La regola applicabile al caso concreto diviene, infatti, non quella emanata, ma, anche rispetto all'esperienza in esame, quella frutto dell'interpretazione sedimentata per effetto dello stratificarsi di una cultura giuridica che, in riferimento a determinate clausole od operazioni, si attesta su precise posizioni.

La commistione fra produzione e interpretazione si percepisce, inoltre - e questo rappresenta il secondo aspetto sul quale intendiamo soffermarci nella parte conclusiva di questo lavoro -, in maniera evidente, nel momento in cui si procede alla qualificazione delle raccolte delle massime notarili nei termini di *soft law*; esse possono essere fatte rientrare, infatti, in un modello di regolazione attento, in modo particolare, al soddisfacimento dell'esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad indirizzare verso l'attuazione di determinate modalità e particolari scopi il comportamento dei soggetti.

A riguardo, la funzione di conoscibilità preventiva del presumibile comportamento (di una parte significativa) dei soggetti incaricati del controllo notarile è idonea ad orientare in senso complessivo il

⁸¹ Cfr. N. LIPARI, «La codificazione nella stagione della globalizzazione», *cit.*, p. 882; si è di recente osservato che gli orientamenti notarili «non rappresentano atti isolati, legal opinion di un singolo studioso, sia pur autorevole, ma regole che, impegnando appunto la riflessione collettiva di una comunità di esperti, possessori di uno specifico sapere professionale, godono di un'effettività giuridica sostanziale; costituiscono, in altre parole, una *soft law*, un canale privato di produzione del diritto che si affianca a quelli ufficiali, dando luogo a una prassi uniforme e tramandabile che si afferma come diritto applicato, ponendosi nel sistema delle fonti - in sinergia con l'interpretazione giudiziale - quale sede privilegiata di interpretazione/applicazione del

diritto societario contemporaneo»: così M. PALAZZO, «Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto», in *Notariato*, 2014, p. 590.

⁸² M. NOTARI, *op. ult. cit.*, p. 953; l'A. evidenzia come questi aspetti contribuiscano ad «attribuire alle massime notarili una natura a metà strada tra dottrina e giurisprudenza, tra manifestazioni di opinioni individuali e direttive collegiali della categoria; esse si affiancano così ai contributi e alle circolari di uffici studi ed enti collettivi di riconosciuta competenza, ma vi aggiungono una maggiore capacità di influire sul controllo omologatorio e quindi sulla stessa prassi societaria: un profilo certamente di grande rilevanza, ma al contempo di grande responsabilità».

comportamento dei soggetti destinatari ultimi delle regole, senza procedere per tramite dell'imposizione di norme vincolanti.

Gli aspetti caratterizzanti il fenomeno si apprezzano ulteriormente in quanto rientranti nella tendenza «all'incremento della privatizzazione del diritto, con una nuova centralità del contratto e con il ricorso sempre più frequente a professionisti ed esperti che indeboliscono il ruolo dei legislatori e più in generale dei soggetti ufficiali, ossia di coloro che sono espressamente autorizzati da un'autorità superiore»⁸³.

⁸³ G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 55; sulla concezione dell'autonomia privata quale fonte del diritto, per una essenziale indicazione bibliografica, P. PERLINGIERI, «Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"», in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 21 e ss.; per una recente applicazione della teoria *principal/agent* a modelli di regolamentazione

nei quali i governi sarebbero qualificabili come *principal* e gli individui (o i privati) quali *agent*, nel contesto della letteratura straniera, O. BAR-GILL, C.R. SUNSTEIN, «Regulation as delegation», in *Journal of Legal Analysis*, 7, 2015, p. 1 e ss.

Finito di stampare nel mese di Dicembre 2015
Fotocomposizione: Fondazione Italiana del Notariato
Stampa: Mediascan Srl – Via Mecenate, 76 – 20138 Milano

Per tutte le informazioni sui nostri libri,
riviste, servizi on line e news
consulta

Diritto **24**

Il portale del GRUPPO 24 ORE dedicato al mondo del diritto

www.diritto24.ilsole24ore.com