

**Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6597**

*La domanda giudiziale volta ad ottenere l'accertamento dell'esistenza di un patto di prelazione in caso di vendita di un bene immobile, in assenza di una specifica previsione normativa al riguardo, non è suscettibile di essere trascritta; il patto di prelazione, infatti, non può essere assimilato al contratto preliminare, in quanto in quest'ultimo è individuabile un'obbligazione già esistente, rispetto alla quale ha senso assicurare l'effetto di prenotazione della trascrizione, effetto che non è invece collegabile al patto di prelazione, che non prevede alcun obbligo di futuro trasferimento.*

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con atto di citazione dell'8.5.2000 L.I. conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Chiavari B.R., per sentir accertare che con scrittura privata del 2 gennaio 1994 quest'ultima aveva concesso un diritto di prelazione in favore di essa attrice, in ordine all'eventuale vendita di un appartamento sito in Chiavari.

Il tribunale, accogliendo l'eccezione proposta in via principale dalla convenuta B. che, costituitasi, aveva negato l'intenzione di procedere alla vendita del bene, respingeva la domanda attrice per difetto di interesse, con decisione che veniva impugnata dalla parte soccombente.

Con successivo atto di citazione del 26.4.2001 la stessa B. R., dopo aver premesso di aver riscontrato all'esito del giudizio sopra richiamato l'avvenuta trascrizione della domanda della L. presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari, conveniva a sua volta in giudizio quest'ultima davanti al medesimo tribunale, per sentir ordinare la cancellazione o l'annotazione di inefficacia della trascrizione della domanda giudiziale concernente l'accertamento del diritto di prelazione, in quanto non compresa in alcuno dei casi di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c., e sentirla quindi condannare al risarcimento del danno riconducibile all'illiceità della detta trascrizione.

Il tribunale accoglieva la domanda, ordinando per l'effetto la cancellazione della trascrizione e condannando la convenuta al risarcimento del danno, da liquidare in separata sede.

Tale decisione veniva impugnata dalla L., che ne denunciava l'erroneità sotto un duplice aspetto, vale a dire per l'incompetenza funzionale del giudice adito in quanto, vertendosi in materia di responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., come già inutilmente rilevato in primo grado la competenza si sarebbe radicata in capo allo stesso giudice della domanda asseritamente non trascrivibile; inoltre, in quanto non vi sarebbe stata prova circa l'esistenza di un danno risarcibile.

La Corte di Appello di Genova confermava la sentenza di primo grado, escludendo in particolare che l'art. 96 c.p.c. individuasse sempre la competenza del giudice del merito della causa a disporre la cancellazione della illegittima trascrizione di una domanda giudiziale.

Occorrerebbe invero distinguere, secondo il giudice del gravame, fra l'ipotesi della trascrizione della domanda non compresa in alcuno dei casi contemplati negli artt. 2652 e 2653 c.c. da quella in cui in astratto la domanda sarebbe stata suscettibile di trascrizione, non essendo tuttavia nel concreto trascrivibile: nella prima ipotesi sarebbe infatti ravvisabile nell'avvenuta trascrizione un fatto illecito, il cui ristoro troverebbe titolo giuridico nell'art. 2043 c.c. mentre nel secondo, rispetto al quale la trascrizione della domanda non sarebbe stata consentita per l'infondatezza nel merito della pretesa fatta valere, troverebbe applicazione l'art. 96 c.p.c..

Nella specie sarebbe poi certa la non trascrivibilità del patto di prelazione e, conseguentemente, della domanda finalizzata all'accertamento della relativa sussistenza, così come sarebbe altrettanto certa la configurabilità dell'elemento della colpa nel comportamento della L., atteso che avrebbe eseguito una trascrizione "contra legem".

Avverso la detta sentenza L.I. proponeva ricorso per cassazione affidato a cinque motivi, cui resisteva la B. con controricorso. All'udienza del 19.11.2009, fissata per la trattazione della controversia, questa Corte emetteva ordinanza interlocutoria di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, avendo ravvisato un contrasto nella giurisprudenza di legittimità relativamente all'ambito di applicazione dell'art. 96 c.p.c. ed alla linea di demarcazione fra la sfera di operatività di detta norma e quella dell'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità per danni da trascrizione illegittima.

Le parti depositavano quindi memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c. e la causa veniva infine decisa all'esito dell'udienza pubblica dell'1.2.2011.

## **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. - Con i motivi di ricorso L.I. ha rispettivamente denunciato:

1) violazione dell'art. 96 c.p.c. e art. 2043 c.c. nonché vizio di motivazione, con riferimento all'affermata distinzione, ai fini dell'individuazione del giudice competente a decidere sull'istanza risarcitoria, fra l'ipotesi di domanda giudiziale neppure astrattamente trascrivibile perché non compresa fra quelle elencate negli artt. 2652 e 2653 c.c., il cui titolo giuridico sarebbe ravvisabile nell'art. 2043 c.c., e quella di domanda solo astrattamente trascrivibile, essendo viceversa nel concreto non trascrivibile per l'insussistenza del diritto azionato, rispetto alla quale troverebbe applicazione l'art. 96 c.p.c..

La detta distinzione sarebbe infatti errata poiché l'art. 96 c.p.c. si porrebbe con carattere di specialità rispetto all'art. 2043 c.c., sicché la responsabilità aggravata, pur rientrando

concettualmente nel genere della responsabilità per fatto illecito, ricadrebbe interamente in tutte le sue possibili esplicazioni sotto la disciplina prevista dall'art. 96 c.p.c..

Da ciò dunque discenderebbe che la domanda di risarcimento avrebbe dovuto essere proposta davanti al giudice della domanda asseritamente non trascrivibile, funzionalmente competente al riguardo;

2) violazione dell'art. 2645 bis c.c., artt. 2652 e 2653 c.c., in relazione alla pretesa non trascrivibilità della domanda volta ad accertare l'esistenza di un patto di prelazione. Detto patto sarebbe invero riconducibile alla figura del contratto preliminare e comunque, pur prescindendo da tale rilievo, non sarebbe ipotizzabile nel concreto alcun pregiudizio ove dimostrata, come si sarebbe verificato, l'avvenuta trascrizione di domanda avente ad oggetto l'accertamento di un diritto di prelazione per la vendita, pattiziamente riconosciuto dal proprietario dell'immobile;

3) violazione dell'art. 2645 bis in relazione all'art. 2652 c.c., n. 3, nonché vizio di motivazione, rispetto all'affermazione contenuta nella sentenza impugnata secondo la quale, alla stregua di un pacifico orientamento giurisprudenziale, non sarebbero trascrivibili né il patto di prelazione né la domanda giudiziale intesa a farlo valere. Non risulterebbe, infatti, l'esistenza di un filone giurisprudenziale attestatosi nel senso indicato;

4) violazione dell'art. 100 c.p.c. per l'omessa rilevazione della mancanza di interesse ad agire della B.. Tale mancanza di interesse sarebbe stata invero desumibile sia dal fatto che l'eventuale conferma della sentenza di primo grado (con la quale era stata rigettata la domanda della L.) avrebbe automaticamente comportato la cancellazione della trascrizione della domanda, sia dalla possibilità di pervenire al medesimo risultato facendo ricorso alla procedura per la correzione degli errori materiali. Inoltre la domanda della B., che contrariamente a quanto da lei sostenuto avrebbe avuto notizia dell'avvenuta trascrizione, sarebbe stata in ogni modo inammissibile per il potenziale contrasto di giudicati che avrebbe potuto determinare, e ciò in quanto la cancellazione della trascrizione disposta nell'ambito di un giudizio definito solo in via provvisoria, e all'epoca ancora pendente, avrebbe potuto confliggere con l'esito del giudizio di merito introdotto con la domanda di cui era stata eseguita la trascrizione;

5) violazione dell'art. 112 c.p.c. e vizio di motivazione sul punto, atteso che la Corte di merito non avrebbe esaminato il motivo di appello avente ad oggetto la pretesa erroneità della condanna di essa ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, condanna che non sarebbe aderente alle risultanze processuali emerse.

2. - Con una prima memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c. la ricorrente ha eccepito la tardività del controricorso, eccezione che risulta infondata perché il ricorso in esame è stato

notificato il 3 dicembre 2004 ed il controricorso, notificato il 13 gennaio 2005, è stato consegnato all'Ufficiale Giudiziario per il compimento delle operazioni di rito in data ampiamente antecedente, come si evince dal primo tentativo di notifica rimasto senza effetto, eseguito in data 4 gennaio 2005. 3. - Con l'ordinanza interlocutoria emessa all'esito dell'udienza del 19.11.2009 sopra richiamata, questa Corte, come detto, ha ravvisato l'opportunità di rimettere il ricorso alle sezioni unite, in ragione di un rilevato contrasto nella giurisprudenza di legittimità circa l'ambito di applicazione dell'art. 96 c.p.c. ed il rapporto intercorrente fra la sfera di operatività di tale disposizione e quella dell'art. 2043 c.c. in materia di responsabilità per danni da trascrizione di domanda giudiziale illegittima ovvero ingiusta, profili censurati con il primo motivo di ricorso.

In particolare, premesso che la prima ipotesi si intende realizzata allorché, per errata interpretazione degli artt. 2652 e 2653 c.c., per deliberata mala fede o comunque per qualunque altra causa venga trascritta una domanda giudiziale non compresa fra quelle per le quali la legge prevede detta formalità, mentre la seconda appare configurabile quando risulti poi infondata la domanda in precedenza trascritta, si sarebbero delineati due distinti indirizzi rispetto alla tematica in oggetto.

Secondo un primo orientamento, infatti, la trascrizione illegittima rientrerebbe nel campo di applicazione dell'art. 96 c.p.c., comma 1 mentre la trascrizione ingiusta sarebbe contemplata dall'art. 96 c.p.c., comma 2, circostanza da cui discenderebbe che, nel caso di trascrizione di domanda al di fuori delle ipotesi normativamente previste, l'applicabilità dell'art. 96 c.p.c., comma 1, precluderebbe la possibilità di invocare i principi generali della responsabilità per fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c..

Secondo un diverso orientamento, viceversa, il titolo giuridico della pretesa ai danni da illegittima trascrizione di una domanda giudiziale non trascrivibile non sarebbe l'art. 96 c.p.c., ma l'art. 2043 c.c., e la prima disposizione sarebbe correttamente evocabile soltanto nel caso di trascrizione ingiusta per l'insussistenza del diritto fatto valere, dovendosi al contrario applicare l'art. 2043 c.c. nel caso di domanda non trascrivibile in quanto non compresa nell'elencazione contenuta negli artt. 2652 e 2653 c.c..

4. - Ciò premesso si rileva che con il primo motivo di ricorso la L. ha denunciato l'erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui nella stessa era stato affermato che la domanda per risarcimento del danno da responsabilità aggravata poteva essere avanzata anche in giudizio autonomo, rispetto a quello originato dalla domanda trascritta, censura la cui delibazione presuppone quindi l'individuazione del giudice competente a decidere.

In proposito va osservato che la giurisprudenza di questa Corte non ha fornito soluzioni univoche al riguardo.

Ed infatti: con una prima risalente decisione è stato implicitamente affermato che la trascrizione illegittima rientra nella previsione contenuta nell'art. 96, comma 2, (C. 63/2407); con diverse successive statuizioni è stata poi attribuita all'art. 96 c.p.c. la funzione di costituire "integrale e completa disciplina normativa della responsabilità processuale, di cui esaurisce tutte le ipotesi" (C. 84/874) ed è stata poi delineata la distinzione fra le due ipotesi di trascrizione illegittima e ingiusta, con la conseguente ritenuta applicabilità rispettivamente del 1 e del 2 comma dell'art. 96 (C. 01/4947, C. 00/263, C. 98/4624, C. 94/5022, C. 84/874, C. 76/2967);

con altre decisioni è stata viceversa legittimato il potenziale concorso dell'art. 96 c.p.c. con l'art. 2043 c.c., che sarebbe in particolare applicabile nel caso di trascrizione illegittima (C. 90/10219, C. 71/680, C. 69/290, C. 66/1983), pronunce alle quali vanno assimilate anche le successive C. 10/13127 e C. 07/25248 che, pur se in tema di competenza relativamente alla domanda di cancellazione della trascrizione effettuata al di fuori delle ipotesi consentite (e non anche, quindi, di richiesta risarcitoria), hanno affermato il medesimo principio dell'autonomia del detto giudizio rispetto a quello nel quale la trascrizione era stata effettuata;

infine con orientamento sostanzialmente consolidato, sia pur con riferimento ad ipotesi non coincidenti con quelle oggetto di esame (e quindi con affermazioni di principio inidonee a costituire di per sé parametro di definizione della controversia nel caso di specie, in cui non è oggetto di contestazione la configurazione del rapporto fra l'art. 2043 c.c. e l'art. 96 c.p.c., ma l'individuazione della disciplina concretamente applicabile) è stato reiteratamente ribadito il valore assorbente dell'art. 96 c.p.c. rispetto all'art. 2043 c.c., che in quanto tale escluderebbe il concorso fra le due disposizioni in questione (C. 10/5069, C. 08/28226, C. 07/16308, C. 04/13455, C. 03/15551, C. 02/3573, C. 01/5972, C. 99/253, C. 84/874, C. 83/477, C. 81/6407).

5.1 - Ritene il Collegio che il primo motivo di censura sia infondato.

5.2 - La Corte di Appello di Genova ha dovuto risolvere la seguente questione: se, proposta domanda per far accertare che all'attore spetta un diritto di prelazione e negato dal giudice che l'attore abbia un tale diritto, la parte convenuta possa in un diverso giudizio a sua volta proporre una domanda di risarcimento del danno, per il fatto che di quella precedente domanda il primo attore ne abbia chiesto ed ottenuto la trascrizione, sebbene in rapporto al tipo di diritto vantato la trascrizione non fosse ammessa. La questione è stata sollevata nel secondo giudizio dal primo attore, il quale ha sostenuto che, nella situazione descritta, la domanda di risarcimento del danno va dichiarata inammissibile, perché il potere di conoscerne spetta al giudice della domanda originaria e non può costituire quindi oggetto di un diverso giudizio.

Ciò in applicazione dell'art. 96 c.p.c..

5.3 - E' necessario premettere che l'art. 96 c.p.c. regola la responsabilità conseguente all'aver agito o resistito in giudizio, restando soccombente, e per un verso completa la responsabilità che deriva dalla soccombenza, per altro verso disciplina il fatto costitutivo di tale responsabilità in modo speciale rispetto a quella generale da fatto illecito, perché qui può venire in rilievo non il fatto in sé di avere difeso il proprio diritto in giudizio, ma la violazione di un connesso reciproco dovere di lealtà delle parti, nell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

Da questo specifico tratto della disciplina sostanziale della responsabilità processuale aggravata deriva poi il tratto ulteriore, attinente però alla disciplina processuale, per cui giudice della violazione del dovere di lealtà debba essere quello che è stato investito dalla originaria domanda.

Risponde alla stessa esigenza di concentrazione che presidia la sua competenza sulle spese processuali, il fatto che, avendo conosciuto del fondo della domanda, quel giudice conosca delle conseguenze che la parte risultata vincitrice gli espone d'aver subito, a causa del comportamento sleale dell'altra rimasta invece soccombente.

Slealtà che quel giudice è nella miglior condizione per poter valutare rispetto ad altro.

5.4 - L'art. 96 c.p.c. regola in modo espresso due situazioni.

La prima consiste in questo: è accertato dal giudice cui è stata proposta la domanda di merito che il diritto vantato sussisteva o no e la parte, nel giudizio in cui la domanda è stata proposta, può chiedere che sia valutato se averla proposta od avervi resistito ha concretizzato un comportamento caratterizzato da dolo o colpa grave.

La condanna per responsabilità processuale è pronunciata, con liquidazione anche di ufficio, sul presupposto e come effetto della decisione sul diritto vantato, ed in conseguenza della qualificazione dolosa o colposa della condotta processuale del soccombente.

La seconda consiste in questo: che il vanto del diritto è attuato non attraverso la sua sola affermazione, bensì aggredendo la sfera patrimoniale dell'altra parte, sul piano esecutivo o cautelare, o con la trascrizione della domanda od iscrizione di ipoteca.

Qui, accertato che il diritto vantato non sussisteva - accertamento provocato dall'una o dall'altra parte -, a fondare la responsabilità processuale basterà l'aver agito senza la normale prudenza, e questo in ragione delle specifiche modalità invasive dell'atto di esercizio del diritto.

5.5 - In ambedue i casi descritti dall'art. 96 il fatto materiale costitutivo della responsabilità, cioè la esistenza o inesistenza del diritto vantato ed il modo in cui è stato esercitato, costituiscono l'oggetto della domanda principale.

Ci si soffermi ora sul caso che il diritto sia stato vantato in giudizio in base ad una domanda trascrivibile e che il convenuto di tale domanda abbia chiesto il rigetto: questa parte, al fine di

vedere pronunciata la condanna dell'altra per responsabilità processuale aggravata non avrà da sollecitare alcun ulteriore accertamento in diritto, ma, in vista di un eventuale accoglimento della sua istanza nei soli limiti del comma 2, provare che la domanda trascrivibile di fatto lo sia stata.

Lo stesso non è vero nel caso in cui sia stato vantato in giudizio un diritto in base a domanda non trascrivibile.

In questo caso, da un lato il diritto per cui è stata proposta e trascritta la domanda può essere accertato esistente, e tuttavia dal fatto della trascrizione può essere derivato un pregiudizio che rileva come danno risarcibile; dall'altro chi lo ha subito, per ottenere il risarcimento, deve richiedere al giudice un accertamento, in diritto, su un fatto diverso dal vanto in giudizio venuto dall'attore e precisamente sulla questione dell'essere dalla norma sostanziale prevista come non trascrivibile la domanda che l'attore ha proposto.

5.6 - Né si può dire che il caso - cioè il fatto che la domanda sia stata trascritta senza poterlo essere - ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 96, comma 1.

La soluzione si espone ad una duplice obiezione.

La prima è che il fatto della trascrizione non consentita dovrebbe essere valutato non in rapporto al canone della colpa o della omissione di una prudenza normale, ma a quelli del dolo o della colpa grave.

La seconda è che, chi abbia fatto legittimo affidamento sul fatto che la domanda, perché non trascrivibile, non sia stata trascritta, si vedrebbe preclusa la domanda per danni per non aver introdotto la relativa istanza nel giudizio promosso dall'attore per vedere accertato il diritto da lui vantato.

5.7 - La mancanza di una espressa indicazione formale contenuta nella norma e l'assenza del presupposto necessario per radicare la competenza del giudicante ai sensi dell'art. 96 c.p.c. (presupposto consistente nella preclusione all'emissione di un giudizio di merito in ordine al comportamento tenuto dalla L. con la trascrizione della domanda giudiziale) costituiscono dunque elementi sufficienti per indurre a ritenere che la B. possa far valere autonomamente il pregiudizio asseritamente subito, ai sensi dell'art. 2043 c.c..

Tuttavia detta conclusione risulta confortata pure per altro verso, vale a dire in ragione della totale inefficacia che avrebbe la trascrizione di una domanda giudiziale non compresa fra quelle elencate negli artt. 2652 e 2653 c.c..

Ed invero giova in proposito rilevare che la funzione della trascrizione va individuata nell'avvertita esigenza di notificare i terzi dell'esistenza di contestazioni in ordine alla titolarità di diritti reali (e di altri specificamente indicati) e di consentire l'effetto retroattivo della sentenza, in

modo tale, cioè, da evitare il pregiudizio che le parti potrebbero subire per effetto del decorso del tempo necessario per la definizione del giudizio, e comunque per il ritardo nella decisione.

Orbene, se va condivisa l'astratta qualificazione della trascrizione della domanda giudiziale come atto processuale (laddove normativamente prevista) in quanto posto in essere in funzione di un processo, qualche riserva può fondatamente essere sollevata nel caso in esame, atteso che l'assenza di una previsione normativa legittimante la trascrizione della domanda esclude che alla stessa possa essere riconosciuta alcuna valenza processuale, non potendo ad essa essere attribuito, neppure in via astratta ed ipotetica, alcun effetto sostanziale.

5. 8 - Se i due rilievi sopra evidenziati (non ravvisabilità nella fattispecie della ratio fondante i poteri del giudice e irrilevanza processuale della trascrizione), come detto, depongono per la correttezza della decisione adottata dalla Corte di appello di Genova, detta conclusione risulta pure confortata sotto altri aspetti.

In proposito occorre infatti evidenziare che, come già precedentemente anticipato, il giudizio di danni ex art. 96 c.p.c. non viene formulato con modalità identiche e sovrapponibili a quelle che caratterizzano il giudizio ex art. 2043, da quest'ultimo diversificandosi sia per quanto concerne l'instaurazione, che per quanto riguarda il parametro di definizione. Sul primo punto l'art. 96, comma 1, stabilisce invero che il giudice pronuncia la condanna su istanza di parte (rispetto alla quale non è fissato alcun termine per la relativa presentazione) e può procedere alla liquidazione del danno anche di ufficio, proponendo così una regolamentazione del tutto diversa rispetto alla disciplina dettata in via ordinaria per le domande giudiziali (con riferimento, in particolare, alla scansione dei tempi di trattazione del processo e alla necessità di dare dimostrazione della consistenza del pregiudizio asseritamente subito).

Sul secondo aspetto va ricordato che la condanna risarcitoria ex art. 96 presuppone, oltre alla soccombenza della parte, un'azione o una resistenza in giudizio connotata da mala fede o colpa grave. Nella specie, dunque, è stato stabilito un parametro più rigoroso e riduttivo rispetto all'ordinario, per quel che concerne il grado di colpa ordinariamente richiesto per la condanna al risarcimento del danno (ai fini della responsabilità ex art. 2043 è sufficiente la colpa lieve), con la conseguenza che, ove ritenuta preclusa l'azione ex art. 2043 c.c. per il connotato di specialità attribuito all'art. 96 c.p.c., il danneggiato sarebbe privato del diritto di azione con riferimento a comportamenti lesivi, altrimenti punibili, posti in essere nel processo con la semplice colpa lieve.

L'assenza di una specifica previsione del legislatore in ordine alla comprensione dell'ipotesi di trascrizione di domanda illegittima fra quelle indicate nell'art. 96, comma 1, induce dunque a ritenere che, in mancanza di indicazioni normative, debba comunque essere privilegiata una

interpretazione che sia in sintonia con il dettato costituzionale (nella specie il riconoscimento e la tutela del diritto di agire in giudizio).

Non sembra infine inutile un'ultima considerazione relativa ai possibili effetti pregiudizievoli riconducibili ad un'interpretazione che privilegiasse l'assorbente carattere di specialità dell'art. 96 c.p.c. rispetto all'art. 2043 c.c..

Il citato art. 96 impone, come detto, che l'istanza risarcitoria venga proposta davanti al giudice del processo in cui si sono manifestati il dolo o la colpa grave di una delle parti.

Orbene nel caso di trascrizione ingiusta (vale a dire avente, ad oggetto atti compresi nell'elencazione di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.), correttamente possono essere addebitate alla parte che la subisce le conseguenze derivanti dall'omesso controllo effettuato al riguardo (consistenti nell'impossibilità di richiedere il risarcimento al di fuori della disciplina dell'art. 96), essendo (o dovendo essere) conosciuta la potenziale trascrivibilità dell'atto, poiché inserito nell'elenco normativamente previsto. Diversamente deve invece dirsi per quanto concerne la trascrizione illegittima (cioè di atti non compresi nel detto elenco), poiché la mancata previsione normativa sul punto esclude la configurabilità di un obbligo di verifica a carico della parte che subisce la trascrizione, alla quale non possono dunque essere addebitate le gravi conseguenze derivanti dall'inosservanza di obblighi cui non era tenuta quali quelli - della preclusione all'esercizio dell'azione risarcitoria nella sede propria.

6. - Il secondo ed il terzo motivo di impugnazione, che devono essere esaminati congiuntamente perché fra loro connessi, prospettano sostanzialmente la medesima censura, sia pur sotto profili non coincidenti, consistente sostanzialmente nella pretesa erroneità della decisione, laddove era stata affermata la non trascrivibilità della domanda avente ad oggetto l'accertamento di un patto di prelazione ed era stato comunque configurato un pregiudizio per effetto dell'avvenuta trascrizione della domanda in una ipotesi non contemplata dal codice civile. La detta censura è infondata.

Ed infatti l'assunto secondo il quale la domanda in questione sarebbe stata suscettibile di trascrizione è basato su una pretesa assimilazione del patto di prelazione al contratto preliminare che, ove sussistenti le condizioni normativamente previste (stipulazione del contratto con atto pubblico ovvero con scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente, oggetto del contratto limitato agli immobili di cui all'art. 2643 c.c., nn. 1, 2, 3, 4, vale a dire contratti ad effetti reali traslativi o costitutivi) sarebbe trascrivibile (art. 2645 bis c.c.).

Detta prospettazione è tuttavia priva di pregio perché, nell'assenza di una esplicita previsione normativa relativa alla trascrivibilità del patto di prelazione, non ricorrono le condizioni per operare un accostamento sostanziale fra le due diverse ipotesi prese in considerazione, e ciò

in quanto: a) nel caso del contratto preliminare è individuabile un'obbligazione già esistente, rispetto alla quale ha senso assicurare un effetto prenotativo, effetto che non è viceversa collegabile al patto di prelazione, atteso che in tale ultimo caso non vi è alcun accordo preventivo, e quindi alcun obbligo, per un futuro trasferimento (C. 02/14645, C. 99/3571, C. 82/6005, C. 82/3009); b) la fattispecie in esame non rientra comunque fra quelle indicate nell'art. 2645 bis c.c. poiché nella specie non è configurabile alcun contratto ad effetti reali traslativo o costitutivo; c) l'art. 2645 bis non sarebbe in ogni modo applicabile, atteso che risulta che l'accordo è stato concluso con una semplice scrittura privata (p. 2 del ricorso).

Quanto infine all'ulteriore profilo relativo all'insussistenza di un pregiudizio in danno della B., è sufficiente in proposito rilevare che l'illiceità originaria della trascrizione giustifica appieno la condanna generica della L. al risarcimento del danno (C. 10/13127, C. 07/25248).

7. - E' infondato anche il quarto motivo, con il quale la L. ha denunciato una carenza di interesse al giudizio della controparte, atteso che il tribunale aveva respinto la domanda da lei proposta " con conseguente automatica cancellazione della trascrizione della domanda introduttiva del giudizio ". E' invero certo che la cancellazione della trascrizione dell'atto di citazione non era stata disposta con la sentenza di primo grado poi impugnata e, attesa la potenzialità pregiudizievole di una trascrizione illegittimamente eseguita, ne risulta incontestabilmente un interesse della parte alla rimozione di un atto ritenuto lesivo. Né rileva in senso contrario il richiamo della ricorrente alla necessità del passaggio in giudicato della sentenza emessa nel processo originato dalla domanda trascritta ovvero alla possibilità del ricorso alla procedura per correzione di errori materiali.

Sul primo punto, infatti, occorre precisare che nel caso in esame non ricorre un'ipotesi di trascrizione da cancellare perché conseguente a domanda non accolta (per la quale sarebbe correttamente applicabile il principio evocato) ma, più semplicemente, un'ipotesi di trascrizione illegittima perché non prevista dalla legge, del tutto autonoma, dunque, rispetto alla pronuncia di merito in relazione alla quale era stata effettuata la trascrizione.

Sul secondo, va rilevato che l'eventuale possibilità (per vero dubbio) del ricorso alla procedura per correzione di errore materiale non esclude l'interesse della parte alla cancellazione della trascrizione, legittimamente perseguito in via giudiziaria con gli strumenti offerti dall'ordinamento.

Quanto infine alle altre due argomentazioni prospettate dalla ricorrente si osserva, da una parte, che non risulta precedentemente rappresentata la questione relativa alla conoscenza da parte della B. dell'avvenuta trascrizione della domanda e, dall'altra, che il potenziale conflitto di giudicati (fra l'altro rimovibile con la revocazione) non escluderebbe comunque l'astratta

proponibilità della domanda. In ogni modo, è appena il caso di considerare che le dette circostanze sarebbero certamente inidonee ad incidere sulla pretesa carenza di interesse della B..

8. - Resta infine l'ultimo motivo relativo alla contestata condanna della L. al pagamento delle spese processuali, incentrato sull'affermata omessa valutazione del comportamento delle parti al fine dell'individuazione del responsabile della lite e dell'accertamento della loro buona o mala fede, doglianza che va disattesa poiché la Corte di Appello ha correttamente motivato la statuizione sul punto, espressamente richiamando il principio della soccombenza in applicazione del disposto di cui all'art. 91 c.p.c..

Conclusivamente il ricorso deve essere dunque rigettato.

Il contrasto di giurisprudenza in ordine all'applicabilità o meno dell'art. 2043 c.c. nel caso di illegittima trascrizione della domanda giudiziale induce alla compensazione delle spese del giudizio di legittimità.

#### **P.Q.M.**

Rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 1 febbraio 2011.

Depositato in Cancelleria il 23 marzo 2011

#### **Cass. civ., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523**

*Le domande giudiziali intese a far valere le violazioni dei limiti legali della proprietà sono suscettibili di trascrizione ai sensi dell'art. 2653, n. 1, c.c. affinché l'attore possa utilmente opporre la sentenza favorevole ottenuta sia nei confronti del convenuto sia al terzo acquirente dal convenuto stesso con atto trascritto successivamente alla trascrizione della domanda.*

#### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Filippo Iorio realizza un edificio in Cercola e ne aliena i singoli appartamenti; realizza, poi, sull'area latitante all'edificio, dodici box per auto e li aliena a loro volta.

Salvatore Picardi, acquirente d'uno degli appartamenti, ritenendo che i box fossero stati realizzati a distanza dall'edificio inferiore a quella prescritta dal regolamento edilizio locale, conviene in giudizio Filippo Iorio onde sentirlo condannare alla demolizione dei box.

Filippo Iorio resiste alla domanda.

Il Tribunale di Nola accoglie parzialmente la domanda, disponendo che sette dei box vengano arretrati per la parte risultata non conforme alle disposizioni regolamentari in quanto realizzata a distanza inferiore ai 13,90 metri dall'edificio.

Avverso tale sentenza Filippo Iorio propone appello cui aderiscono, con appello incidentale ad adiuvandum, Carrella Carmine ed altri sei consorti, tutti acquirenti dei box, i quali, contestualmente, propongono anche appello incidentale autonomo inteso a far dichiarare comunque inopponibile nei loro confronti la sentenza resa tra il Picardi e lo Iorio.

La Corte d'Appello di Napoli rigetta entrambi i gravami evidenziando, per quanto interessa in questa sede, come la situazione soggettiva fatta valere dagli acquirenti fosse, ex art. 111 c.p.c., dipendente da quella del venditore e non potesse essere utilmente invocata l'inopponibilità per mancata trascrizione della domanda, ciò sulla considerazione che la previsione dell'art. 2653 c.c., n. 1, non troverebbe applicazione, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, nell'ipotesi di domanda intesa a far valere il rispetto dei limiti legali della proprietà.

Inerte lo Iorio, il Carrella e consorti impugnano anche tale sentenza con ricorso per Cassazione affidato a tre motivi, l'uno dei quali investe la questione della possibilità di trascrivere la domanda intesa a far valere il rispetto delle distanze legali tra edifici, ai fini dell'opponibilità della sentenza ai terzi successori a titolo particolare per atto tra vivi, evidenziando come la tesi da essi prospettata al Giudice di secondo grado fosse suffragata da altra giurisprudenza di legittimità immotivatamente negletta nell'impugnata sentenza.

Resiste il Picardi con controricorso.

La Seconda Sezione, riconosciuto il contrasto in ordine alla detta questione, ne ha rimesso la soluzione a queste Sezioni Unite.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, i ricorrenti - denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 113 c.p.c., art. 873 c.c., art. 29 reg. edilizio, art. 14 preleggi, L. n. 122 del 1989, in generale, nonché vizi di motivazione - rilevano che anche dalla consulenza risultava come i box fossero stati realizzati nella parte retrostante del cortile già realizzato, onde il Giudice a quo avrebbe erroneamente ritenuto applicabile la norma regolamentare di cui all'art. 48, per la quale la distanza è di m. 13,90, anziché quella speciale di cui al precedente art. 29, per la quale nel caso di cortili la distanza minima è di m. 8; che, inoltre, la L. n. 122 del 1989, applicabile nella specie in quanto meno restrittiva ed in assenza di giudicato (come precisato in memoria), pone una deroga al rispetto delle distanze legali relativamente ai parcheggi privati in vista dell'interesse pubblico ad una migliore gestione delle aree di sosta.

Con il secondo motivo, i ricorrenti - denunciando violazione degli artt. 813, 949 e 2653 c.c., nonché omessa motivazione - si dolgono che il Giudice a quo abbia affermato l'opponibilità della sentenza impugnata ad essi terzi acquirenti, nonostante la domanda introduttiva del giudizio promosso dal Picardi nei confronti dello Iorio non fosse stata trascritta, sull'erroneo convincimento, apoditticamente motivato con riferimento ad una sola parte della giurisprudenza in materia non sottoposta a vaglio critico in relazione alla giurisprudenza contraria pur segnalatagli, che la detta domanda non fosse suscettibile di trascrizione.

Con il terzo motivo, i ricorrenti - denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 100 e 111 c.p.c. - si dolgono che il Giudice a quo non abbia ravvisato la natura strumentale della lite, tesa al raggiungimento di non meglio precisate utilità diverse dalla riduzione in pristino degli immobili da parte del Picardi, atteso che questi aveva alienato l'appartamento in corso di causa e che nell'atto pubblico s'era impegnato alla prosecuzione del giudizio con la precisazione che sarebbe andato a suo esclusivo favore "tutto ciò che la parte venditrice riceverà dal predetto giudizio", mentre "l'eventuale risultato di ripristino dell'originaria consistenza dei beni comuni andrà a beneficio dell'immobile venduto".

Il secondo dei riportati motivi è fondato ed, atteso l'oggetto degli altri, all'evidenza assorbente.

Come già rilevato nell'ordinanza di rimessione, l'indirizzo giurisprudenziale tradizionale, dal quale si escludeva la trascrivibilità ex art. 2653 c.c., n. 1, delle domande dirette a far valere il rispetto dei limiti legali della proprietà, trova una delle sue prime compiute espressioni nella sentenza di questa Corte 05/05/1960, n. 1029, alle cui tesi si sono, in seguito, acriticamente adeguate, con varianti di scarso rilievo, nonostante le opinioni contrarie formulate al riguardo dalla maggioranza della dottrina, altre pronunzie (e pluribus, Cass. 18/02/1963, n. 392, 29/07/1963 n. 2141, 05/10/1963 n. 2260, 11/06/1965 n. 1185, 31/01/1969 n. 290, 22/04/1980 n. 2592).

Il richiamato indirizzo si basa su di una serie di considerazioni che, se pure non tutte suscettibili di puntuale censura, tuttavia, o perché inesatte o perché ininfluenti ai fini della soluzione del problema, non appaiono idonee e sufficienti a giustificare la conclusione cui è pervenuto.

Con l'iter argomentativo principale, si muove dalla premessa che le ipotesi di trascrizione, in quanto normativamente predeterminate, sono tassative; si rileva, poi, che le azioni intese a far valere le limitazioni legali al diritto di proprietà non si risolvono, neppure parzialmente, né in un'azione di revindica, né in una azione d'accertamento, così della proprietà come della sussistenza (confessoria servitutis) o della insussistenza (negatoria servitutis) di un diritto reale di godimento, id est non sono riconducibili ad alcuna delle ipotesi espressamente regolate dall'art. 2653 c.c., n. 1, in quanto, in particolare, i detti limiti non sono servitù né sono ad esse equiparabili, onde all'azione de qua non può essere riconosciuta natura di azione negatoria ex art. 949 c.c.; si conclude, quindi, con

l'osservare che, in definitiva, non essendo espressamente prevista nella norma in esame la trascrizione, oltre che delle domande singolarmente menzionatevi, anche delle diverse domande intese a far valere una violazione dei limiti legali della proprietà, queste sarebbero insuscettibili di trascrizione, giacché in nessun modo riconducibili alle ipotesi espressamente previste ed in ispecie all'azione negatoria.

È quest'ultima considerazione, in particolare, che non è esatta e che, pertanto, inficia di per sé la validità dell'intero ragionamento, sebbene anche la prima considerazione, nella sua assolutezza, non resti immune da censura, come meglio in seguito.

La domanda con la quale l'attore fa valere, in proprio favore, i limiti che, ex lege, vincolano le facoltà ricomprese nell'altrui diritto di proprietà denunziandone la violazione, non tende, infatti, ad uno sterile accertamento del regime vincolistico e della sua violazione, bensì - attraverso la contestazione del fatto posto in essere dal convenuto come illegittimamente impositivo sul fondo dell'attore d'un peso non consentito in ragione della sussistenza dei limiti legali e la conseguenziale richiesta di condanna all'eliminazione di quanto realizzato o d'inibitoria di quanto si vorrebbe realizzare in violazione degli stessi - tende a salvaguardare il diritto di proprietà dell'attore dalla costituzione d'una servitù avente ad oggetto una situazione di fatto realizzata in contrasto con altra tutelata dal limite violato e, quindi, lesiva del corrispondente diritto al mantenimento della detta situazione qua ante ed al suo ripristino, onde va qualificata come negatoria servitutis e rientra, pertanto, nella previsione dell'art. 2653 c.c., n. 1.

In altri termini, quando il proprietario di un immobile denuncia la violazione di un limite legale da parte del vicino, mira non già a far accertare il diritto di proprietà o l'esistenza della tutela vincolistica di essa ma a far valere l'inesistenza di iura in re a carico della detta proprietà suscettibili di dar luogo a una servitù che esoneri il convenuto dal rispetto di tale limite legale, cioè esercita una negatoria servitutis (cfr. già Cass. 07/07/1979 n. 3902).

In tale prospettiva, l'automaticità dei limiti legali e la loro reciprocità, con la possibilità da parte di qualsiasi terzo di conoscerli indipendentemente da uno specifico rapporto negoziale, è del tutto irrilevante, in quanto, come già sopra evidenziato, l'oggetto del giudizio non è l'astratta esistenza del limite legale che si assume violato, ma l'inesistenza di una servitù che tale mancato rispetto giustifichi.

D'altra parte, la generale conoscibilità dei limiti legali non può essere utilmente invocata in danno del terzo che abbia acquistato facendo affidamento, in buona fede, sulla conformità a diritto, in ispecie alle normative edilizie dettate dai regolamenti locali, della situazione di fatto ove la costituzione della stessa non sia stata inibita dalla competente P.A., preposta al controllo del territorio in materia urbanistica ed edilizia ed, a maggior ragione, ove da quest'ultima sia stata

consentita con il rilascio d'una concessione, attesa la presunzione di legittimità che assiste l'attività amministrativa, nel senso della conformità alla normativa generale e/o locale in riferimento alla materia ricompresa nell'attribuzione di funzioni dell'organo agente.

Per altro verso, la giurisprudenza tradizionale sostiene anche che, stante l'automaticità del limite legale e del suo sorgere e considerata anche la reciprocità delle limitazioni stesse, attinenti alle singole situazioni in cui reciprocamente si trovano le proprietà immobiliari, sarebbe completamente inutile fissare il momento della produzione degli effetti della domanda e del giudizio in corso nei confronti del successore a titolo particolare del convenuto, non risultando necessario fissare il rapporto tra l'acquisto da parte di quest'ultimo e la domanda giudiziale proposta dall'attore, in quanto in questo campo, in realtà, acquisto nel vero senso della parola del diritto contestato non c'è, dacché non si acquista il diritto a far valere il limite legale, come non si acquista il limite stesso, che discende dalla situazione dei fondi e dalla normativa in materia, onde appare sufficiente la disposizione dell'art. 111 c.p.c., u.c..

Al riguardo è stato rilevato, in contrario, come detta tesi si basi su di una funzione sostanziale della trascrizione delle domande previste dall'art. 2653 c.c., n. 1, mentre, secondo la stessa giurisprudenza di questa S.C., gli effetti delle trascrizioni ex art. 1653 c.c., n. 1, hanno natura meramente processuale, giacché, in difformità dal disposto generale dell'art. 111 c.p.c., comma 4, prima ipotesi, per il quale la successione a titolo particolare nel diritto controverso determina l'efficacia nei confronti dell'avente causa della sentenza emessa in favore o contro il suo dante causa, ed in attuazione della deroga espressamente prevista dallo stesso art. 111 c.p.c., comma 4, seconda ipotesi, la sentenza sulla domanda trascritta è efficace nei confronti del successore a titolo particolare solo ove questi abbia trascritto il proprio acquisto successivamente alla trascrizione della domanda e viceversa; ond'è che l'effetto d'utile opponibilità della sentenza che accolga la domanda anche nei confronti dell'avente causa dal convenuto, il quale abbia trascritto il proprio titolo d'acquisto, si verifica solo ove la trascrizione della domanda medesima sia stata non solo a sua volta trascritta ma anche trascritta antecedentemente alla trascrizione del contrapposto titolo del terzo acquirente.

Si argomenta ancora, nella sentenza 04/04/1978 n. 1523, non potersi sostenere, in favore di chi costruisce non rispettando le distanze legali, l'acquisto, con il decorso del tempo necessario ad usucapire, del diritto di servitù attiva a carico del fondo del vicino - con la conseguenza che l'azione promossa da quest'ultimo affinché sia rispettata la distanza legale debba essere considerata come diretta ad impedire la costituzione di tale servitù, id est, in definitiva, a negare l'esistenza di essa - dacché un atto processuale teso ad impedire la produzione di un effetto infierì non potrebbe essere identificato con un atto processuale diretto a negare un effetto da altri vantato come esistente;

riprendendo, poi, le mosse dalla differenza tra limiti legali e servitù, vi si ribadisce che, non affermandosi con l'azione per il rispetto dei limiti legali un proprio diritto reale sull'immobile altrui né negandosi un diritto reale altrui sull'immobile proprio, la domanda, in quanto non intesa all'accertamento positivo o negativo d'un diritto reale di godimento, non sarebbe equiparabile alla negatoria, considerato anche che la libertà del fondo dell'attore da vincoli correlati al fatto del convenuto non è materia né d'azione né d'eccezione, ma rappresenta il presupposto della domanda.

Ora, la prima delle riportate argomentazioni non tiene, evidentemente, conto del fatto, già sopra sottolineato, che l'azione diretta al rispetto di un limite legale della proprietà tende, in effetti, non alla semplice affermazione dell'esistenza d'un limite legale violato dal proprietario del fondo finitimo a quello dell'attore, bensì ad impedire, al pari dell'actio negatoria tipica, non solo l'acquisto, con il decorso del tempo necessario per usucapire, ma anche l'esercizio attuale d'una servitù di contenuto contrario al limite legale stesso.

L'allegazione, poi, della libertà del fondo dell'attore da vincoli correlati al fatto posto in essere dal convenuto in funzione dell'azionata contestazione della legittimità del fatto medesimo non rappresenta affatto un semplice presupposto della domanda, bensì l'oggetto stesso di essa, la cui causa petendi è la violazione d'una situazione preesistente tutelata dalla normativa vincolistica ed il cui petitum immediato è la pronuncia richiesta, id est l'ordine di restituzione in pristino o l'inibitoria, mentre il petitum mediato, che costituisce l'oggetto essenziale della domanda, è, appunto, la salvaguardia del diritto di proprietà dell'attore dalla costituzione d'una servitù in favore del convenuto e ciò per mezzo d'un'azione che ha, evidentemente, tutte le caratteristiche dell'actio negatoria.

Ed è precisamente la sussumibilità dell'azione de qua nel paradigma dell'actio negatoria ad inficiare l'idoneità persuasiva della seconda delle riportate argomentazioni, con la quale, a ben vedere, non s'intende negare la trascrivibilità ex art. 2653 c.c., n. 1, della stessa actio negatoria - che viene, anzi, implicitamente affermata, così come risulta essere già data per acquisita da numerose decisioni in materia (Cass. 28/06/1960 n. 1693, 22/07/1963 n. 2033, 06/04/1966 n. 918, 11/10/1977 n. 4327, 04/04/1978 n. 1523 riprese da Cass. 10/01/1994 n. 213), compresa quella (Cass. 05/05/1960 n. 1029 in motivazione) precedentemente esaminata, e che non sembra più allo stato revocabile in dubbio - ma l'estensibilità della norma anche all'ipotesi in esame in quanto nella stessa non espressamente prevista.

Tesi non condivisibile (e non condivisa da un'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale: e pluribus, Cass. 01/03/2001 n. 2998, 26/01/2000 n. 867, 26/01/2000 n. 864, 14/06/1999 n. 5850, 18/12/1997 n. 12810, 14/12/1992 n. 13186, 27/05/1987 n. 4737, 06/05/1987 n. 4196), ove si ponga mente che, per quanto sopra evidenziato, all'azione intesa ad ottenere il rispetto dei limiti legali va

riconosciuta natura di actio negatoria e che, sebbene anche questa non sia espressamente prevista dalla norma, nella quale è fatto riferimento al solo accertamento positivo, id est all'actio confessoria, non di meno, come pure si è evidenziato, non risulta essere più in discussione che anche ad essa debba trovare applicazione la disciplina dell'art. 2653 c.c., n. 1.

Sebbene, infatti, non possa porsi in contestazione l'esigenza di rispettare il dettato dell'art. 12 preleggi, che, nell'imporre una gradualità d'utilizzazione degli strumenti ermeneutici, pone al primo posto quello letterale, integrato da quello razionale riferito alla singola norma, va, tuttavia, anche considerato che la stessa disposizione consente, nell'ipotesi di lacuna, il ricorso ai criteri della similitudine e dell'analogia, ai quali segue quello sistematico, per il quale l'interpretazione della singola disposizione va effettuata in relazione al complesso delle disposizioni in materia, poiché incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere (Celso: D. 1, 3, 24).

Ora, la ratio della normativa nella materia che ne occupa va ravvisata nell'interesse del terzo avente causa a titolo particolare ad esser posto in grado, prima dell'acquisto del diritto di proprietà o d'un diritto reale di godimento su di un immobile, d'aver cognizione della contestazione sub iudice del diritto del proprio dante causa, ciò non meno che nell'interesse dell'attore che quel diritto abbia contestato in sede giudiziaria ad esser posto in grado d'opporre anche al terzo avente causa, resosi acquirente nelle more del giudizio, l'esito a lui favorevole della controversia promossa nei confronti del dante causa.

Ed è in funzione di tale finalità che il legislatore, nel formulare la disposizione dell'art. 111 c.p.c., comma 4, per la quale la sentenza pronunciata contro l'alienante spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare, ha fatto salve le norme sulla trascrizione, introducendo una deroga al principio generale che, in quanto tale, deve considerarsi tassativa, id est limitata ai soli casi espressamente disciplinati dalla normativa sulla trascrizione, ed ostativa, quindi, ad interpretazioni intese ad ampliare l'ambito d'applicazione della normativa stessa per il principio inclusio unius exclusio alterius; non di meno, non ne resta esclusa l'interpretazione estensiva, o logica per similitudine, secondo il principio ubi eadem ratio ibi eadem dispositio, laddove il caso previsto e quello non previsto presentino caratteri comuni e questi siano specificamente quelli che hanno determinato la disciplina del caso previsto.

Nella specie, l'espressa previsione, nell'art. 2653 c.c., n. 1, della deroga in ordine alla confessoria servitutis comporta l'applicazione della medesima deroga in favore anche della negatoria servitutis e delle azioni a questa equiparabili, come l'azione intesa a far valere i limiti legali, e ciò per l'evidente identità degli elementi giuridicamente rilevanti nell'un caso come negli altri.

Entrambe le azioni de quibus vanno, infatti, ricomprese tra le domande d'accertamento della proprietà, anch'esse espressamente menzionate nell'art. 2653 c.c., n. 1, dacché, sebbene il risultato cui tendono sia l'accertamento negativo dell'esistenza di diritti reali di godimento sulla cosa di proprietà dell'attore, mentre la norma risulta testualmente riferirsi alle sole domande d'accertamento positivo, trattasi, tuttavia, di due aspetti della medesima situazione, in quanto, come evidenziato da autorevole dottrina, anche l'accertamento dell'inesistenza di diritti reali altrui si risolve necessariamente in un accertamento della pienezza del diritto di proprietà.

In considerazione delle ragioni sin ora esposte, si deve, dunque, concludere che le domande intese a far valere le violazioni ai limiti legali della proprietà non solo sono suscettibili di trascrizione ex art. 2653 c.c., n. 1, ma, anzi, devono essere trascritte perché l'attore possa utilmente opporre la sentenza favorevole ottenuta nei confronti del convenuto anche al terzo acquirente dal convenuto stesso con atto trascritto successivamente alla trascrizione della domanda; sebbene possa sembrare superfluo, va, comunque, precisato che la raggiunta conclusione non trova campo ove con la domanda sia stato chiesto non la riduzione in pristino ma esclusivamente il risarcimento del danno, id est sia stata sperimentata non un'azione reale ma un'azione personale.

Per altro verso, come correttamente ritenuto da Cass. 23/12/1994 n. 11124 ma già Cass. 28/06/1960 n. 1693, sulla scorta, d'altronde, della prevalente dottrina, la trascrivibilità della domanda intesa a far valere una violazione dei limiti legali della proprietà può essere ricondotta anche alla previsione dell'art. 2653 c.c., n. 5, per il quale devono essere trascritti gli atti e le domande intesi ad interrompere il corso dell'usucapione di beni immobili, specificando che l'effetto, riguardo agli acquirenti i quali abbiano trascritto l'atto d'acquisto, non si verifica se non dalla data di trascrizione dell'atto o della domanda.

Al riguardo, l'indirizzo giurisprudenziale tradizionale aveva escluso l'estensibilità della norma, non solo all'ipotesi che ne occupa, id est alla domanda intesa a far valere i limiti legali considerata come atto interruttivo dell'usucapione del diritto del convenuto a mantenere una situazione realizzata in loro violazione a carico della proprietà dell'attore, ma agli stessi atti interruttivi dell'usucapione dei diritti reali di godimento in genere, affermando che la trascrizione prevista e disciplinata con la disposizione in esame atterrebbe agli atti interruttivi dell'usucapione limitatamente al solo diritto di proprietà sui beni immobili; ciò sulla considerazione che non sarebbe stata desumibile dall'art. 813 c.c., un'assoluta identità di normativa tra proprietà e diritti reali di godimento, dacché il legislatore, laddove aveva inteso stabilire un identico trattamento per gli acquirenti della proprietà di un immobile e per coloro che su di esso avessero acquistato soltanto diritti reali di godimento, lo aveva detto espressamente, come nell'art. 1158 c.c., comma 2 (Cass. 31/01/1969 n. 290; 04/04/1978 n. 1523; 22/04/1980 n. 2592).

In senso contrario si può, tuttavia, fondatamente osservare, in adesione alle richiamate sentenza e prevalente dottrina, come la riportata opinione non solo non adduca alcun argomento a giustificazione della ritenuta disparità di disciplina della trascrizione degli atti interruttivi a seconda che si riferiscano all'usucapione della proprietà piuttosto che ai diritti reali di godimento, ma neppure trovi conforto nello stesso tenore letterale della norma, il cui testo, se nella prima parte può indurre a ravvisare un richiamo alla sola usucapione della proprietà, nella seconda parte, per il suo intrinseco carattere integrativo della precedente e per la genericità nell'indicazione del genus dei diritti reali immobiliari, confermata dal significativo uso del plurale, non può rapportarsi se non all'usucapione anche dei diritti reali limitati; diversamente argomentando, tra l'altro, si dovrebbe concludere con il ravvisare un insanabile contrasto tra le due parti della norma.

D'altra parte, a fronte al principio generale posto dall'art. 813 c.c. - secondo il quale le disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche ai diritti reali che hanno per oggetto beni immobili e alle relative azioni "salvo che dalla legge risulti diversamente" - l'esclusione a determinati fini dell'equiparazione in tali termini operata dalla disposizione generale richiederebbe un'espressa previsione che, per contro, non si rinviene nella norma speciale in esame; in vero, il criterio sistematico vuole che, data una regola, le specificazioni diverse costituiscano eccezione e non assurgano esse stesse a regola, onde sono le norme che distinguono a certi effetti la proprietà dai diritti reali a costituire l'eccezione alla regola posta dall'art. 813 c.c. e non viceversa, quindi, laddove specifica menzione della distinzione non vi sia, è la regola generale dell' equiparazione nella disciplina sostanziale e processuale tra diritto di proprietà ed altri diritti reali, posta dall'art. 813 c.c., a trovare applicazione.

Ne consegue anche che, posta la richiamata regola generale, l'espressa menzione, in alcune disposizioni, dei diritti reali limitati congiuntamente al diritto di proprietà (art. 1158 c.c., comma 2; art. 2653 c.c., n. 1) debba essere considerata come affermazione rafforzativa di tale principio e non come argomento per desumerne l'inapplicabilità nelle ipotesi in cui analoga espressa menzione manchi.

In conclusione, può affermarsi che le domande intese ad ottenere il rispetto dei limiti legali della proprietà, in quanto dirette ad interrompere l'usucapione d'un diritto di contenuto contrario ai limiti violati, può essere trascritta ai sensi dell'art. 2653 c.c., n. 5.

A valere, in fine, per entrambe le ipotesi esaminate (art. 2653 c.c., nn. 3 e 5), la considerazione per cui la materia della trascrizione delle domande giudiziali - che già come disciplinata con il R.D. 16 marzo 1942, n. 262, era intesa, per comune opinione di giurisprudenza e dottrina, quale forma di pubblicità nell'interesse dei terzi - non può ad oggi non essere interpretata anche alla luce degli "inderogabili doveri di solidarietà" per i quali, riconosciuti dall'art. 2 Cost., tra i principi regolatori

fondamentali delle relazioni sociali, si pone a carico di ciascuna delle parti di qualsivoglia rapporto un dovere d'autoresponsabilità, indipendente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da espresse previsioni normative, imponendole d'agire in guisa da preservare gli interessi dell'altra ed, a maggior ragione, d'astenersi dall'ostacolarne senza giustificato motivo l'esercizio dei diritti.

Per il che, l'esigenza di contemperare gli opposti interessi dell'attore e dell'avente causa dal convenuto non può, comunque, prescindere dalla pari esigenza d'interpretare l'esaminata normativa nel senso di ritenere doverosa e, quindi, non solo consentita ma necessaria, la trascrizione della domanda intesa a far valere, con pretesa d'inibitoria e riduzione in pristino, una violazione dei limiti legali della proprietà, ciò al fine di preservare il terzo avente causa dal convenuto dal rischio d'acquistare inconsapevolmente un diritto suscettibile di menomazione nell'ipotesi d'accoglimento della domanda stessa.

In vero, se è principio pacifico che una determinata interpretazione debba essere pretermessa ove possa suscitare dubbi di costituzionalità della norma, deve ritenersi che l'esigenza di tutela del diritto del proprietario leso dalla violazione dei limiti legali senza onere alcuno di trascrizione della domanda non possa essere legittimamente riconosciuta in quanto implica una lesione ingiustificata dell'analoga esigenza di tutela del diritto dell'aspirante avente causa dal convenuto d'essere reso edotto circa la pendenza d'un giudizio al cui esito potrebbe risultare menomata, od anche totalmente elisa, l'ampiezza del diritto che è in procinto d'acquistare dal convenuto medesimo.

Rapportate le sopra svolte considerazioni al caso concreto sottoposto al vaglio di queste SS.UU., deve, dunque, concludere che, non essendo stata trascritta la domanda proposta dal Picardi nei confronti dello Iorio, la sentenza resa, con la quale è stata accolta la domanda dell'attore e condannato il convenuto alla parziale demolizione delle opere realizzate in violazione delle distanze legali, non è opponibile agli aventi causa dal convenuto stesso.

Ne consegue la cassazione dell'impugnata sentenza senza rinvio, limitatamente alla questione trattata che, ex art. 384 c.p.c., comma 1, seconda ipotesi, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, viene decisa nel merito nei termini di cui sopra.

Sussistono evidenti giusti motivi per compensare tra le odierne parti le spese d'entrambe le fasi del giudizio.

#### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, assorbiti gli altri, cassa senza rinvio in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, dichiara inopponibile ai ricorrenti la sentenza resa tra il Picardi e lo Iorio compensando tra le parti odierne le spese d'entrambe le fasi del giudizio.

**Cass. civ., sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21658**

*La costituzione del fondo patrimoniale è opponibile ai terzi solo in quanto sia stata annotata a margine dell'atto di matrimonio, restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti del vincolo di indisponibilità.*

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

I coniugi F.G. e S.R. convenivano in giudizio la BCI (Banca Commerciale Italiana) per ottenere l'accertamento dell'inefficacia delle iscrizioni ipotecarie accese dall'istituto di credito sui beni costituiti da essi coniugi in fondo patrimoniale con atto del 20/4/1990.

La BCI, costituitasi, chiedeva il rigetto della domanda deducendo che la costituzione del fondo patrimoniale era inopponibile ad essa banca essendo stata annotata a margine dell'atto di matrimonio, ex art. 162 c.c., in data successiva all'iscrizione ipotecaria.

Gli attori chiedevano ed ottenevano di chiamare in causa il Comune di Nocera Superiore in quanto responsabile della mancata annotazione pur avendo il notaio rogante notificato l'atto costitutivo del fondo in data 4/5/1990.

Il Comune si costituiva chiedendo il rigetto della domanda proposta nei suoi confronti.

Con sentenza 486/00 l'adito tribunale di Nocera Inferiore rigettava la domanda nei confronti della BCI poiché l'atto costitutivo del fondo patrimoniale non era stato annotato a margine dell'atto di matrimonio come prescritto dall'art. 162 c.c. ed essendo irrilevante la conoscenza dello stesso altrimenti (per effetto delle trascrizioni) conseguita dal terzo. Il tribunale dichiarava poi inammissibile la chiamata in causa del Comune in quanto non richiesta alla prima udienza.

Avverso la detta decisione i coniugi F.- S. proponevano appello al quale resistevano la BCI ed il Comune di Nocera Superiore.

Con sentenza 12/3/2003 la corte di appello di Salerno rigettava il gravame osservando per quel che ancora rileva in questa sede: che, con atto notarile del 20/4/1990, S.R., con l'assenso del marito, aveva costituito in fondo patrimoniale ex art. 162 c.c., per far fronte ai bisogni della famiglia, alcuni beni immobili mantenendone la proprietà; che l'atto, trascritto presso la Conservatoria dei RR.II. di Salerno in data 26/4/1990, era stato notificato dal notaio rogante all'ufficio dello stato civile di Nocera Superiore in data 4/5/1990 ed era stato poi annotato a margine dell'atto di matrimonio in data (OMISSIS); che, emessi due decreti ingiuntivi a carico dei coniugi F.- S. e a favore della BCI, quest'ultima aveva iscritto ipoteca giudiziale anche sui beni costituiti in fondo patrimoniale; che gli appellanti avevano reiterato la domanda di

inefficacia dell'iscrizione ipotecaria sui beni della S. costituenti il fondo patrimoniale sostenendo la prevalenza della trascrizione dell'atto di costituzione pur se non annotato a margine dell'atto di matrimonio; che il gravame era infondato alla stregua di un consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità e di merito, con il conforto anche della Corte Costituzionale; che tutti i rilievi al riguardo svolti dagli appellanti trovavano puntuale risposta nel detto orientamento giurisprudenziale; che la stipulazione del fondo patrimoniale, essendo una tipica convenzione matrimoniale, doveva essere annotata ex art. 162 c.c., ad istanza del notaio rogante, a margine dell'atto di matrimonio dei coniugi in favore dei quali il fondo era stato costituito; che detta convenzione era soggetta al terzo comma del citato articolo che condizionava l'opponibilità ai terzi alla annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio;

che la trascrizione, pure prevista dall'art. 2647 c.c., per effetto dell'abrogazione dell'u.c. di tale art., doveva intendersi degradata a mera pubblicità notizia del vincolo inidonea ad assicurare la detta opponibilità derivante solo dall'annotazione a margine dell'atto di matrimonio; che pertanto, avendo la BCI iscritto ipoteca sui beni immobili della S. quando non era stata ancora annotata a margine dell'atto di matrimonio la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale, il vincolo di destinazione non era opponibile alla creditrice pur essendo stata trascritta la convenzione nei RR.II. di Salerno; che la domanda di risarcimento non poteva trovare accoglimento alla luce dei principi di correttezza e buona fede in quanto, non essendo la costituzione del fondo patrimoniale opponibile per legge al creditore, l'iscrizione ipotecaria non poteva costituire comportamento valutabile alla stregua dei detti principi; che non potevano essere accolti i motivi di gravame relativi alla pretesa responsabilità del Comune per la tardiva annotazione della convenzione a margine dell'atto di matrimonio agendo il Sindaco, nell'esercizio della funzione di tenuta dei registri dello stato civile, quale organo dello Stato con conseguente legittimazione passiva di questo nella controversia in esame.

La cassazione della sentenza della corte di appello di Salerno è stata chiesta dai coniugi F.- S. con ricorso affidato a quattro motivi.

Con il primo motivo di ricorso i citati coniugi denunciano violazione degli artt. 167 e 162 c.c., nonché vizi di motivazione, deducendo che la costituzione di fondo patrimoniale in questione riguarda solo immobili di proprietà esclusiva di essa S.R. e che essi coniugi avevano già in precedenza optato per il regime patrimoniale di separazione dei beni. Pertanto - a prescindere dalle impostazioni teoriche che escludono dal novero delle convenzioni matrimoniali il negozio costitutivo del fondo patrimoniale - difetta nella specie la natura di "convenzione matrimoniale" trattandosi di atto unilaterale di uno solo dei coniugi relativo a beni di sua esclusiva proprietà.

Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano violazione degli artt. 2647, 2685, 1175 e 1375 c.c., nonché del rapporto tra i primi due articoli con gli artt. 162 e 167 c.c., sostenendo che è errata la ricostruzione operata dalla corte di appello in ordine ai rapporti intercorrenti tra la trascrizione nei registri immobiliari e l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio ai fini dell'opponibilità ai terzi dell'atto di costituzione di beni immobili in fondo patrimoniale. Ad avviso dei coniugi F.- S. "le due forme di pubblicità conservano una natura complementare avendo un diverso campo di applicazione: l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio ha ad oggetto il regime patrimoniale diverso da quello della comunione legale oppure la modifica del regime scelto al matrimonio .....; la trascrizione di cui all'art. 2647 c.c. è invece necessaria al fine di rendere opponibile ai terzi l'atto costitutivo del fondo patrimoniale avente ad oggetto beni immobili". L'annotazione di cui all'art. 162 c.c. ha quindi la finalità di rendere conoscibili l'esistenza ed il contenuto del fondo patrimoniale, mentre la trascrizione di cui all'art. 2647 c.c. assolve la funzione dichiarativa generale svolta da detto istituto. Inoltre, pur qualificando la pubblicità della iscrizione come mera "pubblicità notizia", ha errato la corte di appello nel non censurare il comportamento della banca che - conoscendo la finalizzazione del patrimonio alla realizzazione degli interessi della famiglia evincibile dalla trascrizione dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale - in violazione dei principi di buona fede e correttezza, oltre che di normale prudenza, ha fatto gravare sui beni immobili iscrizione ipotecaria rendendo in tal modo gli stessi inutilizzabili per i bisogni della famiglia. La banca era a conoscenza non solo del vincolo di destinazione sui beni, ma anche della origine del credito azionato non generato per gli interessi della famiglia.

Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano violazione dell'art. 170 c.c. e vizi di motivazione rilevando che il credito posto a base dei decreti ingiuntivi e della iscrizione ipotecaria è successivo alla costituzione del fondo patrimoniale e riguarda rapporti tra la banca e società (garantita da obbligazione fideiussoria assunta da essi coniugi) instaurati per scopi estranei ai bisogni della famiglia, con conseguente impossibilità di agire su beni immobili vincolati ai detti bisogni.

Con il quarto motivo i ricorrenti denunciano violazione del R.D. 9 luglio 1939, n. 1238, art. 1, anche in relazione all'art. 2043 c.c., lamentando l'errore commesso dalla corte di appello nell'aver escluso la legittimazione passiva del Sindaco. Deducono i ricorrenti che nella specie è evidente il cattivo funzionamento dell'intera struttura organizzativa del Comune di Nocera Superiore i cui uffici avevano impiegato circa sei anni ad annotare a margine dell'atto di matrimonio l'atto di costituzione del fondo patrimoniale in questione. Pertanto il Sindaco, pur agendo in veste di ufficiale di Governo quale organo dello Stato, anche nel servizio dello stato

civile è titolare di una competenza funzionale propria con obbligo di organizzare i servizi nella maniera più efficiente e in modo tale da non arrecare danni a terzi.

La s.p.a. Intesa Gestione Crediti (subentrata a seguito di fusione in tutti i rapporti giuridici della Banca Commerciale Italiana) e il Comune di Nocera Superiore hanno resistito con separati controricorsi.

La seconda sezione civile di questa Corte, con ordinanza 27/10/2008 n. 25857, rilevato che i primi due motivi di ricorso investivano una questione di particolare importanza, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle sezioni unite in base alle considerazioni svolte in detta ordinanza.

Il Primo Presidente ha quindi disposto l'assegnazione del ricorso alle sezioni unite.

I ricorrenti hanno depositato memoria.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

L'ordinanza a seguito della quale la causa è stata assegnata a queste sezioni unite pone la questione se la costituzione del fondo patrimoniale sia o meno una convenzione matrimoniale. L'ordinanza, pur prendendo atto dell'assenza di un contrasto all'interno dell'orientamento giurisprudenziale di questa Corte secondo cui la costituzione del fondo patrimoniale è una convenzione matrimoniale, invita ad una rimediazione del problema. Osserva l'ordinanza che l'atto con il quale viene costituito il patrimonio familiare non è una convenzione matrimoniale come si rileva dalla constatazione che lo stesso è disciplinato autonomamente nel capo 6<sup>o</sup> Libro 1<sup>o</sup> del c.c. e menzionato nell'art. 2647 c.c., comma 1. Rileva inoltre l'ordinanza che la stessa natura dell'atto in questione "parrebbe escludere la riconducibilità dello stesso alle convenzioni matrimoniali".

Prosegue l'ordinanza che per aderire all'interpretazione fatta propria dalla corte di appello nella sentenza impugnata si dovrebbe accedere "ad una interpretazione estensiva dell'art. 162 c.c. al fine di ricomprendervi qualsiasi negozio che ponga beni appartenenti a persone coniugate in una condizione giuridica diversa da quella propria del regime patrimoniale legale, con conseguente funzione di pubblicità notizia della trascrizione, in quanto il considerare convenzione matrimoniale un atto unilaterale, in ipotesi posto in essere da un terzo, comporterebbe una interpretazione analogica (vietata) e non semplicemente estensiva dell'art. 162 c.c., comma 4".

Afferma invece l'ordinanza che l'opponibilità ai terzi dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale, "avente natura dichiarativa", non può che discendere dalla trascrizione ex art. 2647 c.c. e non dall'annotazione a margine dell'atto di matrimonio ex quarto comma art. 162 c.c.. Diversamente, precisa l'ordinanza, non potrebbe non essere rilevata l'incongruità di un sistema

pubblicitario nel quale al terzo acquirente, pur a conoscenza del vincolo gravante sul bene in virtù del controllo nei registri immobiliari, tale vincolo non sarebbe opponibile in quanto non annotato a margine dell'atto di matrimonio.

Devono quindi essere esaminate le seguenti questioni: 1) se l'atto di costituzione del fondo patrimoniale di cui all'art. 167 c.c. sia o meno una convenzione matrimoniale ai fini dell'applicabilità della disposizione dell'art. 162 c.c., comma 4; 2) se, data risposta positiva al quesito che precede, l'opponibilità ai terzi dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale - avente ad oggetto beni immobili - sia subordinata all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio a prescindere dalla trascrizione del medesimo atto imposta dall'art. 2647 c.c..

Ai detti quesiti la corte di merito ha dato risposta positiva con sentenza che queste sezioni unite devono confermare confermando in tal modo i principi recentemente affermati da questa Corte con la sentenza 25/3/2009 n. 7210 pronunciata dopo la pubblicazione della citata ordinanza della seconda sezione civile (richiamata ed esaminata nella detta sentenza) e con la quale è stato deciso un ricorso promosso dai coniugi F.- S. sulla base degli stessi quattro motivi prospettati con il ricorso in esame relativo ad una analoga fattispecie.

Per quel che riguarda il primo motivo di ricorso va innanzitutto rilevata l'inammissibilità - puntualmente eccepita dalla società resistente - della censura con la quale i menzionati coniugi prospettano per la prima volta in questa sede di legittimità la tesi secondo cui nella specie sarebbe da escludere la sussistenza di una "convenzione matrimoniale" in quanto "nell'atto costitutivo del fondo la presenza dell'altro coniuge sig. F.G. è richiesta per la sola accettazione". Deducono in proposito i ricorrenti che il fondo patrimoniale in questione è stato costituito "con atto unilaterale di uno solo dei coniugi e con beni che rientravano nella sua proprietà esclusiva sicché alla costituzione per atto unilaterale non possono applicarsi sic et simpliciter le norme speciali della pubblicità".

Al riguardo è appena il caso di osservare che la detta censura si basa su una questione - costituzione del fondo patrimoniale in esame da parte di uno solo e di entrambi i coniugi - non prospettata nei giudizi di merito. Della detta questione non si fa infatti alcun cenno nella sentenza impugnata nella quale, anzi, nella esposizione in fatto si dà atto che i coniugi F.- S. nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado avevano dedotto di aver costituito, con atto del 20/4/1990, un fondo patrimoniale e, nella parte motiva, si premette che con il detto atto S.R. "con l'assenso del marito" aveva costituito il fondo patrimoniale. Sul punto va ribadito il principio pacifico nella giurisprudenza di legittimità secondo cui nel giudizio di cassazione, a parte le questioni rilevabili di ufficio (sulle quali non si sia formato il giudicato), non è consentita la proposizione di doglianze che, modificando la precedente impostazione

difensiva, pongano a fondamento delle domande e delle eccezioni titoli diversi da quelli fatti valere nel pregresso giudizio di merito e prospettino comunque questioni fondate su elementi di fatto nuovi e difformi da quelli ivi proposti. I motivi del ricorso per cassazione devono infatti investire, a pena di inammissibilità, statuizioni e problematiche che abbiano formato oggetto del giudizio di appello per cui non possono essere prospettate questioni nuove o nuovi temi di indagine involgenti accertamenti non compiuti perché non richiesti in sede di merito.

Pertanto ove il ricorrente in sede di legittimità proponga una questione non trattata nella sentenza impugnata, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere (nella specie non rispettato) non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione avanti al giudice del merito, ma anche di indicare in quale atto del precedente giudizio lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di cassazione di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione, prima di esaminarne il merito.

Nella specie tale onere non è stato rispettato: nel ricorso non si afferma che essi coniugi nei giudizi di merito avevano sostenuto l'impossibilità di ravvisare nella specie una "convenzione matrimoniale" per essere stato costituito il fondo patrimoniale con atto unilaterale della sola S..

La riportata tesi esposta dai ricorrenti con la parte non è quindi deducibile in questa sede di legittimità perché introduce per la prima volta un autonomo e diverso sistema difensivo che postula indagini e valutazioni non compiute dal giudice di appello perché non richieste.

Va peraltro aggiunto che nessuna specifica censura risulta essere stata mossa dai ricorrenti con il motivo in esame alla parte della sentenza impugnata con la quale la corte di appello - confermando la decisione del tribunale che aveva rigettato la domanda dei coniugi F.- S. "perché l'atto costitutivo del fondo patrimoniale non risultava annotato a margine dell'atto di matrimonio come prescritto dall'art. 162 c.c." (pagina 3 sentenza impugnata) - ha espressamente affermato che "la stipulazione del fondo patrimoniale" è ai sensi dell'art. 167 c.c. "una tipica convenzione matrimoniale" (pagina 11 citata sentenza). La detta parte della sentenza non ha formato oggetto di specifica critica da parte dei ricorrenti con il motivo in esame per cui deve ritenersi avente efficacia di giudicato la riportata affermazione della corte di merito secondo cui il negozio costitutivo del fondo patrimoniale è una convenzione matrimoniale, così come ripetutamente e costantemente affermato nella giurisprudenza di legittimità e - implicitamente - dalla Corte Costituzionale nella sentenza 6/4/1995 n. 111 e le cui conclusioni (come segnalato nell'ordinanza di rimessione) non sono state condivise "dalla stragrande maggioranza della dottrina" che ne ha evidenziato e lamentato "le incongruenze".

Non meritevole di accoglimento è anche il secondo motivo di ricorso con il quale i coniugi F.-S. hanno sollevato numerose ed articolate censure tutte analiticamente e dettagliatamente esaminate - e risolte in senso sfavorevole alle tesi dei ricorrenti - da questa Corte con la sopra citata sentenza 7210/2009 con motivazione che queste Sezioni Unite condividono e fanno propria per cui verrà di seguito sinteticamente riportata anche perché conforme ai principi in materia numerose volte affermati nella giurisprudenza di legittimità (sentenze 8/10/2008 n. 24798; 30/9/1998 n. 24332; 16/11/2007 n. 23745; 5/4/2007 n. 8610; 15/3/2006 n. 5684; 19/11/1999 n. 12864; 1/10/1999 n. 10859; 27/11/1987 n. 8824).

La costituzione del fondo patrimoniale di cui all'art. 167 c.c. - compresa tra le convenzioni matrimoniali secondo quanto ritenuto dalla corte di merito con affermazione che non può più essere posta in discussione - è soggetta alle disposizioni dell'art. 162 c.c. circa le forme delle convenzioni medesime, ivi incluso il terzo comma "che ne condiziona l'opponibilità ai terzi all'annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione del vincolo per gli immobili, ai sensi dell'art. 2647 c.c., resta degradata a mera pubblicità-notizia" (inidonea ad assicurare detta opponibilità) e non sopperisce al difetto di annotazione nei registri dello stato civile, che non ammette deroghe o equipollenti, restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti della costituzione del fondo. Ne consegue che, in mancanza di annotazione del fondo patrimoniale a margine dell'atto di matrimonio, il fondo medesimo non è opponibile ai creditori che - come appunto nella specie - abbiano iscritto ipoteca sui beni del fondo essendo irrilevante la trascrizione del fondo nei registri della conservatoria dei beni immobili.

Alle dette conclusioni si perviene essenzialmente sulla base delle seguenti considerazioni.

L'abrogazione ad opera della L. n. 151 del 1975, art. 206, comma 4 del precedente dell'art. 2647 c.c., comma 4 - che considerava la trascrizione del vincolo familiare requisito di opponibilità ai terzi - rende evidente l'intento del legislatore di degradare la trascrizione del fondo a pubblicità notizia e di riservare l'opponibilità del vincolo ai terzi all'annotazione di cui all'art. 162 c.c., u.c.. L'annotazione a margine dell'atto di matrimonio della data del contratto, del notaio rogante e delle generalità dei contraenti che hanno partecipato alla costituzione del fondo patrimoniale mira a tutelare, ancor più che per il passato, i terzi che pongono in essere rapporti giuridici con i coniugi.

La detta funzione attribuita dalla annotazione ex art. 162 c.c. - consentire al terzo di ottenere una completa conoscenza circa la condizione giuridica dei beni cui il vincolo del fondo si riferisce attraverso la lettura del relativo contratto - e l'eliminazione dell'art. 2647 c.c., u.c. consentono di affermare che la detta annotazione costituisce l'unica formalità pubblicitaria

rilevante agli effetti della opponibilità della convenzione ai terzi e che la trascrizione del vincolo ex art. 2647 c.c. è stata degradata al rango di pubblicità-notizia. Il fondo patrimoniale risulta quindi sottoposto ad una doppia forma di pubblicità: annotazione nei registri dello stato civile (funzione dichiarativa); trascrizione (funzione di pubblicità notizia). Infatti quando la legge non ricollega alla trascrizione un particolare effetto ben determinato, si è in presenza di una pubblicità notizia. Il legislatore tutte le volte in cui ha voluto attribuire alla pubblicità determinati effetti lo ha detto esplicitamente, mentre laddove non ha detto nulla deve ritenersi trattarsi di pubblicità notizia.

Sono peraltro numerose le disposizioni analoghe all'art. 2647 c.c. nell'attuale formulazione e mai si è dubitate che esse - non ricollegando all'omissione della trascrizione alcuna sanzione specifica - configurino casi di pubblicità-notizia. Vanno ricordate le norme dettate dalla L. 1 giugno 1939, n. 1089, art. 2, comma 2 e art. 3, comma 2, che riguardano il vincolo di indisponibilità sui beni di interesse culturale; dalla L. 28 gennaio 1977, n. 10, art. 7, comma 5, a proposito dei vincoli sull'edilizia abitativa convenzionata; nonché dalla L. Fall., art. 88, comma 2, a proposito della presa in consegna dei beni del fallito da parte del curatore, art. 166, comma 2 e art. 191, comma 2 della stessa legge.

In definitiva, in base al descritto quadro normativo, il terzo interessato deve non solo consultare i registri immobiliari al fine di verificare la situazione relativa ad un determinato bene immobile, ma anche verificare se il titolare è coniugato e, in caso positivo, controllare se a margine dell'atto di matrimonio sia stata annotata una convenzione derogatoria.

A conferma di quanto precede va segnalata la sentenza 6 aprile 1995 n. 111 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata, in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 162 c.c., u.c., artt. 2647 e 2915 c.c., nella parte in cui non prevedono che, per i fondi patrimoniali costituiti sui beni immobili a mezzo di convenzione matrimoniale, l'opponibilità ai terzi sia determinata unicamente dalla trascrizione dell'atto sui registri immobiliari, anziché pure dalla annotazione a margine dell'atto di matrimonio. Ha osservato il giudice delle leggi che la necessità di effettuare ricerche sia presso i registri immobiliari, sia presso i registri dello stato civile (questi ultimi meno accessibili e sia pur meno affidabili) costituisce un onere che, sebbene fastidioso, non può dirsi eccessivamente gravoso, non soltanto rispetto al principio di tutela in giudizio, ma anche rispetto all'art. 29 Cost., che semmai tutela gli aspetti etico-sociali della famiglia e non è quindi, utilmente invocabile come parametro del contrasto, ed all'art. 3 Cost., in quanto una duplice forma di pubblicità (cumulativa, ma a fini ed effetti diversi) per la costituzione dei fondi in parola trova giustificazione nel generale rigore necessario alle deroghe al regime legale e nell'esigenza di

contemperare gli interessi contrapposti della conservazione del patrimonio per i figli fino alla maggiore età dell'ultimo di essi e dell'impedimento di un uso distorto dell'istituto a danno delle garanzie dei creditori.

Consegue da quanto precede che - al contrario di quanto sostenuto dai ricorrenti con il secondo motivo e conformemente a quanto affermato dalla corte di appello nella sentenza impugnata - l'annotazione di cui all'art. 162 c.c., comma 4 (norma speciale) è l'unica forma di pubblicità idonea ad assicurare l'opponibilità della convenzione matrimoniale ai terzi, mentre la trascrizione di cui all'art. 2647 c.c. (norma generale) ha funzione di mera pubblicità-notizia.

L'opponibilità ai terzi dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale (avente ad oggetto beni immobili) è quindi subordinata all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio a prescindere dalla trascrizione del medesimo atto imposta dall'art. 2647 c.c..

Va infine rilevata l'insussistenza della asserita violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. denunciata dai coniugi F.- S. nell'ultima parte del motivo di ricorso in esame con riferimento al comportamento della BCI asseritamene contrario ai principi di correttezza e buona fede.

In via preliminare va segnalato che nella sentenza impugnata non si fa alcuna menzione della acquisita prova della conoscenza da parte dell'istituto bancario della costituzione del fondo patrimoniale sui beni ipotecati.

Peraltro, anche a voler dare per scontata la detta conoscenza da parte della BCI, il comportamento di quest'ultima non si porrebbe in contrasto con i menzionati principi di correttezza e buona fede rientrando nella sua libertà e discrezionalità la scelta dello strumento riconosciuto dall'ordinamento con il quale tutelare le garanzie del proprio credito.

Non va sottaciuto inoltre che alle regole di correttezza e buona fede devono ispirarsi entrambe le parti di un rapporto obbligatorio per cui se una di esse sia inadempiente e persista nel suo inadempimento, l'altra ben e legittimamente può avvalersi di tutti gli strumenti (nella specie l'iscrizione ipotecaria sui beni del debitore prevista dall'art. 2808 c.c. e segg.) previsti dall'ordinamento per porre rimedio all'inadempimento ed al conseguente pregiudizio subito dalla parte adempiente.

Dalle considerazioni che precedono deriva logicamente l'infondatezza del terzo motivo di ricorso sopra riportato - relativo all'asserita violazione dell'art. 170 c.c. - posto che la censura ivi sviluppata presuppone l'opponibilità all'istituto bancario creditore del fondo patrimoniale costituito dai coniugi ricorrenti. Esclusa - per le ragioni sopra esposte - la detta opponibilità, è evidente che ben poteva il detto istituto aggredire i beni dei propri debitori non sottoposti ai vincoli di indisponibilità derivanti dalla disciplina dettata dall'istituto del fondo patrimoniale.

Del pari è infondato il quarto motivo di ricorso - concernente la richiesta risarcitoria nei confronti del Comune di Nocera Superiore - ed al riguardo è sufficiente il richiamo al principio pacifico nella giurisprudenza di questa Corte secondo cui nell'esercizio della funzione di tenuta dei registri dello stato civile, il sindaco assumendo la veste di ufficiale di Governo, agisce quale organo dello Stato in posizione di dipendenza gerarchica anche rispetto agli organi statali centrali (Ministero della giustizia) e locali di grado superiore (Procuratore della Repubblica). Pertanto nelle controversie relative allo svolgimento di tale funzione (nella specie mancata annotazione nei registri dello stato civile della costituzione di un fondo patrimoniale) la legittimazione passiva appartiene non al Comune, ma allo Stato (in tali sensi, tra le tante, sentenze 25/3/2009 n. 7210; 14/2/2000 n. 1599).

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Sussistono giusti motivi - in considerazione, tra l'altro, della natura controversa, della peculiarità, della complessità e della rilevanza delle questioni trattate tanto che il relativo esame è stato sottoposto al vaglio a queste Sezioni Unite - che inducono a compensare per intero tra tutte le parti le spese del giudizio di cassazione.

#### **P.Q.M.**

la Corte rigetta il ricorso e compensa per intero tra tutte le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 29 settembre 2009.

Depositato in Cancelleria il 13 ottobre 2009