

**SERVITÙ, DIFETTO DI TRASCRIZIONE E ACCORDO CONTRATTUALE:  
QUESTIONE DI INTERPRETAZIONE (DI VOLONTÀ NEGOZIALE)  
E NON DI OPPONIBILITÀ (DI TITOLI)**

Rosario Franco \*

SOMMARIO: 1. Inquadramento della questione. – 2. La servitù, la trascrizione ed il quadro 'D' della nota. – 3. La servitù occulta tra valenza *ultra partes* e opponibilità. – 4. La spiegazione della 'menzione' della servitù. – 5. Il patto di accollo. – 6. Il riconoscimento del diritto reale. – 7. La rinuncia ad opporre il difetto di trascrizione. – 8. La stipulazione a favore di terzo. – 9. La menzione come porzione inscindibile della più ampia manifestazione della volontà contrattuale. – 10. Il successivo trasferimento del fondo servente a sub-acquirenti.

1. – Occorre precisare *in incipit* le esatte coordinate giuridiche e linguistiche entro le (e con le) quali si vuole affrontare la questione nota con la formula della 'servitù occulta'.

Si deve rilevare come il 'nascondimento' che qualifica la servitù non si riferisce né alla circostanza secondo cui quest'ultima – nella sua manifestazione di materialità e di percettibilità sociale – potrebbe non essere immediatamente rilevabile all'occhio dell'osservatore (*id est*: servitù di *altius non tollendi*, di 'non fare' in genere, di '*patis*', ecc.: cioè servitù negative e non apparenti), né a quella sottesa alla vicenda della cd. *deductio servitutis*<sup>1</sup>, bensì alla diversa ipotesi – ricorrente nella pratica degli scambi immobiliari più di quanto possa immaginarsi<sup>2</sup>

\* Notaio.

<sup>1</sup> Infatti, la questione che si intende analizzare postula per già costituita la servitù e si concentra sul successivo negozio di trasferimento di un fondo gravato proprio da questa servitù il cui distinto atto costitutivo non risulta però trascritto (ovvero risulta trascritto con modalità anomale e/o inidonee a conseguire il risultato dell'opponibilità ai terzi; su tale problematica si rinvia alle successive notazioni): F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, diretto da F. Gazzoni e E. Gabrielli, Torino, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, 1, tomi I e II, Torino, 2012, p. 203 del tomo I, il quale in nota 140, muove a R. TRIOLA, *Le servitù*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 2009, p. 367 il rilievo di far coincidere le due ipotesi.

<sup>2</sup> Ed a testimoniarlo ci sono le numerose sentenze che sono state pubblicate al riguardo.



– in cui la servitù non risultasse adeguatamente (*melius*: formalmente) pubblicizzata nei registri immobiliari, quantunque abbia costituito oggetto del titolo negoziale che, se ricoprente le forme di legge, a quella pubblicità avrebbe potuto avere accesso.

Dunque, due puntualizzazioni chiarificatrici sovengono con riguardo all'*occultatezza* che, nella presente ricerca, identificherà il tratto specificativo della servitù: per un verso, essa vorrà semanticamente selezionare quelle ipotesi in cui si riscontri la 'assenza' della trascrizione della convenzione costitutiva della servitù, al fine di accertare se tale difetto possa o no essere elevato a elemento condizionante l'opponibilità della medesima a chi (*successivamente* a quel contratto costitutivo) abbia acquistato il fondo servente (non già, e daccapo, per significare la mancanza di percettibilità sensoriale di una servitù comunque insistente su di un fondo); per l'altro, quella predicazione sarà assunta a sintagma funzionale per rappresentare la (diversa?) situazione concreta che evidenzia, al fine di elaborarne una possibile e generale soluzione, lo 'scarto informativo' corrente tra titolo (negoziale) di trasferimento (del fondo servente<sup>3</sup> e che *menziona* una servitù) e (quanto emerge dalla relativa) nota di trascrizione, stavolta 'presente' sebbene eseguita con modalità *anomale*<sup>4</sup>, non integranti i requisiti alla cui ricorrenza la legge condiziona l'opponibilità ai terzi (*id est*: acquirente del fondo servente e successivi aventi causa).

La questione che qui si intende affrontare, infatti, attiene a quelle vicende – non rare nella pratica, come risulta dalla copiosa giurisprudenza intervenuta allorché era ancora vigente il codice del 1865 – nelle quali un soggetto (acquirente del fondo dominante) rivendichi la titolarità di una servitù, costituita con atto negoziale ma senza l'esecuzione della trascrizione, nei con-

<sup>3</sup> Nessuna questione si porrà ove ad essere oggetto del trasferimento sia il fondo dominante, giacché l'avente causa dal suo titolare non è un acquirente di un diritto in conflitto con quello acquistato da altri e riconducibili al comune autore.

<sup>4</sup> È il caso che occupa – come in altre sentenze e sia pure ad altri fini – Cass. 16 ottobre 2023, n. 2869, ove il tema delle trascrizioni anomale delle servitù viene analizzato, per mancanza di domande ulteriori emergenti dai due precedenti giudizi di merito, per accertare se all'atto di trasferimento di un fondo con contestuale costituzione della servitù (senza intrattenersi sulle modalità alla cui stregua ciò accada nell'alternativa tra *deductio servitutis*, ove ritenuta ammissibile, e ricorso a specifico negozio costitutivo) debba seguire un'unica nota di trascrizione ovvero una doppia nota di trascrizione, ciascuna per le due convenzioni (lasciando sullo sfondo le modalità di esecuzione pratica, pur ipotizzabili, al riguardo: un'unica nota con due trascrizioni ovvero due distinte note di trascrizione).

fronti del successivo acquirente del fondo servente dal suo medesimo dante causa, con titolo (regolarmente e correttamente) trascritto. Vicende nelle quali il conflitto si genera tra un soggetto che ha immediatamente acquistato – per effetto del principio del consenso traslativo – la servitù, il cui titolo, tuttavia, non viene trascritto, e un altro che acquista il fondo gravato (?) da quella servitù (non trascritta), con atto prontamente trascritto. Come si risolve tale conflitto? Chi ne esce vincente? Come si mettono a cimento le norme sostanziali (principio del consenso traslativo ed effetto reale) con quelle della pubblicità (trascrizione-opponibilità)?

2. – L'analisi della questione pretende, tuttavia, una preliminare indagine in merito al significato di uno dei termini intorno ai quali la stessa si fonda; vale a dire comprendere segnatamente cosa debba intendersi allorché si evoca, al fine di negarne l'opponibilità, l'*assenza* o il *difetto* della trascrizione della servitù. In altri termini, cosa vogliono significare ovvero a cosa rimandano i termini 'assenza' o 'difetto' di trascrizione? Invero, l'interrogativo potrebbe rivelarsi più che retorico a rimanere nel linguaggio socialmente diffuso in cui con essi si intende senz'altro denunciare la mancanza o la carenza di quel *quid* che, appunto, risulta non presente o non rilevabile allo sguardo dell'osservatore. E, nondimeno, nella dimensione giuridica – nella quale gli eventi e/o i fenomeni, per potersi dire *accaduti* e/o verificati e, quindi, presenti (*melius*: rilevanti) devono non solo essere registrati ed avvenire nella realtà (oltre che materiale, anche) ideale del diritto, ma altresì rappresentarsi o costituirsi secondo i criteri e i parametri in guisa dei quali il diritto pretende che essi, morfologicamente (in senso ampio), si manifestino, al fine giustappunto di essere acquisiti in quella dimensione (e ricevere rilevanza giuridica) – le cose stanno e vanno diversamente.

Perciò, quei termini meritano un approfondimento semantico-giuridico.

In altro giro di parole, e per venire al punto, la servitù indicata (soltanto) nel quadro 'D' della nota di trascrizione <sup>5</sup> relativa al titolo portante pubblicità

<sup>5</sup> Sia consentito rammentare come la nota di trascrizione che, a seguito della cd. meccanizzazione delle Agenzie del Territorio, da *descrittiva* si è trasformata in *compilativa* (cd. modello a stampa), si compone di quattro distinti 'quadri'. Il quadro 'A', denominato 'Generalità', riporta le principali indicazioni della tipologia di atto, data, numeri di identificazione, eventuali condizioni e termini, ecc.; il quadro 'B', denominato 'Immobili', riporta i criteri distintivi per individuare gli immobili oggetto della convenzione; il quadro 'C', denominato 'Soggetti', che indica le

del trasferimento del fondo dominante può dirsi anch'essa *trascritta* (oltre al medesimo trasferimento, s'intende) ad ogni effetto di legge (principalmente ai fini del conseguimento dell'opponibilità *ex art.* 2644 c.c.), secondo le prescrizioni recate dall'art. 17 della legge 27 febbraio 1985, n. 52? Oppure deve concludersi che la trascrizione, non rivestente i criteri formali di rappresentazione del fenomeno (*id est*: non essendosi cioè seguito il previsto procedimento pubblicitario), è assente? Daccapo, una servitù pubblicizzata solo nel quadro 'D' può dirsi *formalmente trascritta*, ad ogni effetto di legge, o, al contrario, tale modalità non riesce a produrre l'effetto primario della opponibilità, perché la trascrizione non segue i requisiti prescritti per legge?

La questione non è affatto nuova<sup>6</sup>. È sufficiente sfogliare sia le principali opere<sup>7</sup> in tema di servitù, sia le intervenute pronunce giurisprudenziali per prenderne immediata contezza. E tuttavia, per quanto assai risalente, la stessa non parrebbe essere destinata a trovare una soluzione definitiva e condivisa se giunti ai giorni nostri, ed a valle dell'intervento legislativo n. 52 del 1985, si deve ancora registrare l'intervento di due sentenze della Cassazione che, a distanza di pochi anni l'una dall'altra, pervengono ad esiti esattamente opposti. Così come a soluzioni opposte pervenivano le pronunce<sup>8</sup> che, via via nel tempo, si sono succedute dal 1950 in avanti.

Invero, ed in estrema sintesi, se nel 2019 la Corte di legittimità<sup>9</sup> afferma

generalità delle parti che hanno partecipato alla convenzione; infine, il quadro 'D', denominato 'Ulteriori informazioni'.

<sup>6</sup> Infatti, anche prima dell'introduzione della cd. Nota compilativa e, quindi, prima che si prevedesse la sua ripartizione in quattro quadri, la questione si poneva con riferimento specifico alle servitù non autonomamente trascritte, ma soltanto (sia pur specificamente) *menzionate* nell'ambito di una nota relativa ad un più ampio regolamento di interessi.

<sup>7</sup> G. BRANCA, *Servitù prediali*, in *Comm. c.c.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 270 ss.; A. BURDESE, *Servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1960, p. 69; G. DEIANA, in G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1963, I, p. 523 s. (d'ora in avanti citato come G. DEIANA, *Le servitù prediali*); B. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1967, p. 304 ss.; G. GROSSO, *Servitù e trascrizione*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 1118; L. FERRI e P. ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. c.c.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1995, p. 39 s.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 190 ss.

<sup>8</sup> Per i necessari riferimenti cfr. G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 470 ed *ivi* nota 34; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 305 ed *ivi* nota 25; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 271 ed *ivi* note 25, 26 e 27; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 194 ed *ivi* nota 97.

<sup>9</sup> Cass., 24 giugno 2019, n. 16853; ma già, sia pure in termini indiretti, Cass., 30 marzo

che ai fini dell'opponibilità della servitù, portata da un contratto contenente una più ampia pattuizione, è *sufficiente* che la stessa sia indicata nel quadro 'D' del modello generale della nota di trascrizione – con riferimenti sufficienti ad individuarla, ancorché non dettagliatamente riportati –, nel 2023, mutando indirizzo<sup>10</sup>, decide nel senso che tale ultima forma di pubblicità non è idonea ad integrare gli estremi della trascrizione che l'art. 2643 richiede al fine di conseguire gli effetti di cui all'art. 2644. Per ciò sarà *necessario* predisporre e pubblicizzare una nota di trascrizione autonoma, che riporti *esclusivamente* la convenzione costituiva della servitù, distinta e diversa da quella portante il negozio di trasferimento, cui pure acclude; in mancanza, l'esito è quello inevitabile dell'inopponibilità della servitù<sup>11</sup>.

Qui può soltanto avvertirsi che il principio di *specialità* che assiste la trascrizione – in forza del quale ogni negozio soggetto a trascrizione deve ricevere un'autonoma pubblicità ed essere *pubblicizzato* proprio mediante lo strumento prescritto, vale a dire la nota di trascrizione – in una ai disposti dell'art. 2644, che richiede espressamente l'esecuzione di una trascrizione "contro" (della quale il quadro 'D' non potrebbe autonomamente dar contezza), e dell'art. 17, comma 3, della richiamata legge n. 52/1985, alla cui stregua «[c]iascuna nota non può riguardare più di un negozio giuridico o convenzione oggetto dell'atto di cui si chiede la trascrizione, l'iscrizione o

2018, n. 8000.

<sup>10</sup> Cass., 16 ottobre 2023, n. 28694. Pare opportuno rammentare le peculiarità della vicenda interessata da detta sentenza. Infatti, per un verso, la stessa è stata preceduta da un'Ordinanza dell'8 maggio 2023, n. 12083, nella quale si decideva di rinviare la trattazione all'udienza pubblica in ragione della «particolare rilevanza delle questioni di diritto», e, per l'altro, che entrambi i precedenti arresti di merito (Tribunale di Savona, 27 luglio 2012 e Corte di Appello di Genova, 13 ottobre 2017) avevano concluso per l'opponibilità della servitù, ancorché pubblicizzata soltanto mediante le indicazioni affidate al quadro 'D' della nota di trascrizione della compravendita.

<sup>11</sup> Conclusioni cui giunge Cass. 16 ottobre 2023, n. 28694, a seguito di un serrato ed essenziale ragionamento, sì come condensate esemplarmente nel seguente principio di diritto: «qualora un contratto di compravendita di un fondo contenga un'ulteriore convenzione, costitutiva di un diritto di servitù in favore dell'immobile alienato ed a carico di altro fondo di proprietà del venditore, agli effetti dell'art. 17, comma 3, della legge n. 52 del 1985, è necessario presentare distinte note di trascrizione per il negozio di trasferimento della proprietà e per la convenzione di costituzione della servitù, né rileva, ai fini dell'opponibilità della servitù ai terzi, la menzione del relativo titolo contrattuale nel "quadro D" della nota di trascrizione della vendita, trattandosi di inesattezza che induce incertezza sul rapporto giuridico a cui si riferisce l'atto».

l'annotazione», spingono decisamente a convergere verso la soluzione accolta dalla più recente giurisprudenza. Secondo cui in caso di costituzione di servitù contestuale ad un più ampio negozio di trasferimento le note di trascrizione da redigere devono essere *necessariamente* due (*almeno* se il fine che le parti si propongono di raggiungere è quello dell'opponibilità di entrambe le convenzioni negoziali).

D'altra parte, a scendere per un istante nel dettaglio, si deve rilevare<sup>12</sup> come il terzo che consultasse i registri immobiliari nei quali, in ipotesi, sarebbe presente una sola nota, e non due, si ritroverebbe al cospetto di una trascrizione eseguita a *favore* di un determinato soggetto (*id est*: acquirente, suo eventuale dante causa), ma non anche ad una trascrizione *contro* di lui (per rendere pubblica la servitù costituita nel medesimo atto a favore del venditore), poiché quell'unica nota di trascrizione renderebbe evidente soltanto l'acquisto, non anche la servitù 'nascosta' ed indicata nel solo quadro 'D'. Sì che, a quell'obiezione secondo cui dalla consultazione della nota il terzo avrebbe senz'altro potuto apprendere (da quanto riportato nel quadro 'D') l'emarginazione della costituzione di una servitù (a favore del venditore), con la conseguenza che al medesimo potrebbe muoversi il rilievo di aver tenuto una condotta negligente (che è a lui soltanto imputabile), avrebbe buon gioco chi replicasse che tale pretesa negligenza non potrebbe però essere contestata a colui che, come quel terzo, avesse invece sì *diligentemente* consultato le note, ma soltanto – e giustamente – quelle *contro* (il suo eventuale dante causa), non anche quelle a *favore*<sup>13</sup> (del medesimo), verso le quali non sovrviene alcun onere di verifica. Ma da una delle quali, tuttavia, ad aderirsi alla tesi contestata, emergeva proprio la servitù che a lui si vorrebbe ritenere opponibile.

Senza aggiungere, peraltro, che il quadro 'D' non è preposto a veicolare informazioni e dati funzionali all'opponibilità del titolo, bensì ad accogliere «[e]ventuali condizioni o patti di natura reale menzionati nella nota [...]» (art. 17, comma 4, legge n. 52/1985) inerenti all'atto al quale si dà pubblicità e, quindi, a quanto riportato nei tre quadri precedenti. Non anche autonome convenzioni<sup>14</sup> che, invece, *devono* ricevere una autonoma pubblicità, mercé

<sup>12</sup> L. FERRI e P. ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 39 s.; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 305.

<sup>13</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 194.

<sup>14</sup> Così, invece, ritiene, Cass., 24 giugno 2019, n. 16853.

una distinta nota di trascrizione. D'altronde, se con quanto indicato nel quadro 'D' si riuscisse a conseguire i medesimi effetti di quanto riportato nei quadri precedenti, sarebbe agevole *by-passare* la prescrizione contenuta nel comma 3 della ripetuta legge, secondo la quale ogni convenzione privata deve ricevere un'autonoma trascrizione. Non ogni 'condizione' o 'patto', dunque, può trovare accoglimento nel riferito quadro 'D', bensì soltanto quelli che, di per sé soli, non potrebbero altrimenti trovare un'autonoma pubblicità immobiliare.

Per concludere – e funzionalizzare le riflessioni alla ricerca che si intende svolgere – si può allora convenire che allorquando si discuta, alternativamente, di 'mancanza di trascrizione' ovvero di 'servitù occulta', si intende far riferimento sia all'ipotesi (meno diffusa) in cui la servitù non abbia ricevuto alcuna forma di pubblicità, rimanendo completamente estranea al sistema della trascrizione, sia l'altra (di certo più comune) in cui la servitù sia stata sì pubblicizzata, ma mercé il ricorso alla sua segnalazione nel quadro 'D' della nota portante la trascrizione del più ampio negozio cui accede, non anche autonomamente con una distinta nota; dunque, sia stata pubblicizzata senza le modalità prescritte per il conseguimento dell'opponibilità *ex art.* 2644 c.c.

Pertanto, per quanto qui interessa, le espressioni 'difetto di trascrizione', 'servitù non trascritta' o 'servitù occulta' saranno adoperate per indicare la vicenda unitaria, *quoad effectum*, in cui la servitù non abbia ricevuto una trascrizione autonoma e distinta con una nota ad essa interamente dedicata; con l'effetto che anche la servitù indicata nel quadro 'D' non potrà essere considerata, per quanto qui interessa, diversamente da quella che si dice con 'difetto di trascrizione' o 'servitù occulta' (inesecuzione totale della trascrizione). Con parole sincopate: la pubblicità effettuata mercé il ricorso soltanto al quadro 'D' è del tutto irrilevante ai fini dell'opponibilità. Mancanza assoluta di pubblicità e pubblicità mercé il quadro 'D' sono, *quoad effectum*, completamente assimilabili: la servitù sarebbe in ogni caso inopponibile.

3. – Esaurita la questione preliminare, torna a porsi (e, quindi, a dover essere analizzato) il quesito formulato all'inizio di queste riflessioni: la servitù costituita mercé un atto non trascritto è opponibile al successivo acquirente del fondo servente con atto trascritto?

Formulato in questi termini il problema, la soluzione parrebbe discendere immediata, quanto incontrovertibile<sup>15</sup>: l'acquirente del fondo servente, primo (*melius*: unico) trascrivente prevale *ex art.* 2644 c.c. sul titolare della servitù, il quale, pur avendola acquistata per primo, non ha proceduto alla trascrizione del relativo titolo. La conseguenza è che l'acquirente avrà acquistato la piena proprietà dell'immobile, libero da ogni peso e, specificamente, da quella (costituita, ma non trascritta) servitù.

Ma *quid iuris* nel caso – diverso da quello appena rappresentato – in cui nel contratto di trasferimento del fondo servente fosse rappresentata, nella più ampia e complessiva volontà contrattuale, la circostanza (nota alle parti) che sul medesimo grava la servitù (precedentemente costituita ancorché non trascritta: cd. servitù occulta) e che, dunque, il fondo trasferito (sì come individuato in termini di *oggetto* del contratto) è un *fondo servente*? Il profilato conflitto dovrà risolversi nuovamente alla stregua della regola più avanti indicata o, per dare rilevanza giuridica all'intervenuta rappresentazione negoziale, la soluzione potrà (e dovrà) essere diversa?

Daccapo, l'acquirente di un fondo che, in guisa alla descrizione contrattuale, risultasse *in ogni caso* (e, quindi, anche mercé l'utilizzo di clausole che si limitassero soltanto a menzionarla), gravato da una servitù, potrebbe continuare ad opporre al titolare di questa il difetto di trascrizione (al pari di come s'è concluso per il primo caso)? Oppure qui l'interprete dovrebbe avvertirsi di qualche (lieve o decisiva) differenza che dovrebbe indurlo a prefigurare una soluzione (assiologicamente, prima che tecnicamente) differente?

Ebbene – sia detto fin da subito – il percorso ermeneutico che dovrà svolgersi per la verificabilità argomentativa di un tale possibile distinto esito risolutivo dovrà essere sottoposto ad un preliminare (indiscutibile ed indiscusso<sup>16</sup>) *caveat* metodologico-sistematico. Vuol dirsi, cioè, che esso dovrà

<sup>15</sup> Per tutti, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 469 ss.; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 306; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 270 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 197.

<sup>16</sup> Il *caveat* è fatto proprio, come si accerterà nelle successive considerazioni, sia da chi (G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 474 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 198) propone di interpretare che la *menzione* della servitù non consenta poi all'acquirente del fondo servente di opporre al titolare della servitù il difetto di trascrizione, sia da chi (B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 306 s.) afferma che anche la presenza della *menzione* non potrebbe alterare la doverosa applicazione della risoluzione conflittuale sì come indicata dall'art. 2644 c.c. e, quindi, nel senso che l'acquirente del fondo servente potrà sempre opporre al terzo la mancanza di tra-



prescindere da ogni tentativo di possibile parificazione giuridica tra *conoscenza* della servitù (conseguita per effetto della *menzione* contrattuale) ed *opponibilità* (originante dall'esecuzione) della trascrizione, ovvero tra conoscenza (comunque conseguita) dell'esistenza della servitù occulta e opponibilità che si realizza esclusivamente mercé lo strumento della trascrizione effettuata ai sensi dell'art. 2644 c.c.

Altro è la conoscenza che si consegue nei normali canali attraverso i quali si possono apprendere informazioni, anche a rilevanza giuridica; altro il sistema della trascrizione che pretende di imporsi quale unico strumento funzionale alla risoluzione di conflitti tra due o più acquirenti dal medesimo autore di diritti tra essi incompatibili o collidenti, indipendentemente dalla conoscenza (conseguita con altri mezzi o no).

Venendo in *media res*, la ricerca metterebbe conto di risistemare, almeno ad un primo livello di definizioni stipulative, e quindi:

a) distinguere<sup>17</sup> attentamente le vicende *sostanziali* da quelle inerenti alla *trascrizione* dei titoli (di acquisto) sí da non incorrere nell'errore di concettualizzare una trascrizione *implementativa* degli effetti negoziali del titolo<sup>18</sup> (*melius*: di un titolo che non è idoneo a produrli);

b) distinguere tra: *i*) efficacia reale ed efficacia obbligatoria; *ii*) assolutezza e relatività dei diritti, per quanto la netta separazione sia stata decisamente ripensata e revocata in dubbio, almeno nella sua proposta rigidità; *iii*) opponibilità<sup>19</sup> (dei *titoli* portanti i diritti) ed efficacia del contratto (inerente agli *effetti* che il medesimo produce tra le parti): il conflitto che la trascrizione risolve è quello che si crea tra titoli (e, quindi, tra diritti che sono tra essi) *opposti e/o incompatibili*, non quello tra diritti (reali o obbligatori) insistenti sullo stesso bene e tra i quali «non c'è collisione»<sup>20</sup>. In altri termini, l'opponibilità (che si

scrizione.

<sup>17</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 197 ss.

<sup>18</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, II, cit., p. 14 s.: «la trascrizione non può sanare i difetti del titolo»; L. FERRI e P. ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 18 ed *ivi* nota 28; ma già L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*<sup>3</sup>, Milano, 1994, p. 9: «[l]a trascrizione [...] non integra la fattispecie di acquisto del diritto».

<sup>19</sup> Una sistemazione puntuale in G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1983, *passim*; ID., voce *Opponibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1990, p. 1 ss.

<sup>20</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 480 ss., ove pure, con puntuale onestà intellettuale, si indica un ripensamento (pp. 477 e 485) della problematica rispetto alle precedenti edizioni; ma già, puntualmente citato, N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Milano, 1907, n. 163; decisa-

consegue mercé la pubblicità immobiliare) è fenomeno che si inquadra non già con riferimento a tutti i terzi indifferenziati che con quella convenzione (oggetto di trascrizione) venissero a trovarsi in una qualsiasi relazione giuridicamente rilevante, bensì soltanto in riferimento a quei terzi che avranno acquistato, dal *medesimo* dante causa, diritti tra loro *incompatibili*.

La relativa trattazione, tuttavia, anche a limitarla ai tratti funzionali al tema indagato, richiederebbe approfondimenti e riflessioni che condurrebbero ben oltre i propositi dell'indagine, là dove finirebbe per coinvolgere temi di teoria generale quali quelli, almeno, dell'efficacia reale e del principio del consenso traslativo messi a cimento con la regola che impone la trascrizione dell'atto idoneo a realizzare il trasferimento (artt. 1376/2644 c.c.); dell'interpretazione del contratto (art. 1362 ss. c.c.); della natura giuridica delle situazioni reali e obbligatorie, ecc. Pertanto, conviene procedere nel senso di dare per presupposti tali tematiche ed addentrarsi immediatamente nel problema che si vuole affrontare.

Significativi indici, idonei ad orientare con maggiore proficuità la ricerca, paiono sovvenire dalla rilettura di antichi e sedimentati scritti<sup>21</sup> in margine giustappunto alla vicenda della c.d. servitù occulta<sup>22</sup>. La questione, assai nota<sup>23</sup>, è

mente, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 197

<sup>21</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 473 ss.; G. DE RUBERTIS, *In tema di opponibilità al terzo acquirente di una servitù non trascritta*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 303 ss.; L. FERRI e P. ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 193 s. e già, ID., *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, p. 373 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 197 ss.).

<sup>22</sup> La cui formula, peraltro, andrebbe meglio aggiornata per evitare di creare false rappresentazioni, giacché l'esigenza chiarificatrice consiglierebbe di adoperare il termine *occulto* soltanto se la vicenda rimanesse consegnata al piano della trascrizione, nel quale, giustappunto, l'inesistenza della formalità potrà significarsi con il ricorso al divisato sintagma; là dove sarebbe senz'altro fuorviante se quel termine fosse ricollocato anche sul piano del regolamento di interessi che alla servitù, in ipotesi, facesse riferimento, più o meno specificamente. Qui, invero, se non fosse possibile riscontrare, tra piano redazionale e piano interpretativo, alcun riferimento alla servitù insistente sul fondo oggetto del contratto (quindi in assenza di ogni *menzione* della servitù), non potrebbe che stare a significare che – di là dall'esistenza della servitù o della sua trascrizione – il dante causa ha tenuto nascosto questa importante informazione all'avente causa, il quale avrebbe sì, contro quest'ultimo, le comuni azioni contrattuali previste per la compravendita (e per tutti i negozi di trasferimento a questa riconducibili), ma non potrebbe opporre al titolare del fondo dominante (avente causa anch'egli dal suo dante causa) il difetto della trascrizione della servitù per disporre e godere dell'immobile come libero da ogni peso, in ragione delle argomentazioni che in appresso saranno illustrate.

<sup>23</sup> Se ne occupa già – e non è il primo – L. FERRI, *Note introduttive*, cit., p. 321 ss.

quella relativa al contratto di acquisto di un fondo in cui sia stata *menzionata* e/o solo dichiarata tra le parti (*melius*: dichiarata dal venditore all'acquirente ovvero con presa d'atto di quest'ultimo) la presenza di una servitù passiva (che renda quel fondo un fondo un fondo 'servente'), senza che, nondimeno, il precedente e distinto contratto, in cui la costituzione della servitù trova titolo, sia stato (anteriormente) trascritto<sup>24</sup> (contro il dante causa di entrambe le convenzioni<sup>25</sup>). E tuttavia – a dispetto della sua notorietà – la questione fatica a ritrovare non soltanto una linea ricostruttiva tendenzialmente condivisa tra gli interpreti, ma anche un'intesa sui criteri adottati per affrontarla, giungendo, a quei tempi<sup>26</sup> come più di recente<sup>27</sup>, a soluzioni che stentano a imporsi per ragionevoli e condivisibili argomentazioni; con la conseguenza che anche il richiamo a precedenti giurisprudenziali non recenti, nel corso delle riflessioni, non solo non dovrà apparire singolare, ma per vero si rivelerà fecondo per esprimere al meglio le coordinate di una possibile soluzione della vicenda.

In proposito, dovrà primariamente interrogarsi sul significato da attribuirsi alla circostanza – rilevante nella prefigurazione dei confini del problema che s'indaga – secondo cui il fondo sul quale grava la servitù non trascritta, sia stato poi oggetto di un successivo trasferimento a terzi in forza di un contratto che per l'appunto la *menzioni*. Il *riferimento* alla servitù (non trascritta) contenuto nel contratto di trasferimento del fondo servente (che – si badi – è *già servente* in seguito alla conclusione del precedente contratto portante la sua costituzione, perfezionatosi in forza del principio del consenso traslativo, di là dall'esecuzione della trascrizione che opera, evidentemente, con efficacia dichiarativa<sup>28</sup>), nel comune approccio all'analisi della vicenda, viene posto come ele-

<sup>24</sup> O, il che è lo stesso, sia stato trascritto con modalità inidonee a conseguire l'opponibilità.

<sup>25</sup> È evidente peraltro, a tutti coloro che si sono occupati della questione, che qualora nel contratto di trasferimento non si riscontrasse alcun riferimento alla servitù, il principio di cui all'art. 2644 c.c. tornerebbe nuovamente ad applicarsi *in toto*, con la conseguenza che all'acquirente del fondo servente/primo trascrivente la servitù, precedentemente costituita (ma in forza di un atto non trascritto), non sarebbe opponibile.

<sup>26</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 477: «il problema merit[a] un riesame, perché molti [...] non l'hanno forse importato correttamente».

<sup>27</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., p. 197 s.: «i criteri adottati non sono stati sempre lineari ed anzi assai spesso sono stati confusi e contraddittori».

Per una puntuale ricognizione delle varie tesi, C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 480 ss.

<sup>28</sup> Non già costitutiva del diritto.

mento discriminante per la *valenza o no*, in termini propriamente giuridici, della servitù nei confronti dell'acquirente di quel fondo. Avendo cura di precisare che il ricorso al termine *valenza* è qui adoperato, in luogo di quello che generalmente si riscontra, al fine di evitare il ricorso alla sdruciolevole via del sintagma *opponibilità*, che, da par suo, evoca immediatamente questioni legate alla trascrizione ed al suo possibile superamento ovvero alla sua sovrapposizione concettuale alla manifestazione di conoscenza della servitù che in ipotesi fosse stata resa in atto dall'acquirente del fondo servente. Le problematiche, al contrario, vanno tenute nettamente distinte, poiché proprio su tale distinzione, e su quella limitrofa tra diritto sostanziale (e quindi, efficacia che attiene ai *diritti*) e trascrizione (e, quindi, opponibilità<sup>29</sup>, che attiene al *titolo*), oltre che su una puntuale ricognizione della funzione specifica di questa *in parte qua*, si crede di poter rinvenire il crinale sul quale prefigurare il tracciato argomentativo per una possibile e persuasiva soluzione alla delicata vicenda.

È proprio nel contesto di questa discussione che la modalità della *menzione*, quale possibile 'surrogato' dell'opponibilità della servitù<sup>30</sup> (sia pure da questa nettamente distinta), si candida a porsi quale elemento idoneo a superare l'ostacolo rappresentato dal difetto di trascrizione e proprio ai fini della *valenza*, contro l'acquirente del fondo servente, della servitù insistente sul fondo servente oggetto di trasferimento.

4. – Ebbene, com'hanno inteso dottrina e giurisprudenza tale sintagma? Che cosa vuol dire affermare che (nel contratto di trasferimento) c'è la *menzione* (della servitù)? Le interpretazioni dottorali sono state varie<sup>31</sup> e si sono intrattenute principalmente ora sulla questione individuativa dei re-

<sup>29</sup> Ad evitare equivoci è bene precisare che l'opponibilità è concetto che non si sovrappone *tout court* a quello di realtà/efficacia reale: G. VETTORI, voce *Opponibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1999, p. 1 ss. Per l'effetto, ed in termini generali, la formalità della trascrizione non trasforma certo il diritto di credito in diritto reale; del pari non sarà idonea a far conseguire l'efficacia reale per un contratto che produce soltanto effetti obbligatori (sia pure opponibile: il contratto di locazione ultranovennale trascritto): L. FERRI e P. ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 134; F. GAZZONI, *I trasferimenti della proprietà*, in ID., *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 111; M. COMPORI, *Diritti reali in generale*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2011, p. 95 ss.

<sup>30</sup> Ma nel corso delle successive riflessioni si dirà con maggior precisione terminologica.

<sup>31</sup> Per tutti, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 469 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., p.197 ss.

quisiti minimi idonei ad integrarla, ora sulla sua natura giuridica. L'orientamento giurisprudenziale, del pari, non parrebbe tendere a consolidarsi, se continua ad oscillare tra le opposte possibili indicazioni<sup>32</sup>. A chiarimento può indicarsi che (di là dalle perplessità in merito alla puntualità dei termini adoperati) la questione – che si risolverà, in ultima istanza, in una problematica di interpretazione contrattuale<sup>33</sup> – consiste nella ricerca di tutti quegli elementi negoziali alla cui stregua possa concretamente e *sostanzialmente*<sup>34</sup> dedursi che «l'alienante e l'acquirente abbiano inteso rispettivamente proporre ed accettare il riconoscimento dell'esistenza della servitù medesima, rinunciando l'acquirente ad opporre al titolare della stessa l'inosservanza dell'art. 2643 c.c.»<sup>35</sup>.

Conviene, altresì, opportunamente precisare che, nell'ambito del dibattito in corso, la determinante differenza tra costituzione di servitù 'trascritta' e servitù 'occulta' viene comunemente fissata nella circostanza secondo cui soltanto la prima risulterà sempre opponibile ai terzi (successivi aventi causa dall'acquirente del fondo servente), per effetto, appunto, dell'intervenuta trascrizione, là dove la seconda rimarrebbe efficace soltanto *inter partes*, nei limiti della produzione di efficacia di cui all'art. 1372 c.c.. Sì che, per conseguire la medesima opponibilità anche nei confronti dei successivi aventi causa (dal primo acquirente del fondo servente) l'indicazione della servitù dovrebbe essere (parimenti e nuovamente) riportata anche negli ulteriori atti di trasferimento, con l'adesione negoziale dei relativi sub-acquirenti, sempreché non si opti – come si verificherà in seguito – per una ricostruzione che, pur continuando a non richiederne la trascrizione, prospetti la possibilità ermeneutica di ritenerla opponibile ai sub-acquirenti a prescindere dalla sua menzione nei

<sup>32</sup> Cass., 24 novembre 1997, n. 11707.

<sup>33</sup> Non si tratta, quindi, dello «stato d'animo» dell'acquirente che assumerebbe una rilevanza ai fini dell'opponibilità della servitù (come afferma G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, p. 137), bensì di interpretare l'incidenza della segnalata presenza della servitù sulla formazione della unitaria regola contrattuale, con particolare riferimento all'individuazione, determinazione e delimitazione del bene oggetto del regolamento privato.

<sup>34</sup> L'adoperato avverbio vuole porsi come *caveat* rispetto al successivo virgolettato che esprime una soluzione che, per l'appunto, soltanto *quoad effectum* risulta assimilabile a quella che in seguito si proporrà.

<sup>35</sup> Cass., 25 ottobre 1958, n. 3488, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 49 ss.; Cass., 16 gennaio 1973, n. 161, in *Giur. agr. it.*, 1974, p. 348 ss.

successivi atti traslativi<sup>36</sup>. D'altra parte – ad ulteriore esplicitazione – la divisata questione di una possibile (ma impropria) relazione di 'continenza' (tra opponibilità e conoscenza) o di parificazione *quoad effectum* tra menzione e trascrizione si propone solo per coloro che, in qualche modo, credono di poter *apprezzare* in termini di rilevanza il richiamo negoziale che le parti fanno alla presenza della precedente servitù occulta (in quanto, cioè non trascritta), al fine giustappunto di attribuirgli un significato appropriato in termini giuridici. Da altro punto di osservazione, infatti, la medesima questione sarebbe stata destinata ad essere risolta richiamando l'incompatibilità (peraltro, apparente come si vedrà) che risulta tra i principi che sorreggono l'istituto della trascrizione, quale unico mezzo idoneo a realizzare il risultato dell'opponibilità, con il concorrente ridimensionamento (se non il superamento) del principio del consenso traslativo, e la soluzione interpretativa che si propone con il richiamo alla *menzione*, là dove si consenta di conseguire parimenti (e per il suo tramite) l'opponibilità all'acquirente del fondo servente della servitù non trascritta.

Orbene: 1) assunto che (ai fini di quella rilevanza che ad essa intende attribuirsi per la soluzione del problema in parola) non risulta sufficiente ad integrare i requisiti individuati per la configurazione negoziale della *menzione* (*melius*: di ciò che da essa l'orientamento prevalente ritiene di poter dedurre ai fini dell'opponibilità) l'elemento esclusivo della *conoscenza* che l'acquirente del fondo servente avesse, in qualche modo, recuperato *aliunde*<sup>37</sup> e non dalla fonte contrattuale (in ipotesi rimasta silente al riguardo) e così, anche immediatamente, fugato ogni apparente contrasto tra menzione (conoscenza) e principi appena rammentati (opponibilità), là dove quella non può essere intesa in termini assimilabili alla funzione è che deputata a svolgere la trascrizione immobiliare; 2) e assunto, altresì, che tampoco integra tali requisiti l'eventuale presenza di mere clausole di stile<sup>38</sup>, comunemente contenute nei

<sup>36</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 487 s.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 203 s.

<sup>37</sup> In questo senso, per tutti, con decisione, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 304 ss.; F. POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità al terzo acquirente dell'immobile*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, 1, p. 429 ss.; ma già N. COVIELLO, *Della trascrizione*<sup>2</sup>, I, Napoli-Torino, 1914, p. 416 ss. Nonché, Cass., 16 ottobre 2023, n. 28694; Cass., 25 giugno 2019, n. 17026; Cass., 22 maggio 2019, n. 13817; Cass., 14 maggio 2019, n. 12798; Cass., 30 marzo 2018, n. 8000; esemplarmente, già, Cass., 19 ottobre 1960, n. 2822, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 42 ss.

<sup>38</sup> Cass., 3 aprile 2003, n. 5158; Cass., 28 gennaio 1999, n. 757; Cass., 8 agosto 1990, n. 8038. In dottrina: G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 219; G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit.,

contratti notarili, nei quali si legge che il trasferimento dell'immobile si produce in una 'a tutte le servitù attive e passive', si deve ammettere che la discussione continua a permanere in margine alle caratteristiche che deve rivestire la *menzione* contrattuale (specifica, non implicita, espressa) che fosse contenuta, nell'atto di trasferimento, con riferimento alla servitù<sup>39</sup>.

Invero, ora si è giudicata<sup>40</sup> non idonea sia la mera dichiarazione del dante causa circa la presenza di una servitù se questa non fosse poi stata fatta propria dall'avente causa (del fondo servente) con un'ulteriore dichiarazione negoziale espressa, ricettiva e funzionale a rappresentare l'intervenuta presa di conoscenza dell'esistenza (e quindi dell'accettazione<sup>41</sup> o il riconoscimento<sup>42</sup>) della medesima servitù (precedentemente costituita, ma non trascritta) e, dunque, della presenza del peso imposto sul fondo che gli è stato trasferito, sia una esplicita rinuncia ad opporre la mancata trascrizione<sup>43</sup>. Ora, al contrario, ma nell'ambito di un orientamento che tende ad imporsi, si è ritenuto sufficiente<sup>44</sup> una *indicazione*

p. 474; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 198; F. POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 429 ss.

<sup>39</sup> Per tutti, sia pure da posizioni opposte, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 307 ss.; G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 474 ss.

<sup>40</sup> B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 304 ss.; G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, cit., p. 136; Cass., 26 novembre 1987, n. 8781; Cass., 20 aprile 1976, n. 1378

<sup>41</sup> Cass., 21 febbraio 1996, n. 1329; Cass., 26 luglio 1983, n. 5129; Cass., 18 febbraio 1981, n. 994; Cass., 22 ottobre 1975, n. 3497; Cass., 9 luglio 1975, n. 2702.

<sup>42</sup> Cass., 19 ottobre 1960, n. 2822, cit.

<sup>43</sup> Ancora, Cass., 19 ottobre 1960, n. 2822, cit.

<sup>44</sup> Cass., 9 novembre 2022, n. 33043, ove si sottolinea come la Corte abbia «ripetutamente affermato [...] che la servitù volontariamente costituita, per essere opponibile all'avente causa dell'originario proprietario del fondo servente, dev'essere stata trascritta (o, quanto meno, menzionata espressamente nell'atto di trasferimento al terzo del fondo medesimo e dallo stesso anche implicitamente accettata), rimanendo, altrimenti, vincolante solo tra le parti originariamente contraenti (cfr. Cass. n. 9457 del 2011; conf., Cass. n. 21501 del 2018; Cass. n. 5158 del 2003)»; Cass., 7 gennaio 2019, n. 128, ove si legge: «Le ricorrenti richiamano il principio secondo il quale la servitù è opponibile al successivo acquirente solo se sia menzionata nella nota di trascrizione e le indicazioni in questa riportate consentano di individuare, senza possibilità di incertezza gli estremi della convenzione. Il principio è esatto, ma i ricorrenti non tengono conto dell'ulteriore principio secondo cui al terzo acquirente di un fondo servente la servitù prediale è opponibile non soltanto quando il titolo costitutivo di essa è trascritto, ma anche quando la servitù è menzionata nell'atto di trasferimento (Cass. n. 757/1999)», precisandosi, a chiarimento di un passaggio che, per vero, potrebbe lasciar insorgere qualche dubbio, che tali due ultime ipotesi (*id est*: trascrizione e menzione) sono tra esse alternative e non devono ricorrere entrambe ai fini

negoziale della servitù<sup>45</sup> che grava su tale fondo, a prescindere da espresse dichiarazioni negoziali, funzionali a rappresentare la consapevolezza conoscitiva (anche implicita<sup>46</sup>, ma inequivoca<sup>47</sup>) dell'avente causa, alla stregua del ragionamento per cui ciò che è, appunto, menzionato nel regolamento di interessi è perciò stesso acquisito e voluto dalle parti<sup>48</sup>. E tuttavia – com'era stato perspicacemente preannunciato<sup>49</sup> – la divisata distinzione, chiara e rigorosa nell'individuazione dei tratti identificativi della *menzione* rilevante in termini giuridici,

dell'opponibilità; Cass., 16 settembre 2015, n. 18142; Cass., 18 luglio 2013, n. 17634: «per costante giurisprudenza la servitù volontariamente costituita, per essere opponibile all'avente causa dell'originario proprietario del fondo servente, deve essere stata trascritta o espressamente menzionata nell'atto di trasferimento al terzo del fondo medesimo, rimanendo, altrimenti, vincolante solo tra le parti (Cass. n. 9457 del 28/04/2011)»; Cass., 10 ottobre 2011, n. 20817 (sebbene il caso concreto ineriva ad una servitù che era stato oggetto di trascrizione); Cass., 3 aprile 2003, n. 5158: «in caso di mancata trascrizione del relativo atto costitutivo, la servitù è inopponibile agli aventi causa, a titolo particolare, del proprietario del fondo servente, che abbiano acquistato in base ad un titolo regolarmente trascritto e sempre che la servitù non sia stata portata a loro conoscenza ed implicitamente da essi accettata nei rispettivi atti di trasferimento della proprietà, senza peraltro che, in quest'ultimo caso, ai fini di detta opponibilità sia sufficiente che, in luogo della descrizione della servitù esistente, l'atto di trasferimento contenga frasi generiche o di mero stile, ricorrente negli atti notarili»; Cass., 28 gennaio 1999, n. 757 parrebbe rivelarsi improprio giacché in questa pronuncia si legge: «Questa Corte ha più volte affermato che la servitù prediale è opponibile ai terzi acquirenti del fondo servente soltanto se il titolo costituito di essa sia trascritto, ovvero se si faccia menzione della servitù nell'atto di trasferimento di tale terreno anche indirettamente attraverso il riferimento alla situazione dei luoghi purché le espressioni adoperate siano idonee a manifestare una chiara volontà in tal senso e non integrino una clausola generica o di mero stile».

<sup>45</sup> Cass., 4 marzo 1968, n. 696; Cass., 20 settembre 1963, n. 2591.

<sup>46</sup> Cass., 18 luglio 2013, n. 17634; Cass., 3 aprile 2003, n. 5158: «in caso di mancata trascrizione del relativo atto costitutivo, la servitù è inopponibile agli aventi causa, a titolo particolare, del proprietario del fondo servente, che abbiano acquistato in base ad un titolo regolarmente trascritto e sempre che la servitù non sia stata portata a loro conoscenza ed implicitamente da essi accettata nei rispettivi atti di trasferimento della proprietà, senza peraltro che, in quest'ultimo caso, ai fini di detta opponibilità sia sufficiente che, in luogo della descrizione della servitù esistente, l'atto di trasferimento contenga frasi generiche o di mero stile, ricorrente negli atti notarili».

<sup>47</sup> Cass., 28 gennaio 1999, n. 757; Cass., 21 aprile 1981, n. 2338.

<sup>48</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 469 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 201 ss.; L. FERRI, *Note introduttive*, cit., p. 373; L. FERRI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. c.c.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 165

<sup>49</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 476 s.; aderisce, C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 495.



ha finito per ridimensionarsi o divenire «esigua»<sup>50</sup>, se non totalmente dissolversi nelle ricadute applicative, là dove il suo mero riscontro, senza indagarne ulteriori requisiti (ad es., in merito alla possibilità di scorgere un obbligo a rispettare la servitù ovvero a rinunciare ad opporne il difetto di trascrizione), avrebbe finito, con l'avallo della giurisprudenza<sup>51</sup>, per esprimere, quasi automaticamente, la circostanza che l'acquirente del fondo servente si fosse, in qualche modo, obbligato a rispettare la (già costituita) servitù (occulta) ovvero, più condivisibilmente, avesse inteso acquistare, in accordo con il venditore ed alla stregua dell'interpretazione del relativo accordo negoziale, la proprietà di un fondo gravato dalla servitù (con la conseguenza che l'indagine relativa agli ulteriori divisati requisiti avrebbe potuto dirsi esaurita in partenza).

La menzione della servitù, dunque, nella più ampia declinazione degli interessi sottesi al trasferimento della proprietà dell'immobile, entra a pieno titolo nella struttura del regolamento privato e contribuisce ad esprimerne *unitariamente* il senso giuridico complessivo, sì che non si rivelerebbe né convincente, né legittima l'affermazione (che in seguito sarà meglio verificata) secondo cui questo medesimo regolamento negoziale, per effetto di una forza taumaturgica (se non stravolgente) originante però dalla susseguente trascrizione (a dispetto di quella mancante per il negozio costitutivo della servitù), sarebbe destinato a conseguire effetti eccedenti (*id est*: trasferimento della proprietà libera) la stessa volontà negoziale<sup>52</sup> (esprimente, al contrario, il trasferimento della proprietà di un fondo inteso dalle parti come fondo 'servente', per effetto di quella menzione).

Senonché, l'orientamento<sup>53</sup> che nella trascrizione (e soltanto nella trascrizione) individua il necessario (ed esclusivo, quanto inderogabile) elemento per conseguire l'*opponibilità* della servitù, con la conseguenza che l'acquirente del fondo servente potrebbe *sempre* opporre il difetto della trascrizione (della precedente servitù), senza che nessun ruolo possa attribuirsi all'eventuale sua dichiarazione (in qualsiasi modalità formulata) circa la

<sup>50</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 477.

<sup>51</sup> Cass., 19 maggio 1976, n. 1787; Cass., 22 ottobre 1975, n. 3497; Cass., 2 ottobre 1972, n. 2809.

<sup>52</sup> L. FERRI *Note introduttive*, cit., p. 373 ss.; L. FERRI e P. ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 193.

<sup>53</sup> Con forza, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 306 ss.: che «la dichiarazione [abbia] il medesimo effetto della trascrizione [...] contrasta con il vigente sistema della pubblicità».

conoscenza della servitù<sup>54</sup>, ha coinvolto una parte della giurisprudenza<sup>55</sup> e della dottrina<sup>56</sup>, le quali sostanzialmente condividono l'affermazione secondo cui la regola di risoluzione dei conflitti cui è preposta la trascrizione non potrà mai essere sostituita da una qualsiasi forma conoscenza fattuale (sia pure legale), per quanto effettiva e verificabile. Trovandosi così affermato non soltanto che «l'atto è opponibile al terzo e sol perché trascritto non perché il terzo ne abbia effettiva e reale conoscenza»<sup>57</sup>, giacché il sistema della trascrizione non ammette equipollenti, ma anche che «il difetto di trascrizione è irrimediabile, e

<sup>54</sup> La perentorietà della tesi è però ridimensionata (se non del tutto revocata in dubbio, rimettendo in discussione la soluzione prospettata) dall'affermazione successiva (B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 307) secondo cui «anche ad ammettere che quella dichiarazione importi implicitamente impegno a non opporre la mancata trascrizione, tale impegno vincolerebbe solo l'acquirente e non i successivi acquirenti del fondo».

<sup>55</sup> Ed infatti cfr. Cass., 30 marzo 2018, n. 8000, in *www.iusexplorer.it*, che sentenza: «in tema di servitù convenzionali, va affermato il principio di diritto (al quale dovrà, perciò, conformarsi il giudice di rinvio) secondo cui l'indagine sull'opponibilità della servitù ai terzi successivi acquirenti va condotta con esclusivo riguardo al contenuto della nota di trascrizione del contratto che della servitù integra il titolo, sicché detta opponibilità può essere ritenuta solo quando dalla nota cennata è possibile desumere l'indicazione del fondo dominante e di quello servente, la volontà delle parti di costituire una servitù, nonché l'oggetto e la portata del diritto, anche, quindi, con riguardo all'eventuale sottoposizione della modifica o dell'estinzione del relativo diritto a termine o condizione, come imposto dall'ultimo comma dell'art. 2659 c.c. (v. Cass., n. 3590/1993; Cass. n. 8448/1998 e Cass. n. 18892/2009)».

Ma, in senso contrario, pur ribadendo le premesse, Cass., 18 luglio 2013, n. 17634, *ivi*, ove si afferma: «per costante giurisprudenza la servitù volontariamente costituita, per essere opponibile all'avente causa dell'originario proprietario del fondo servente, deve essere stata trascritta o espressamente menzionata nell'atto di trasferimento al terzo del fondo medesimo, rimanendo, altrimenti, vincolante solo tra le parti» (Cass. n. 9457 del 28/04/2011). Invero, secondo questa S.C. «in caso di mancata trascrizione del relativo atto costitutivo, la servitù è inopponibile agli aventi causa, a titolo particolare, del proprietario del fondo servente, che abbiano acquistato in base ad un titolo regolarmente trascritto e sempre che la servitù non sia stata portata a loro conoscenza ed implicitamente da essi accettata nei rispettivi atti di trasferimento della proprietà, senza peraltro che, in quest'ultimo caso, ai fini di detta opponibilità sia sufficiente che, in luogo della descrizione della servitù esistente, l'atto di trasferimento contenga frasi generiche o di mero stile, ricorrente negli atti notarili (Cass. n. 5158 del 3.4.2003)». Nella fattispecie tutto ciò non si è verificato per cui il vincolo reale di cui trattasi non era opponibile alla ricorrente in quanto terza rispetto all'atto che lo prevedeva».

Cfr., inoltre, Cass., 3 aprile 2003, n. 5158, in *www.iusexplorer.it*, ove si ritiene sufficiente che la servitù sia portata a conoscenza del terzo e da questo accettata; Cass., 4 marzo 1968, n. 696 e Cass., 20 settembre 1963, n. 2591, *ivi*, le quali giudicano idonea all'opponibilità la mera menzione della servitù nell'atto di trasferimento; Cass., 28 gennaio 1999, n. 757, *ivi*, la quale

l'eseguita trascrizione è ineccepibile»<sup>58</sup>, con la conseguenza che l'acquirente nel caso in cui la servitù «non fosse stat[a] validamente acquistat[a] o tempestivamente conservat[a]» diverrebbe «proprietario d'un immobile franco e libero anche se l'alienante avesse dichiarato di volergli trasferire una cosa gravata», con buona pace degli effetti di attivazione della garanzia nella vendita<sup>59</sup> ex art. 1489. Nel senso, cioè, che l'acquirente che abbia fatto professione di conoscenza (ovvero se si dimostrasse che abbia comunque avuto conoscenza) della servitù, non trascritta e comunque esistente sul fondo acquistato, se non potrà

pur sostanzialmente aderendo a tale ultimo orientamento, precisa che il richiamo all'esistenza della servitù deve essere inequivoco o, come sostiene, Cass., 21 febbraio 1996, n. 1329, *ivi*, espresso ovvero, come afferma Cass., 20 aprile 1976, n. 1378, *ivi*, munito di tutti gli estremi necessari ad identificarla; Cass., 26 luglio 1983, n. 5129, *ivi*, afferma l'insufficienza di una mera conoscenza di fatto dell'esistenza della servitù. Ma, in senso contrario, Cass., 18 febbraio 1981, n. 994, *ivi*, ove si ammette l'equipollenza, ai fini dell'opponibilità, tra la menzione espressa in atto della servitù e la (conoscenza legale acquisibile mediante la) trascrizione (in concreto non effettuata). Sostanzialmente, anche se con alcune differenze, nel senso di ammettere la conoscenza della servitù appresa mediante espressa dichiarazione del venditore e trascrizione cfr., F. POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 429 ss.; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 270 s.

Cass., 3 aprile 2003, n. 5158 e Cass., 28 gennaio 1999, n. 757, in *www.iusexplorer.it*, si intrattengono, altresì, su un problema di diritto sostanziale, inerente alla questione della verifica in concreto di alcune clausole contrattuali, nel senso di accertare se esse siano sufficientemente specifiche ed articolate per rappresentare l'esistenza di una servitù (ovvero se esse non sia si risolvano in clausole di stile). La giurisprudenza, si diceva, e così uno dei suoi principali esponenti, il Presidente Roberto Triola con numerosi interventi sul tema, dei quali si ricorda l'ultimo: R. TRIOLA e M.V. GAROFALO, *La trascrizione tra vecchi e nuovi problemi*, Torino, 2017, pp. 96 ss., 178 ss., 194 ss., afferma che la certezza legale della conoscenza della servitù da parte del terzo si potrà avere solo in seguito alla sua trascrizione specifica ed *ivi* il richiamo alla dottrina a favore, tra i quali, G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, cit., p. 136 ss.; R. TRIOLA, *Commento all'art. 1058*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della proprietà*, a cura di A. Jannarelli e F. Macario, Torino, 2012, p.883 ss.

<sup>56</sup> G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, cit., p. 136 ss.; afferma che tutte le ricostruzioni dirette a *by-passare* la trascrizione ai fini dell'opponibilità si dimostrano «non aliene dal sollevare qualche perplessità», A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 70.

<sup>57</sup> B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 308.

<sup>58</sup> G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, cit., p. 136 ss., anche per i successivi virgolettati, il quale non attribuisce alcun rilievo alla menzione della servitù, salva l'ipotesi in cui dal contratto emerga un esplicito atto di riconoscimento della stessa da parte dell'acquirente del fondo servente. Con quale differenza – *in parte qua* – B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 310; ID., *A proposito di servitù e obbligazioni*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 827 ss., il quale tuttavia, come puntualmente rileva G. DEIANA, *Le servitù prediali*,

agire in garanzia verso il suo dante causa<sup>60</sup>, non sarà però privato «del diritto di opporre la mancata trascrizione della servitù, una volta che egli abbia provveduto a trascrivere il suo acquisto»<sup>61</sup>. Daccapo, la *mala fede* dell'acquirente non è una situazione interiore che mette in *non cale* il sistema 'poderoso' della trascrizione: la nota tematica della doppia vendita immobiliare, con il secondo acquirente/primo trascrivente che prevale sul primo acquirente/secondo trascrivente restituirebbe la prova della persistente verità dell'affermazione<sup>62</sup>.

In senso contrario il più diffuso pensiero<sup>63</sup> – nel ribadire la distinzione tra conoscenza in senso ampio e conoscenza che è deputata a diffondere la trascrizione – sottolinea come la *menzione* della servitù occulta, nell'ambito del contratto di trasferimento del fondo servente, in una forma di conoscenza (coincidente con l'opponibilità) giustappunto non si esaurisce, dovendo, invece, a valle del processo di interpretazione del regolamento di interessi, costituire variamente<sup>64</sup> un 'accollo' (o un'accettazione) di servitù, e cioè l'assunzione dell'obbligazione a rispettarla da parte dell'acquirente-accollante; un riconoscimento di diritto reale ovvero un negozio unilaterale/bilaterale di accertamento; una rinuncia ad opporre il difetto di trascrizione (verso il terzo acquirente del fondo dominante); un contratto a favore di terzo (*id est*: del terzo titolare della servitù). Nell'orientamento prevalente resta quindi

cit., p. 477 ed *ivi* nota 42, equivoca sui tratti identificativi della questione, allorché la individua nei termini di un possibile conflitto tra l'atto costitutivo della servitù regolarmente trascritto e l'atto di acquisto del fondo servente non trascritto, là dove il problema si pone in modalità esattamente opposte.

<sup>59</sup> Così si deduce dalle argomentazioni di B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 306 ss.

<sup>60</sup> Neanche questo concedono R. TRIOLA e M.V. GAROFALO, *La trascrizione tra vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 98, là dove affermano che la conoscenza dell'esistenza della servitù gravante sul fondo alienato «non ha importanza nemmeno per il proprietario [...] perché il compratore deve sopportare la servitù se ed in quanto l'atto costitutivo della stessa sia opponibile il che dipende dalla trascrizione»; senza alcuna accenno, dunque, alla garanzia *ex art.* 1489 dalla quale, invece, il venditore sarà esonerato giustappunto in ragione della intervenuta conoscenza, da parte dell'acquirente, dell'esistenza della servitù

<sup>61</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 474.

<sup>62</sup> Per tutti, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, tomo I, cit., pp. 30 ss., 62 ss. e tomo II, cit., pp. 14 ss., 26 ss., 51 ss.

<sup>63</sup> Di recente, in termini essenziali, Cass., 10 ottobre 2011, n. 20817.

<sup>64</sup> Per le diverse ricostruzioni G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 474 ss.; C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 480 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 199 ss.

fermo che anche con la menzione il contratto di trasferimento del fondo servente non importa la contestuale costituzione della servitù, bensì l'assunzione di un'obbligazione in senso ampio <sup>65</sup>.

Le repliche non si sono fatte attendere.

5. – Si è sottolineato che la prefigurazione <sup>66</sup> di un accollo di un diritto reale (ovvero di un'*accettazione* di questo <sup>67</sup>) risulta improbabile se è vero che l'evocata figura vive e si compie nella dimensione delle obbligazioni <sup>68</sup>: ci s'accolla un'obbligazione, giammai un diritto (reale). D'altra parte, non potrebbe che apparire singolare la ricostruzione che alla mera menzione della servitù volesse ricondurre la significatività di una volontà (implicita) dell'acquirente di «accolarsi la servitù stessa» <sup>69</sup>. Sempreché non si ritenesse – quale mera ipotesi di studio destinata all'insuccesso – che la convenzione privata di costituzione della servitù non trascritta non fosse idonea a produrre l'effetto reale traslativo-

<sup>65</sup> B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 310; ID., *A proposito di servitù e obbligazioni*, cit., c. 827 ss.; G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, cit., p. 138 s.

<sup>66</sup> In tal senso si esprimeva L. COVIELLO, *Pubblicità immobiliare e malafede dell'acquirente*, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, c. 337; ID., voce *Trascrizione*, in *Nuovo dig. it.*, XII, 2, Torino, 1940, p. 282 ed *ivi* nota 1; ripreso da G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, cit., p. 136 ss., precisando che si tratta di *accollarsi l'onere* (delle conseguenze giuridiche) dell'atto di riconoscimento che, tuttavia, l'acquirente del fondo servente deve espressamente effettuare, non essendo all'uopo necessario una menzione, anche esplicita, della servitù per poterla ritenere – ancorché non trascritta – gravante sul fondo, con un acquirente tenuto conseguentemente a rispettarla. Infatti, come si sottolinea «di per sé, la menzione della servitù prediale nell'atto di traslativo non ha nessuna importanza né per il proprietario del fondo servente né per il proprietario del fondo dominante se questi non aveva trascritto il negozio costitutivo *inter vivos*» (p. 138). Peraltro, l'eventuale 'patto di riconoscimento' da «origine ad un obbligo d'indole personale [ed] impegna solo l'acquirente ed i suoi eredi ma non si trasmette agli altri aventi causa da lui» (p. 139); G. GROSSO, *Nota a App. Genova, 29 marzo 1957*, in *Foro it.*, 1957, I, p. 1828 s.

In giurisprudenza, Trib. Pisa, 24 marzo 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 828 ss., con nota di B. BIONDI, *A proposito di servitù e obbligazioni*, cit.

<sup>67</sup> Un accenno in G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, cit., p. 138.

<sup>68</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 475; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 310; C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 487 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 199.

<sup>69</sup> C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 480.

costitutivo, in quanto a carattere meramente obbligatorio, si da assumersi però il doppio rischio, sia di rievocare la presenza nel nostro ordinamento del modello di trasferimento che predica la distinzione, propria del BGB, tra *titulus* e *modus acquirendi* in luogo del consolidato principio consensualistico e dell'effetto reale (art. 1376), sia di attribuire alla trascrizione il carattere della costitutività (proprio della nascita dell'ipoteca), invece di quello della dichiaratività (proprio dei trasferimenti immobiliari). D'altra parte, l'assunzione di un'obbligazione avente per oggetto il rispetto della servitù occulta ovvero l'impegno a non eccepire il difetto di trascrizione non potrebbe giammai sostituirsi (se non in termini meramente descrittivi) all'opponibilità che si consegue con la trascrizione, oltre alla considerazione, di certo non secondaria, che l'obbligazione potrebbe anche rimanere inadempita. Da ciò, il proprietario del fondo servente sarebbe tenuto (nei confronti del suo dante causa, essendo quest'ultimo il creditore) soltanto al risarcimento del danno al terzo-titolare della servitù occulta, poiché questa, infatti, continuerebbe a rimanergli inopponibile, proprio in quanto non trascritta. In altri termini, altro è l'assunzione (anche implicita) dell'obbligo a rispettare la servitù; altro l'impossibilità di opporre il difetto della trascrizione (o la sua tardività): l'opponibilità non potrà conseguirsi con il divisato 'accollo' della servitù. Parrebbe, quindi, potersi chiosare: nel primo caso la tutela è di natura obbligatoria; nel secondo di natura reale.

6. – In riferimento all'ipotesi ricostruttiva del riconoscimento <sup>70</sup> della servitù <sup>71</sup>,

<sup>70</sup> In tema l'indagine, ormai classica, di C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali, Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979, *passim*, nonché quella di E. LA ROSA, voce *Riconoscimento dei diritti*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 584 ss.

<sup>71</sup> G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., pp. 272, 275 ss.; L. FERRI, *Rinuncia ad opporre la mancanza di trascrizione*, in *Giur. it.*, I, 1, 1962, c. 42 ss.; F. POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 432; G. DE RUBERTIS, *In tema di opponibilità al terzo acquirente di una servitù non trascritta*, cit., p. 310 ss., con la peculiare proposta secondo cui alla trascrizione non dovrebbe giungere autonomamente l'atto di riconoscimento, bensì l'atto di acquisto del fondo servente portante, altresì, detto riconoscimento: si conseguirebbe, così, l'opponibilità *ex art.* 2644; P. SILVESTRO-F.P. LOPS, *Il difetto di trascrizione del titolo costitutivo della servitù ed i suoi riflessi in tema di opponibilità al terzo acquirente*, in *Riv. not.*, 1977, p. 752 ss., spec., p. 764 ss.

Si rammenti che sotto il vigore del codice del 1865 l'espressa previsione di cui all'art. 634 era funzionale giustappunto ad consentire la possibilità (intesa dai più come ipotesi eccezionale al principio generale) del ricorso al riconoscimento della servitù al fine di superare l'eventuale difetto di trascrizione (cfr., G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 221 ss.; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 237 ss.).

del negozio unilaterale di accertamento<sup>72</sup> ovvero, ove ritenuto ammissibile, del negozio bilaterale di accertamento a favore del terzo<sup>73</sup> (*id est*: l'acquirente del fondo dominante), qui tutti assimilabili *quoad effectum*, deve rilevarsi che, anche a collocarsi nel ramo dell'alternativa che, ricacciandone la natura di dichiarazioni di scienza<sup>74</sup>, le assume come dichiarazioni negoziali produttive di effetti giuridici modificativi della preesistente realtà giuridica (in adesione alla più convincente teoria della negozialità, esprimendosi nell'auto-regolamento di interessi portante una regola ordinativa di rapporti o di interessi, dotata di vincolatività), alcune fondamentali questioni continuerebbero a rimanere irrisolte<sup>75</sup>. Segnatamente: sia quella relativa alla loro stessa ammissibilità, ove riferiti ai diritti reali; sia quella inerente all'individuazione degli effetti che i medesimi sarebbero idonei a produrre (dichiarativi<sup>76</sup> o costitutivi<sup>77</sup>, probabilmente *preclusivi*<sup>78</sup>, di certo non di-

<sup>72</sup> In questo senso P. SILVESTRO-F.P. LOPS, *Il difetto di trascrizione del titolo costitutivo della servitù*, cit., pp. 764 ss., 771.

Per l'ammissibilità del negozio di accertamento a struttura unilaterale, M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 70 ss.; ID., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 237 s.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 328 ss., spec., p. 338 s.; C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979, p. 157 ss.; per la necessaria bilateralità del negozio di accertamento, invece, R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 389 s.

Per un esaustivo approfondimento, e di C. GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, *passim*.

<sup>73</sup> Sulla figura in termini critici, C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 494; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 200.

<sup>74</sup> In questo senso autorevolmente, G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 278.

<sup>75</sup> Così, in senso critico, almeno G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 474 ss.; C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 491 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 199 ss.

<sup>76</sup> M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 36 ss., 51 ss., il quale individua gli effetti soltanto in quelli diretti a fissare il contenuto del negozio oggetto del riconoscimento; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 238 s.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 473 s.

<sup>77</sup> R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., p. 417, nella particolare concezione secondo cui la costitutività, per tale A., assume nella configurazione del negozio in oggetto; inerente, cioè, alla *costituzione dell'obbligazione* formale a rispettare quanto convenuto nel negozio di accertamento.

<sup>78</sup> A. FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 209 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 498 ss., 503 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 334 ss.



spositivi in senso tecnico<sup>79</sup>, ai quali, invece, inerisce l'opponibilità di cui all'art. 2644 c.c.). Ferma, in ogni caso, la retroattività<sup>80</sup> soltanto *inter partes*.

Infine, anche a superare tali problematiche – come si ritiene che allo stato dell'arte si possa più agevolmente fare<sup>81</sup>, di là dai risultati conseguibili dall'analisi del tema della ricognizione del debito – il problema investigato rimarrebbe ancora privo di una convincente soluzione<sup>82</sup>. Invero, anche il riconoscimento o l'accertamento unilaterale della servitù, da parte dell'acquirente del fondo servente, ancora nulla riuscirebbero a spiegare in merito alla ragione che impedirebbe a quest'ultimo di opporre il difetto di trascrizione all'acquirente del fondo dominante che pretendesse di esercitare la servitù. E ciò sia perché l'atto medesimo «non è fatto in confronto con l'interessato»<sup>83</sup>, là dove la recettività si appalesa quale requisito indispensabile per tali negozi<sup>84</sup>, sia perché se anche la trascrizione dell'atto di riconoscimento o del negozio di accertamento (laddove ritenuta ammissibile<sup>85</sup>) fosse eseguita non riuscirebbe parimenti a *procacciare* il risultato dell'opponibilità, giacché sareb-

<sup>79</sup> Altrimenti dovrebbe riqualficarsi in transazione. Lo rileva anche F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 473 ss.

<sup>80</sup> Per tutti, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 239; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 287 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 473 ss.

<sup>81</sup> Per tutti, la densa e lucida analisi di C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 328 ss.

<sup>82</sup> In senso deciso, C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 491 ss.

<sup>83</sup> B. BIONDI, *Servitù non trascritta e conoscenza del terzo*, in *Foro pad.*, 1963, I, p. 722.

<sup>84</sup> M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 72; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 279; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 200 s.

<sup>85</sup> Per la tesi positiva, G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 289; G. DE RUBERTIS, *In tema di opponibilità al terzo acquirente di una servitù non trascritta*, cit., p. 310; Cass., 29 ottobre 1957, n. 4205.

Per quella negativa, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 239: «se la ricognizione esorbita dai limiti di un semplice riconoscimento, in tanto si può opporre ai terzi in quanto sia trascritta, secondo l'art. 2645», con il che, in altro giro di parole, si dice sia che l'atto di riconoscimento, di per sé, non è trascrivibile, sia che sarà trascrivibile solo qualora *smetta* la natura della *mera dichiaratività*, e si riqualfichi in atto traslativo (ed allora sarà, proprio e soltanto per questo, trascrivibile, ai sensi dell'art. 2643); F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 473 ss.; P. SILVESTRO-F.P. LOPS, *Il difetto di trascrizione del titolo costitutivo della servitù*, cit., p. 768 s., sebbene con qualche incertezza tra l'adesione alla tesi della trascrivibilità e quella che la nega; nonché, Cass., 22 agosto 1953, n. 2835, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 2844 ss.; e spec., la chiara App. Napoli, 25 ottobre 1962, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 941 ss., in *Dir. giur.*, 1972, p. 636 ss.



be curata<sup>86</sup> non *ex art.* 2644 c.c. (per l'assenza di effetti traslativi), bensì al più *ex art.* 2651 c.c. (che, com'è noto, non svolge funzioni ai fini della continuità delle trascrizioni) ovvero ai sensi<sup>87</sup> degli artt. 2652-2653 c.c.. Salvo a non interpretare tali atti nuovamente – ma allora anche eludendo il problema – quali «indiretta espressione della volontà o di assumersi l'obbligo di rispettare la servitù o di rinunciare alla facoltà di far valere l'inefficacia di essa nei propri confronti»<sup>88</sup> (*id est*: del dichiarante) ovvero quale manifestazione dell'impossibilità «ad eccepire l'assenza di trascrizione»<sup>89</sup>.

7. – Anche la posizione interpretativa<sup>90</sup> che ricostruisce la menzione della servitù occulta in termini di rinuncia<sup>91</sup> a far valere, in via di eccezione, nei confronti del terzo titolare della servitù, il difetto di trascrizione non riesce a rivelarsi convincente<sup>92</sup>. Se, infatti, si concorda con il più attento orientamento<sup>93</sup> che configura l'intera disciplina della trascrizione come posta a presidio

<sup>86</sup> R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 151; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 474, ma *contra* autorevolmente, G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 289, il quale afferma che la trascrizione «rend[e] opponibile il riconoscimento ai terzi che abbiano acquistato diritti e non trascritto» poiché «la trascrizione [del riconoscimento] vale come trascrizione [dell'atto non trascritto]».

<sup>87</sup> S. PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale* (a cura di Giacobbe e La Torre), in *Tratt. Cucu-Messineo*, Milano, 1989, p. 147.

<sup>88</sup> In senso critico, C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 492.

<sup>89</sup> Adesivamente, invece, G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 282.

<sup>90</sup> L. FERRI, *Rinuncia ad opporre la mancanza della trascrizione*, cit., c. 43 s.; F. POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 432.

<sup>91</sup> In termini generali, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, II, cit., p. 45 ss.

<sup>92</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 484 ss.; C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 489 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 199.

<sup>93</sup> L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, cit., p. 10 s., il quale, tuttavia, ammette una rinuncia ad eccepire il difetto di trascrizione con riferimento ad un singolo atto, sia pure nella dimensione di ciò in cui tale rinuncia si traduce in concreto (p. 150; nonché ID., *Rinuncia ad opporre la mancanza della trascrizione*, cit., c. 43 s.); ID., *Note introduttive*, cit., p. 305; S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. Cucu-Messineo*, Milano, 1957, cit., p. 218; S. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati. Appunti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 309; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, tomo I, cit., p. 199 e tomo II, p. 34 ss.; perentoriamente, G. STOLFI, *Se e come al terzo acquirente dell'immobile sia opponibile la servitù rimasta occulta*, cit., p. 136 ss.

di interessi pubblici, in particolare dell'interesse alla sicurezza della circolazione immobiliare e, per l'effetto, qualifica le relative disposizioni come norme di ordine pubblico, si deve concludere per l'inammissibilità di una rinuncia all'operatività del meccanismo della trascrizione<sup>94</sup>; confermandosi, d'altro canto, che essa si limiterebbe ad esprimere un'efficacia limitata *inter partes*. Peraltro, se si passa ad indagare da vicino l'effetto generato dalla rinuncia, ci si accorge che questo in nulla intercetta ciò che evocando la menzione della servitù si intenderebbe tradurre in termini di opponibilità (della servitù) all'acquirente del fondo servente. Quest'ultimo, infatti, «non rinuncia a nulla»<sup>95</sup>; piuttosto, si obbliga a tenere un certo «comportamento negativo». Cioè, a non eccipere il difetto di trascrizione della servitù precedentemente costituita a favore del titolare del fondo dominante, senza rinunciare, dunque, ad alcunché. Ma, daccapo, se la rinuncia si traducesse, nel suo effetto essenziale, ad un obbligo – con valenza evidentemente *inter partes* – a rispettare la servitù occulta, vorrebbe dire, per un verso, che il rimando alla rinuncia viene effettuato in modo equivoco, e, per l'altro, ad esso potranno muoversi i medesimi rilievi svolti contro l'ipotesi ricostruttiva dell'accollo di servitù.

8. – Infine, anche la possibile interpretazione della menzione in termini di stipulazione a favore di terzo<sup>96</sup> – di là dalla singolarità della proposta di intendere una mera menzione negoziale come veicolante una volontà contrattuale (tra stipulante-venditore e acquirente-promittente) diretta a produrre effetti vantaggiosi al terzo (titolare della servitù) – si rivela di scarsa condivisibilità<sup>97</sup>, in entrambi i rami dell'alternativa secondo cui è stata prospettata. E ciò non per la nota problematica relativa all'idoneità della stipulazione *ex art.* 1411 a produrre (nella sfera del terzo) l'effetto (vantaggioso) traslativo (o costitutivo) di diritti reali, se è vero che essa, nel corso degli anni, si è notevolmente ridimensionata, fino ad esser revocata in dubbio dalla stessa autorevole dottrina

<sup>94</sup> Si esprime in termini di nullità della rinuncia, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, tomo I, cit., p. 199 e tomo II, cit., p. 47.

<sup>95</sup> L. FERRI, *Rinuncia ad opporre la mancanza di trascrizione*, cit., p. 44, anche per il successivo virgolettato.

<sup>96</sup> F. POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 433, il quale peraltro precisa che l'efficacia prodotta sarebbe soltanto obbligatoria.

<sup>97</sup> C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 487 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 199.

che l'aveva proposta<sup>98</sup>, e per quanto, più di recente<sup>99</sup>, ritornando sulla questione, si sia ribadito l'inconfigurabilità del contratto a favore di terzo a conseguire l'efficacia in riferimento ai diritti reali. In questa prospettiva, la principale argomentazione mette(va) in evidenza come all'inscindibilità dell'effetto unitario del trasferimento (che immediatamente si produce in forza del principio del consenso traslativo) non corrisponderebbe una pari unitarietà della causa negoziale (sul quale quello si fonda), poiché questa si farebbe *binaria*<sup>100</sup>. In quanto verrebbe necessariamente a sdoppiarsi nel ramo che giustifica lo spostamento della ricchezza tra stipulante e promittente (sul quale si fonda il trasferimento della proprietà tra i due) ed il ramo che sorregge l'altro spostamento di ricchezza tra stipulante e terzo (l'acquisto del diritto reale da parte di quest'ultimo in luogo di quello dello stipulante e che però si fonda sull'*interesse dello stipulante*, che è altro rispetto al contratto da questo concluso con il promittente). Ebbene, come si diceva, non è tanto per tutto ciò che la proposta si rivela non persuasiva, quanto piuttosto in ragione del rilievo per cui, anche ad ammettere una stipulazione a favore di terzo compatibile con l'efficacia dispositiva del diritto reale, essa si appaleserebbe inefficiente allo scopo.

Invero, sia un contratto a favore di terzo portante la costituzione di una servitù identica a quella già costituita ma rimasta occulta, sia una stipulazione che si risolvesse nell'assunzione di un'obbligazione (da parte del promittente verso il terzo proprietario del fondo dominante) a rispettare la servitù o a non eccipire il difetto di trascrizione, non faticherebbero a provocare notevoli perplessità circa la loro divisibilità. La prima variante, infatti, imporrebbe di immaginare una stipulazione che *affianchi* alla precedente servitù non trascritta un'altra servitù, di contenuto identico, ma fondata questa volta sul nuovo atto costitutivo tra il medesimo dante causa (del titolare del fondo dominante) e l'acquirente del fondo servente, senza avvedersi però che in tal guisa tale acquirente sarebbe impossibilitato ad eccipire l'inopponibilità della precedente servitù non già perché il titolo costitutivo di questa diverrebbe a lui opponibile, bensì – e più semplicemente – perché il medesimo non po-

<sup>98</sup> U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 132 ss.

<sup>99</sup> U. MAJELLO, voce *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, IV, Torino, 1989, pp. 240 e 246.

<sup>100</sup> B. GRASSO, *La stipulazione a favore di terzo e l'effetto traslativo del diritto reale*, in *Dir. giur.*, 2006, p. 335 ss.

trebbe contestare l'opponibilità nei suoi riguardi di una servitù da lui stesso costituita e trascritta<sup>101</sup>. Ma, e qui si sostanzia la criticità della proposta interpretativa, la soluzione in tal modo sarebbe elusa, non ritrovata: è proprio la seconda servitù, costituita e trascritta, che, *ça va sans dire*, diventa opponibile al proprietario del fondo servente, proprio perché è stato lui a costituirla, e non già la prima che, invece, continuerebbe a rimanergli inopponibile. La seconda variante, nel richiamarsi all'assunzione dell'obbligo, da parte dell'acquirente del fondo servente-promittente a non opporre il difetto di trascrizione (ovvero a rispettare la servitù), non riuscirebbe a superare quelle medesime criticità che si sono già rappresentate con riferimento all'«accollo di servitù» e, in ogni caso, non riuscirebbe a sporgere rispetto al rilievo della mera rilevanza *inter partes* dell'obbligazione medesima.

9. – Al cospetto delle innumerevoli ipotesi ricostruttivo-interpretative, il più attento pensiero dottrinale<sup>102</sup> – dichiarando, con rara onestà, di voler ritornare sui propri passi<sup>103</sup> – ha da tempo chiarito i criteri alla cui stregua dipanare la questione della servitù occulta.

Invero, di là dalle modalità con cui si manifesta in concreto e senza che esse si rivelino decisive circa la possibile soluzione<sup>104</sup>, la menzione della servitù

<sup>101</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 199; C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 487 ss.

<sup>102</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 480 ss.; seguito poi da L. FERRI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. c.c.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1951, p. 110: «ciò che rende opponibile la servitù non trascritta è una dichiarazione del terzo di riconoscere tutte le servitù esistenti sul fondo acquistato», cit., p. 155; C. GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 496 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 197 s.; F. POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità*, cit., p. 435. Ma già, puntualmente citato, N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Milano, 1907, n. 163.

Non se n'avvede R. TRIOLA, *Commento all'art. 1058*, cit., p. 885, indicando come autore di questa ricostruzione F. Gazzoni in luogo, per l'appunto, di G. Deiana. Non chiara la posizione di P. SILVESTRO-F.P. LOPS, *Il difetto di trascrizione del titolo costitutivo della servitù*, cit., p. 764 ss., i quali, pur dichiarando espressamente di aderire alla proposta interpretativa di Deiana, sostengono che la *menzione* in atto della servitù si traduce in «una manifestazione di volontà con la quale il terzo acquirente si impegna a rispettare la servitù ed a non opporre il difetto di trascrizione» (p. 765), finendo per esporsi alle medesime critiche più avanti formulate contro quest'ultima ipotesi ricostruttiva.

<sup>103</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 477.

<sup>104</sup> Con il solo limite delle c.dd. clausole di stile contenute negli atti notarili di trasferimento.

non costituisce altro che una porzione del più ampio, unitario ed inscindibile *accordo* costituente il *quid essentiae* intorno al quale si forma la volontà contrattuale. Anche la *mera* indicazione della servitù allora contribuirà ad individuare il bene materiale recepito nel contratto attraverso le condivise descrizione e individuazione ed a conformarlo giustappunto in ragione del suo significato. Sì che la volontà contrattuale dovrà intendersi come formata e conclusa in riferimento non già al trasferimento di una proprietà piena e libera del fondo, bensì di una proprietà gravata per l'appunto dalla menzionata servitù. Non si tratta, dunque, di una menzione che si risolve (e pure si dissolve) in una mera fonte di conoscenza negoziale (della quale resterebbe incerto il grado di intensità circa la ricezione da parte di chi ne è destinatario), bensì di un fattore incidente direttamente sul contesto generale dal quale emargina la concorde e definitiva volontà contrattuale. Che, si ripeta, si forma in riferimento al trasferimento di un fondo *gravato* dalla servitù (*melius*: fondo *servente*).

In altri termini, la menzione non deve essere considerata come un patto aggiunto o una clausola che, pur presente nel regolamento di interessi, si rivela estranea al processo di formazione della complessiva volontà contrattuale, bensì, come appena detto, quale porzione – solo didascalicamente isolabile dal resto della dichiarazione di volontà delle parti – del più ampio ed unitario accordo raggiunto dai contraenti. Così risolvendosi, dunque, un problema di interpretazione negoziale, se le parti convengono che il fondo trasferito è in piena proprietà, ma poi *aggiungono* (in termini di segni linguistici, non anche all'accordo in sé) che quel fondo è gravato dalla servitù descritta nell'atto: «le due clausole vanno intese nel senso che si è voluto vendere un fondo gravato dalla servitù. L'acquirente non può pretendere che non era tenuto a trascrivere la menzione della servitù»<sup>105</sup>. Aggiungendosi che è necessario «prend[ere] in considerazione l'insieme della pattuizione, la quale costituisce un tutto unitario ed inscindibile, perché la c.d. pattuizione accessoria altro non è se non una pattuizione con la quale si individua e si delimita il

La menzione, in altri termini, non potrebbe ritrovarsi anche in queste clausole che si esauriscono, di regola, nel riferire che, tra gli altri diritti 'accessori', il trasferimento avviene a favore dell'acquirente "con tutte le servitù attive e passive", senza ulteriori specificazioni (ad es., indicazione dei fondi servente e dominante, contenuto della servitù, modalità di esercizio, durata, eventuale corrispettivo, ecc.).

<sup>105</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 486 s.

bene o meglio il diritto oggetto del trasferimento»<sup>106</sup>. D'altra parte, così impostata la questione, si deve ribadire che altro è assumersi l'obbligo di rispettare la servitù occulta (esito cui conducono le riferite e censurate ricostruzioni), altro è registrare la stessa impossibilità di esercitare il potere di opporre il difetto di trascrizione<sup>107</sup> (per avere l'accordo sostanziale trasferito un fondo gravato da servitù).

In forza della soluzione prospettata, si può agevolmente verificare che la questione della servitù occulta in nulla intercetta<sup>108</sup> i conflitti che si svolgono, ai sensi dell'art. 2644 c.c., tra opposti titoli di acquisto dal medesimo (o comune) autore in relazione a *diritti tra essi incompatibili*<sup>109</sup> – e che la disciplina della trascrizione è preposta, appunto, a risolvere –, bensì una distinta vicenda che, se da un lato, tutta si colloca sul piano sostanziale del regolamento di interessi, dall'altro pure nella sua attenta interpretazione si chiude e si esaurisce. Né, tampoco, come appena accennato, potrebbe rivelarsi risolutivo il ricorso al criterio della priorità della trascrizione, e così discriminare il vincente del conflitto tra i due aventi causa (acquirente del fondo servente e titolare del diritto reale minore) ai fini dell'opponibilità della servitù occulta, poiché, stante l'*assenza stessa di un conflitto tra diritti incompatibili* il rinvio all'art. 2644 rimarrà perciò stesso precluso<sup>110</sup> ovvero re-

<sup>106</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 201 s.

<sup>107</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 484; aderisce F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 202.

<sup>108</sup> E, in tal senso, anche Cass., 21 aprile 1982, n. 2338, in *Giust. civ.*, 1981, 1, p. 1585 ss.

<sup>109</sup> Per tutti, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 480 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 60 ss., ove la precisazione che l'incompatibilità può riferirsi sia agli effetti provocati dagli atti di trasferimento, sia alla circostanza che entrambi i contratti (pur costituendo diritti tra sé non oggettivamente incompatibili) sono stati conclusi dal medesimo autore; L. FERRI e P. ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 193; ID., *Note introduttive*, cit., p. 373 ss.; ma *contra* B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 306 s.: «se la servitù è trascritta, è opponibile all'acquirente e la questione della conoscenza risulta oziosa, giacché la servitù si trasferisce come qualità inerente al fondo, indipendentemente dalla menzione o comunque conoscenza; se la servitù non è trascritta non è opponibile all'acquirente, il quale però [può opporre la mancata trascrizione, e] non può rivolgersi contro l'alienante *ex art.* 1489 [se] aveva conoscenza dell'esistenza della servitù» (p. 308 s. in una con quanto sostenuto a p. 306).

<sup>110</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 485: «il punto importante era quello di stabilire se l'acquirente possa invocare l'art. 2644 quando ha acquistato il fondo come gravato da servitù. Ora mi sono convinto che non può invocarlo, perché siamo fuori dei casi in cui trovano applicazione le due norme dell'art. 2644»; L. FERRI, *Note introduttive*, cit., p. 373 ss. ed *ivi* nota 35

stituirà indicazioni inefficienti. Si deve, invece, confermare, in una alla più attenta dottrina<sup>111</sup>, che il meccanismo di cui alla dichiaratività della trascrizione funziona ed è destinato a funzionare (e, quindi, a produrre l'effetto dirimente del conflitto cui è preposto) soltanto qualora si accerti un'incompatibilità tra diritti acquistati dal medesimo avente causa. Se, al contrario, tra i divisati diritti non c'è tale *collisione*<sup>112</sup> (come, infatti, non c'è conflitto tra l'acquirente della proprietà di un fondo ed il titolare di una servitù su quel fondo), allora il meccanismo non vedrà verificato il suo requisito di attivazione e non troverà applicazione.

In altro giro di parole, non è consentito immaginare una trascrizione (con il relativo effetto dell'opponibilità) che si sovrapponga o finanche si sostituisca alla volontà delle parti sul piano sostanziale (per come modulata nel contratto funzionale a trasferire un immobile gravato dalla servitù occulta), fino a creare, per un verso, un titolo di acquisto che altrimenti non esisterebbe<sup>113</sup> (o, al contrario, esisterebbe secondo modalità distinte dal contratto) e, per l'altro, ad attribuire alla trascrizione (del titolo dispositivo del fondo servente) addirittura una forza *implementativa* degli effetti negoziali (che però, si badi, da negozio non sono mai stati prodotti), consentendo all'acquirente, nell'opporre il difetto di trascrizione dell'altrui servitù, di far valere *erga omnes* un acquisto in piena proprietà e senza pesi a dispetto di quanto indicato nel sotteso regolamento di interessi.

A ragionar nelle contestate modalità, daccapo, si dovrebbe immaginare un acquirente facoltizzato ad invocare l'art. 2644 c.c. eccependo la mancata pubblicità della servitù, nonostante «l'oggetto dell'acquisto [fosse] stat[o] la proprietà gravata dal diritto reale, [consentendogli, in tal modo, di] acquistare una proprietà libera, [con il che, in tutta evidenza] tale diritto di proprietà piena [finirebbe per trovare] il proprio titolo sostanziale non solo nel

<sup>111</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 480 ss.; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 202 s.

<sup>112</sup> È espressione di G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 480.

<sup>113</sup> Sostituendo alla proprietà gravata da servitù, sí come espressamente resa oggetto del contratto tra le parti, la proprietà piena che dovrebbe risultare dal concorso tra la tempestiva trascrizione del titolo di acquisto dell'avente causa e la mancata trascrizione della precedente costituzione della servitù: in questo senso, invece, R. TRIOLA e M.V. GAROFALO, *La trascrizione tra vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 96 ss. ove si esordisce che «[n]on è dubbio che la servitù non trascritta sia inopponibile al terzo che non solo acquista il terreno come libero, ma cura tempestivamente la trascrizione del proprio titolo».

contratto di acquisto ma anche nella priorità della trascrizione»<sup>114</sup>. Al contrario, risulta «pacifico che la trascrizione non può giammai costituire titolo per l'acquisto a titolo derivativo della proprietà, pur quando chi trascrive sia il secondo avente causa» in quanto, anche in questo ultimo caso, «la trascrizione [opererà] dall'esterno e non come coelemento di efficacia della fattispecie acquisitiva»<sup>115</sup>. Infine, aggiungendosi che la «trascrizione non è stata creata perché uno possa conseguire, trascrivendo, più di quello che il titolo gli attribuisce; ma è stata creata per evitare che si possa conseguire meno di quel che il titolo attribuisce a qualcuno»<sup>116</sup>.

Si deve prendere contezza che nella vicenda in esame la verifica della priorità della trascrizione (*id est*: della servitù rispetto all'acquisto del fondo servente), quale preteso scrutinio necessario per rendere opponibile la servitù al *terzo-acquirente*, in nulla potrebbe rivelarsi idoneo a tracciarne i possibili esiti risolutivi, trattandosi, di contro, per un verso, di un trasferimento di un diritto (di proprietà o altro diritto reale) che risulta (già) *conformato* dall'esistenza e dalla *menzione* di una precedente servitù (sia pure in assenza di pubblicità immobiliare), al pari di come era conformato e/o limitato il diritto del

<sup>114</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 202 s. (anche per il successivo virgolettato), in scia a G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 482, osserva come «[l]a trascrizione non è stata creata perché uno possa conseguire, trascrivendo, più di quello che il titolo gli attribuisce; ma è stata creata per evitare che si possa conseguire meno di quel che il titolo attribuisce a qualcuno, come accadrebbe se si potessero opporre degli atti di disposizione compiuti dal proprio autore e non resi pubblici»; L. FERRI e P. ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 193 s.; ma, in senso contrario, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 307.

Corre peraltro l'opportunità di precisare – per così prevenire il rilievo che potrebbe immediatamente formularsi – che la questione in nulla intercetta la problematica, assai complessa, dell'acquisto del secondo acquirente (apparentemente) *a non domino* con trascrizione tempestiva rispetto all'acquisto *a domino* (ma non ancora trascritto) del primo acquirente, nella quale pure la trascrizione parrebbe porsi quale (co-)elemento perfezionativo della fattispecie acquisitiva. Invero, qui la trascrizione opera da elemento *esterno* alla fattispecie acquisitiva, non già quale coelemento di perfezionamento della fattispecie a formazione progressiva (per tutti, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 202 s.), in quanto essa svolge, *quoad effectum*, la duplice funzione *i*) di condizione risolutiva del precedente e primo titolo di acquisto e *ii*) di fattore idoneo all'opponibilità del secondo acquisto (che, pertanto, risolto il primo in virtù della trascrizione – quale evento dedotto nella condizione risolutiva *ex lege* – si effettua *a domino*).

<sup>115</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, tomo I, cit., p. 203 e tomo II, cit., p. 26 s.

<sup>116</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 482; cui aderisce *in toto* G. DE RUBERTIS, *In tema di opponibilità al terzo acquirente di una servitù non trascritta*, cit., p. 309.



precedente dante causa<sup>117</sup>; per l'altro, dell'assenza di quella stessa incompatibilità o collidenza<sup>118</sup> tra diritti postulata (logicamente) dal meccanismo risolutivo dei conflitti di cui all'art. 2644 c.c.

Come si è ben evidenziato<sup>119</sup>, allora: *i*) la soluzione dovrà essere rinvenuta sul piano del diritto sostanziale e non su quello della trascrizione, idonea a risolvere conflitti tra titoli incompatibili (che qui, però, non si profila); *ii*) nell'ipotesi in esame, «non nasce un problema di opponibilità ai terzi aventi causa dall'acquirente del fondo servente dell'originaria servitù occulta»<sup>120</sup> perché tra il diritto trasferito all'acquirente del fondo servente e la servitù occulta a favore di terzi (costituita dal medesimo dante causa) non si genera alcun conflitto che l'art. 2644 è deputato a risolvere; *iii*) la trascrizione non è uno strumento idoneo ad *implementare* gli effetti negoziali prodotti dal

<sup>117</sup> Per tutti, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 65 ss.

<sup>118</sup> Per quanto – come osserva G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 482 – «[i]l legislatore non è stato sufficientemente esplicito nel dire che i due acquirenti dallo stesso autore debbano essere acquirenti di diritti collidenti in tutto o in parte [e tuttavia] la cosa va data come certa», richiamandosi al pensiero autorevole di N. COVIELLO, *Trascrizione I*, cit., p. 163.

<sup>119</sup> Esemplarmente e lucidamente, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 484, per il quale la «conclusione a cui bisogna pertanto giungere è che quando le parti abbiano stabilito che la proprietà veniva alienata gravata dalla servitù, l'acquirente non può invocare il difetto di trascrizione della servitù, perché colui il quale oppone la servitù non accampa un diritto che collida anche in parte con il diritto da lui acquistato. Egli ha acquistato una proprietà gravata da quella data servitù e non può pretendere che la servitù collida con il diritto da lui acquistato. Naturalmente, se egli pretende che ha acquistato la proprietà gravata dalla servitù, ma che è di venuto proprietario libero dalla servitù, in quanto la servitù non è stata trascritta prima della trascrizione del suo acquisto, gli si dovrà ricordare [...] che in questo caso la servitù non si estingue per il fatto di non essere stata trascritta, perché, non essendoci collisione tra la servitù e la proprietà gravata dalla servitù, non può invocare l'art. 2644. Ciò premesso, osserviamo che nel caso da noi considerato, in cui sia dimostrato che oggetto dell'acquisto è stata la proprietà gravata dalla servitù, l'acquirente non ha un obbligo di non opporre la mancata trascrizione o la trascrizione tardiva e non ha un obbligo di riconoscere la servitù. Egli si trova nella situazione di non potere opporre il difetto di trascrizione o la tardività della trascrizione. Non può invocare le norme dell'art. 2644, perché queste non concernono il caso in cui i diritti dei due aventi causa dallo stesso autore non collidano né in tutto né in parte. E un errore, quindi, credere che l'acquirente non debba opporre il difetto di trascrizione per essersi assunto un obbligo di non opporlo. Non ha alcuna importanza ricercare se egli abbia voluto assumersi quest'obbligo. Se oggetto del trasferimento è stata la proprietà gravata dalla servitù, l'acquirente non può opporre la mancata trascrizione neppure quando egli era convinto nel momento dell'acquisto che, se avesse trascritto prima del titolare della servitù, avrebbe potuto opporre il difetto di trascrizione».

<sup>120</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 203.

titolo, si da prefigurare una sorta di sua *iper-costitutività*, in quanto assunta come necessaria non soltanto a compiere il procedimento costitutivo per la nascita dell'ipoteca, bensì finanche ad *aumentare* gli effetti prodotti dallo statuto negoziale. Daccapo: la trascrizione *conferma* gli effetti prodotti dal titolo che per suo tramite (ed in funzione dichiarativa) viene pubblicizzato ai fini del conseguimento dell'opponibilità nei confronti di terzi che vantino diritti incompatibili con quello trasferito: svolge una funzione *conservativa* e *cautelare*, in ciò risolvendosi la *dichiaratività*. Accertata la *collidenza*, la priorità della trascrizione sovviene a determinare quale diritto (che però – si badi – trova fondamento nel titolo sostanziale e soltanto in questo) ne uscirà vincente.

Sì che se la priorità della trascrizione riuscirà ad indicare quale tra i due diritti diviene opponibile al titolare dell'altro, in nulla, invece, riuscirà a fondare l'*esistenza* di un diritto che soltanto nel titolo (e giustappunto in questo) dovrà rinviene la sua *unica* fonte. La trascrizione rende opponibile un diritto già sorto (operando dall'esterno rispetto agli effetti dell'atto trascritto e prodotti esclusivamente dall'atto medesimo); non ha certo la forza di far nascere diritti, se non nel caso di incompatibilità che viene dissolta con la *prima* trascrizione del *secondo* acquisto, che però è (e sarà sempre <sup>121</sup>) *a domino* <sup>122</sup>. Questa, infatti, opererà come condizione risolutiva *ex lege* dell'efficacia del primo acquisto ed esternamente rispetto al secondo acquisto, ma con atto trascritto per primo <sup>123</sup>. Se il titolo trasferisce il fondo servente che, proprio in quanto servente, è intrinsecamente gravato da una servitù *menzionata* nel contratto, la sua trascrizione – ancorché prioritaria (rispetto alla servitù rimasta occulta) – non consentirà all'acquirente del fondo di opporre (al titolare della servitù) l'acquisto di una proprietà libera e piena, anziché gravata.

D'altra parte si era già convincentemente osservato che «è solo nel limite dell'intento negoziale che la legge attribuisce al terzo la facoltà di eccepire il difetto di trascrizione. Così chi acquista per contratto la nuda proprietà non può eccepire la mancanza della trascrizione da parte dell'usufruttuario [...] Analoghe considerazioni valgono per il caso in cui si alieni un fondo gravato

<sup>121</sup> Lo chiarisce con nettezza, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 8 ss.

<sup>122</sup> Funzionando la seconda trascrizione *ab externo* sul primo atto come condizione risolutiva dell'efficacia di questo: F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 451 s.; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da d'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, p. 139 ss.; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., p. 119.

<sup>123</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, II, cit., p. 27.

da servitù (il cui atto costitutivo non fu trascritto) e della esistenza di questa si faccia menzione nello stesso atto di alienazione»<sup>124</sup>; nonché che se «risulta dal contratto che si è voluto dalle parti alienare e, rispettivamente, acquistare una proprietà gravata dal diritto reale, allora l'acquirente sarà tenuto al rispetto del diritto reale nonostante la mancata trascrizione. Diversamente si verrebbero ad attribuire al secondo contratto di alienazione degli effetti eccedenti l'intento comune delle parti; effetti che, non trovando il loro titolo nel contratto, non si saprebbe come giustificare. L'opponibilità del diritto reale limitato al terzo acquirente della proprietà è qui basata sul fatto che tra la costituzione del primo e il trasferimento della seconda non esiste alcun atrito o alcuna possibilità di conflitto, in quanto la proprietà viene trasferita appunto come proprietà limitata da un diritto reale»<sup>125</sup>.

10. – Nella prospettiva appena investigata l'analisi della questione<sup>126</sup> si è spesso limitata a verificare il difetto di trascrizione in riferimento al primo atto posto in essere dal dante causa, già costituente la servitù (non trascritta), nell'ipotesi della previsione della *menzione* della medesima giustappunto nel primo atto di trasferimento, lasciando, però, inevasa l'analisi della (diversa?) questione relativa al possibile ulteriore trasferimento del fondo servente da parte del primo avente causa a favore di successivi sub-acquirenti. Prefigurando, peraltro, l'apparente (ma talvolta esplicita<sup>127</sup>) percezione di come le divise proposte non avrebbero potuto non esaurire la loro operatività nell'ambito del primo ed originario atto di trasferimento e, dunque, *inter partes*. Dovendosi, invece, inevitabilmente rimettere, nuovamente ed esclusivamente, al criterio dell'opponibilità di cui all'art. 2644 c.c. la risoluzione degli ulteriori conflitti generati dai successivi trasferimenti (tra titolare della servitù e sub-acquirenti<sup>128</sup> dal primo avente causa del fondo servente).

<sup>124</sup> L. FERRI, *Note introduttive*, cit., p. 373, quindi con affermazioni che risultano differenti da quelle riportate in ID., *Rinuncia ad opporre la mancanza della trascrizione*, cit., c. 43 s

<sup>125</sup> L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, cit., p. 165.

<sup>126</sup> G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 219; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 307; L. FERRI, *Rinuncia ad opporre la mancanza di trascrizione*, cit., p. 43.

<sup>127</sup> P. SILVESTRO-F.P. LOPS, *Il difetto di trascrizione del titolo costitutivo della servitù*, cit., p. 773.

<sup>128</sup> La soluzione prospettata non dovrebbe essere diversa da quella che si può accogliere in riferimento all'ipotesi (distinta da quella oggetto delle presenti riflessioni, in cui la servitù risulta già costituita a favore di terzi, sia pure rimasta occulta) in cui l'acquirente del fondo servente do-

Orbene, *quid iuris* per l'ipotesi in cui l'acquirente del fondo servente trasferisse, a sua volta, il medesimo fondo? Quella *menzione* della servitù, già riportata nel suo titolo di acquisto, sarebbe per ciò stesso opponibile al terzo-subacquirente? Oppure la servitù occulta, per continuare ad essere opponibile ai sub-acquirenti, dovrà essere *necessariamente* menzionata e condivisa tra le parti di tutti gli ulteriori e successivi regolamenti di interessi?

Al riguardo può affermarsi che anche nel caso cui l'originario acquirente del fondo servente, trascurando (finanche in male fede) di indicare l'esisten-

po aver concluso il contratto con contestuale *riserva* di servitù a favore dell'alienante (cd. *deductio servitutis*), proceda all'ulteriore trasferimento al sub-acquirente del fondo in piena proprietà e libero da pesi, nonostante, appunto, la precedente *deductio* (che, evidentemente, si dà per non menzionata in questo secondo contratto, perché altrimenti troverebbe di nuovo applicazione la soluzione prospettata nel testo).

Ed invece G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 490 nella nota 53 (che inizia a p. 488, nonché p. 522), nella specificità della vicenda sì come tratteggiata, propone un differente esito della questione. La ragione si rinviene nell'adesione, da parte dell'A., alla tesi, estremamente diffusa in passato ma ormai superata, secondo cui la *riserva* negoziale di un diritto reale (servitù, usufrutto, ecc.) con contestuale vendita della proprietà dovrebbe essere necessariamente configurata come la conclusione di due negozi (ovvero un unico negozio) portanti rispettivamente il trasferimento della piena proprietà all'acquirente e la costituzione della servitù (o dell'usufrutto) da parte di quest'ultimo a favore dell'alienante; e ciò in ragione della pretesa argomentativa, ancora una volta superata, secondo la quale il diritto di proprietà sarebbe «un diritto unitario e non una somma di vari diritti» (G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 522) e non potrebbe essere *smembrato* dall'alienante. È evidente, infatti, che assunto ciò, la conseguenza non potrebbe che essere – come, coerentemente e rigorosamente, peraltro, concludeva G. Deiana – che nel caso di riserva di servitù (a differenza del caso della precedente costituzione a terzi), il meccanismo di risoluzione dei conflitti tra diritti collidenti in caso di acquisto dal medesimo autore trovi daccapo piena applicazione. Invero, il successivo sub avente causa potrebbe acquistare l'immobile come libero (se così gli fosse stato trasferito, e, quindi, senza alcuna menzione della servitù in atto) se procedesse per primo alla trascrizione del suo atto rispetto a quello portante la riserva della servitù, concessa dal suo dante causa (a favore dell'ulteriore avente causa), poiché stavolta tra sub-acquirente e primo alienante riservatario si genererebbe un evidente conflitto tra diritti incompatibili per essere aventi causa dal comune autore.

Nondimeno, caduta la necessità sottesa a quel ragionamento, imputabile, come s'è visto, alla pretesa unitarietà ed inscindibilità del diritto di proprietà, e aprendo, al contrario, all'ammissibilità di una riserva di servitù che escluda il doppio passaggio venditore-acquirente della piena proprietà e acquirente-venditore per la costituzione della servitù, con la conseguenza di dover considerare quest'ultimo avente causa dal primo in riferimento giustappunto alla servitù, la soluzione offerta nel testo torna ad essere nuovamente convincente anche per il caso della *deductio servitutis*.

In senso contrario, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 203, sul presupposto

za della servitù (sia nel contratto, sia, alternativamente, nella nota <sup>129</sup>), trasferisse ulteriormente la proprietà piena dell'immobile (e non, dunque, il fondo servente) in forza di un contratto in cui *non se ne menzionasse* l'esistenza, non per ciò stesso il sub-acquirente sarebbe legittimamente 'autorizzato' a riconoscere la servitù (che nella vicenda in esame continua a non essere trascritta) e pretendere, per l'effetto, di acquistare il fondo come libero da ogni vincolo di natura reale <sup>130</sup>. Infatti, in ossequio non soltanto al principio <sup>131</sup> del *nemo plus iuris in alium transferre postest quam ipse habet* – essendosi il dante causa comportato, *in parte qua*, come un *non dominus* – bensì (e vieppiù) per

che la *deductio servitutis* implichi sempre la costituzione di una servitù, sia pur prendendo spunto da una prospettiva totalmente diversa da quella che afferma la necessità del doppio negozio per l'inscindibilità del diritto di proprietà.

<sup>129</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 487; F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 203.

<sup>130</sup> Questa, tuttavia, è la soluzione comunemente condivisa tra gli interpreti.

<sup>131</sup> Per tutti, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 1 ss., spec., p. 3. «la massima *nemo plus iuris* ha valore non tanto di assioma logico, quanto di principio normativo: è una regola giuridica, cioè pratica, ricavata per induzione e rivestita con la formula suggestiva di principio di necessità logica», ID., voce *Acquisto a non domino*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 69 ss., spec., p. 73 ss.. La *regula* in parola esprime un *principio normativo* pari a quello che esprime l'art. 2644 per risolvere il conflitto tra due aventi causa del medesimo diritto dallo stesso autore. Un principio normativo quello condensato nel brocardo latino che, sia pure sottoposto ad autorevoli attacchi (A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 246 ss., spec., p. 302; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 116 ed *ivi* nota 107), non pare minimamente scalfito nella sua perseverante vigenza. Quanto al preteso conflitto tra principi, e cioè tra questo e quello consegnato al meccanismo della priorità della trascrizione, la soluzione offerta dall'ordinamento è di natura politico-sistemica e non logico-assiomatica, al fine, evidente, di favorire la circolazione immobiliare. In ogni caso, le norme che disciplinano gli acquisti dal non avente diritto (e, tra queste, c'è l'art. 2644) «non possono considerarsi come l'espressione di un principio generale» (L. MENGONI, *Acquisto a non domino*, cit., p. 74).

In conseguenza (non tanto per la conclusione, quanto per l'argomentare) non convince ciò che affermano R. TRIOLA e M.V. GAROFALO, *La trascrizione tra vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 103, allorché scrivono che «in sede interpretativa, nel conflitto tra una norma di legge e un antico brocardo, non si può che dare prevalenza alla prima». Orbene, di là dall'osservazione per cui nel conflitto tra una disposizione normativa ed un principio dell'ordinamento non sempre l'esito dovrà essere quello della prevalenza della prima, l'apparente conflitto tra il principio del *nemo plus iuris* ... e la regola della priorità della trascrizione non rappresenta una questione che si risolve con il ricorso alle gerarchie di legge (la 'norma di legge' vince sull'antico brocardo'), bensì con il ricorso ad una soluzione politico-sistemica (che poi viene supportata da una regola tecnica di spiegazione di tale soluzione: L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 9).

l'impossibilità di invocare l'art. 2644 c.c. in ragione della circostanza che il dante causa [l'acquirente del fondo servente] «non è comune autore rispetto [al sub-acquirente] e al titolare del diritto di servitù [già costituito ed esistente sul fondo compravenduto]»<sup>132</sup>, il sub-acquirente rimarrebbe comunque sottoposto alla servitù. Non potrà, infatti, invocare il regime dell'opponibilità di cui alla disposizione da ultimo citata, in quanto l'evocato conflitto non si svolgerebbe tra due aventi causa dal medesimo autore.

Sì è in proposito espressamente confermato che allorquando il sub-acquirente Sempronio «eccepisce a Caio [titolare della servitù non trascritta] il difetto di trascrizione, non ci troviamo di fronte a due acquirenti dallo stesso autore. Caio è acquirente da Tizio [originario intestatario del fondo in piena proprietà], mentre Sempronio [sub-acquirente] è acquirente da Mevio [primo acquirente del fondo servente da Tizio]. Poiché Mevio aveva acquistato una proprietà gravata dalla servitù, non è possibile che egli trasferisca ad altri una proprietà libera dalla servitù»<sup>133</sup> giacché «non è possibile che per effetto delle norme sulla trascrizione l'avente causa di una persona acquisti dei diritti che questa persona non abbia mai avuti in nessun momento o diritti più ampi di quelli che questa persona abbia mai avuti».

Sì che, per quanto il contratto in forza del quale si titola il sub-acquisto non riportasse l'indicazione della presenza di una servitù insistente sul fondo, che di quel titolo costituisce oggetto di trasferimento (nella persistente assenza della trascrizione della servitù), il sub-acquirente parimenti non potrebbe contestarla<sup>134</sup> (opponendo il difetto della trascrizione al terzo titolare del fondo dominante), sia perché il suo dante causa, avendo acquistato un diritto gravato dalla servitù (*menzionata* nel suo contratto), non potrebbe che trasferire un diritto altrettanto limitato<sup>135</sup> e/o conformato, sia perché la re-

<sup>132</sup> F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. 203, in scia al magistrale insegnamento di G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 480 ss., ove si osserva che l'art. 2644 c.c. e le due disposizioni che esso contiene al primo ed al secondo comma «trovano applicazione soltanto quando a colui che ha trascritto (o che ha trascritto prima) si voglia opporre un atto del suo autore, che, se gli potesse essere opposto, verrebbe a ledere quel diritto che gli è attribuito dal suo titolo».

<sup>133</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 487 s., anche per il successivo virgolettato.

<sup>134</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 487 ss.

<sup>135</sup> G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., p. 488: «siamo dell'avviso che Sempronio [avente causa] acquista il fondo gravato dalla servitù, perché anche il suo dante causa l'aveva acquistato gravato dalla servitù. Non si tratta di un conflitto di interessi tra due aventi causa dallo stesso autore, perché Sempronio è avente causa da Mevio, ma Caio è avente causa da Tizio. Sempronio

gola prescritta dall'art. 2644 c.c. si applica soltanto<sup>136</sup> al caso di conflitto tra diritti acquistati dal *medesimo* e/o *comune* autore. Dovendosi più specificamente accertare, nell'ipotesi qui indagata, sul piano sostanziale dell'interpretazione, anche del successivo regolamento di interessi, se al sub-acquirente sia stato (o meno) trasferito un diritto di proprietà limitato dalla contestuale indicata presenza della (precedente) servitù<sup>137</sup>.

Pertanto – si ribadisca – anche qualora il contratto che l'acquirente originario stipulasse con il sub-acquirente nulla convenisse<sup>138</sup> al riguardo (tacendo, quindi, della servitù), la questione si collocherebbe, correttamente e nuovamente, sul piano sostanziale<sup>139</sup>, richiamando le problematiche sottese all'azione di risoluzione del contratto (o all'azione redibitoria) o all'azione *quanti minoris*, oltre alla richiesta di risarcimento del danno (art. 1489 c.c.), in una efficiente selettività rimediale, in nulla intercettando, tuttavia, i principi che presidiano i conflitti generati nell'ambito della pubblicità immobiliare.

non può avere acquistato più di quanto abbia acquistato Mevio da Tizio; egli potrebbe acquistare da Mevio più di quanto Mevio abbia nel momento dell'acquisto [...]; il che avviene quando Mevio abbia disposto in tutto o in parte del diritto che egli ha acquistato da Tizio, alienando il fondo a Caio o gravandolo d'una servitù e Caio non abbia trascritto. Ma non è possibile che Sempronio acquisti da Mevio più di quanto Mevio abbia mai acquistato».

<sup>136</sup> Ma in senso contrario R. TRIOLA e M.V. GAROFALO, *La trascrizione tra vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 103, p. 96 ss. ove si rileva che a ragionar diversamente (si come si ragiona nel testo) «non si considera che la trascrizione non serve soltanto a risolvere il conflitto tra più aventi causa dalla stesso alienante, ma con riferimento alla maggior parte delle ipotesi previste dall'art. 2643 c.c. la situazione derivante dal difetto di trascrizione opera come difetto di efficacia del negozio rispetto a determinati soggetti».

<sup>137</sup> Menzionata nel suo titolo di acquisto, anche se la relativa nota di trascrizione tacesse al riguardo.

<sup>138</sup> Nel senso che l'acquirente non avesse accettato o manifestato adesione alla dichiarazione del venditore in merito alla specifica limitazione alla destinazione ovvero in riferimento al regolamento condominiale inteso nella interezza, anche senza un'espressa specificazione delle clausole incidenti sulle proprietà esclusive. Relativamente al caso concreto dell'acquisto di un posto auto e di un divieto regolamentare di destinazione a parcheggio di un'area condominiale, cfr., Cass., 25 settembre 2008, n. 24055, in *Giust. civ.*, 2009, 1, p. 2709 ss., con nota di M. D'AURIA, *In tema di garanzia per l'esistenza di oneri o diritti di godimento altrui sulla cosa venduta*.

<sup>139</sup> Ne conviene anche R. CALVO, *I vincoli condominiali*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2014, p. 97 ss., spec. p. 105, il quale aggiunge che, per l'ipotesi in cui il venditore avesse sottaciuto o nascosto la limitazione al compratore inducendolo ad una falsa rappresentazione delle qualità e caratteristiche del bene, si potrà cumulativamente aggiungere il ricorso all'azione di «annullamento per dolo negativo».

*Abstract*

La questione che si affronta attiene a quelle vicende – non rare nella pratica degli scambi immobiliari – in cui un soggetto rivendichi la titolarità di una servitù, costituita con atto negoziale ma senza l'esecuzione della formalità trascrizione (ovvero con una trascrizione eseguita mercé modalità rivelatesi *improprie*), nei confronti del successivo acquirente del fondo 'servente' dal medesimo dante causa, con titolo che, invece, risulta regolarmente trascritto. Il conflitto si genera tra un soggetto che ha immediatamente acquistato – per effetto del principio del consenso traslativo – la servitù, il cui titolo, tuttavia, non viene trascritto, e un altro che acquista il fondo (che risulterebbe gravato da quella servitù non trascritta) con atto prontamente trascritto.

Lo studio – previo approfondimento delle problematiche sottese al fenomeno della cd. servitù 'occulta' e chiarito, alla stregua della più attenta semantica giuridica, ciò in cui consiste l'*occultatezza* della servitù e la sua *menzione* negoziale – si occupa della delicata questione relativa al se la servitù non trascritta sia o no opponibile al successivo acquirente del fondo servente con atto trascritto.

Invero, se soluzione parrebbe discendere immediata dall'osservazione secondo cui l'acquirente del fondo servente, primo (*melius*: unico) trascrivente, prevarrà, *ex art. 2644 c.c.*, sul titolare della servitù (il quale, pur avendola acquistata per primo, non ha però trascritto il relativo titolo), la vicenda è senz'altro destinata a complicarsi qualora si accertasse che nel contratto di trasferimento del fondo servente fosse stata rappresentata, nella più ampia e complessiva volontà contrattuale, la circostanza (nota alle parti) secondo cui su quel medesimo fondo grava una servitù (precedentemente costituita, ancorché non trascritta: cd. servitù occulta). In quest'ultima vicenda, infatti, la rilevante circostanza secondo cui la volontà contrattuale registra la presenza della servitù orienta (anche assiologicamente) il conflitto a soluzioni altre rispetto a quella evocante il mero richiamo alla regola legislativa più avanti indicata. E cioè a quella secondo cui, al fine di attribuire idonea rilevanza giuridica all'intervenuta rappresentazione negoziale, il conflitto deve essere risolto a vantaggio del titolare della servitù, sia pure non trascritta, poiché il contratto di trasferimento del fondo servente al successivo avente causa che menzioni la servitù non potrà interpretarsi se non nel senso che le parti hanno inteso far riferimento, nell'oggetto contrattuale, ad un fondo *già* gravato da una servitù. Una questione, quindi, che si risolve alla



stregua dell'interpretazione della volontà negoziale e non dell'opponibilità dei titoli.

The issue being addressed concerns those events – not rare in the practice of real estate exchanges – in which a person claims ownership of an easement, established with a contractual deed but without the execution of the transcription formality (i.e. with a transcription carried out thanks to methods revealed improper), towards the subsequent purchaser of the land 'serving' from the same assignor, with title which, however, is regularly transcribed. The conflict is generated between a subject who immediately purchased – as a result of the principle of translational consent – the easement, whose title, however, is not transcribed, and another who purchases the land (who would be burdened by that unregistered easement). with a promptly transcribed deed.

The study – after in-depth analysis of the problems underlying the phenomenon of the so-called. 'hidden' easement and clarified, in accordance with the most careful legal semantics, what constitutes the concealment of the easement and its contractual mention – it deals with the delicate question relating to whether or not the unregistered easement is opposable to the subsequent purchaser of the serving fund with registered deed.

Indeed, the solution would seem to follow immediately from the observation according to which the purchaser of the serving land, the first (melius: sole) transcriber, will prevail, pursuant to art. 2644 of the Civil Code, on the owner of the easement (who, despite having purchased it first, did not however record the relevant title), the matter is certainly destined to become more complicated if it is ascertained that in the contract for the transfer of the servient land it had been represented, in the broader and more complex contractual agreement, the circumstance (known to the parties) according to which an easement (previously established, even if not transcribed: so-called hidden easement) weighs on that same land. In this last case, in fact, the relevant circumstance according to which the contractual will records the presence of the servitude directs (also axiologically) the conflict to solutions other than that evoking the mere reference to the legislative rule indicated below. And that is to say that according to which, in order to attribute suitable legal relevance to the negotiated representation that occurred, the conflict must be resolved to the advantage of the owner of the easement, even if not transcribed, since the contract for the transfer of the servient land to the subsequent successor in title who men-

tions the easement cannot be interpreted except in the sense that the parties intended to refer, in the contractual object, to a land already burdened by an easement. A question, therefore, which is resolved in the same way as the interpretation of the negotiating intention and not the enforceability of the securities.