



Giustizia

Rivista semestrale di riferimento della Scuola Forense V. E. Orlando

01
2023



Hanno contribuito:

A. AVERARDI	A. MUSSATTI
G. BASILICO	M.A. PILATO
L. DE PROPRIIS	S. PILIU
M. GIUSTI	E. RAFFA
C. MARINO	R. SANTUCCI
D. MICALI	

Direttore Responsabile: **Riccardo Bolognesi**

Direttore Scientifico: **Giorgetta Basilico**



**OPEN
ACCESS**

ISSN: **2784-9422**

Gli Organigrammi della rivista possono essere consultati direttamente sul sito internet insieme al Codice Etico e alle modalità per sottoporre alla redazione un proprio contributo.

Copyright 2023

Giustizia - Rivista giuridica on line open access dell'Associazione APL

Periodicità: semestrale

e-ISSN 2784-9422

Registrazione del Tribunale di Roma al numero 75/2020 del Registro Stampa del 29 luglio 2020

Indirizzo Internet <https://rivistagiustizia.it>

Direttore responsabile: Riccardo Bolognesi

Direttore scientifico: Giorgetta Basilico

Direzione e Redazione

Via Cola di Rienzo, 28 - 00192 Roma

email: redazione@rivistagiustizia.it - Tel. 06 3260 9166

Editing e Diffusione:

EDIZIONI DISCENDO AGITUR®

Bibliografica Giuridica Ciampi

00195 ROMA - Viale Carso, 55 - Tel. 06 8673 1273

web: <https://ciampi.com>

INDICE

FORUM

Editoriale.....	5
GIORGETTA BASILICO	
<i>La mediazione come fenomeno culturale condiviso: attualità o tendenza?</i>	
<i>Sulla capacità della legge di riforma processuale del 2022/23 di fornire una risposta.....</i>	7
CONCETTA MARINO	
<i>Mediazione obbligatoria ope legis e ope iudicis dopo la riforma Cartabia.....</i>	22
DAMIANO MICALI	
<i>La negoziazione assistita nella riforma del processo civile</i>	39
MARIA ALORIS PILATO	
<i>La realtà dialogica: conflitto e mediazione</i>	61

ARTICOLI E SAGGI

ANDREA AVERARDI	
<i>Domaines sensibles e autorità di garanzia. Il caso dei garanti regionali delle persone private della libertà e per l'infanzia e l'adolescenza.....</i>	79
SALVATORE PILIU	
<i>Origens de legislação europeia e italiana em matéria de infrações de segurança informática</i>	110
ELENA RAFFA	
<i>Sulla legittimità a fini difensivi delle registrazioni di conversazioni tra presenti</i>	131
ROSARIO SANTUCCI	
<i>Uno sguardo al diritto antidiscriminatorio di genere tra tecniche tradizionali e innovazioni.....</i>	154

NOTE A SENTENZA

Corte Cost. 9 giugno 2022 n. 143 con nota di LUIGI DE PROPRI.....	183	
<i>La cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali dopo il secondo vaglio della Consulta.....</i>	192	
Cons. St., Ad. Plen., sent. 13 febbraio 2023 n. 5 con nota di AGNESE MUSSATTI.....		211
<i>Il vincolo culturale è sull'immobile, ma può tutelarne anche l'uso. Tutto cambia affinché nulla cambi?</i>	224	

RECENSIONI

MARIA GIUSTI - <i>Recensione a Gianpietro Quiriconi,</i>	
<i>Il contratto di management artistico, in Storia e Diritti della Comunicazione Culturale</i>	
<i>Discendo Agitur, Roma 2022.....</i>	251

NOTE A SENTENZA

Corte Cost. 9 giugno 2022, n. 143

PRESIDENTE AMATO – RELATORE PETITTI

Trascrizione della domanda giudiziale
– cancellazione – art. 2668 c.c. –
questione di legittimità costituzionale –
inammissibilità

Sono inammissibili, in riferimento agli artt. 3, 24 e 42 Cost., le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c., nella parte in cui non consentono al giudice di ordinare con provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. la cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale, nemmeno ove questa sia manifestamente infondata, poiché le soluzioni capaci di ridurre le incongruenze segnalate sono plurime, nessuna priva di controindicazioni, e soprattutto nessuna costituzionalmente obbligata, neanche con riguardo a domande delle quali si assuma la manifesta infondatezza o il carattere emulativo, sicché la scelta tra l'una e l'altra non può che competere al legislatore, trattandosi in definitiva di rimodellare l'architettura complessiva del microsystema pubblicitario.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Con l'ordinanza indicata in epigrafe (reg. ord. n. 117 del 2021), il Tribuna-

le ordinario di Roma, in composizione monocratica, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2652, 2653 e 2668 del codice civile, in riferimento agli artt. 3, 24 e 42 della Costituzione, parametri che le disposizioni censurate violerebbero nella parte in cui non consentono al giudice di ordinare con provvedimento cautelare ex art. 700 del codice di procedura civile la cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale, nemmeno ove questa sia manifestamente infondata.

1.1.- Il rimettente espone di essere investito del giudizio instaurato dalla I.C. srl con domanda trascritta nei confronti della R.G.C. spa, diretta a conseguire il trasferimento di un immobile a norma dell'art. 2932 cod. civ.; espone altresì che la società convenuta ha proposto ricorso in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. per ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda.

1.2.- In ordine alla rilevanza delle questioni, il Tribunale riferisce che la R.G.C. spa, società veicolo della Banca d'Italia, ha denunciato il carattere emulativo della domanda trascritta, tuttavia in grado di ostacolare l'attività ad essa demandata nella liquidazione dei beni rivenienti da crisi bancarie; ciò in quanto il combinato disposto degli artt.

2652, 2653 e 2668 cod. civ. consentirebbe al giudice di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda soltanto con la sentenza passata in giudicato, e non con un mero provvedimento cautelare.

Atteso che la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre è contemplata tra quelle trascrivibili dall'art. 2652 cod. civ., neppure sarebbe risolutiva l'interpretazione adottata da una parte della giurisprudenza, secondo la quale l'ordine cautelare di cancellazione è ammissibile quando la trascrizione si riferisca a domanda diversa da quelle elencate negli artt. 2652 e 2653 cod. civ.

1.3.- In ordine alla non manifesta infondatezza delle questioni, il rimettente assume che l'impossibilità di emettere un ordine di cancellazione anteriore al giudicato violi l'art. 3 Cost., perché "irragionevole e fonte di una disparità di trattamento"; infatti, mentre l'attore potrebbe trascrivere la domanda immediatamente, senza alcun previo controllo giurisdizionale di fondatezza, il convenuto non potrebbe ottenerne la cancellazione se non all'esito di tutti i gradi di giudizio.

Sarebbe violato anche l'art. 24 Cost., in quanto il convenuto verrebbe "privato

della possibilità di ottenere la cancellazione in tempi rapidi per effetto di un provvedimento cautelare, dovendo attendere la definizione del giudizio di merito e vedendo quindi fortemente limitate le proprie opzioni difensive in base alla condotta (e talvolta all'arbitrio) dell'altra parte".

Infine, sarebbe lesa il diritto di proprietà garantito dall'art. 42 Cost., atteso che la protratta trascrizione della pur infondata domanda inciderebbe troppo a lungo sulla commerciabilità dell'immobile.

2.- Intervenuto in giudizio tramite l'Avvocatura generale dello Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri ha eccepito l'inammissibilità delle questioni.

Esse sarebbero inammissibili con riferimento all'art. 2653 cod. civ., poiché la domanda oggetto del giudizio principale è stata trascritta in base ad altra e diversa disposizione, cioè l'art. 2652 cod. civ.

In termini più generali, vi sarebbe un difetto di motivazione sulla rilevanza, in quanto l'ordinanza di rimessione non indicherebbe le ragioni di manifesta infondatezza della domanda trascritta, così impedendo di apprezzarne l'abusività.

2.1.- Le eccezioni di inammissibilità non sono fondate.

2.1.1.- Con la sentenza n. 523 del 2002, questa Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione analoga alle odierne, essa pure relativa all'impossibilità per il giudice di emettere un'ordinanza ex art. 700 cod. proc. civ. al fine di disporre la cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale infondata.

Si era dovuto constatare che il rimettente aveva censurato isolatamente l'art. 2668 cod. civ., il quale tuttavia, nel subordinare la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale al passaggio in giudicato della sentenza di rigetto, "è pienamente consequenziale alla scelta legislativa di fondo, per cui talune domande giudiziali devono essere trascritte ad iniziativa della parte attrice, senza alcuna delibazione, anche cautelare, circa la loro fondatezza".

Si era quindi rilevata un'aberratio ictus, giacché "questa scelta di fondo non è fatta dall'impugnato art. 2668 cod. civ. - che concerne solo le modalità della cancellazione della trascrizione - bensì dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ., secondo i quali le domande ivi indicate "si devono trascrivere".

Il Tribunale di Roma sottopone oggi al giudizio di questa Corte non il solo art. 2668 cod. civ., ma il combinato disposto che esso costituisce con gli artt. 2652 e 2653 cod. civ., e quindi l'intero microsistema della trascrizione delle domande giudiziali, al quale riferisce la violazione degli evocati parametri.

L'aberratio sanzionata dalla sentenza n. 523 del 2002 è stata quindi corretta, per il tramite di un'estensione della denuncia di illegittimità costituzionale al corpus normativo del quale fanno parte integrante, con l'art. 2668 cod. civ., anche gli artt. 2652 e 2653 cod. civ.; ciò in pari tempo rende conto della non estraneità al thema decidendum della previsione dell'art. 2653, nonostante il giudizio principale abbia ad oggetto una domanda trascritta a norma dell'art. 2652.

2.1.2.- Quanto al difetto di motivazione sulla rilevanza, che deriverebbe dal non avere il rimettente specificato le ragioni della manifesta infondatezza e del carattere emulativo della domanda trascritta, deve osservarsi che questo aspetto si colloca "a valle" delle questioni incidentali in esame, per il tramite delle quali il giudice a quo ha denunciato "a monte" l'impossibilità di disporre la cancellazione in sede di tutela cautelare atipica; ciò che del resto

appare coerente con le indicazioni della giurisprudenza di legittimità, che qualificano l'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda emesso a norma dell'art. 700 cod. proc. civ. come provvedimento abnorme, o comunque in netto contrasto con i tratti essenziali del rimedio cautelare (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenze 27 dicembre 1993, n. 12797, e 16 gennaio 1986, n. 251).

Non si prospetta, quindi, un difetto di motivazione sulla rilevanza, la quale ultima, per giurisprudenza costante di questa Corte, si misura in termini di pregiudizialità della questione incidentale rispetto alla decisione del processo principale, e non di effetti concreti della medesima per la parte del giudizio a quo (da ultimo, sentenze n. 30 e n. 19 del 2022, n. 236 e n. 172 del 2021).

3.- Le questioni sono inammissibili per un differente ordine di ragioni.

3.1.- Il microsistema di pubblicità dichiarativa realizzato dagli artt. 2652, 2653 e 2668 cod. civ., mediante la disciplina della trascrizione e della cancellazione delle domande giudiziali, porta a sintesi plurimi diritti individuali e interessi generali, tutti di rilievo costituzionale.

L'”effetto prenotativo” della trascrizione della domanda - cioè l'effetto che consente alla domanda trascritta di prevalere sulle successive trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto, una volta trascritta la sentenza di accoglimento - risponde ad un principio basilare di effettività della tutela giurisdizionale, quello per cui la durata del processo non può mai andare a detrimento dell'attore che ha ragione, impedendogli di conseguire la tutela effettiva del suo diritto.

Peraltro, come da questa Corte osservato nella già citata sentenza n. 523 del 2002, “la trascrizione della domanda giudiziale tende anche - conformemente alla sua funzione tipica di pubblicità-notizia - a tutelare i terzi, per consentire loro di poter valutare la convenienza o meno del compimento di negozi giuridici con una delle parti litiganti”; profilo, quello della preservazione del terzo avente causa, valorizzato anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 12 giugno 2006, n. 13523).

La trascrizione della domanda persegue questi obiettivi di tutela dell'attore e di certezza dei traffici, gravando la proprietà del convenuto di una formalità pregiudizievole che, quale riflesso negativo dell'effetto prenotativo, può limitare di fatto la commerciabilità del

bene attinto, sì da rendere opportuno un meccanismo di pronta cancellazione, non appena la domanda trascritta si sia rivelata priva di fondamento.

3.2.- A differenza di quanto accade in altri ordinamenti, che prevedono la delibazione giudiziale della domanda a trasciversi, nel nostro la trascrizione della domanda giudiziale corrisponde a un'iniziativa libera e unilaterale dell'attore, che non soggiace a controlli preventivi di natura sostanziale, ma unicamente alle verifiche formali del conservatore dei registri (art. 2674 cod. civ.).

In assenza di un vaglio sostanziale ex ante, l'equilibrio tra la posizione dell'attore e quella del convenuto viene affidato dalla legge ad un rimedio ex post, di carattere risarcitorio, compendiato nella responsabilità processuale aggravata dell'attore trascrivente di cui all'art. 96, secondo comma, cod. proc. civ., laddove è stabilito che, quando accerta l'inesistenza del diritto per cui è stata trascritta la domanda, il giudice, su istanza della parte danneggiata, condanna al risarcimento dei danni l'attore "che ha agito senza la normale prudenza".

3.3.- L'efficacia di sistema del rimedio approntato dall'art. 96, secondo comma, cod. proc. civ. si correla al fatto che

la responsabilità processuale aggravata - ulteriore cioè al rimborso delle spese di lite ed estesa al risarcimento del danno - viene imposta all'attore trascrivente anche a titolo di colpa ordinaria dell'uomo di media diligenza (per avere "agito senza la normale prudenza"), non occorrendo cioè la prova della "mala fede o colpa grave", cui viceversa il primo comma del medesimo art. 96 cod. proc. amm. subordina la responsabilità aggravata per lite temeraria (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 11 aprile 2013, n. 8913, e sezione terza civile, ordinanza 9 novembre 2017, n. 26515).

Tuttavia, la condanna per responsabilità aggravata dell'attore trascrivente può risultare in concreto mezzo inidoneo, o quantomeno insufficiente, e non soltanto per ragioni connesse alla solvibilità dell'attore stesso, ma anche perché, specie nei casi in cui la trascrizione ha insistito molto a lungo su un cespite di notevole importanza, il danno patito dal convenuto può essere nei fatti irreparabile.

3.4.- Il legislatore ha mostrato di avvertire il problema, intervenendo con una disposizione di limitazione temporale dell'efficacia della trascrizione della domanda giudiziale, il cui effetto si conserva ora "per venti anni dalla sua data"

e “cessa se ... non è rinnovata prima che scada detto termine” (art. 2668-bis, primo comma, cod. civ., inserito dall’art. 62, comma 1, della L. 18 giugno 2009, n. 69, recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”).

L’ampiezza del termine di efficacia della trascrizione e la facoltà concessa all’attore di rinnovarla liberamente, cioè ancora senza vaglio sostanziale del giudice, riducono tuttavia la portata reale dell’intervento normativo, nel senso di un riequilibrio tra le posizioni dei litiganti.

3.5.- Non può dunque negarsi che il combinato disposto oggetto delle questioni in scrutinio sia attraversato da una tensione irrisolta fra i valori coinvolti, sicuramente acuita dall’eccessiva durata dei giudizi, la quale, nel procrastinare oltre misura la formazione del giudicato, si traduce nella protrazione della formalità, a servizio di domande che si rivelino infine senza fondamento.

Da qui il tentativo di una parte della giurisprudenza di merito di introdurre eccezioni allo sbarramento del giudicato ex art. 2668 cod. civ., in particolare mediante la distinzione fra trascrizione “illegittima” e trascrizione “ingiusta”,

elaborata ad altro fine dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 23 marzo 2011, n. 6597).

Tale distinzione - che porta ad ammettere l’ordine cautelare di cancellazione quando la trascrizione è “illegittima” e non solo “ingiusta”, quando cioè concerne una domanda non solo infondata, ma addirittura estranea al novero tassativo delle domande trascrivibili - non è però risolutiva ove, come nella specie, la domanda che si assume manifestamente infondata sia pur sempre enunciata dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ.

3.6.- Non può neppure sottacersi che il mantenimento incondizionato del requisito del giudicato ai fini dell’ordine di cancellazione della trascrizione della domanda, se per un verso assicura nel massimo grado il diritto dell’attore a perseguire la tutela cui aspira, solleva nel contempo un problema di coerenza interna al sistema processuale, che, muovendo dalle profonde innovazioni apportate dalla L. 26 novembre 1990, n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile), segue ormai una chiara tendenza - già rimarcata da questa Corte - “a svincolare la decisione concreta della lite dalla necessità dell’accertamento con il “crisma” del giudicato sostanziale” (sentenza n. 212 del 2020).

La tendenza normativa ora illustrata induce a collegare effetti sempre più incisivi alla sentenza in sé, “anche non passata in giudicato”, ed è questa invero la formula impiegata dall’art. 669-novies, terzo comma, cod. proc. civ., nell’ambito del c.d. procedimento cautelare uniforme, introdotto dall’art. 74, comma 2, della L. n. 353 del 1990, laddove è previsto, appunto, che il provvedimento cautelare perde efficacia se il diritto oggetto della cautela è dichiarato inesistente “con sentenza, anche non passata in giudicato”.

Pur dovendosi ribadire quanto già da questa Corte osservato nella sentenza n. 523 del 2002, e cioè che la trascrizione della domanda giudiziale ha una funzione composita, anche a tutela dei terzi, che non ne permette l’assimilazione alla tutela cautelare, resta tuttavia l’evidenza per cui chi ha subito la trascrizione di un provvedimento cautelare, cioè di un atto vagliato dal giudice in ordine al *fumus boni iuris*, può ottenerne la cancellazione anche prima della formazione del giudicato a lui favorevole, mentre, a parità di condizioni, non può egli ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda, nonostante di questa il giudice non abbia ex ante deliberato la fondatezza, neppure in punto di *fumus*.

3.7.- Le soluzioni capaci di ridurre le incongruenze segnalate sono plurime, nessuna priva di controindicazioni, e soprattutto nessuna costituzionalmente obbligata, neanche con riguardo a domande delle quali si assuma la manifesta infondatezza o il carattere emulativo. La scelta tra l’una e l’altra non può che competere al legislatore, trattandosi in definitiva di rimodellare l’architettura complessiva del microsistema pubblicitario.

3.7.1.- L’attribuzione al giudice del potere di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda con un provvedimento d’urgenza darebbe al convenuto la possibilità di un’immediata reazione difensiva avverso una trascrizione che reputa ingiusta. Per altro verso, ciò comporterebbe un rischio elevato per il diritto di tutela giurisdizionale dell’attore, il quale potrebbe perdere l’effetto prenotativo della trascrizione sulla base di una cognizione sommaria e, quand’anche potesse trascrivere nuovamente la medesima domanda in conseguenza dell’esito favorevole del reclamo al collegio o del giudizio di merito, quell’effetto recupererebbe solo ex nunc, soccombendo quindi nei confronti di terzi che avessero trascritto o iscritto sullo stesso bene medio tempore.

Occorrerebbe peraltro regolare specificamente il meccanismo anticipatorio, e forse coniare un incidente cautelare apposito, in quanto la tutela atipica ex art. 700 cod. proc. civ. è rivolta ad anticipare gli effetti dell'accoglimento di una domanda di merito, laddove nel caso di specie gli effetti dei quali si chiede l'anticipazione sono quelli di una pronuncia di rigetto.

3.7.2.- Potrebbe d'altro canto ipotizzarsi una modifica che elida il segmento "passata in giudicato", contenuto in fine del primo comma dell'art. 2668 cod. civ., con un effetto di allineamento tra questo e il terzo comma dell'art. 669-novies cod. proc. civ., di modo che la cancellazione della trascrizione della domanda potrebbe essere anticipata rispetto alla formazione del giudicato, senza tuttavia rinunciare, nella prospettiva della tutela dell'attore, alla garanzia della cognizione piena.

In tal caso, sarebbe tuttavia necessario regolare le conseguenze pubblicitarie di un'eventuale riforma o cassazione della sentenza contenente l'ordine di cancellazione, e stabilire a quali condizioni la domanda possa essere nuovamente trascritta dopo una sentenza di rigetto.

3.7.3.- Infine, mentre l'introduzione di un vaglio giudiziale preliminare alla

trascrizione, seppure non sia da escludere in linea teorica, determinerebbe un mutamento radicale del sistema pubblicitario delle domande, si possono immaginare anche soluzioni ulteriori, in linea con l'intervento legislativo di cui all'art. 2668-bis cod. civ., che ad esempio riducano la durata dell'efficacia della trascrizione e ne subordinino la rinnovazione ad una favorevole delibazione giudiziale cognita causa.

3.8.- Per costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute (ex plurimis, sentenze n. 13 del 2022, n. 213, n. 148 e n. 87 del 2021, n. 58 del 2020); affermazione che tanto più va ribadita con riferimento ad istituti - come la trascrizione della domanda giudiziale - nei quali gli aspetti processuali si trovano inscindibilmente connessi con molteplici e delicati profili sostanziali.

Pur segnalando la reale esistenza di un problema sistemico, le questioni sollevate dal Tribunale di Roma tendono ad una pronuncia additiva che imponga una tra le varie opzioni riservate alla discrezionalità del legislatore, ciascuna delle quali reclama, peraltro, interventi

di dettaglio, correttivi e cautele, eccedenti l'ambito della giurisdizione costituzionale.

4.- Pertanto, le questioni devono essere dichiarate inammissibili.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2652, 2653 e 2668 del codice civile, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24 e 42 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Roma, in composizione monocratica, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

LUIGI DE PROPRI

(Ricercatore nell'Università di Roma La Sapienza)

**LA CANCELLAZIONE DELLA TRASCRIZIONE DELLE DOMANDE GIUDIZIALI
DOPO IL SECONDO VAGLIO DELLA CONSULTA***

Sommario: 1. La parabola della questione di costituzionalità della disciplina della cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale: la pronuncia. 2. La perdurante centralità della questione di costituzionalità dell'art. 2668 c.c. 3. Prospettive *de jure condito*: la condanna dell'attore a consentire la cancellazione della domanda assistita da *astreinte ex art.* 614 c.p.c.

1. LA PARABOLA DELLA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ DELLA DISCIPLINA DELLA CANCELLAZIONE DELLA TRASCRIZIONE DELLA DOMANDA GIUDIZIALE: LA PRONUNCIA

La Corte Costituzionale è tornata recentemente a pronunciarsi sulla presunta incostituzionalità della disciplina della trascrizione della domanda giudiziale⁽¹⁾, in particolare della sua cancellazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2652, 2653 e 2668, co. 1, c.c.

Già più di venti anni fa la Consulta era stata chiamata a pronunciarsi sulla costitu-

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ La bibliografia in materia generale di trascrizione e, più in particolare, di trascrizione delle domande giudiziale è, come noto, sterminata. Al riguardo può segnalarsi il recente E. GABRIELLI-F. GAZZONI (diretto da), *Trattato della trascrizione*, I-III, Torino, 2013, nel cui ambito si segnala in particolare A. ORESTANO, *Principi generali*, E. GABRIELLI- F. GAZZONI (diretto da), in *Trattato della trascrizione*, II, Torino, 2013, 71 ss. Più specificatamente, in materia di trascrizione delle domande giudiziali, si vedano G. FREZZA, *Trascrizione di domande giudiziali illegittime o infondate: profili di responsabilità civile*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2015 ss.; ID., *Annotazioni. Cancellazioni, titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento, (Artt. 2654-2682)*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2017, in part. 313 ss.; nonché, sulla cancellazione, cfr. P. BOERO, *La cancellazione*, in E. GABRIELLI-F. GAZZONI (diretto da), *Trattato della trascrizione*, cit., vol. 3, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, Torino, 2014, 209 ss.

zionalità del solo art. 2668, co. 1, c.c., che – come noto – dispone che la cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali possa effettuarsi solo quando sia consentita dalle parti interessate ovvero è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato.

Nella prima occasione, il rinvio alla Consulta era avvenuto per un duplice ordine di motivi⁽²⁾.

In primo luogo, dal momento che anche la disciplina della trascrizione della domanda giudiziale esibisce una *funzione cautelare*, se ne denunciava l'incostituzionalità per non essere stata assoggettata al procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c., soprattutto in riferimento alla mancanza di un preventivo vaglio giudiziale alla sua attuazione, nonché per la mancata previsione della sua perdita di efficacia con la sentenza di rigetto “anche non passata in giudicato” (come invece dispone l'art. 669-*novies*, co. 3, c.p.c., per tutte le altre misure cautelari) della domanda trascritta.

In secondo luogo, si censurava l'art. 2668 c.c. in relazione alla circostanza che tale norma «non consente di ottenere in pendenza del giudizio di merito, ex art. 700 cod. proc. civ., un provvedimento urgente di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale che appaia infondata»⁽³⁾.

Come si vede, sin dalla prima ordinanza di rimessione (ma, invero, anche nella letteratura che se ne occupa), il tema dell'attuale disciplina della trascrizione delle domande giudiziali (e della loro cancellazione) è stato contrassegnato da un parallelismo funzionale tra l'istituto in parola e, più in generale, la tutela cautelare. Entrambi, infatti, assolverebbero al fondamentale scopo che l'attore non riceva pregiudizio dal tempo occorrente per far valere il proprio diritto nel processo in via ordinaria⁽⁴⁾.

² La prima ordinanza che ha sollevato il problema della costituzionalità dell'art. 2668 c.c. è quella del Trib. Verona, 9 marzo 2001, e può essere consultata in *Corriere giur.*, 2001, 924 ss., con nota di R. CONTE, *Provvedimento d'urgenza, ordine di cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale icu oculi infondata e incostituzionalità dell'art. 2668 c.c.*

³ Sarebbero stati in tal modo lesi diritto di difesa in giudizio garantito dall'art. 24 della Costituzione (in quanto la parte che subisce la trascrizione resterebbe priva di rimedi contro di essa fino al passaggio in giudicato della sentenza sulla domanda trascritta) ed i principi della parità delle armi e del contraddittorio garantiti dall'art. 111 della Costituzione (in quanto al potere della parte attrice di procedere autonomamente alla trascrizione, senza nessun controllo giudiziale, non corrisponderebbe alcun potere della parte convenuta di valersi di un mezzo di immediata reazione).

⁴ Sul punto, tra tutti, si veda P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 128 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019,

Quel parallelismo doveva servire per evidenziare il disequilibrio tra la posizione dell'attore e quella del convenuto alla luce dell'attuale disciplina della trascrizione della domanda giudiziale: mentre infatti ai sensi di quest'ultima, l'esigenza di tutela dell'attore è assicurata conferendo a quest'ultimo il potere di incidere unilateralmente nella sfera del convenuto trascrivendo la propria domanda, per contro nella tutela cautelare tale incisione sarebbe filtrata dal vaglio – ancorché sommario – del magistrato che concede la misura al ricorrere del *fumus boni juris*. Specularmente, dal punto di vista del convenuto, mentre la posizione di quest'ultimo sarebbe del tutto obliterata nell'ambito della disciplina della trascrizione (potendo solo attendere il passaggio in giudicato della sentenza che ordina al conservatore di cancellare la trascrizione e chiedere il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 96, co. 2, c.p.c.), al contrario nel procedimento cautelare uniforme riceve una ben diversa considerazione. Questi infatti non solo è legittimato a chiedere la revoca e la modifica (art. 669-*decies* c.p.c.), ovvero una seconda cognizione sui presupposti per la concessione della misura con il reclamo (art. 669-*terdecies* c.p.c.), ma può anche contare su una regime di stabilità del provvedimento cautelare più favorevole, essendo destinato a venir meno – a tacer di altre ipotesi – «se con la sentenza *anche non passata in giudicato* è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso» (art. 669-*novies*, co. 3, c.p.c.).

Ora, quel parallelismo, che – come si diceva – avrebbe dovuto rendere evidente lo squilibrio tra attore e convenuto nell'attuale disciplina della trascrizione della domanda giudiziale rispetto ad altri settori della tutela giurisdizionale dei diritti, aveva invece indotto la Corte Costituzionale, in occasione della pronuncia della sentenza 523/2002, a rifiutare il proprio intervento⁽⁵⁾.

In quell'occasione, infatti, il discorso – forse anche a causa di una imperfetta formulazione del quesito di costituzionalità⁽⁶⁾ – era stato sviato sull'ambito di

205 ss.; nonché A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 593 ss., che considera la trascrizione della domanda giudiziale, al pari della tutela cautelare, tra i «rimedi agli ostacoli derivanti dalla durata del processo a cognizione piena».

⁵ La sentenza Corte Cost., 6 dicembre 2002, n. 523 è stata pubblicata – tra l'altro – in *Corriere giur.*, 2003, 244 ss.

⁶ Infatti, la prima ordinanza di rimessione sottoponeva alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 2668 c.c. in primo luogo per violazione dell'art 3 della Costituzione «in quanto la disciplina applicabile è diversa, nei sensi sopra analizzati, in punto di stabilità, tra gli ordinari provvedimenti cautelari e la trascrizione della domanda giudiziale, che, pur essendo atto avente funzione cautelare, è regolata da norma incompatibile (*ex art. 669 quaterdecies* c.p.c) con la disciplina del procedimento cautelare uniforme».

applicazione del procedimento cautelare uniforme (art. 669-*quaterdecies* c.p.c.) e sulle diversità “strutturali” della disciplina della trascrizione della domanda giudiziale che non permetterebbero di ricondurla nell’ambito della tutela cautelare *stricto sensu*.

Ciò avveniva, peraltro, facendo leva sulla considerazione che la trascrizione delle domande giudiziali, diversamente dalla tutela cautelare, «tende anche – conformemente alla sua funzione tipica di pubblicità-notizia – a tutelare i terzi, per consentire loro di poter valutare la convenienza o meno del compimento di negozi giuridici con una delle parti litiganti».

Si tratta, a ben vedere, di argomentazione non del tutto ineccepibile perché confonde l’origine storica dell’istituto⁽⁷⁾ con la configurazione positiva che esso ha trovato nell’ordinamento italiano: infatti, la funzione di tutelare i terzi è svolta non tanto dalla trascrizione della domanda in sé per sé (la quale, anzi, in forza del c.d. “effetto prenotativo”, pregiudica i diritti dei terzi nelle ipotesi previste dagli artt. 2652 e 2653 c.c.⁽⁸⁾), ma in generale dal sistema della trascrizione. Tant’è vero che le medesime conseguenze derivanti dalla trascrizione delle domande giudiziali possono discendere *mutatis mutandis* dalla trascrizione di un sequestro conservativo (*de jure condito*, in virtù della inopponibilità dell’acquisto del terzo ex artt. 2905, 2906 c.c. e art. 679 c.p.c.), ovvero (ma solo *de jure condendo*, arg. ex art. 677 c.p.c.⁽⁹⁾) giudiziario.

Tale argomentazione, tuttavia, era ritenuta sufficiente per rigettare la prima censura di legittimità costituzionale dell’art. 2668 c.c. in relazione all’art. 3 della Costituzione.

In riferimento alla seconda questione di costituzionalità dell’art. 2668 c.c., riteneva invece la Consulta che non fosse dalla norma impugnata che – neppure ipoteticamente – poteva derivare la lesione degli artt. 24 e 111 della Costituzione, dal momento che la lesione discendeva semmai, dagli artt. 2652 e 2653 c.c., secondo i quali le domande ivi indicate “si devono trascrivere”. La Corte riteneva infatti che l’art. 2668 c.c. fosse «pienamente consequenziale alla scelta legislativa di fondo,

⁷ Sul punto, non può che rimandarsi a N. PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968.

⁸ Di ciò si rende perfettamente conto la stessa Corte, la quale infatti constata come «infatti il codice civile prevede che, se la domanda è accolta, la trascrizione della sentenza prevale sulle trascrizioni eseguite contro il convenuto da terzi aventi causa da lui, che abbiano trascritto il loro atto di acquisto dopo la trascrizione della domanda (art. 2652)».

⁹ In riferimento al tema della trascrivibilità del sequestro giudiziario si tornerà nel prosieguo.

per cui talune domande giudiziali devono essere trascritte ad iniziativa della parte attrice, senza alcuna delibazione, anche cautelare, circa la loro fondatezza: proprio perché imposta dalla legge, la trascrizione di tali domande non risente delle vicende del processo e viene meno solo quando l'infondatezza sia stata definitivamente sancita con sentenza passata in giudicato».

A venti anni di distanza dalla prima rimessione, sulla base delle indicazioni contenute nella prima sentenza di rigetto, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 1 aprile 2021, ha rimesso nuovamente alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'intero «sistema normativo dato dal combinato disposto degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c., laddove escludono la facoltà per il Giudice, in via cautelare nell'ambito di un procedimento *ex art.* 700 c.p.c., di disporre la cancellazione delle domande trascritte *ex artt.* 2652 e 2653 c.c., quando ne ravvisi la manifesta infondatezza»⁽¹⁰⁾.

La Consulta si è così trovata investita nuovamente della questione di legittimità costituzionale, questa volta dell'intero sistema di norme costituito dall'art. 2652, 2653 e 2668 c.c.

In quest'occasione la Corte Costituzionale ha apertamente avvertito “la reale esistenza di un problema sistemico” nell'ordinamento italiano. Dal punto di vista dell'attore, infatti, la trascrizione della domanda – cioè l'effetto che consente alla domanda trascritta di prevalere sulle successive trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto, una volta annotata la sentenza di accoglimento – risponde al principio basilare di effettività della tutela giurisdizionale, per cui la durata del processo non può mai andare a detrimento della parte che ha ragione, impedendogli di conseguire la tutela effettiva del suo diritto.

Al contrario, invece, dal punto di vista del convenuto, la trascrizione della domanda giudiziale ha luogo «gravando la proprietà del convenuto di una formalità pregiudizievole che, quale riflesso negativo dell'effetto prenotativo, può limitare di fatto la commerciabilità del bene attinto, sì da rendere opportuno un meccanismo di pronta cancellazione, non appena la domanda trascritta si sia rivelata priva di fondamento». Per contro, il rimedio *ex post* del risarcimento del danno per responsabilità processuale aggravata *ex art.* 96, co. 2, c.p.c. può risultare in concreto mezzo inidoneo, o quantomeno insufficiente, e non soltanto per ragioni connesse alla solvibilità dell'attore stesso, ma anche perché, specie nei casi in cui

¹⁰ La questione di costituzionalità dell'art. 2668 c.c. è stata l'ultima volta posta dall'ordinanza Trib. Roma, 1 aprile 2021.

la trascrizione ha insistito molto a lungo su un cespite di notevole importanza, il danno patito dal convenuto può essere nei fatti irreparabile

Tuttavia, anche questa volta la Corte ha ritenuto di dover dichiarare inammissibili i quesiti come formulati dal giudice remittente per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo perché, nel suo complesso, il sistema della trascrizione delle domande giudiziali delineato dagli artt. 2652 e 2653 c.c. «porta a sintesi plurimi diritti individuali e interessi generali, tutti di rilievo costituzionale», che impediscono nel concreto di operare tra di essi una scelta di valore. In particolare, «la trascrizione della domanda giudiziale tende anche – conformemente alla sua funzione tipica di pubblicità-notizia – a tutelare i terzi, per consentire loro di poter valutare la convenienza o meno del compimento di negozi giuridici con una delle parti litiganti»⁽¹¹⁾.

In secondo luogo, pur non potendo negare che la disciplina scrutinata fosse «attraversata da una tensione irrisolta fra i valori coinvolti, sicuramente acuita dall'eccessiva durata dei giudizi, la quale, nel procrastinare oltre misura la formazione del giudicato, si traduce nella protrazione della formalità, a servizio di domande che si rivelino infine senza fondamento», la Consulta ritiene di non poter intervenire in considerazione della pluralità di soluzioni alternative per riequilibrare il sistema, che ritiene necessario lasciare alla discrezionalità del legislatore.

Si tratta, in primo luogo, della possibilità di introdurre «un vaglio giudiziale preliminare alla trascrizione della domanda», ovvero ridurre ulteriormente l'efficacia della trascrizione, subordinando «la rinnovazione ad una favorevole deliberazione

¹¹ Il passaggio – contenuto al punto 3.1 della motivazione – riporta una argomentazione già contenuta nella sentenza Cost., n. 523/2002, al punto 3, laddove si legge che «la trascrizione della domanda giudiziale tende anche - conformemente alla sua funzione tipica di pubblicità-notizia - a tutelare i terzi, per consentire loro di poter valutare la convenienza o meno del compimento di negozi giuridici con una delle parti litiganti. [...] Questa particolare funzione della trascrizione della domanda – che ha natura sostanziale e non mira a tutelare la parte di un giudizio di merito - non è riconducibile alla tutela cautelare di cui agli artt. 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile.». Ciò serviva in quella occasione alla Corte Costituzionale per concludere che «il procedimento cautelare uniforme quindi, per come è strutturato, non si concilia con l'istituto della trascrizione delle domande giudiziali, onde una sua estensione ad esso, anche solo parziale – non essendo costituzionalmente necessaria - potrebbe avvenire unicamente mediante un intervento legislativo, opportunamente modulato in ragione delle specifiche funzioni cui la trascrizione assolve, non certo attraverso una pronuncia additiva di questa Corte». In senso contrario a tale distinzione, si vedrà più oltre, invece, come la stessa funzionalità e modalità attuativa della trascrizione della domanda giudiziale è adottata per il sequestro conservativo, il quale infatti, se relativo a beni immobili, deve essere trascritto *ex art.* 679 c.p.c.

giudiziale cognita causa». In secondo luogo, si è considerata la possibile «attribuzione al giudice del potere di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda con un provvedimento d'urgenza». In ultimo, si è ipotizzata «una modifica che elida il segmento “passata in giudicato”, contenuto in fine del primo comma dell'art. 2668 cod. civ. permettere la cancellazione della trascrizione al momento di rigetto della sentenza in primo grado».

La Consulta, dunque, si è arrestata di fronte alla constatazione che l'intervento che sarebbe stato necessario avrebbe imposto una pronuncia additiva «che imponga una tra le varie opzioni riservate alla discrezionalità del legislatore, ciascuna delle quali reclama, peraltro, interventi di dettaglio, correttivi e cautele, eccedenti l'ambito della giurisdizione costituzionale».

2. LA PERDURANTE CENTRALITÀ DELLA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 2668 C.C.

L'impressione che emerge dalla parabola che ha condotto, da ultimo, alla sentenza Corte Cost., 9 giugno 2022, n. 143 è che – in parte per la non perspicua formulazione dei quesiti di costituzionalità, in parte per un (forse eccessivo) rispetto per le prerogative e per le scelte discrezionali del legislatore – sia mancata la volontà di affrontare una questione, avvertita come “un problema sistemico”, che in realtà sembra ruotare esclusivamente attorno alla disposizione dell'art. 2668 c.c. nella parte in cui richiede il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto della domanda per la cancellazione della trascrizione di quest'ultima.

Ed infatti la prima ordinanza di rimessione del 2001 si appuntava unicamente sulla costituzionalità dell'art. 2668 c.c. L'estensione del giudizio di costituzionalità all'intero sistema della trascrizione delle domande giudiziali è avvenuto su impulso della sentenza Corte Cost., n. 523/2002, la quale assumeva che l'art. 2668 c.c. fosse del tutto «conseguenziale alla scelta legislativa di fondo, per cui talune domande giudiziali “si devono trascrivere” ad iniziativa della parte attrice, senza alcuna delibazione, anche cautelare, circa la loro fondatezza: proprio perché imposta dalla legge, la trascrizione di tali domande non risente delle vicende del processo e viene meno solo quando l'infondatezza sia stata definitivamente sancita».

ta con sentenza passata in giudicato»⁽¹²⁾.

Tuttavia, quel che è mancato nel contesto della prima sentenza 523/2002 è la dimostrazione che l'art. 2668 c.c. sia una norma necessariamente imposta dal regime della trascrizione della domanda adottata nell'ordinamento italiano e ad essa "conseguenziale"; assunto che è peraltro decisamente smentito anche dal fatto che la (potenziale) incostituzionalità dell'art. 2668 c.c. è stata presa in considerazione dall'ultima sentenza n. 143/2022 come una delle opzioni in campo lasciate alla discrezionalità del legislatore.

In altri termini: se la questione della costituzionalità dell'art. 2668 c.c. non implica necessariamente quella degli artt. 2652 e 2653 c.c., allora neanche la prima norma deve essere interpretata come "conseguenziale" a queste ultime (come invece sostenuto contraddittoriamente da Corte Cost., n. 523/2002).

Peraltro, anche le diverse opzioni che la sentenza Corte Cost., n. 143/2022 ha inteso riservare alla discrezionalità del legislatore, si riducono fundamentalmente a quella che si appunta sull'incostituzionalità dell'art. 2668 c.c. nella parte in cui prevede che alla cancellazione della trascrizione della domanda possa provvedersi solo sulla base di una sentenza passata in cosa giudicata⁽¹³⁾.

¹² Si riporta nel dettaglio il punto 5 della sentenza n. 523/2002 della Consulta: «la questione è manifestamente inammissibile con riferimento ad entrambi i parametri invocati [artt. 3 e 111 Cost., n.d.a.], giacché non è dalla norma impugnata che, sia pure ipoteticamente, può derivare la loro lesione. La norma infatti è pienamente consequenziale alla scelta legislativa di fondo, per cui talune domande giudiziali devono essere trascritte ad iniziativa della parte attrice, senza alcuna delibazione, anche cautelare, circa la loro fondatezza: proprio perché imposta dalla legge, la trascrizione di tali domande non risente delle vicende del processo e viene meno solo quando l'infondatezza sia stata definitivamente sancita con sentenza passata in giudicato. Ma questa scelta di fondo non è fatta dall'impugnato art. 2668 cod. civ. - che concerne solo le modalità della cancellazione della trascrizione - bensì dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ., secondo i quali le domande ivi indicate "si devono trascrivere"». E' sulla base di tale sentenza che il Tribunale di Roma (con ordinanza del 7 aprile 2021, iscritta al n. 117 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 35, prima serie speciale, dell'anno 2021) ha dunque riproposto la questione della legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c. ed è dunque sulla base dell'ampiezza di tale rimessione che la Consulta ha, nell'ultima sentenza, ritenuto di dover far rientrare nell'alveo delle sue considerazioni anche la discrezionalità del legislatore di introdurre un vaglio preliminare alla trascrizione delle domande giudiziali.

¹³ Tale eventualità è stata espressamente presa in considerazione dalla Corte Costituzionale al punto 3.6., dove ha affermato come «il mantenimento incondizionato del requisito del giudicato ai fini dell'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda, se per un verso assicura nel massimo grado il diritto dell'attore a perseguire la tutela cui aspira, solleva nel contempo un problema di coerenza interna al sistema processuale, che, muovendo dalle profonde innovazioni apportate dalla L. 26 novembre 1990, n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile), segue ormai una chiara tendenza - già rimarcata

In primo luogo, infatti, l'opzione di sottoporre la trascrizione della domanda giudiziale a un preventivo vaglio da parte del giudice non sembra neanche in astratto perseguibile dal legislatore ordinario in considerazione del fatto che il sistema della trascrizione – in particolare della domanda giudiziale – appare troppo profondamente innervato nell'ordinamento italiano e nel meccanismo di tutela giurisdizionale, da pensare di poter essere semplicemente espunto dall'ordinamento, a meno di non modificare radicalmente l'intero sistema pubblicitario previsto dal codice civile⁽¹⁴⁾. In effetti, oltre alle numerose norme del codice civile che si richiamano all'attuale trascrizione della domanda (artt. 534, 808, 974, co. 2, 1113, co. 3, 1415, 1445, 1452, 1458, co. 2, 2901, co. 4, c.c.), su quest'ultima si innesta la ricostruzione dei rapporti con la disciplina dell'espropriazione immobiliare (art. 2915, co. 2, c.c.) e quella degli effetti del fallimento (art. 145 CCII, che riproduce il previgente art. 45 l. fall.)⁽¹⁵⁾

Al contrario, sussistono indiscutibili indici sistematici che tale opzione sia stata espressamente esclusa dal legislatore, e dunque non abbia senso attendere un suo intervento in tal senso.

da questa Corte – “a svincolare la decisione concreta della lite dalla necessità dell'accertamento con il “crisma” del giudicato sostanziale” (sentenza n. 212 del 2020). La tendenza normativa ora illustrata induce a collegare effetti sempre più incisivi alla sentenza in sé “anche non passata in giudicato”, ed è questa invero la formula impiegata dall'art. 669-novies, terzo comma, cod. proc. civ., nell'ambito del c.d. procedimento cautelare uniforme, introdotto dall'art. 74, comma 2, della L. n. 353 del 1990, laddove è previsto, appunto, che il provvedimento cautelare perde efficacia se il diritto oggetto della cautela è dichiarato inesistente “con sentenza, anche non passata in giudicato»

¹⁴ Di tale circostanza appare, del resto, perfettamente consapevole la Corte Costituzionale al punto 3.7.3., laddove attesta come «l'introduzione di un vaglio giudiziale preliminare alla trascrizione, seppure non sia da escludere in linea teorica, determinerebbe un mutamento radicale del sistema pubblicitario».

¹⁵ Del resto, l'esigenza di disporre di uno strumento come la trascrizione della domanda giudiziale è stata avvertita anche in quegli ordinamenti che contemplano solo la possibilità di praticare nel libro fondiario iscrizioni provvisorie solo su provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria. Così nell'ordinamento tedesco, dove è possibile iscrivere una *Vormerkung* (§ 883 BGB) o una *Widerspruch* (§ 899 BGB) solo sulla base di provvedimento interinale emesso dal giudice (*einstweilige Verfügung*), si è andato sviluppando a partire degli anni '60 dello scorso secolo – del tutto *praeter se non contra legem*, dal momento che un simile possibilità è stata apertamente rifiutata nei lavori preparatori al BGB: cfr. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, III, 2. Aufl., Berlin, 1896, 217 – l'istituto del *Rechtshängigkeitsvermerk*, una trascrizione nel Grundbuch operata unilateralmente ad opera dell'attore dando semplicemente prova all'ufficio del registro della mera pendenza di un'azione reale avente ad oggetto il diritto iscritto. Sull'evoluzione di tale istituto si rimanda a L. DE PROPRIIS, *Vita (e morte?) del Rechtshängigkeitsvermerk in Germania*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, 2016, 781 ss.

A ben vedere, infatti, l'esigenza cautelare avvertita dall'attore in corrispondenza delle domande elencate negli artt. 2652 e 2653 c.c. potrebbe essere astrattamente soddisfatta anche con un sequestro conservativo (sicuramente nell'ipotesi prevista dall'art. 2652, n. 5, c.c. – argomentando anche a partire dall'art. 2905, co.2, c.c. – ma allora anche in quella dell'art. 2652, n. 4, c.c.), ovvero con un sequestro giudiziario (in tutti gli altri casi), dal momento che tali azioni hanno comunque l'effetto di rendere (direttamente o indirettamente) controversa la proprietà di un immobile.

Tuttavia, il legislatore ha inteso consapevolmente escludere tale possibilità, omettendo di prevedere la trascrivibilità del sequestro giudiziario (art. 677 c.p.c.)⁽¹⁶⁾, mentre dal canto suo la giurisprudenza ritaglia in negativo l'ambito elettivo di applicazione del sequestro conservativo previsto dall'art. 2705, co. 2, c.c. proprio dalla considerazione che per i beni immobili e mobili registrati l'esigenza cautelare è già assolta a monte dall'istituto della trascrizione della domanda⁽¹⁷⁾

¹⁶ Invero, la possibilità di procedere alla trascrizione del sequestro giudiziario è stata affermata da autorevole dottrina, sulla base della considerazione che esso può garantire anche contro atti di disposizione giuridica del bene immobile o mobile registrato. Si vedano sul punto S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1968, 205; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 66; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2002, 154; C. FERRI, voce *Sequestro*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 464 ss. e in particolare 470; A. BRACCI, *Il sequestro giudiziario*, Napoli, 1966, 253; C. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1977, 353; G. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario*, in G. TARZIA (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2004, 82 s.; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 292 s.; C. PETRILLO, *Sulla trascrivibilità del sequestro giudiziario*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2005, 6 ss. Nel medesimo senso si è espressa una parte della giurisprudenza: si veda tra tutte Trib. Udine, 10 novembre 1959, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 252 ss., con nota critica di Ciancio, nonché in *Foro pad.*, 1960, I, 1455; Trib. Messina, 23 ottobre 1967, in *Foro it.*, 1968, I, 830 ss., con nota critica di Rovelli, nonché in *Riv. dir. proc.*, 1969, con nota critica di Lucchese; Trib. Pescara, 7-8-1995, in *Giur. merito*, 1996, I, 242 ss e Trib. Modena, 5 maggio 1995, *ivi*. Per l'effetto di garantire l'indisponibilità giuridica v. le ulteriori pronunce citate da R. CAPONI, *op. cit.*, 167-168, nn. 26 e 27.

¹⁷ Non è un caso che il sequestro conservativo previsto dall'art. 2905, co. 2, c.c. trovi nella giurisprudenza ambito di applicazione esclusivo in riferimento al sequestro dei beni mobili (dove è necessario impedire la possibilità di un acquisto a titolo originario di un possibile acquirente di buona fede ex art. 1153 c.c.), ovvero in ambito fallimentare, settore nel quale assume rilievo la circostanza che per i beni organizzati dall'imprenditore commerciale per l'esercizio dell'impresa non esiste un sistema di pubblicità equipollente a quello della trascrizione della domanda giudiziale. Sul punto, si veda la recente Trib. Padova, 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 1383 ss., a mente della quale: «Poiché la trascrizione della domanda giudiziale di revocatoria ordinaria relativa ad un bene immobile impedisce che lo stesso possa essere oggetto di atti dispositivi in pregiudizio del diritto del creditore attore di soddisfarsi su di esso mediante esecuzione forzata, laddove il creditore richieda anche il sequestro conservativo dello stesso

Ciò costituisce indice indiscutibile del fatto che il legislatore ha fatto consapevolmente uso di quella discrezionalità che la Corte Costituzionale si ostina a preservare, imponendo all'attore di ricorrere alla trascrizione delle domande piuttosto che ad altro rimedio cautelare.

Del pari, anche l'idea di sottoporre ad un preventivo vaglio la rinnovazione della trascrizione non è stata recepita in occasione della recente introduzione dell'art. 2668-*bis* c.c. per effetto della l. 18 giugno 2009, n. 69, che permette ancora oggi all'attore di rinnovarla *ad nutum*.

La seconda opzione lasciata aperta alla discrezionalità del legislatore, e che ha impedito alla Corte Costituzionale concretamente di pronunciarsi, viene individuata nella possibile «attribuzione al giudice del potere di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda con un provvedimento d'urgenza».

In tal caso a venire in questione non sarebbe tanto (o solo⁽¹⁸⁾) un problema di fattibilità di un simile intervento da parte della Consulta (o del legislatore), quanto quello della sua effettiva incidenza ed impatto sul diritto vivente. Infatti, la giurisprudenza ordinaria ritiene anche ammissibile un provvedimento di urgenza al fine di cancellare la trascrizione della domanda, non solo nelle ipotesi di trascrizione cd. "illegittima" della domanda (vale a dire «allorché, per errata interpretazione degli artt. 2652 e 2653 c.c., per deliberata mala fede o comunque per qualunque altra causa venga trascritta una domanda giudiziale non compresa fra quelle per

bene immobile, deve provare la sussistenza di un *periculum in mora* diverso da quello già prevenuto dalla trascrizione», con nota critica di R. CONTE, *Domanda revocatoria, trascrizione e sequestro ex art. 2905, 2° comma, c.c.*

¹⁸ Può essere utile ricordare che già in passato la Corte Costituzionale si è espressa dichiarando l'incostituzionalità di norme che codificano misure cautelari nella parte in cui non consentivano la pronuncia di un provvedimento con un certo contenuto. Si pensi, per esempio, alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 696 c.p.c. nella parte in cui non consentiva di disporre l'accertamento tecnico o l'ispezione giudiziale anche sulla persona dell'istante, ovvero sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta (cfr. le sentenze della Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471 e 19 luglio 1996, n. 257). In quell'occasione, tuttavia, si è trattato di un intervento mirato a sopperire ad una specifica esigenza cautelare di una misura cautelare che già di per sé risulta tipizzata, che non richiede un complesso bilanciamento degli interessi tra le parti (salva la seconda ipotesi, in cui la Corte Costituzionale si è dovuta arrestare di fronte alla necessità di acquisire il consenso della persona nei cui confronti l'istanza è proposta), nel contesto di una misura cautelare che neanche disciplina espressamente il *periculum in mora* richiesto per la sua concessione. Ci si chiede se lo stesso intervento sarebbe ipotizzabile nel contesto di una misura cautelare che, già di per sé, ha natura residuale e atipica e che richiede l'apprezzamento di uno specifico *periculum in mora* dato dalla imminenza ed irreparabilità del pregiudizio.

le quali la legge prevede detta formalità»⁽¹⁹⁾, ma anche in ipotesi – specifiche e mirate – di domande c.d. “ingiuste” in cui l’infondatezza dell’azione risulti palese e manifesta dalla stessa allegazione di parte attrice⁽²⁰⁾.

Ebbene, su un tale sfondo, una pronuncia di incostituzionalità dell’art. 2668 c.c. – ipotizziamo – nella parte in cui «non consente di disporre la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale in via cautelare attraverso un provvedimento

¹⁹ Così la Corte di cassazione a partire da Cass. civ., Sez. un., 23 marzo 2011 n. 6597, in motivazione.

²⁰ Nello stesso senso, di recente, V. DE CAROLIS, *L’ottenibilità dell’ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale in via cautelare con provvedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c.: secondo la Corte Costituzionale è scelta ad alto tasso di discrezionalità che, in quanto tale, compete al legislatore*, in *judicium.it*, il quale rileva come non sia «mancata una minoritaria giurisprudenza di merito che ha sporadicamente ritenuto ammissibile la tutela d’urgenza ex art. 700 c.p.c. per ottenere la cancellazione, anche a fronte di domande trascritte sì legittimamente ai sensi degli artt. 2652 e 2653 c.c., ma palesemente infondate nel merito, tanto da potersi configurare, anche in questo caso, un esercizio abusivo del diritto di azione da parte dell’attore trascrivente». Così, per esempio, Trib. Catania, 24 ottobre 1972, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 667, in una fattispecie in cui l’azione di rivendica di beni immobili non risultava da alcun atto scritto e il *periculum in mora* veniva ravvisato nell’arresto dell’attività commerciale della società convenuto e nella incapacità del patrimonio del resistente a garantire l’azione di risarcimento dei danni derivanti dalla illegittima trascrizione e nelle difficoltà di determinazione del danno stesso. Trib. Roma, 19 settembre 1995, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1239, con nota di E. PICOZZA, ha disposto la cancellazione della trascrizione della revocatoria ordinaria, nei limiti della parte in cui il valore dei beni gravati superi notevolmente il valore del credito per cui si agisce. Trib. Roma, 29 dicembre 1998, in *Foro it.*, 2000, I, 1325, con nota di B. GAMBINERI, ha ritenuto che fosse ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. volto a far cancellare la trascrizione della domanda di divisione giudiziale del patrimonio sociale proposta a seguito della cessazione dell’esercizio in comune dell’attività d’impresa sul presupposto secondo cui tale cessazione sarebbe causa di conversione della società in comunione. Trib. Milano, 24 gennaio 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1155 ss., poi confermato in sede di reclamo da Trib. Milano, 22 febbraio 2001, ha dichiarato ammissibile ordinare con provvedimento d’urgenza la trascrizione di una domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. per ottenere il trasferimento della proprietà di un immobile, ovvero di revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c., laddove le domande formulate appaiano manifestamente infondate. Trib. Milano, 30 settembre 2002 ha disposto ex art. 700 c.p.c. la cancellazione della domanda di risoluzione di un contratto di compravendita immobiliare, realizzatasi attraverso la cessione delle quote della società proprietaria dell’immobile, proposta dai soci che avevano ceduto le quote. Ancora, si vedano Trib. Roma, 16 novembre 2011, in *Corriere giur.* 2012, 963 s., ha ritenuto ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. per ottenere la parziale cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale eseguita, nella sua interezza, anche su di un cespite immobiliare estraneo alla domanda. Trib. Padova, 5 gennaio 2012, in *Corriere giur.*, 2012, 965, successivamente confermato in sede di reclamo da Trib. Padova, 14 maggio 2012, in *Corriere giur.*, 2012, 966 s., che hanno dichiarato l’ammissibilità del ricorso alla tutela urgente ex art. 700 c.p.c. per ottenere la cancellazione della trascrizione, il cui contenuto debba ritenersi un’utilizzazione abusiva del diritto, valutabile alla stregua di un mero atto emulativo (nella specie si trattava della trascrizione ex art. 563 c.c. di un’opposizione stragiudiziale a degli atti di compravendita immobiliare, sul presupposto che tali atti costituissero in realtà degli atti di liberalità).

to d'urgenza», rischierebbe di rivelarsi del tutto inutile. In primo luogo, perché la giurisprudenza ordinaria già ammette tale rimedio, seppure – come deve essere – in ipotesi del tutto peculiari di manifesta infondatezza o inammissibilità della domanda. In secondo luogo perché – si teme – l'unico effetto di un simile intervento (da parte della Consulta o del legislatore) sarebbe quello di dirottare le motivazioni di rigetto del provvedimento di urgenza, richiesto per la cancellazione della trascrizione della domanda, dalla pura inammissibilità della concessione (come attualmente avviene), in pronunce di rigetto in merito per insussistenza del pregiudizio immanente e irreparabile presupposto per la sua emissione.

I rilievi appena svolti dovrebbero convincere che il problema della tutela del convenuto rispetto alla trascrizione pretestuosa della domanda giudiziale non possa essere risolta con un tratto di penna della Corte Costituzionale che dichiari l'astratta ammissibilità della tutela d'urgenza contro la trascrizione di una domanda pretestuosa, mentre dovrebbe piuttosto favorirsi la formazione di un orientamento della giurisprudenza ordinaria.

Non può certo pensarsi che la Consulta si ingerisca – con il rischio di inaugurare una nuova stagione di “guerra tra le due Corti”⁽²¹⁾ – nelle scelte discrezionali della giurisprudenza ordinaria nella valutazione dei presupposti di concessione del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* Senza contare che è dubitabile – come sembra sottolineare anche la Consulta⁽²²⁾ – che l'adozione di tale rimedio possa dirsi sufficiente e risolutiva di ogni problematica, in considerazione del vaglio puramente sommario che il giudice può compiere in tale sede. In ultimo, quanto all'astratta configurabilità di tale tutela, può dirsi che il legislatore vi abbia già provveduto, nel momento in cui ha disciplinato “in via generale e astratta” il rimedio previsto dall'art. 700 c.p.c.

²¹ Sul punto, è noto come in passato la pretesa della Corte Costituzionale di interpretare la legge alla luce della Costituzione abbia creato attrito nei confronti della Corte di cassazione, la quale «si è talvolta rifiutata di seguire la lettura della legge indicata dalla Consulta, dando così luogo a quella che è stata definita come la “guerra tra le due Corti”»: sul punto cfr. M. BELLOCCI-T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

²² Sul punto, si veda il punto 3.5. dove la Consulta sembra ammettere che l'impiego del rimedio d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* adottato dalla giurisprudenza ordinaria (nello specifico si fa riferimento alla distinzione «che porta ad ammettere l'ordine cautelare di cancellazione quando la trascrizione è “illegittima” e non solo “ingiusta”, quando cioè concerne una domanda non solo infondata, ma addirittura estranea al novero tassativo delle domande trascrivibili») «non è però risolutivo ove, come nella specie, la domanda che si assume manifestamente infondata sia pur sempre enunciata dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ.».

Ne discende che l'unica soluzione rimanente che sembra capace di riequilibrare il sistema della trascrizione della domanda giudiziale si appunta sull'art. 2668, co. 1, c.c., nel senso di farne risaltare l'incostituzionalità nella parte in cui impone di attendere il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto per la cancellazione della trascrizione della domanda.

A tale conclusione, del resto, si porrebbe a maggior ragione quand'anche – in via ipotetica – il legislatore decidesse di sottoporre la trascrizione della domanda giudiziale ad un preventivo vaglio giudiziale sulla scia di quanto previsto dall'art. 669-*bis* c.p.c. e ss. In tal caso, infatti, ne discenderebbe che la trascrizione della domanda non avrebbe più solo funzione, ma anche struttura intrinsecamente cautelare, per cui sarebbe ingiustificabile da un punto di vista costituzionale un trattamento diverso da quello previsto dall'art. 669-*novies*, co. 3, c.p.c., che dispone la perdita di efficacia del provvedimento cautelare «se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso». Tanto valeva raggiungere immediatamente lo stesso risultato, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2668, co. 1, c.c., nella parte in cui subordina la cancellazione della trascrizione della domanda al passaggio in giudicato della sentenza.

Concretamente, la Consulta avrebbe potuto incidere sulla norma richiamata limitatamente alle parole “passata in giudicato”, nella parte in cui tale disposizione esclude l'applicabilità, in riferimento all'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda, di regole corrispondenti agli artt. 282 e 283 c.p.c.⁽²³⁾ In tal modo,

²³ Si tratta di una tecnica già messa in atto dalla Consulta nella sentenza Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223, con la quale essa ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 819-*ter*, co. 2, c.p.c., «nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 del codice di procedura civile». Peraltro, anche in occasione della dichiarazione di incostituzionalità di tale norma, la Consulta si sarebbe potuta trincerare dietro la discrezionalità del legislatore – che doveva essere comunque salvaguardata – della tecnica da adottare per far salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale proposta erroneamente davanti al giudice ordinario ovvero innanzi ad arbitri. È noto infatti che, sul punto, si sono registrati diverse opinioni anche nei rapporti interni tra diverse giurisdizioni dello Stato, potendosi astrattamente prevedere sia una effettiva *translatio iudicii* con prosecuzione del medesimo rapporto processuale a cavallo tra giurisdizioni diverse, ovvero una mera retrodatazione, al momento della proposizione della prima domanda davanti a giudice dimostratosi carente di giurisdizione, degli effetti della seconda domanda proposta davanti al giudice munito di giurisdizione. Tale alternativa – foriera di diverse conseguenze processuali – si è concretamente posta nelle sentenze Cass. civ., Sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4109 nonché in Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77; e sembra ancora oggi porsi in riferimento all'art. 59 della l. 18 giugno 2009, n. 69. Sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 392 s.

si sarebbe estesa la disciplina attualmente vigente in relazione ai soli capi condannatori di una sentenza anche al capo relativo all'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale⁽²⁴⁾.

3. PROSPETTIVE *DE JURE CONDITO*: LA CONDANNA DELL'ATTORE A CONSENTIRE LA CANCELLAZIONE DELLA DOMANDA ASSISTITA DA *ASTREINTE EX ART. 614 C.P.C.*

Il mancato intervento della Corte Costituzionale non dovrebbe tuttavia ritenersi preclusivo della possibilità di rinvenire altri strumenti di tutela per il convenuto che si veda ingiustamente pregiudicato dalla trascrizione di una domanda giudiziale (anche palesemente) infondata.

Come si è visto, il giudice (anche di primo grado) che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stata trascritta domanda giudiziale – oltre a ordinare al conservatore dei registri immobiliari la cancellazione della domanda (art. 2668, co. 2, c.c.), il quale vi provvederà solo una volta che la sentenza sarà passata in cosa giudicata (co. 1) – può anche condannare, su istanza della parte danneggiata, al risarcimento dei danni l'attore che ha agito senza la normale prudenza (art. 96, co. 2, c.p.c.).

Da tale disciplina è senz'altro lecito trarre la conclusione che, ancora attualmente, il sistema della trascrizione delle domande giudiziali si fonda prevalentemente sulla funzione *lato sensu* coercitiva di tale disposizione. Infatti, come la previsione generale della risarcibilità del danno per responsabilità processuale *ex art. 96, co. 2, c.c.* dovrebbe avere la funzione di dissuadere *ex ante* l'attore a trascrivere una domanda giudiziale “senza la normale prudenza” (funzione general-preventiva), così la condanna del giudice di primo grado che liquida in sentenza tale risarcimento concretizza la sanzione nel caso specifico, rendendo effettiva la tutela che tale norma appresta in via astratta⁽²⁵⁾

²⁴ Quanto invece alle successive sorti, in ipotesi di riforma in appello o di cassazione della sentenza, sarebbe stato possibile ritenere applicabile alla materia il principio dell'effetto espansivo interno ed esterno ai sensi dell'art. 336 c.p.c., il quale peraltro si manifesta immediatamente, senza necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza di riforma o cassazione, ritenendosi all'uopo applicabili – in via sussidiaria – le disposizioni dettate in materia di iscrizione di ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c.

²⁵ Cfr. sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 649 s., per il quale l'intento manifestato dal legislatore con l'art. 96, co. 2, c.p.c., vista l'incidenza pregiudizievole degli atti da esso sanzionati, è quello di “dissuadere da abusi nel loro compimento”.

Dunque, dal momento che il sistema risulta già imperniato sulla funzione deterrente esercitata *ex ante* dall'art. 96, co. 2, c.p.c., potrebbe pensarsi di rafforzare tale funzione, nelle ipotesi qui considerata, attraverso la possibilità di comminare una *astreinte* e, dunque, attraverso l'applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. A tal fine può pensarsi che il giudice che rigetti la domanda trascritta arricchisca – su istanza del convenuto – la propria pronuncia (oltre al consueto ordine al conservatore *ex art.* 2668, co. 2, c.c. e al risarcimento del danno rivolto all'attore *ex art.* 96, co. 2, c.p.c.) con una condanna indirizzata alla parte trascrivente a consentire⁽²⁶⁾ alla cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale ai sensi dell'art. 2668, co. 1, c.c.⁽²⁷⁾, eventualmente assistita da una misura coercitiva ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. per ogni ritardo o rifiuto nell'adempimento di tale obbligo⁽²⁸⁾. In effetti, l'art. 2668 c.c. subordina la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale non solo all'ordine al conservatore contenuto in una sentenza passata in giudicato, ma anche e alternativamente al consenso “delle parti interessate”. In tale ottica, la prestazione del consenso alla cancellazione della trascrizione costituisce senz'altro un obbligo diverso dal pagamento di una somma

²⁶ Nel senso della coercibilità attraverso lo strumento della *astreinte* dell'obbligo di prestare il consenso si è espresso positivamente C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 76 s., in relazione all'azione prevista dall'art. 2932 c.c.: immaginando, per il caso di inadempimento del promittente venditore dell'obbligo di concludere il contratto, la formulazione nei confronti di quest'ultimo di due capi di domanda cumulati in via non alternativa: uno costitutivo *ex art.* 2932 c.c., e l'altro di condanna all'obbligo infungibile di concludere il contratto di vendita. L'A. osserva, fra l'altro, come “entrambe le domande perseguono lo stesso fine (far ottenere all'attore la proprietà del bene oggetto del contratto definitivo non concluso), ma consentono alla parte di ottenere quanto dovute in tempi diversi: la domanda *ex art.* 2932 c.c. dà luogo ad una sentenza costitutiva, che produrrà i suoi effetti solo dal passaggio in giudicato. La domanda di condanna a stipulare il contratto definitivo assistita da *astreinte* sfocia invece in una sentenza di condanna, che l'art. 282 c.p.c. dichiara provvisoriamente esecutiva anche se ottenuta in primo grado.

²⁷ Sul punto, in passato, si sono pronunciati in tal senso (dunque, non tanto con un ordine rivolto al conservatore dei registri immobiliari a cancellare la trascrizione, ma con una condanna rivolta all'attore a prestare il proprio consenso per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale) Trib. Milano, 25 gennaio 2001; nonché Trib. Milano, 22 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1155

²⁸ Nella fattispecie diversa ma consimile del rifiuto del conservatore di procedere alla cancellazione *ex art.* 2888 c.c., Trib. Torino, 2 luglio 2010, in *Giur. it.*, 2011, 1121, con nota di D. FRASCHINI, *Note in tema di reclamo sul rifiuto del conservatore di eseguire l'ordine giudiziale (contenuto in una sentenza non passata in giudicato) di cancellare la trascrizione di un sequestro conservativo*, 1123 ss., ha affermato che «è ammissibile la domanda diretta all'emanazione di un provvedimento *ex art.* 614 *bis* c.p.c. per l'attuazione della prescrizione contenuta nel decreto emesso ai sensi dell'art. 113 disp. att. c.c., atteso che la norma richiama il concetto di “provvedimento” e risulta pertanto riferibile non soltanto alle sentenze».

di denaro – costituente limite all'applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. – che può portare, su domanda del convenuto, ad una condanna dell'attore soccombente ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c.

In tal modo, non si avrebbe neanche una violazione formale dell'art. 2668 c.c., posto che la cancellazione della trascrizione della domanda avverrebbe comunque sulla base del consenso – per quanto coartato – dell'interessato. Né potrebbe ritenersi che, dal momento che tale norma individua *ex ante* in una sentenza passata in giudicato il provvedimento giudiziale sulla cui base può provvedersi alla cancellazione della trascrizione, dovrebbe con ciò implicitamente escludersi l'ammissibilità di provvedimenti diversi (dalla sentenza di rigetto che costituisce mero accertamento) ma tendenti allo stesso scopo⁽²⁹⁾.

Tale argomento provverebbe troppo.

In primo luogo, infatti, non può negarsi che il convenuto abbia interesse – non solo da un punto di vista empirico, ma anche – giuridico ad ottenere un provvedimento che, anticipatamente rispetto al passaggio in giudicato della sentenza, condanni la parte alla cancellazione della trascrizione. Tale interesse, nel caso di specie, è concretamente ravvisabile in quel *quid pluris* che abitualmente distingue la tutela di condanna rispetto a quella di mero accertamento⁽³⁰⁾.

Inoltre, costituisce principio acquisito in giurisprudenza e dottrina che lo stesso bene della vita (nel caso di specie, la cancellazione della trascrizione della domanda) possa essere perseguito con forme di tutela diverse, che non si pongono tra loro in rapporto di alternatività e incompatibilità, ma di convergenza e complanarità, e che risultano tra loro cumulabili⁽³¹⁾.

²⁹ In altre parole, non sembra possa sostenersi che, in considerazione del fatto che l'ordinamento giuridico precostituisce lo strumento giurisdizionale necessario (individuato nella sentenza di accertamento negativo di rigetto della domanda dell'attore passata in giudicato), debba escludersi a priori l'interesse ad agire o la possibilità giuridica del convenuto di ottenere altra tutela (nella fattispecie, condanna dell'attore alla prestazione del consenso alla cancellazione) volta a tale scopo.

³⁰ Tradizionalmente si insegna che la sentenza di condanna contiene un *quid pluris* rispetto alla sentenza di accertamento (per esempio del credito), da ravvisarsi in quegli elementi che, individuando il *proprium* della sentenza di condanna rispetto a quella di mero accertamento, sarebbero idonei a differenziarle. Tali elementi coincidono con l'efficacia esecutiva (art. 474 c.p.c.), la possibilità di iscriverne ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c.), nonché la soggezione al termine di prescrizione previsto dall'art. 2953 c.c.

³¹ Può ricordarsi al riguardo la giurisprudenza che si è formata in materia di modificazione consentita della domanda in primo grado, laddove si è affermato che un soggetto può aspirare al medesimo bene della vita (la disponibilità materiale di una cosa) sia per via di domanda costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., sia per via di accertamento del trasferimento della proprietà già avvenuto, in ogni caso con conse-

In ultimo, sostenere – diversamente da quanto sin qui sostenuto – che solo il rigetto passato in giudicato della domanda permetta la cancellazione della trascrizione di quest’ultimo, riproporrebbe un sistema chiuso di azioni “tipiche o tipizzate” che il nostro ordinamento non conosce.

Peraltro, l’applicabilità dell’art. 614-*bis* c.p.c. nell’ipotesi di cui si discorre permette di mantenere in capo al giudice una certa discrezionalità in ordine alla pronuncia dell’*astreinte*: quest’ultima infatti può essere legittimamente rifiutata laddove la controversia si dimostri effettivamente complessa, ovvero il convenuto non adduca alcun pregiudizio derivante dal mantenimento della trascrizione della domanda.

Per contro, attraverso la comminatoria di una *astreinte* e l’esecutività provvisoria della sentenza di condanna di primo grado ai sensi dell’art. 282 c.p.c., si rafforzerebbe la funzione *lato sensu* coercitiva già prefigurata dall’art. 96, co. 2, c.p.c., concretizzando ciò che l’attuale sistema in definitiva non consente: vale a dire, rendere effettivamente diseconomico per l’attore (almeno a partire dall’emanazione della sentenza di prime cure) mantenere la trascrizione della domanda giudiziale.

In tal modo, a fronte della comminatoria di una *astreinte*, si aprirebbero per l’attore condannato diversi scenari: in primo luogo, nelle ipotesi in cui la domanda giudiziale sia stata trascritta (non solo senza la normale prudenza, ma anche) con eccessiva leggerezza ovvero pretestuosamente, l’attore sarà naturalmente indotto a desistere – se non dall’agire in giudizio, almeno – dal persistere nel mantenere la trascrizione della domanda, con ciò soddisfacendo immediatamente l’interesse del convenuto, senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza.

In alternativa, l’attore avrebbe comunque la possibilità di proporre appello avverso la sentenza di primo grado, richiedendo contestualmente l’inibitoria della sentenza di primo grado e – in particolare – del capo relativo all’*astreinte* (artt. 283 e 351 c.p.c.⁽³²⁾): in tale sede, il giudice di appello avrebbe la possibilità di

quenziale condanna alla consegna o al rilascio del bene. Sul punto, basti qui il richiamo all’arresto Cass. civ., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corriere giur.*, 2015, 961 ss., con nota di C. CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno.*

³² Si segnala, peraltro, come anche tali articoli sono stati riformati dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, prevedendo ora l’art. 283, co. 1, c.p.c. che il giudice d’appello possa sospendere in tutto o in parte l’efficacia esecutiva o l’esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione, se l’impugnazione appare manifestamente fondata o se dall’esecuzione della sentenza può derivare un pregiudizio grave

apprezzare sommariamente, da una parte, la capacità della sentenza di resistere ai motivi di appello dell'attore soccombente (*fumus bonis juris*) e, dall'altra parte, il grado di pregiudizio che potrebbe correre l'attore in caso di cancellazione della trascrizione (*periculum in mora*).

In ultimo, non è da escludere che l'attore potrebbe essere tanto sicuro delle proprie ragioni, confidando in un ribaltamento della sentenza di primo grado in sede di impugnazione, da decidere consapevolmente di non ottemperare alla condanna ad acconsentire alla cancellazione della trascrizione, nonostante la comminatoria della misura coercitiva. In tal caso, infatti, la riforma o cassazione della sentenza di prime cure implicherà anche (direttamente, ovvero ai sensi dell'art. 336 c.p.c.) il venir meno del capo relativo all'*astreinte*, potendo recuperare le somme *medio tempore* prestate ovvero facendo venir meno il fondamento dell'espropriazione che sia stata nel frattempo iniziata per la loro riscossione⁽³³⁾.

ABSTRACT:

L'articolo commenta la sentenza della Corte Costituzionale 143/2022 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c., tentando di individuare nuove prospettive *de jure condendo*, nonché uno strumento di tutela *de jure condito* per il convenuto che subisca la trascrizione di una domanda giudiziale palesemente infondata.

The article comments on the Constitutional Court's sentence 143/2022 that declared inadmissible the question of the constitutional legitimacy of Articles 2652, 2653 and 2668 of the Italian Civil Code, attempting to identify new perspectives de jure condendo, as well as a de jure condito remedy for the defendant who suffers the transcription of a manifestly unfounded court application.

e irreparabile, pur quando la condanna ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti”

³³ In tal senso si esprime la dottrina più autorevole: si veda, tra tutti, F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2015, 249.